

## Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

#### A. Problem und Ziel

Die Baubranche ist einer der größten und wichtigsten Wirtschaftszweige der Bundesrepublik Deutschland. Die Bautechnik hat sich in den vergangenen Jahrzehnten stetig weiterentwickelt. Auch das Baurecht ist – teilweise parallel dazu – zu einer komplexen Spezialmaterie geworden, zu der eine umfangreiche Rechtsprechung ergangen ist. Diese ist für den Rechtsanwender kaum noch zu überblicken. Das geltende Werkvertragsrecht ist mit Blick auf die unterschiedlichen möglichen Vertragsgegenstände sehr allgemein gehalten. Für die komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauverträge sind die Regelungen des Werkvertragsrechts häufig nicht detailliert genug. Wesentliche Fragen des Bauvertragsrechts sind nicht gesetzlich geregelt, sondern der Vereinbarung der Parteien und der Rechtsprechung überlassen. Das Fehlen klarer gesetzlicher Vorgaben erschwert eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen. Für Verbraucher birgt die Durchführung eines Bauvorhabens darüber hinaus weitere Risiken: Ein Verbraucher wendet für die Errichtung oder den Umbau eines Hauses häufig einen wesentlichen Teil seiner wirtschaftlichen Ressourcen auf. Unerwartete Mehrkosten durch eine nicht rechtzeitige Fertigstellung des Baus oder die Insolvenz des beauftragten Bauunternehmers können daher gravierende Auswirkungen haben. Gleichwohl enthält das geltende Werkvertragsrecht, abgesehen von einigen Einzelschriften, keine besonderen Verbraucherschutzvorschriften, wie es sie in anderen für den Verbraucher wichtigen Rechtsbereichen gibt.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat durch Urteil vom 16. Juni 2011 (C 65/09 und C 87/09) entschieden, dass der Verkäufer einer beweglichen Sache im Rahmen einer Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher verpflichtet sein kann, die bereits in eine andere Sache eingebaute mangelhafte Kaufsache auszubauen und die Ersatzsache einzubauen oder die Kosten für beides zu tragen. Für einen Kaufvertrag zwischen Unternehmern (B2B-Geschäft) gilt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) jedoch nicht (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11; Urteil vom 16. April 2013 – VIII ZR 375/11; Urteil vom 2. April 2014 – VIII ZR 46/13). Dies bedeutet für einen Werkunternehmer, der mangelhaftes Baumaterial gekauft und dieses in Unkenntnis des Mangels bei einem Dritten verbaut hat, dass er diesem aus dem geschlossenen Werkvertrag zum Ausbau des mangelhaften und zum Einbau von mangelfreiem Baumaterial verpflichtet ist. Von dem Verkäufer kann er dagegen

nach geltendem Recht nur die Lieferung des dafür benötigten neuen Baumaterials verlangen. Die Aus- und Einbaukosten muss er – von den Fällen eines schuldhaften Verhaltens des Verkäufers abgesehen – selbst tragen.

## B. Lösung

Es werden spezielle Regelungen für den Bauvertrag, den Verbraucherbauvertrag sowie den Architektenvertrag und den Ingenieurvertrag in das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) eingefügt. Dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag soll insbesondere durch folgende Regelungen Rechnung getragen werden: Einführung eines Anordnungsrechts des Bestellers einschließlich Regelungen zur Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen, Änderung und Ergänzung der Regelungen zur Abnahme sowie die Normierung einer Kündigung aus wichtigem Grund. Speziell für Bauverträge von Verbrauchern werden darüber hinaus Regelungen zur Einführung einer Baubeschreibungspflicht des Unternehmers, zur Pflicht der Parteien, eine verbindliche Vereinbarung über die Bauzeit zu treffen, zum Recht des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags und zur Einführung einer Obergrenze für Abschlagszahlungen vorgeschlagen. Mit Blick auf ihre Besonderheiten werden zudem einige Sonderregelungen für Architekten- und Ingenieurverträge vorgeschlagen.

Das Recht der Mängelhaftung wird an die Rechtsprechung des EuGH angepasst (Urteil vom 16. Juni 2011 – C 65/09 und C 87/09). Zur Verbesserung der Rechtssituation von Werkunternehmern, die mangelhaftes Baumaterial gekauft und im Rahmen eines Werkvertrags verbaut haben, sollen diese Regelungen darüber hinaus auch für Verträge zwischen Unternehmern gelten.

## C. Alternativen

Keine.

## D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte.

## E. Erfüllungsaufwand

### E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Für Bürgerinnen und Bürger ergibt sich ein zusätzlicher jährlicher Zeitaufwand durch ein neues Schriftformerfordernis im Umfang von 349 Stunden (5 Minuten je Fall).

### E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Für die betroffenen Bauunternehmen entsteht ein einmaliger Umstellungsaufwand in Höhe von rund 2,87 Millionen Euro. Hinzu kommt ein laufender jährlicher Mehraufwand für die betroffenen Unternehmen von rund 3,7 Millionen Euro. Hierin sind rund 11 000 Euro Sachkosten enthalten. Der entstehende laufende jährliche Erfüllungsaufwand unterliegt der „one in, one out“-Regel der Bundesregierung. Die Kompensation erfolgt in Höhe von 2,4 Millionen Euro

durch die Entlastungen aus der Gerichtsvollzieherformular-Verordnung sowie in Höhe von 1,3 Millionen Euro durch Teile des Anteils des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz an den Entlastungen aus dem Bürokratien-entlastungsgesetz.

#### Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten

Rund 5,7 Millionen Euro Erfüllungsaufwand entfallen auf Informationspflichten der Unternehmen. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus einmaligem Erfüllungsaufwand (rund 2 Millionen Euro) und jährlich laufendem Erfüllungsaufwand (rund 3,7 Millionen Euro) für eine vorvertragliche Baubeschreibungspflicht, eine Rechtsinformation zur fiktiven Abnahme und eine Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen.

#### E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Für Bund, Länder und Kommunen entsteht kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

#### F. Weitere Kosten

Eine Abschätzung der möglichen Preissteigerung der Verkaufspreise aus einer Überwälzung von Kosten einer Versicherung, die das aus § 439 Absatz 3 BGB-Entwurf geschaffene Risiko für Hersteller, Lieferanten und Endverkäufer abdecken soll, ist nicht möglich.

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

**BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**  
**DIE BUNDESKANZLERIN**

Berlin, 8. Mai 2016

An den  
Präsidenten des  
Deutschen Bundestages  
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

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

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Absatz 1 NKRG ist als Anlage 2 beigelegt.

Der Bundesrat hat in seiner 944. Sitzung am 22. April 2016 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzesentwurf wie aus Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 4 beigelegten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

Anlage 1

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

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

**Artikel 1****Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch ... [Artikel 6 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, Bundestagsdrucksache 18/6904] geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu Buch 2 Abschnitt 8 Titel 9 wie folgt gefasst:

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

„Titel 9  
Werkvertrag und ähnliche Verträge

Untertitel 1  
Werkvertragsrecht

Kapitel 1  
Allgemeine Vorschriften

Kapitel 2  
Bauvertrag

Kapitel 3  
Verbraucherbauvertrag

Kapitel 4  
Unabdingbarkeit

Untertitel 2  
Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

Untertitel 3  
Bauträgervertrag

Untertitel 4  
Reisevertrag“.

2. In § 218 Absatz 1 Satz 2 werden die Wörter „§ 275 Abs. 1 bis 3, § 439 Abs. 3 oder § 635 Abs. 3“ durch die Wörter „§ 275 Absatz 1 bis 3, § 439 Absatz 4 oder § 635 Absatz 3“ ersetzt.
3. § 309 wird wie folgt geändert:
  - a) Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc wird wie folgt gefasst:

„cc) (Leistungen und Aufwendungen bei Nacherfüllung)  
die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 und 3 zu tragen oder zu ersetzen;“.
  - b) In Nummer 14 wird der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.
  - c) Folgende Nummer 15 wird angefügt:

„15. (Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung)  
eine Bestimmung, nach der der Verwender bei einem Werkvertrag

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

- a) für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Absatz 1 und § 650l Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, oder
  - b) die Sicherheitsleistung nach § 650l Absatz 2 nicht oder nur in geringerer Höhe leisten muss.“
4. § 312 Absatz 2 Nummer 3 wird wie folgt gefasst:  
„3. Verbraucherbauperträge nach § 650h Absatz 1,“.
5. Nach § 356c wird folgender § 356d eingefügt:

„§ 356d

#### Widerrufsrecht bei Verbraucherbauperträgen

Bei einem Verbraucherbaupertrag (§ 650h Absatz 1) beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher gemäß Artikel 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt.“

6. Nach § 357c wird folgender § 357d eingefügt:

„§ 357d

#### Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherbauperträgen

Ist die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen. Ist die vereinbarte Vergütung unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz auf der Grundlage des Marktwertes der erbrachten Leistung zu berechnen.“

7. § 439 wird wie folgt geändert:

- a) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 3 eingefügt:

„(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, nach seiner Wahl entweder selbst den erforderlichen Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache vorzunehmen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen. Der Verkäufer ist auf den Aufwendungsersatz beschränkt, wenn

1. dem Ausbau der mangelhaften und dem Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache durch den Verkäufer ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegensteht oder
2. der Verkäufer nicht innerhalb einer vom Käufer bestimmten angemessenen Frist erklärt hat, dass er den Aus- und Einbau selbst vornehmen werde.

§ 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.“

- b) Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden die Absätze 4 und 5.

8. § 440 wird wie folgt gefasst:



## „§ 440

## Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen des § 281 Absatz 2 und des § 323 Absatz 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.“

9. Nach § 445 werden die folgenden §§ 445a und 445b eingefügt:

## „§ 445a

## Rückgriff des Verkäufers

(1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Absatz 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

- (4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

## § 445b

## Verjährung von Rückgriffsansprüchen

(1) Die in § 445a Absatz 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

(2) Die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Absatz 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.“

10. § 474 wird durch die folgenden §§ 474 und 475 ersetzt:

## „§ 474

## Verbrauchsgüterkauf

(1) Verbrauchsgüterkäufe sind Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Um einen Verbrauchsgüterkauf handelt es sich auch bei einem Vertrag, der neben dem Verkauf einer beweglichen Sache die Erbringung einer Dienstleistung durch den Unternehmer zum Gegenstand hat.

(2) Für den Verbrauchsgüterkauf gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Untertitels. Dies gilt nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann.

## § 475

## Anwendbare Vorschriften

(1) Ist eine Zeit für die nach § 433 zu erbringenden Leistungen weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger diese Leistungen abweichend von § 271 Absatz 1 nur unverzüglich verlangen. Der Unternehmer muss die Sache in diesem Fall spätestens 30 Tage nach Vertragsabschluss übergeben. Die Vertragsparteien können die Leistungen sofort bewirken.

(2) § 447 Absatz 1 gilt mit der Maßgabe, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nur dann auf den Käufer übergeht, wenn der Käufer den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt mit der Ausführung beauftragt hat und der Unternehmer dem Käufer diese Person oder Anstalt nicht zuvor benannt hat.

(3) § 439 Absatz 5 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind. Die §§ 445 und 447 Absatz 2 sind nicht anzuwenden.

(4) Ist die eine Art der Nacherfüllung nach § 275 Absatz 1 ausgeschlossen oder kann der Unternehmer diese nach § 275 Absatz 2 oder 3 oder § 439 Absatz 4 Satz 1 verweigern, kann er die andere Art der Nacherfüllung nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten nach § 439 Absatz 4 Satz 1 verweigern. Ist die andere Art der Nacherfüllung wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 oder Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 unverhältnismäßig, kann der Unternehmer den Aufwendungsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken. Bei der Bemessung dieses Betrages sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen.

(5) § 440 Satz 1 ist auch in den Fällen anzuwenden, in denen der Verkäufer die Nacherfüllung gemäß Absatz 4 Satz 2 beschränkt.

(6) Der Verbraucher kann von dem Unternehmer für Aufwendungen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 2 und 3 Satz 1 entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind, Vorschuss verlangen.“

11. Der bisherige § 475 wird § 476.

12. Der bisherige § 476 wird § 477.

13. Der bisherige § 477 wird aufgehoben.

14. § 478 wird wie folgt geändert:

a) Der Überschrift werden die Wörter „Sonderbestimmungen für den“ vorangestellt.

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Ist der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf (§ 474), findet § 477 in den Fällen des § 445a Absatz 1 und 2 mit der Maßgabe Anwendung, dass die Frist mit dem Übergang der Gefahr auf den Verbraucher beginnt.“

- c) Die Absätze 2 und 3 werden aufgehoben.
  - d) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 2 und in Satz 1 werden die Wörter „von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie von den Absätzen 1 bis 3 und von § 479“ durch die Wörter „von Absatz 1 sowie von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443, 445a Absatz 1 und 2 sowie von § 445b“ ersetzt.
  - e) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 3 und die Wörter „Absätze 1 bis 4“ werden durch die Wörter „Absätze 1 bis 2“ ersetzt.
  - f) Der Absatz 6 wird aufgehoben.
15. § 479 wird wie folgt gefasst:

„§ 479

Sonderbestimmungen für Garantien

- (1) Eine Garantieerklärung (§ 443) muss einfach und verständlich abgefasst sein. Sie muss enthalten
1. den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf, dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, und
  2. den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers.
- (2) Der Verbraucher kann verlangen, dass ihm die Garantieerklärung in Textform mitgeteilt wird.
- (3) Die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung wird nicht dadurch berührt, dass eine der vorstehenden Anforderungen nicht erfüllt wird.“
16. Vor § 631 wird folgende Überschrift eingefügt:

„Kapitel 1

Allgemeine Vorschriften“.

17. § 632a wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

- aa) Die Sätze 1 und 2 werden durch die folgenden Sätze ersetzt:

„Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer.“

- bb) In dem neuen Satz 6 werden die Wörter „Sätze 1 bis 4“ durch die Wörter „Sätze 1 bis 5“ ersetzt.

- b) Die Absätze 2 und 3 werden aufgehoben.
- c) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 2 und wird wie folgt gefasst:

„(2) Die Sicherheit nach Absatz 1 Satz 6 kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.“

18. § 640 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 1 Satz 3 wird aufgehoben.

- b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.“

- c) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

19. Nach § 647 wird folgender § 647a eingefügt:

„§ 647a

Sicherungshypothek des Inhabers einer Schiffswerft

Der Inhaber einer Schiffswerft kann für seine Forderungen aus dem Bau oder der Ausbesserung eines Schiffes die Einräumung einer Schiffshypothek an dem Schiffsbauwerk oder dem Schiff des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Schiffshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. § 647 findet keine Anwendung.“

20. Die §§ 648 und 648a werden aufgehoben.  
21. § 649 wird § 648.  
22. Nach § 648 wird folgender § 648a eingefügt:

„§ 648a

Kündigung aus wichtigem Grund

(1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.

(3) § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

(4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.

(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“

23. § 650 wird § 649.  
24. § 651 wird § 650 und in Satz 3 wird die Angabe „649 und 650“ durch die Angabe „648 und 649“ ersetzt.  
25. Nach § 650 werden die folgenden Kapitel 2 bis 4 und die Untertitel 2 und 3 eingefügt:

## „Kapitel 2

## Bauvertrag

## § 650a

## 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.

## § 650b

## Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

## (1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.

(2) Erzielen die Parteien keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(3) Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird, wenn zuvor unter Beiziehung eines Sachverständigen versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen.

## § 650c

## Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.

(2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder eine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren.

(4) Die Parteien können eine andere Vereinbarung für die Vergütungsanpassung treffen. Wird die Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, findet § 307 Absatz 1 und 2 in Bezug auf eine Inhaltskontrolle von Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung abweichend von § 310 Absatz 1 Satz 3 auch dann keine Anwendung, wenn nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen sind.

(5) Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird, wenn zuvor unter Beiziehung eines Sachverständigen versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen.

#### § 650d

##### Sicherungshypothek des Bauunternehmers

Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

#### § 650e

##### Bauhandwerkersicherung

(1) Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig voll-

streckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Absätzen 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650d ausgeschlossen.

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

(6) Die Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650h oder um einen Bauträgervertrag nach § 650t handelt.

Satz 1 Nummer 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Absätzen 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

#### § 650f

##### Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme

(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.

(2) Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung stellen.

(3) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.

## § 650g

## Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrags bedarf der schriftlichen Form.

## Kapitel 3

## Verbraucherbauvertrag

## § 650h

## Verbraucherbauvertrag

(1) Verbraucherbauverträge sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

(2) Für Verbraucherbauverträge gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

## § 650i

## Baubeschreibung

Der Unternehmer hat den Verbraucher über die sich aus Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten, es sei denn, der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter macht die wesentlichen Planungsvorgaben.

## § 650j

## Inhalt des Vertrags

(1) Die Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

(2) Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.

(3) Der Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.



## § 650k

## Widerrufsrecht

Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht zu belehren.

## § 650l

## Abschlagszahlungen; Absicherung des Vergütungsanspruchs

(1) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c nicht übersteigen.

(2) Dem Verbraucher ist bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge einer Anordnung des Verbrauchers nach den §§ 650b und 650c oder infolge sonstiger Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags um mehr als 10 Prozent, ist dem Verbraucher bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 Prozent des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(3) Sicherheiten nach Absatz 2 können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

(4) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die der Verbraucher dazu verpflichtet wird, den Vergütungsanspruch in einem Umfang gemäß § 650e abzusichern, der die nächste Abschlagszahlung oder 20 Prozent der vereinbarten Vergütung übersteigt. Gleiches gilt, wenn die Parteien Abschlagszahlungen vereinbart haben.

## § 650m

## Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

(1) Rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung hat der Unternehmer diejenigen Planungsunterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird. Die Pflicht besteht nicht, soweit der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.

(2) Spätestens mit der Fertigstellung des Werks hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Dritter, etwa ein Darlehensgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt und wenn der Unternehmer die berechtigte Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten.

## Kapitel 4 Unabdingbarkeit

### § 650n

#### Abweichende Vereinbarungen

Von § 640 Absatz 2 Satz 2, den §§ 650h bis 650k und § 650m kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

### Untertitel 2

#### Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

### § 650o

#### Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

(1) Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

(2) Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.

### § 650p

#### Anwendbare Vorschriften

(1) Für Architekten- und Ingenieurverträge gelten die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1 sowie die §§ 650b, 650d bis 650g entsprechend, soweit sich aus diesem Untertitel nichts anderes ergibt.

(2) Für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Absatz 2 gelten die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden. Im Übrigen ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand auf Grund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Vertragsparteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c entsprechend.

### § 650q

#### Sonderkündigungsrecht

(1) Nach Vorlage von Unterlagen gemäß § 650o Absatz 2 kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist, in der es ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat.

(2) Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650o Absatz 2 Satz 2 setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach Satz 1 keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt.

(3) Wird der Vertrag nach den Absätzen 1 oder 2 gekündigt, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt.

#### § 650r

##### Teilabnahme

Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

#### § 650s

##### Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.

#### Untertitel 3

##### Bauträgervertrag

#### § 650t

##### Bauträgervertrag; anwendbare Vorschriften

(1) Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus finden die Vorschriften des Untertitels 1 Anwendung, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

(2) Keine Anwendung finden die §§ 648, 648a, 650b bis 650d, § 650j Absatz 1 sowie die §§ 650k und 650l Absatz 1.

#### § 650u

##### Abschlagszahlungen

Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.“

26. Der bisherige Untertitel 2 wird Untertitel 4.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

## Artikel 2

### Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem Artikel 229 wird folgender § ... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung] angefügt:

„§ ... [einsetzen: nächste bei der Verkündung freie Zählbezeichnung]

Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 5 dieses Gesetzes] entstanden ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in der bis zu diesem Tage geltenden Fassung Anwendung.“

2. In Artikel 244 wird nach der Angabe „§ 632a“ die Angabe „oder § 650i“ eingefügt.
3. Folgender Artikel 249 wird angefügt:

#### „Artikel 249

Informationspflichten bei Verbraucherbauverträgen

##### § 1

Informationspflichten bei Verbraucherbauverträgen

Der Unternehmer ist nach § 650i des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichtet, dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen.

##### § 2

Inhalt der Baubeschreibung

(1) In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Sie muss mindestens folgende Informationen enthalten:

1. allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, gegebenenfalls Haustyp und Bauweise,
2. Art und Umfang der angebotenen Leistungen, gegebenenfalls der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,
3. Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte,
4. gegebenenfalls Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,

5. Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke,
6. gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus,
7. gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen,
8. Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss,
9. gegebenenfalls Beschreibung der Sanitärobjekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.

(2) Die Baubeschreibung hat verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.

### § 3

#### Widerrufsbelehrung

(1) Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 650k Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu, ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in Textform über sein Widerrufsrecht zu belehren. Die Widerrufsbelehrung muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher seine wesentlichen Rechte in einer an das benutzte Kommunikationsmittel angepassten Weise deutlich machen. Sie muss Folgendes enthalten:

1. einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,
2. einen Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf,
3. den Namen, die ladungsfähige Anschrift und die Telefonnummer desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, gegebenenfalls seine Telefaxnummer und E-Mail-Adresse,
4. einen Hinweis auf die Dauer und den Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt, und
5. einen Hinweis darauf, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldet, wenn die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.

(2) Der Unternehmer kann seine Belehrungspflicht dadurch erfüllen, dass er dem Verbraucher das in Anlage 10 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt.“

4. Anlage 10, die die aus der Anlage zu diesem Gesetz ersichtliche Fassung erhält, wird angefügt.

### Artikel 3

#### Änderung des Unterlassungsklagengesetzes

§ 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Unterlassungsklagengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), das zuletzt durch ... [Artikel 3 des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, Bundestagsdrucksachen 18/4631, 18/6916 / Artikel 7 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, Bundestagsdrucksache 18/6904] geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Nach Buchstabe e wird folgender Buchstabe f eingefügt:

„f) Bauverträge,“.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

2. Die bisherigen Buchstaben f bis h werden die Buchstaben g bis i.

#### **Artikel 4**

##### **Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen**

In § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in der Fassung vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981), die zuletzt durch Artikel 4 Nummer 1 des Gesetzes vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2022) geändert worden ist, wird die Angabe „§ 632a Abs. 3“ durch die Wörter „§ 650I Absatz 2 und 3“ ersetzt.

#### **Artikel 5**

##### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am ... [einsetzen: Datum des ersten Tages des sechsten auf die Verkündung folgenden Kalendermonats] in Kraft.

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

**Anlage**

(zu Artikel 2 Nummer 4)

**Anlage 10**

(zu Artikel 249 § 3)

**Muster für die Widerrufsbelehrung bei Verbraucherbauverträgen****Widerrufsbelehrung****Widerrufsrecht**

Sie haben das Recht, binnen vierzehn Tagen ohne Angabe von Gründen diesen Vertrag zu widerrufen.

Die Widerrufsfrist beträgt vierzehn Tage ab dem Tag des Vertragsabschlusses. Sie beginnt nicht zu laufen, bevor Sie diese Belehrung in Textform erhalten haben.

Um Ihr Widerrufsrecht auszuüben, müssen Sie uns (\*) mittels einer eindeutigen Erklärung (z. B. Brief, Telefax oder E-Mail) über Ihren Entschluss, diesen Vertrag zu widerrufen, informieren.

Zur Wahrung der Widerrufsfrist reicht es aus, dass Sie die Erklärung über die Ausübung des Widerrufsrechts vor Ablauf der Widerrufsfrist absenden.

**Folgen des Widerrufs**

Wenn Sie diesen Vertrag widerrufen, haben wir Ihnen alle Zahlungen, die wir von Ihnen erhalten haben, unverzüglich zurückzuzahlen.

Sie müssen uns im Falle des Widerrufs alle Leistungen zurückgeben, die Sie bis zum Widerruf von uns erhalten haben. Ist die Rückgewähr einer Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, lassen sich etwa verwendete Baumaterialien nicht ohne Zerstörung entfernen, müssen Sie Wertersatz dafür bezahlen.

**Gestaltungshinweis:**

\* Fügen Sie Ihren Namen oder den Namen Ihres Unternehmens, Ihre Anschrift und Ihre Telefonnummer ein. Sofern verfügbar sind zusätzlich anzugeben: Ihre Telefaxnummer und E-Mail-Adresse.

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

#### I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

##### 1. Werkvertragsrecht

Die Baubranche ist einer der größten und wichtigsten Wirtschaftszweige der Bundesrepublik Deutschland. Die Bautechnik hat sich in den vergangenen Jahrzehnten stetig weiterentwickelt. Auch das Baurecht ist – teilweise parallel dazu – zu einer komplexen Spezialmaterie geworden, zu der eine umfangreiche, Rechtsprechung ergangen ist. Diese ist für den Rechtsanwender kaum noch zu überblicken.

Gesetzliche Grundlage des privaten Baurechts ist dabei das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), darin insbesondere das Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB). Das geltende Werkvertragsrecht ist mit Blick auf die unterschiedlichen möglichen Vertragsgegenstände sehr allgemein gehalten. Für die komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauverträge sind die Regelungen des Werkvertragsrechts häufig nicht detailliert genug. Die Komplexität des Baugeschehens und während des Baus auftretende Veränderungen erfordern spezielle Regelungen. Diese bietet das allgemeine Werkvertragsrecht nicht. Wesentliche Fragen des Bauvertragsrechts sind nicht gesetzlich geregelt, sondern der Vereinbarung der Parteien und der Rechtsprechung überlassen. Das Fehlen klarer gesetzlicher Vorgaben erschwert eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen. Einer konfrontativen Vertragskultur mit unklaren oder unvollständigen Ausschreibungen und intransparenten Kalkulations- und Abrechnungspraktiken wird dadurch Vorschub geleistet.

Dies ist insbesondere für Verträge von Verbraucherbauherren problematisch, da sie in der Regel nicht die Verhandlungsmacht haben, um für sich günstige Vertragsbedingungen auszuhandeln. Für Verbraucher birgt die Durchführung eines Bauvorhabens darüber hinaus weitere Risiken: Ein Verbraucher wendet für die Errichtung oder den Umbau eines Hauses häufig einen wesentlichen Teil seiner wirtschaftlichen Ressourcen auf. Unerwartete Mehrkosten, eine nicht rechtzeitige Fertigstellung des Baus oder die Insolvenz des beauftragten Bauunternehmers können daher gravierende Auswirkungen haben. Gleichwohl enthält das geltende Werkvertragsrecht, abgesehen von einigen Einzelschriften, keine besonderen Verbraucherschutzvorschriften, wie es sie in anderen für den Verbraucher wichtigen Rechtsbereichen gibt. Häufig schützt die Verbraucher auch die gerichtliche Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) nicht ausreichend, da gesetzliche Leitbilder als Maßstab für diese Kontrolle fehlen. Im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode ist daher vorgesehen, den Verbraucherschutz bei Bau- und Dienstleistungen für Bauherren und Immobilieneigentümer auszubauen, insbesondere im Bauvertragsrecht (S. 116).

Bei Architekten- und Ingenieurverträgen stellen sich eine Reihe spezieller Fragen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf ihre Einordnung in das Werkvertragsrecht, als auch bezüglich des Haftungsverbundes mit Bauerrichtungsverträgen. Anders als bei Bauerrichtungsverträgen ist der vertraglich geschuldete Erfolg bei Abschluss eines Architekten- oder Ingenieursvertrags regelmäßig noch nicht abschließend und detailliert beschreibbar. Insbesondere in den frühen Planungsphasen kann es Gegenstand der Erfolgsverpflichtung des Architekten oder Ingenieurs sein, den beabsichtigten Bauerfolg nach den Vorstellungen des Bestellers zu entwickeln und zu konkretisieren. Diese Eigenheit findet im geltenden Werkvertragsrecht keinen Niederschlag. Probleme bringt in der Praxis darüber hinaus die gesamtschuldnerische Haftung des Architekten oder Ingenieurs für Baumängel mit sich. Aufgrund ihres Berufsrechts sind Architekten und Ingenieure verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen. Dies führt zunehmend dazu, dass sie vom Besteller in vollem Umfang für vom bauausführenden Unternehmer mitzuverantwortende Herstellungsmängel in Anspruch genommen werden. Der nach § 426 BGB bestehende Ausgleichsanspruch von Architekten und Ingenieuren gegenüber dem mitverantwortlichen Bauunternehmer ist häufig nicht leicht durchzusetzen. Wird der ausführende Bauunternehmer insolvent, kann der Ausgleichsanspruch auch vollständig wertlos werden. Praktisch hat dies zu einer erheblichen Erhöhung der Haftpflichtversicherungskosten der Architekten und Ingenieure geführt.



In der vergangenen Legislaturperiode wurde beim damaligen Bundesministerium der Justiz die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht eingerichtet, deren Aufgabe es war, die Problembereiche im Bauvertragsrecht zu identifizieren, einen sich daraus ergebenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu prüfen und gegebenenfalls Vorschläge zu machen, in welcher Form dieser realisiert werden soll. In diesem Zusammenhang hat sich eine eigene Unterarbeitsgruppe auch mit den Besonderheiten der Architekten- und Ingenieurverträge befasst. Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht hat ihre Arbeit im Juni 2013 abgeschlossen und einen Abschlussbericht vorgelegt, in dem zahlreiche Vorschläge für ein Gesetzgebungsvorhaben unterbreitet werden, mit denen die Kommunikation und Kooperation zwischen den Vertragsparteien verbessert, ein zügiger Bauablauf unter Vermeidung kostenintensiver Konflikte gewährleistet sowie spezielle Regelungen zum Schutz der Verbraucher eingeführt werden sollen.

## 2. Kaufvertragsrecht

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat durch Urteil vom 16. Juni 2011 (C 65/09 und C 87/09) auf Vorlage unter anderem des Bundesgerichtshofs (BGH) entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08), dass der Verkäufer einer beweglichen Sache im Rahmen einer Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher verpflichtet sein kann, die bereits in eine andere Sache eingebaute mangelhafte Kaufsache auszubauen und die Ersatzsache einzubauen oder die Kosten für beides zu tragen. Im Anschluss daran hat der BGH § 439 Absatz 1 Alternative 2 BGB richtlinienkonform dahingehend ausgelegt, dass der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch beim Verbrauchsgüterkauf (B2C-Geschäft) auch die Kosten für Aus- und Einbau bei Lieferung mangelhafter Sachen umfasst. Für einen Kaufvertrag zwischen Unternehmern (B2B-Geschäft) gilt dies nach der Rechtsprechung des BGH jedoch nicht (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11; Urteil vom 16. April 2013 – VIII ZR 375/11; Urteil vom 2. April 2014 – VIII ZR 46/13). Dies bedeutet für einen Werkunternehmer, der mangelhaftes Baumaterial gekauft und dieses in Unkenntnis des Mangels bei einem Dritten verbaut hat, dass er diesem aus dem geschlossenen Werkvertrag zum Ausbau des mangelhaften und zum Einbau von mangelfreiem Baumaterial verpflichtet ist. Von dem Verkäufer kann der Werkunternehmer dagegen nach geltendem Recht nur die Lieferung des dafür benötigten neuen Baumaterials verlangen. Die Aus- und Einbaukosten muss er – von den Fällen eines schuldhaften Verhaltens des Verkäufers abgesehen – selbst tragen. Im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode ist vorgesehen, die Rechtsposition des Werkunternehmers in diesem Bereich zu verbessern. Es soll dafür gesorgt werden, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat (S. 25).

Am 23. und 24. Februar 2015 hat im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eine wissenschaftliche Fachveranstaltung im Rahmen der Stiftungsprofessur von Professor Dr. Schmidt-Kessel, Universität Bayreuth, stattgefunden, um Lösungswege für die Umsetzung des Koalitionsvertrags von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode aufzuzeigen und zu diskutieren.

## II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

### 1. Werkvertragsrecht

In das Werkvertragsrecht des BGB werden spezielle Regelungen für den Bauvertrag und für den Verbraucherbauvertrag eingefügt. Auf diese Weise soll insbesondere der Verbraucherschutz bei Bauverträgen erhöht werden. Darüber hinaus werden Vorschriften für Regelungsbereiche eingeführt, in denen das geltende Werkvertragsrecht den komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauverträgen nicht hinreichend Rechnung trägt. Schließlich werden verschiedene Vorschriften vereinfacht oder effektiver ausgestaltet. So sollen kostenintensive Konflikte und eine Störung des Liquiditätsflusses der Bauunternehmen vermieden werden.

Darüber hinaus wird den Besonderheiten des Architekten- und Ingenieursvertrags durch spezielle Regelungen für diesen Vertragstyp Rechnung getragen. Hierbei soll auch die derzeitige überproportionale Belastung der Architekten und Ingenieure im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmen jedenfalls eingeschränkt werden.

Im Einzelnen sind insbesondere die folgenden Gesetzesänderungen vorgesehen:

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

### a) Gliederung / neue Systematik

Titel 9 des Buchs 2 Abschnitt 8 wird neu gegliedert. Untertitel 1 (Werkvertrag) setzt sich künftig aus vier Kapiteln zusammen. Dabei enthält Kapitel 1 (Allgemeine Vorschriften) die grundsätzlich für alle Werkverträge geltenden Vorschriften. Kapitel 2 (Bauvertrag) fasst die bisher in Untertitel 1 verstreuten Vorschriften zum Bauvertrag zusammen und enthält zudem eine Reihe neuer Regelungen. In Kapitel 3 (Verbraucherbauvertrag) sind die besonderen Regelungen zum Schutz der Verbraucher enthalten. Untertitel 2 enthält Vorschriften zu Architekten- oder Ingenieurverträgen, während Untertitel 3 Vorschriften zum Bauträgervertrag enthält. Aufgrund der neuen Systematik wird der bisherige Untertitel 2 (Reisevertrag) zu Untertitel 4.

### b) Allgemeine Vorschriften des Werkvertragsrechts (Kapitel 1)

Für die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts werden insbesondere die folgenden Gesetzesänderungen vorgeschlagen:

- In § 632a BGB in der Entwurfsfassung (BGB-E) wird vorgesehen, dass Maßstab für die Berechnung einer Abschlagsforderung der Wert der von dem Unternehmer erbrachten und vertraglich geschuldeten Leistung sein soll; zudem soll der Besteller in dem Fall, dass die erbrachten Leistungen vom vertragsgemäßen Zustand abweichen, die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern können.
- In § 640 BGB-E wird die fiktive Abnahme neu geregelt: Die Abnahme wird fingiert, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat.
- In § 648a BGB-E wird in Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für alle Werkverträge geregelt. Dabei wird auch ein Anspruch der Parteien auf eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes vorgesehen, um spätere Streitigkeiten über den Stand der Arbeiten zum Zeitpunkt der Kündigung zu vermeiden.

### c) Bauvertrag (Kapitel 2)

Dem komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag soll insbesondere durch die folgenden, die allgemeinen Normen ergänzenden Regelungen Rechnung getragen werden:

- In § 650a BGB-E wird der Begriff des Bauvertrags zur Klarstellung des Anwendungsbereichs der nachfolgenden Vorschriften definiert.
- In den §§ 650b und 650c BGB-E wird ein Anordnungsrecht des Bestellers einschließlich Regelungen zur Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen vorgeschlagen.
- In § 650f BGB-E wird für den Fall der Verweigerung der Abnahme zur Vermeidung von Streitigkeiten vorgesehen, dass der Unternehmer von dem Besteller die Mitwirkung an einer Zustandsfeststellung verlangen kann.
- § 650g BGB-E enthält ein Schriftformerfordernis für die Kündigung eines Bauvertrags.

### d) Verbraucherbauvertrag (Kapitel 3)

Speziell für Bauverträge von Verbrauchern werden darüber hinaus folgende Regelungen vorgeschlagen:

- Der Unternehmer wird verpflichtet, dem Verbraucher vor Vertragsschluss eine Baubeschreibung zu Verfügung zu stellen. Der Entwurf sieht Mindestanforderungen für den Inhalt der Baubeschreibung vor (§ 650i BGB-E, Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) in der Entwurfsfassung (EGBGB-E)).
- Die vorvertraglich übergebene Baubeschreibung wird bezüglich der Bauausführung grundsätzlich Inhalt des Vertrags (§ 650j Absatz 1 BGB-E). Zweifel bei der Auslegung des Vertrags gehen zu Lasten des Unternehmers (§ 650j Absatz 1 und 2 BGB-E);
- Der Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Baus oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung, enthalten (§ 650j Absatz 3 BGB-E);

- Dem Verbraucher wird das Recht eingeräumt, den Bauvertrag innerhalb von 14 Tagen nach Vertragschluss zu widerrufen (§§ 650k, 356d, 357d BGB-E);
- Es werden Obergrenzen für die Zahlung von Abschlägen durch den Verbraucher (§ 650l Absatz 1 BGB-E) und für die Absicherung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers eingeführt (§ 650l Absatz 4 BGB-E).
- Der Unternehmer wird verpflichtet, Unterlagen über das Bauwerk zu erstellen, die der Verbraucher zum Nachweis der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften oder zur Erlangung eines Kredits benötigt, und diese Unterlagen an den Verbraucher herauszugeben (§ 650m BGB-E).

#### **e) Architektenvertrag und Ingenieurvertrag (Untertitel 2)**

Mit Blick auf seine Besonderheiten werden in Untertitel 2 Sonderregelungen für den Architektenvertrag und den Ingenieurvertrag vorgeschlagen:

- In § 650o BGB-E werden die vertragstypischen Pflichten des Architekten oder Ingenieurs normiert.
- In § 650q BGB-E wird ein Sonderkündigungsrecht des Bestellers und unter bestimmten Voraussetzungen auch des Architekten oder des Ingenieurs vorgesehen, nachdem der Architekt oder Ingenieur eine erste Planungsgrundlage nebst Kosteneinschätzung vorgelegt hat.
- § 650r BGB-E räumt Architekten und Ingenieuren ein Recht auf eine Teilabnahme ein, wenn das von ihnen geplante Bauwerk abgenommen ist.
- In § 650s BGB-E wird ein Vorrang der Nacherfüllung durch den bauausführenden Unternehmer vorgeschlagen, um die überproportionale Beanspruchung der Architekten und Ingenieure im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung abzumildern.

#### **f) Bauträgervertrag (Untertitel 3)**

Der vorliegende Entwurf sieht keine grundlegende Neuordnung des Bauträgervertragsrechts vor, sondern enthält lediglich notwendige Klarstellungen und Anpassungen des Bauträgervertragsrechts an das geänderte Recht des Bauvertrags und des Verbraucherbauvertrags:

- In § 650t Absatz 1 BGB-E wird die bisher in § 632a Absatz 2 BGB enthaltene Definition des Bauträgervertrags übernommen und in Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung zum Bauträgervertrag geregelt, dass hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus vorbehaltlich anderer Anordnungen die Vorschriften des Werkvertrags (Untertitel 1) Anwendung finden sollen.
- § 650t Absatz 2 BGB-E bestimmt, welche Vorschriften des Werkvertragsrechts keine Anwendung auf den Bauträgervertrag finden sollen.

Das Recht der Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen bleibt unverändert. § 650u BGB-E schreibt die bisher in § 632a Absatz 2 BGB getroffene Regelung fort.

## **2. Kaufvertragsrecht**

Zur Verbesserung der Rechtssituation von Werkunternehmern, die mangelhaftes Baumaterial gekauft haben und zur Anpassung der BGB-Vorschriften zur kaufrechtlichen Mängelhaftung an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) werden folgende Regelungen vorgeschlagen:

- In § 439 BGB wird ein neuer Anspruch des Käufers auf Vornahme von Aus- und Einbauleistungen bzw. auf Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen eingefügt. Diese Vorschrift soll nicht nur für B2C-Geschäfte, sondern für alle Kaufverträge und damit auch für B2B-Geschäfte gelten.
- Der Anwendungsbereich der derzeit nach § 478 Absatz 2 BGB nur für Verbrauchsgüterkäufe bestehenden erleichterten Rückgriffsmöglichkeit des Unternehmers gegenüber seinem Lieferanten wegen Ersatz der Aufwendungen, die der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher im Rahmen der Nacherfüllung zu tragen hatte, wird erweitert. Dieser Rückgriff des Verkäufers soll auch möglich sein, wenn der letzte Käufer in der Lieferkette ein Unternehmer ist.

### III. Alternativen

Keine.

### IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (Bürgerliches Recht).

### V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Entwurf steht mit dem Recht der Europäischen Union und mit völkerrechtlichen Verträgen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, im Einklang.

### VI. Gesetzesfolgen

#### 1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Die Rechtsanwendung wird dadurch erleichtert, dass im Werkvertragsrecht und im Kaufvertragsrecht spezielle Regelungen für Konstellationen eingeführt werden, die bisher nicht gesetzlich geregelt sind. Die neue Gliederung des Werkvertragsrechts erleichtert dem Rechtsanwender zudem das Auffinden der jeweils einschlägigen Vorschriften.

#### 2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Gesetzentwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Die Regelungen sind insbesondere unter den Gesichtspunkten wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und soziale Verantwortung dauerhaft tragfähig.

#### 3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Das Gesetz hat keine Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte.

#### 4. Erfüllungsaufwand

##### a) Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Mit § 650g BGB-E wird ein Schriftformerfordernis für die Kündigung von Bauverträgen eingeführt. Bürgerinnen und Bürger müssen die Schriftform einhalten, wenn Sie als private Bauherren (Verbraucher) einen Bauvertrag kündigen wollen. Als Anzahl geschlossener Bauverträge kann näherungsweise die Anzahl der Baugenehmigungen im Hochbau in der Bundesrepublik Deutschland verwendet werden. 2014 sind insgesamt 209 295 Baugenehmigungen erteilt worden (vgl. Statistisches Bundesamt, Bautätigkeit, Baugenehmigungen im Hochbau Deutschland, unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Bauen/Bautaetigkeit/Tabellen/Baugenehmigungen.html>, abgerufen am 23.07.2015). Geht man davon aus, dass ca. 2 Prozent der geschlossenen Bauverträge gekündigt werden, sind jährlich 4 186 Kündigungen anzusetzen.

Für die Kündigung sind auf Grundlage der Zeitwerttabelle Bürgerinnen und Bürger des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands insgesamt 5 Minuten angesetzt (vgl. Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, Bundesregierung, Oktober 2012, S. 41; Standardaktivitäten „mit der gesetzlichen Verpflichtung vertraut machen“ und „Schriftstücke aufsetzen“, einfacher Fall). Bei 4 186 Fällen entsteht für Bürgerinnen und Bürger ein Gesamtaufwand von rund 349 Stunden pro Jahr. Sachkosten (z. B. als Papier) sind vernachlässigbar.

Art der Vorgabe	Gesetz	Bezeichnung der Vorgabe	Fallzahl	Zeitaufwand in Minuten pro Fall	Gesamtzeitaufwand in Stunden
Vorgabe Bürger	§ 650g BGB-E	Schriftformerfordernis für die Kündigung von Bauverträgen	4 186	5	349

### b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Verschiedene Schutzvorschriften, die für Werk- und Bauverträge mit Verbrauchern eingeführt werden, verursachen Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft:

#### aa) Einmaliger Umstellungsaufwand der Unternehmen

Insgesamt entsteht für die 24 529 betroffenen Bauunternehmen ein einmaliger Umstellungsaufwand in Höhe von rund 2,87 Millionen Euro. Davon sind rund 2 Millionen Euro Aufwand aus Informationspflichten:

- Einführung eines Widerrufsrechts (§ 650k BGB-E in Verbindung mit den §§ 356d und 357d BGB-E)

Der Unternehmer hat den Verbraucher nach § 650k Satz 2 BGB-E in Verbindung mit Artikel 249 § 3 EGBGB-E über sein Widerrufsrecht und damit verbundene Rechtsfolgen zu unterrichten. Der Unternehmer wird diese Pflicht in der Regel dadurch erfüllen, dass er eine Widerrufsbelehrung in die vorvertraglichen Informationsunterlagen einfügt. Zu diesem Zweck sind in den Unternehmen Dokumentenvorlagen für die Informationsunterlagen einmalig anzupassen. Die Widerrufsbelehrung muss dem Verbraucher seine wesentlichen Rechte deutlich machen, die in Artikel 249 § 3 EGBGB-E näher konkretisiert werden. Eine rechtliche Beratung werden die Unternehmer für die Abfassung der Widerrufsbelehrung gleichwohl nicht benötigen, weil sie dafür auf die in Anlage 10 EGBGB-E vorgesehene Musterwiderrufsbelehrung zurückgreifen können. Nach Abschätzung auf Grundlage der Zeitwertabelle des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands beträgt der Zeitaufwand 52 Minuten pro Fall (Einarbeitung in die Informationspflicht, Beschaffung und Aufbereitung, Überprüfung und Fehlerkorrektur, Veröffentlichung sowie Archivieren und Verteilen, mittlere Komplexität).

Es ist davon auszugehen, dass die Vorlagen (hier die vorvertraglichen Informationsunterlagen) in den Unternehmen des Baugewerbes zentral erstellt werden. Zur Ermittlung der Zahl der Unternehmen, die jedenfalls auch Bauverträge mit Verbrauchern abschließen und daher entsprechend Vorlagen erstellen müssen, kann näherungsweise auf die in der Bundesrepublik Deutschland im Hochbau (vgl. Statistisches Bundesamt, Produzierendes Gewerbe Beschäftigung, Umsatz und Investitionen der Unternehmen im Baugewerbe 2013, Fachserie 4 Reihe 5.2, S. 5 (Wirtschaftszweig 41)) tätigen Unternehmen abgestellt werden. Im Jahr 2013 waren dies 21 761 Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten (Vgl. Statistisches Bundesamt, GENESIS-Online Datenbank, Strukturhebung für kleine Unternehmen im Baugewerbe, Ergebnis - 44252-0001, unter [https://www-genesis.destatis.de/genesis/online;jsessionid=444B50DBE6C3775A2B55F6B1D2316E0D.tomcat\\_GO\\_1\\_1?operation=previous&levelindex=3&levelid=1439322009590&step=3](https://www-genesis.destatis.de/genesis/online;jsessionid=444B50DBE6C3775A2B55F6B1D2316E0D.tomcat_GO_1_1?operation=previous&levelindex=3&levelid=1439322009590&step=3), abgerufen am 10 August 2015) sowie 2 768 Unternehmen mit 20 und mehr Beschäftigten (vgl. Statistisches Bundesamt, Produzierendes Gewerbe Beschäftigung, Umsatz und Investitionen der Unternehmen im Baugewerbe 2013, Fachserie 4 Reihe 5.2, S. 10), insgesamt also 24 529 Unternehmen. Bei einem durchschnittlichen Lohnsatz von 31,90 Euro entsteht in den 24 529 betroffenen Unternehmen ein einmaliger Umstellungsaufwand in Höhe von rund 678 000. Euro.

- Verbot, in AGB wesentlich von den gesetzlichen Regelungen zur Abschlagszahlung abzuweichen (§ 309 Nummer 15 BGB-E)

In AGB darf nach § 309 Nummer 15 BGB-E nicht wesentlich von den gesetzlichen Regelungen zur Abschlagszahlung abgewichen werden. Nimmt man an, dass dies zu Anpassungsbedarf an ihren AGB bei 30 Prozent der Bauunternehmen führt, ergibt sich eine Fallzahl von 7 359 betroffenen Unternehmen (30 Prozent von 24 529 Unternehmen). Zieht man die Zeitwertabelle des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands für Informationspflichten entsprechend heran, beträgt der Zeitaufwand 42 Minuten pro Fall (Einarbeitung in die AGB, Beschaffung und Aufbereitung der Daten, Überprüfung, Veröffentlichung sowie Archivieren und Verteilen, mittlere Komplexität). Bei einem durchschnittlichen Lohnsatz von 31,90 Euro entsteht in den 7 359 betroffenen Unternehmen ein einmaliger Umstellungsaufwand in Höhe von rund 164 000 Euro.

- Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angaben von Mängeln verweigerten Abnahme (§ 640 Absatz 2 Satz 2 BGB-E)

Die Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angaben von Mängeln verweigerten Abnahme nach § 640 Absatz 2 Satz 2 BGB-E wird der Unternehmer regelmäßig erfüllen, indem er ein Formblatt erstellt und dem Verbraucher im Zusammenhang mit dem Abnahmeverlangen übergibt. Ebenso wie zur Information über das Widerrufsrecht nach § 650k BGB-E in Verbindung mit § 356d und § 357d BGB-E ist hierfür in den Unternehmen eine Dokumentenvorlage zu erstellen. Diese Anpassung ist damit ebenfalls dem einmaligen Umstellungsaufwand zuzurechnen. Nach Abschätzung auf Grundlage der Zeitwerttabelle des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands beträgt der Zeitaufwand 52 Minuten pro Fall (Einarbeitung in die Informationspflicht, Beschaffung und Aufbereitung, Überprüfung und Fehlerkorrektur, Veröffentlichung sowie Archivieren und Verteilen, mittlere Komplexität). Unter der Annahme einer zentralen Erstellung von Vorlagen (hier die Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angaben von Gründen verweigerten Abnahme) in den Unternehmen des Baugewerbes entsteht in den 24 529 betroffenen Bauunternehmen bei einem durchschnittlichen Lohnsatz von 31,90 Euro ebenfalls ein einmaliger Umstellungsaufwand in Höhe von rund 678 000 Euro.

- Pflicht zur Baubeschreibung (§ 650i BGB-E in Verbindung mit Artikel 249 EGBGB-E)

Eine Baubeschreibung wird dem Verbraucher vom Unternehmer auch ohne gesetzliche Pflicht bereits heute in aller Regel zur Verfügung gestellt. Der Unternehmer muss jedoch nun Baubeschreibungen, die er für von ihm angebotene Objekte bereits erstellt hat, auf ihre Vereinbarkeit mit den neuen gesetzlichen Vorgaben überprüfen und gegebenenfalls anpassen. Hierbei ist darauf zu achten, dass alle Informationen aus Artikel 249 EGBGB-E gegeben werden.

Die Zahl der bereits vorhandenen und daher zu überprüfenden Baubeschreibungen wird je nach Tätigkeitsfeld des Unternehmens unterschiedlich sein. So wird ein Anbieter, der Fertighäuser errichtet, zahlreiche vorhandene Baubeschreibungen zu überprüfen haben. Ein Unternehmen, das ausschließlich individuelle Bauleistungen nach den Vorgaben des jeweiligen Bestellers anbietet, dagegen gar keine. Geht man davon aus, dass jedes der 24 529 betroffenen Bauunternehmen durchschnittlich zwei vorhandene Baubeschreibungen zu überprüfen hat, ergibt sich eine Gesamtzahl von 49 058 zu überprüfenden Baubeschreibungen. Nach Abschätzung auf Grundlage der Zeitwerttabelle des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands beträgt der Zeitaufwand 52 Minuten pro Fall (Einarbeitung in die Informationspflicht, Beschaffung und Aufbereitung, Überprüfung und Fehlerkorrektur, Veröffentlichung sowie Archivieren und Verteilen, mittlere Komplexität). Bei einem durchschnittlichen Lohnsatz von 31,90 Euro ergibt sich ein einmaliger Umstellungsaufwand in Höhe von rund 1,36 Millionen Euro.

Tabelle: Einmaliger Umstellungsaufwand der Unternehmen

Art der Vorgabe	Gesetz	Bezeichnung der Vorgabe	Fallzahl	Zeitaufwand in Minuten	Lohnsatz in Euro/Std.	Umstellungsaufwand in Tsd. Euro
Weitere Vorgabe der Wirtschaft	§ 650k BGB-E in Verbindung mit §§ 356d und 357d BGB-E	Einführung eines Widerrufsrechts, mit dem Verbraucher den mit dem Unternehmer geschlossenen Vertrag 14 Tage lang wieder rückgängig machen können (Anpassung von Unterlagen)	24 529	52	31,90	678
Weitere Vorgabe der Wirtschaft	§ 309 Nummer 15 BGB-E	Verbot, in AGB wesentlich von den gesetzlichen Regelungen zur Abschlagszahlung abzuweichen (Anpassung von AGB)	7359	42	31,90	164
Informationspflicht	§ 640 Absatz 2 Satz 2 BGB-E	Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angaben von Mängeln verweigerten Abnahme (Erstellung eines Formblattes)	24 529	52	31,90	678

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Informationspflicht	§ 650i BGB-E in Verbindung mit Artikel 249 EGBGB-E	Pflicht zur Baubeschreibung (Anpassung von Unterlagen)	49 058	52	31,90	1 356
<b>Gesamtkosten einmaliger Umstellungsaufwand Wirtschaft</b>			<b>2 876</b>			
<b>davon</b>						
<b>Aufwand aus zwei Informationspflichten</b>			<b>2 034</b>			

### bb) Laufender jährlicher Aufwand der Unternehmen

Insgesamt entsteht ein jährlicher Mehraufwand von rund 3,7 Millionen Euro aus zwei Informationspflichten für die betroffenen Unternehmen. Hierin sind rund 11 000 Euro Sachkosten enthalten:

- Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme (§ 640 Absatz 2 Satz 2 BGB-E)

Die Pflicht zur Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme verursacht in zweierlei Hinsicht laufenden Aufwand. Es entstehen Sachaufwand als Kopierkosten und Arbeitsaufwand zur Übergabe des Blattes an den Verbraucher.

Als Anzahl der von Verbrauchern geschlossenen Bauverträge kann näherungsweise die Anzahl der Baugenehmigungen im Hochbau in der Bundesrepublik Deutschland verwendet werden. Bei rund 209 295 Baugenehmigungen und Kopierkosten von rund 0,05 Euro entstehen geringfügige Sachkosten in Höhe von rund 10 500 Euro pro Jahr. Zur Übergabe der Informationen werden auf Grundlage der Zeitwerttabelle des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands eine Minute angesetzt (Standardaktivität Datenübermittlung, einfacher Fall). Bei 209 295 Fällen pro Jahr und einem durchschnittlichen Lohnsatz von 31,90 Euro entsteht ein jährlicher Aufwand in Höhe von rund 111 000 Euro. Insgesamt entsteht durch die rechtliche Vorgabe ein jährlicher Aufwand von rund 122 000 Euro pro Jahr.

- Erstellung und Herausgabe von Unterlagen (§ 650m BGB-E)

Das Unternehmen hat die Pflicht, diejenigen Unterlagen und Dokumente zu erstellen und an den Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

Zur Herausgabe der Unterlagen werden auf Grundlage der Zeitwerttabelle des Leitfadens zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands insgesamt 32 Minuten – jeweils 16 Minuten für beide in § 650m BGB-E vorgesehene Übergabezeitpunkte – angesetzt (Standardaktivität Beschaffung von Daten, mittlerer Fall und Datenübermittlung; einfacher Fall). Für die Beschaffung von Daten wird hierbei eine mittlere Komplexität angenommen, da Bauträger gegebenenfalls auch Unterlagen von Subunternehmen anzufordern haben.

Als Anzahl von Verbrauchern geschlossener Bauverträge kann näherungsweise die Anzahl der Baugenehmigungen im Hochbau in der Bundesrepublik Deutschland verwendet werden. Bei rund 209 295 Baugenehmigungen pro Jahr und einem durchschnittlichen Lohnsatz von 31,90 Euro entsteht ein jährlicher Aufwand in Höhe von rund 3,56 Millionen Euro. Sachkosten werden nicht berechnet, da verschiedene Unterlagen und Dokumente bereits vom Unternehmer vorzuhalten sind (z. B. Genehmigungen).

- Einschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung zwischen Architekt/Ingenieur und bauausführendem Unternehmer (§ 650s BGB-E)

Mit dieser Regelung wird eine Rangfolge der Inanspruchnahme bei Mängeln am Bauwerk/der Außenanlage eingeführt. Der Architekt oder Ingenieur, der im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer wegen Überwachungsfehlern, die zu Mängeln des Bauwerks oder der Außenanlage geführt haben, auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, soll künftig die Leistung verweigern können, wenn nicht der Besteller dem bauausführenden Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Die Regelung ist darauf gerichtet, die überproportionale Belastung der Architekten und Ingenieure im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung zu reduzieren und der Nacherfüllung durch den bauausführenden Unternehmer eine größere Bedeutung zu verschaffen. Gesamtwirtschaftlich gesehen kann dies zu einer

Entlastung führen, weil ein mit dem Bauwerk vertrauter Bauunternehmer den Mangel häufig mit geringeren Kosten beseitigen kann als ein mit dem Bau nicht vertrauter Bauunternehmer, dessen Vergütungsanspruch Maßstab für die Höhe des Schadensersatzanspruchs gegen den Architekten oder Ingenieur ist.

Die durch den Vorrang der Nacherfüllung entstehende gesamtwirtschaftliche Entlastung lässt sich jedoch mit dem derzeit vorhandenen statistischen Material nicht prognostizieren. Weder ist die Zahl der jährlich abgeschlossenen Architekten- und Ingenieurverträge bekannt noch die Zahl der Haftungsfälle der Architekten und Ingenieure wegen Mängeln am geplanten Bauwerk/der geplanten Außenanlage. Als Anhaltspunkt für eine Prognose kann auch nicht seriös auf die Rückstellungen zurückgegriffen werden, die Architektur- und Ingenieurbüros nach Auskunft der Architekten- und Ingenieurverbände in Höhe von 19 Prozent des Umsatzes tätigen. Diese Rückstellungen dienen nicht nur der Haftung wegen Mängeln und lassen daher keine Rückschlüsse auf die Höhe von Mangelschäden und die hier in Rede stehenden Einsparungsmöglichkeiten einer Mängelbeseitigung durch den bauausführenden Unternehmer zu. Es kann daher hier nur festgestellt werden, dass wahrscheinlich eine Entlastung der Wirtschaft eintreten wird. Da die Höhe der Entlastung nicht prognostiziert werden kann, wird sie jedoch bei der Berechnung des Erfüllungsaufwandes dieses Vorhabens nicht in Ansatz gebracht.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.



Tabelle: Laufender jährlicher Aufwand der Unternehmen

Art der Vorgabe	Gesetz	Bezeichnung der Vorgabe	Fallzahl	Zeitaufwand in Minuten pro Fall	Lohnsatz in Euro /Std	Zusatzkosten pro Fall	Jährlicher Aufwand in Tsd. Euro
Informationspflicht	§ 640 Absatz 2 Satz 2 BGB-E	Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angaben von Mängeln verweigerten Abnahme	209 295	1	31,90	0,05	122
Informationspflicht	§ 650m BGB-E	Erstellung und Herausgabe von Unterlagen	209 295	32	31,90	-	3 560
Gesamt							
<b>Jährlicher Aufwand Wirtschaft (Gesamtkosten)</b>			<b>3 682</b>				
<b>davon Sachaufwand</b>			<b>11</b>				

**cc) Regelungen ohne Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

- Verbot, den kaufrechtlichen Anspruch auf Aus- und Einbauleistungen in AGB abzubedingen (§ 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E)

Durch das in § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E vorgesehene Verbot, den kaufrechtlichen Anspruch auf Aus- und Einbauleistungen in AGB abzubedingen, dürfte kein Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft entstehen. Im Verhältnis zwischen Unternehmern gibt es diesen Anspruch auf Aus- und Einbauleistungen bisher nicht, so dass die Parteien bisher auch gar keine Veranlassung hatten, ihn in AGB abzubedingen. Im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern gibt es einen entsprechenden Anspruch zwar bereits auf der Grundlage der Rechtsprechung von EuGH und BGH, jedoch ist dieser Anspruch nach § 476 BGB generell nicht abdingbar. AGB, die derzeit Aus- und Einbauleistungen vorsehen und nunmehr geändert werden müssen, dürfte es daher bei normgerechtem Verhalten der Verwender von AGB nicht geben.

- Erweiterung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs (§ 439 Absatz 3 BGB-E)

Durch die Erweiterung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs in § 439 Absatz 3 BGB-E durch Aufnahme der Verpflichtung des Verkäufers, im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig Aus- und Einbauleistungen zu erbringen oder Ersatz hierfür zu leisten, entsteht ebenfalls kein Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft. Für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs (B2C-Geschäfte) wird der Gesetzeswortlaut lediglich an die bereits heute für die Rechtspraxis maßgebliche Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 16. Juni 2011, C 65/09 und C 87/09) und des BGH (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011, VIII ZR 70/08; Urteil vom 17. Oktober 2012, VIII ZR 226/11) angepasst. Der Aufwand für die Unternehmen ändert sich daher nicht.

Für den Bereich der Kaufverträge zwischen Unternehmern (B2B-Geschäfte) führt die vorgeschlagene Änderung zu einer Erhöhung der Aufwendungen von Verkäufern für eine eventuelle Mängelhaftung. Im gleichen Umfang senken sich aber die Belastungen der Unternehmer als Käufer, die bisher den aus der Lieferung mangelhafter Waren resultierenden Aufwand für Aus- und Einbauleistungen bei fehlendem Verschulden des Verkäufers selbst tragen mussten. Im Rahmen der Wertschöpfungskette von der Herstellung bis zum Einbau wird die bisherige Belastung von Handwerkern und Bauunternehmern, die Baumaterial kaufen und im Rahmen von Werkverträgen bei Dritten einbauen, auf die Verkäuferseite (Handel, Großhandel und Hersteller) übertragen. Ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft entsteht nicht.

- Regelungen zum Rückgriffsanspruch des Verkäufers (§§ 445a, 445b BGB-E)

Mit den §§ 445a, 445b BGB-E werden die bisher nur für B2C-Verträge geltenden Regelungen zum Rückgriff des Verkäufers (§§ 478, 479 BGB) auf B2B-Verträge ausgeweitet. Auch hier gilt entsprechend den Ausführun-

gen zu § 439 Absatz 3 BGB-E, dass kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand entsteht, da die Belastung zwischen den beteiligten Unternehmen lediglich verschoben wird. Es werden die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass der Letztverkäufer den ihm aus der Mängelhaftung gegenüber dem Käufer entstandenen finanziellen Nachteil innerhalb der Lieferkette (z.B. an einen Großhändler oder den Hersteller) weitergegeben kann. Entsprechende Ansprüche stehen den übrigen Verkäufern in der Lieferkette gegen ihre Lieferanten zu (§ 445a Absatz 3 BGB-E). Auf diese Weise kann vorhandener Aufwand auf vorgelagerte Stellen in der Lieferkette weitergegeben werden. Zusätzlicher Erfüllungsaufwand entsteht jedoch nicht.

- Sondervorschrift zur Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung für das Recht der Verbrauchsgüterkäufe (§ 475 Absatz 4 BGB-E)

§ 475 Absatz 4 BGB-E schränkt das Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers bei Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung für Verbrauchsgüterkäufe nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 16. Juni 2011, C 65/09 und C 87/09) ein. Die Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland kommt im Wege einer europarechtskonformen Rechtsfortbildung schon bisher zu entsprechenden Ergebnissen (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011, VIII ZR 70/08). Mit der vorgeschlagenen Änderung wird daher lediglich der Gesetzeswortlaut an eine bereits bestehende Rechtspraxis angepasst. Zusätzlicher Erfüllungsaufwand entsteht dadurch nicht.

- Erweiterung der Fallkonstellationen, in denen Minderung und Rücktritt ohne Fristsetzung geltend gemacht werden können für den Verbrauchsgüterkauf (§ 475 Absatz 5 BGB-E)

§ 475 Absatz 5 BGB-E erweitert den Kreis der Fallkonstellationen, in denen der Verbraucher Minderung und Rücktritt ohne Fristsetzung geltend machen kann. Dies wird auch für den Fall ermöglicht, dass der Verkäufer den Aufwendungsersatz wegen Unverhältnismäßigkeit auf einen angemessenen Betrag beschränkt. Mit dieser Regelung wird lediglich geltendes Recht nach der Entscheidung des EuGH vom 16. Juni 2011 (C-65/09 und C-87/09 – Rz. 77) umgesetzt. Auch insoweit entsteht daher kein Erfüllungsaufwand.

- Einfügung eines Rechts zur Kündigung des Werkvertrags aus wichtigem Grund (§ 648a BGB-E)

Die Einfügung eines Rechts zur Kündigung des Werkvertrags aus wichtigem Grund in das BGB (§ 648a BGB-E) löst keinen Erfüllungsaufwand aus. Die Rechtsprechung lässt bei dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag bereits heute ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund in Anlehnung an § 314 BGB zu. Die Regelung löst daher keinen Erfüllungsaufwand aus, da es sich hier um eine Konkretisierung der Rechtslage handelt.

- Anordnungsrecht des Bestellers (§§ 650b Absatz 2, 650c BGB-E)

Für den Fall einer Anordnung des Bestellers wird dem Unternehmer ein Vergütungsanspruch eingeräumt, der nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zu bemessen ist (§ 650c Absatz 1 BGB-E). Schon deshalb entsteht den Unternehmern durch die Neuregelung kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand. Außerdem können die Unternehmer angemessene Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn verlangen, so dass sie insgesamt keine Verluste hinzunehmen haben.

- Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme (§ 650f BGB-E)

Nach § 650f BGB-E kann der Unternehmer bei einer Verweigerung der Abnahme durch den Besteller verlangen, dass der Besteller an einer Feststellung des Zustands des Werks mitwirkt. Es handelt sich um ein Recht, das der Unternehmer ausüben kann, etwa um spätere Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, aber nicht ausüben muss. Im Rahmen der Ermittlung des Erfüllungsaufwandes werden nur die tatsächlich entstehenden Aufwendungen betrachtet, die unmittelbar zur Änderung von Kosten führen. Die lediglich möglichen und von der Entscheidung des Unternehmers selbst abhängenden Kosten einer Zustandsfeststellung sind daher nicht anzusetzen.

- Begrenzung der Höhe von Abschlagszahlungen (§ 650l Absatz 1 BGB-E)

Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Mehrleistungen nicht übersteigen (§ 650l Absatz 1 BGB-E). Dies bedeutet, dass der Unternehmer in diesem Fall bei Verträgen mit Verbrauchern die letzten 10 Prozent der Vergütung erst nach Fertigstellung und Abnahme des Werks verlangen kann. Der Unternehmer muss dadurch hinsichtlich der letzten 10 Prozent der geschuldeten Leistung in Vorlage treten.

Finanziert der Unternehmer die Vorleistungen über Kredite, führt dies eventuell zu einer längeren Verzinsung und zu einer späteren Gewinnschmälerung. Im Rahmen der Ermittlung des Erfüllungsaufwands von Gesetzesänderungen werden jedoch nur die tatsächlich entstehenden Aufwendungen betrachtet, die unmittelbar zur Änderung von Kosten führen. Unmittelbar bedeutet, dass die Kosten in direkter Verbindung mit der Befolgung der jeweiligen Vorgabe stehen. Eine mögliche Verzinsung des eingesetzten Kapitals als kalkulatorische Kosten und damit der Schmälerung des späteren Gewinns (sog. Opportunitäts- bzw. Alternativkosten) steht nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der rechtlichen Vorgabe. Sie stellt daher keinen Erfüllungsaufwand dar.

- Sonderkündigungsrecht beim Architekten- und Ingenieurvertrag (§ 650q BGB-E)

Macht der Besteller von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch, steht dem Architekten bzw. Ingenieur eine Vergütung für die bis dahin erbrachten Leistungen zu. Ein zusätzlicher Erfüllungsaufwand entsteht daher durch das neue Kündigungsrecht nicht.

- Recht des Architekten und Ingenieurs auf eine Teilabnahme nach der Abnahme der Bauleistungen (§ 650r BGB-E)

Architekten und Ingenieure sollen künftig eine Teilabnahme ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer verlangen können (§ 650r BGB-E). Hierdurch wird die Abnahme der Gesamtleistung am Schluss durch zwei Abnahmen von Teilleistungen ersetzt.

Macht der Architekt oder Ingenieur von seinem Recht auf Teilabnahme Gebrauch, wird der mit der Abnahme verbundene Aufwand auf zwei Zeitpunkte verteilt. Es sind zunächst die bis zum Abschluss der Bauausführung erbrachten Leistungen des Architekten und Ingenieurs und später die danach erbrachten abzunehmen. Der Umfang der abzunehmenden Leistungen bleibt gleich. Mehraufwand entsteht allenfalls dadurch, dass die Parteien ein zweites Mal zum Ort des Bauvorhabens fahren müssen. Dadurch entstehende Zusatzkosten dürften zu vernachlässigen sein.

- Abschlagszahlungen beim Bauträgervertrag (§ 650u BGB-E)

Die Regelung verweist auf bereits geltende Normen und enthält keine inhaltlichen Änderungen. Hierdurch entsteht kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand.

#### **dd) Belange mittelständischer Unternehmen**

Bauunternehmen sind zu rund 80 Prozent Handwerksbetriebe und kleine Bauunternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten (s. oben unter A.VI.4 a) aa). Der Erfüllungsaufwand, der mit den Informationspflichten, der Anpassung von AGB und dem Widerrufsrecht verbunden ist, trifft kleine und mittlere Unternehmen ebenso wie große Unternehmen. Um die erforderlichen Informationsunterlagen zu erstellen und die AGB an die neue Rechtslage anzupassen, benötigt das betroffene Unternehmen keinen eigenen Juristen. Es reichen Muster-Informationen und Muster-AGB aus, die Interessenverbände ihren Mitgliedern bei Gesetzesänderungen üblicherweise zur Verfügung stellen.

Eine Entlastung von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber großen Unternehmen hinsichtlich der Regelungen, die Erfüllungsaufwand verursachen, ist nicht möglich, weil diese Regelungen dem Verbraucherschutz dienen. Der Verbraucherschutz muss einheitlich sein und darf nicht danach unterscheiden, ob der Vertragspartner des Verbrauchers ein kleines oder ein großes Unternehmen ist.

#### **c) Erfüllungsaufwand der Verwaltung**

Für Bund, Länder und Kommunen entsteht kein zusätzlicher Vollzugsaufwand.

### **5. Weitere Kosten**

In § 439 Absatz 3 BGB-E wird die Verpflichtung des Verkäufers vorgesehen, im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig Aus- und Einbauleistungen zu erbringen oder Ersatz hierfür zu leisten (Erweiterung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs). Hierbei wird die Verkäuferseite möglicherweise auf das neue Risiko reagieren, indem sie sich dagegen versichert und die Versicherungskosten auf die Verkaufspreise umlegt oder die Verkaufspreise unmittelbar anhebt.

Eine Abschätzung der möglichen Preissteigerung aus einer Überwälzung von Versicherungskosten ist nicht möglich. Dies liegt im Wesentlichen an der unterschiedlichen Konkurrenzsituation auf den bestehenden Märkten. Herrscht beispielsweise auf einem Markt eine hohe Konkurrenzdichte, hat ein Unternehmer keine oder nur geringe Möglichkeiten die zusätzlichen Kosten auf den Verbraucher zu überwälzen (dies ist abhängig von der sog. Preiselastizität der Nachfrage). Andererseits kann ein Unternehmen bei Monopolstrukturen die kompletten Kosten auf den Verbraucher überwälzen. Hierbei spielen – neben den eigentlichen Produkten – auch saisonale und räumliche Aspekte eine entscheidende Rolle.

## 6. Weitere Gesetzesfolgen

Auswirkungen auf die Verbraucherinnen und Verbraucher sind vor allem durch die Vorschriften zum Verbrauchervertrag zu erwarten. Die neuen Vorschriften sind entweder zwingend ausgestaltet (§ 650n BGB-E) oder vor Abweichungen in AGB geschützt (§ 309 Nummer 15 BGB-E) und werden daher die Rechtsstellung der Verbraucherinnen und Verbraucher beim Abschluss und bei der Durchführung von Bauverträgen wesentlich verbessern. Darüber hinaus werden den Verbraucherinnen und Verbrauchern auch Vorschriften zugutekommen, die nicht speziell für Verbraucherverträge konzipiert sind, sondern für alle Bauherren (Besteller) gelten. Dies gilt etwa für das Anordnungsrecht des Bestellers bei Bauverträgen (§§ 650b und 650c BGB-E) und das Sonderkündigungsrecht des Bestellers bei Architekten- oder Ingenieurverträgen (§ 650q BGB-E).

Bestimmungen, die gleichstellungsrelevant sind, enthält der Gesetzentwurf nicht. Spezifische Auswirkungen auf die Lebenssituation von Männern und Frauen sind daher nicht zu erwarten.

Auch demografische Auswirkungen sind nicht zu erwarten.

## VII. Befristung; Evaluierung

Eine Befristung des Gesetzes ist nicht vorgesehen. Die vorgeschlagenen Regelungen tragen gesetzgeberischem Handlungsbedarf Rechnung, der sich aus Bedürfnissen der Praxis, aus Gründen des Verbraucherschutzes oder aus Vorgaben des EuGH ergibt. Es kommt daher nicht in Betracht, die Geltung der Neuregelung auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken.

Dieses Gesetzesvorhaben wird spätestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten evaluiert. Dazu wird die Bundesregierung im Wege einer rechtstatsächlichen Untersuchung prüfen, ob die beabsichtigten Wirkungen auf die Praxis, insbesondere der Ausbau des Verbraucherschutzes und die Anpassung des Rechts an die speziellen Bedürfnisse des Bauvertrags (oben unter A.I.1), ganz, teilweise oder nicht erreicht worden sind. Die Untersuchung wird die Frage nach unbeabsichtigten Nebenwirkungen sowie nach der Akzeptanz der Regelungen einschließen. Sie soll in Auftrag gegeben werden, wenn die Praxis sich auf die neuen Regelungen eingestellt und erste Erfahrungen mit ihnen gesammelt hat.

Die Bundesregierung wird ferner unter Inanspruchnahme des Statistischen Bundesamtes untersuchen, wie sich der Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft entwickelt hat und ob die Entwicklung in einem angemessenen Verhältnis zu den festgestellten Regelungswirkungen steht.

## B. Besonderer Teil

### Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

#### Zu Nummer 1 (Änderung der Inhaltsübersicht)

Die Inhaltsübersicht ist an die neue Gliederung des Titels 9 – Werkvertrag und ähnliche Verträge – anzupassen.

#### Zu Nummer 2 (Änderung des § 218)

In § 218 Absatz 1 Satz 2 BGB-E handelt es sich zum einen bei der Angabe des § 439 Absatz 4 BGB-E um eine durch die Änderung durch Nummer 7 Buchstabe b bedingte Folgeänderung, zum anderen um eine sprachliche Bereinigung bei Gelegenheit eines Änderungsvorhabens. Anstelle der Abkürzung „Abs.“ wird das Wort „Absatz“ nun ausgeschrieben.

**Zu Nummer 3 (Änderung des § 309)****Zu Buchstabe a**

Nach § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E ist eine Bestimmung in AGB, auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, unwirksam, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, entsprechend § 439 Absatz 2 die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen. Dieses Klauselverbot soll dahingehend ergänzt werden, dass es auch die Verpflichtung des Verkäufers zur Vornahme von Aus- und Einbauleistungen oder den Anspruch des Käufers auf Aufwendungsersatz hierfür erfasst, die neu in § 439 Absatz 3 BGB-E eingefügt wird.

Für den Rückgriff des Unternehmers/Verkäufers nach einem Verbrauchsgüterkauf enthält § 478 Absatz 2 BGB-E eine Einschränkung der Dispositivität, die den Mängelrechten im Verhältnis zwischen Unternehmern einen wirtschaftlich zwingenden Charakter gibt. Der Unternehmer/Verkäufer erhält auf diese Weise eine Kompensation dafür, dass seine Haftung für Sachmängel gegenüber dem Verbraucher weitestgehend zwingend ausgestaltet ist (vgl. Münchener Kommentar/Lorenz, BGB, 6. Auflage § 478 Rn. 1). Ist auch der letzte Käufer in der Lieferkette ein Unternehmer, wie in den Fällen des Kaufs von Baumaterial durch einen Handwerker oder sonstigen Werkunternehmer, ist der Verkäufer nicht in gleichem Maße schutzwürdig. Im Verhältnis von Unternehmern zueinander muss es möglich bleiben, die Mängelhaftung durch Individualvereinbarung abzubedingen. Auf diesem Wege kann etwa eine fehleranfällige Sache, verbunden mit einer Haftungsbeschränkung, zu einem besonders günstigen Preis verkauft werden. Handwerker und Bauunternehmer, die Baumaterial kaufen, sind hingegen schutzbedürftig, wenn AGB verwendet werden. Diesem Schutzbedürfnis und dem Interesse an einer Regresskette, die möglichst bis zu dem für den Mangel der Kaufsache Verantwortlichen reicht, soll durch die vorgeschlagene Ergänzung von § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E Rechnung getragen werden.

Zwar findet § 309 auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, keine unmittelbare Anwendung (§ 310 Absatz 1 Satz 1). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen aber der Inhaltskontrolle nach § 307 Absatz 1 und 2, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 309 aufgeführt sind; dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Absatz 1 Satz 2). Die in den Klauselverboten zum Ausdruck kommenden Wertungen sind mithin zu berücksichtigen, soweit diese übertragbar sind (vgl. BGHZ 89, 363 ff. und 90, 273 ff. zu § 24 AGBG).

Die Tatsache, dass eine Klausel in AGB bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 fällt, stellt nach der Rechtsprechung des BGH ein Indiz dafür dar, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt. Etwas anderes kann gelten, wenn die Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden kann (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 19. September 2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1-6; BGH, Urteil vom 8. März 1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 278; BGH, Urteil vom 19. Juni 2013 – VIII ZR 183/12).

Ein formularmäßiger Ausschluss oder eine formularmäßige weitreichende Beschränkung der Verpflichtung des Verwenders, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen, Ein- und Ausbauleistungen zu erbringen oder hierfür Aufwendungsersatz zu leisten, wird aufgrund der vorgeschlagenen Änderung grundsätzlich wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB unwirksam sein. Fälle, in denen eine Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs oder mit Blick auf im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Bräuche ausnahmsweise als angemessen angesehen werden können, werden durch die Rechtsprechung konkretisiert werden.

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E um Leistungen oder Aufwendungsersatz für Aus und Einbau der Kaufsache durch den Verweis auf § 439 Absatz 3 BGB-E, erscheint daher geeignet, um einerseits einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse an Vertragsfrei-

heit und andererseits dem Schutz des Käufers und dem Interesse an einer Regresskette, die möglichst bis zu dem für den Mangel verantwortlichen Unternehmer reicht, zu erreichen.

### **Zu Buchstabe b und c**

Der Katalog der unwirksamen Klauseln in AGB in § 309 wird zudem um eine Nummer 15 (Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung) ergänzt. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass die dem Schutz des Bestellers dienenden Vorschriften des bisherigen § 632a und des künftigen § 650l BGB-E über Abschlagszahlungen und Sicherheiten bei Verbraucherverträgen durch AGB zu Lasten des Verbrauchers unangemessen eingeschränkt werden können.

Dem Umstand, dass Verbrauchern regelmäßig die Verhandlungsmacht fehlt, für sie günstige Vereinbarungen zu erreichen bzw. für sie ungünstige Bedingungen zu verhindern, trägt der vorliegende Entwurf überwiegend dadurch Rechnung, dass abweichende Vereinbarungen – ebenso wie dies das BGB in vielen anderen Bereichen des Verbraucherschutzes tut (vgl. beispielsweise die §§ 475, 487, 511, 651m, 675e) – generell ausgeschlossen werden (§ 650n BGB-E). Hinsichtlich der hier in Rede stehenden Vorschriften über die Zahlung von Abschlägen hielt die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht einen solchen generellen Ausschluss abweichender Vereinbarungen für zu weitgehend. Der Verbraucher solle nicht dergestalt bevormundet werden, dass es ihm rechtlich generell verwehrt wird, von der gesetzlichen Abschlagsregelung abzuweichen. So müsse der Verbraucher die Möglichkeit haben, eine Vorauszahlung bewusst in Kauf zu nehmen, wenn ihm dafür an anderer Stelle – etwa bei der insgesamt zu zahlenden Vergütung – günstigere Vertragsbedingungen angeboten werden. Die Arbeitsgruppe hat daher vorgeschlagen, die Regelungen über die Abschlagszahlungen lediglich „AGB-fest“ auszugestalten (vgl. Abschlussbericht, S. 33 f.). Der Verbraucher ist dann im Normalfall, in dem die Abschlagszahlungen in AGB vereinbart werden, geschützt. Eine bewusste Abweichung der Parteien von der gesetzlichen Regelung durch eine individuell ausgehandelte Vereinbarung bleibt aber möglich.

Das vorgesehene neue Klauselverbot gilt sowohl für die in § 632a Absatz 1 festgelegte Höhe der Abschlagszahlungen, die den Besteller vor unberechtigten Vorauszahlungen schützen soll (§ 309 Nummer 15 Buchstabe a), als auch für die von dem Unternehmer nach § 632a Absatz 3 (künftig § 650l Absatz 2 BGB-E) zu leistende Sicherheit, wenn er von dem Besteller Abschlagszahlungen verlangt (§ 309 Nummer 15 Buchstabe b).

Darüber hinaus erfasst das Verbot in § 309 Nummer 15 Buchstabe a auch den in diesem Entwurf vorgesehenen neuen § 650l Absatz 1 BGB-E, der für Verbraucherbauverträge eine Obergrenze für Abschlagszahlungen in Höhe von 90 Prozent der Gesamtvergütung festlegt und damit ebenso wie § 632a Absatz 1 das mit Abschlagszahlungen verbundene Risiko der Vorauszahlung für den Besteller begrenzen soll. Diese Vorschrift muss ebenfalls nicht generell zwingend sein, jedoch bedarf es auch insoweit eines Schutzes vor einer Umgehung in AGB.

Der Katalog der Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit in § 309 wird daher entsprechend ergänzt.

### **Zu Nummer 4 (Änderung des § 312)**

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung und Vereinfachung der Ausnahmenvorschrift des § 312 Absatz 2 Nummer 3, die durch die Definition des Verbraucherbauvertrags in § 650h BGB-E möglich wurde. Mit dieser Definition werden genau diejenigen Verträge erfasst, die bereits nach dem bisherigen § 312 Absatz 2 Nummer 3 vom Anwendungsbereich der Vorschriften über Verbraucherverträge ausgenommen waren. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

### **Zu Nummer 5 (§ 356d BGB-E – Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen)**

Die Vorschrift des § 356d BGB-E enthält ergänzende Regelungen zu § 650k BGB-E, mit dem für Verbraucherbauverträge ein Widerrufsrecht nach § 355 eingeführt wird. Sie sieht vor, dass die Widerrufsfrist des § 355 Absatz 2 nicht beginnt, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend Artikel 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) unterrichtet hat.

In Anlehnung an das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen (§ 356 Absatz 3 Satz 2) erlischt das Widerrufsrecht spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss, unabhängig davon, ob eine ordnungsgemäße Belehrung erfolgt ist.

**Zu Nummer 6 (§ 357d BGB-E – Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherbauverträgen)**

Die Vorschrift des § 357d BGB-E regelt in Ergänzung zur allgemeinen Regelung des § 355 Absatz 3 die Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherbauverträgen.

Da die Bauarbeiten in der Regel auf dem Grundstück des Verbrauchers durchgeführt werden, führen diese zu einem Wertzuwachs auf Seiten des Verbrauchers, der im Fall eines Widerrufs oft nicht entsprechend § 355 Absatz 3 zurückgewährt werden kann. Dies ist beispielsweise beim Aushub der Baugrube, dem Betonieren von Fundamenten oder der Errichtung eines Dachstuhls der Fall. Die Vorschrift normiert daher eine – verschuldens-unabhängige – Verpflichtung des Verbrauchers auf Wertersatz für die erbrachte Leistung gegenüber dem Unternehmer. Bei der Berechnung dieses Wertersatzes ist nach § 357d Satz 2 BGB-E die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen. Als Korrektiv für Fälle, in denen ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vereinbarten Vertragsleistungen besteht, ordnet Satz 3 an, dass der Wertersatz auf der Grundlage des Marktwertes zu berechnen ist, wenn die vereinbarte Vergütung unverhältnismäßig hoch ist. Die Regelung orientiert sich insoweit an der Rechtsfolge in § 357 Absatz 8 Satz 4 und 5.

**Zu Nummer 7 (Änderung des § 439)****Zu Buchstabe a**

Der EuGH hat durch Urteil vom 16. Juni 2011 (C 65/09 und C 87/09) auf Vorlage unter anderem des BGH (VIII ZR 70/08) entschieden, dass der Verkäufer einer beweglichen Sache im Rahmen der Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher verpflichtet sein kann, die bereits in eine andere Sache eingebaute mangelhafte Kaufsache auszubauen und die Ersatzsache einzubauen oder die Kosten für beides zu tragen. Die Entscheidung des EuGH stellt eine Ausweitung des Nacherfüllungsanspruchs des Verbrauchers gegenüber der bisherigen Rechtspraxis in der Bundesrepublik Deutschland dar. Nach bisher vertretener mehrheitlicher Auffassung (vgl. hierzu die sogenannte Parkettstäbe-Entscheidung des BGH (BGH, Urteil vom 15. Juli 2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224-236)) handelte es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch des Käufers um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs mit der Folge, dass der Nacherfüllungsanspruch im Umfang nicht weiter reichen kann als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch. Dieser ist nach § 433 Absatz 1 regelmäßig nur auf die Übereignung und Übergabe einer mangelfreien Kaufsache gerichtet. Zum Ersatz weitergehender Kosten, verursacht durch den Ein- und Ausbau der mangelhaften Kaufsache, wäre der Verkäufer dem Verbraucher nur verpflichtet, wenn die weitergehenden Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach den §§ 437 Nummer 3, 440, 280 ff. vorliegen würden. Dies bedeutet, dass der Verkäufer gemäß § 280 Absatz 1 insbesondere auch schuldhaft gehandelt haben müsste. Nach der Entscheidung des EuGH kann hingegen schon der Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers den Ausbau der mangelhaften Kaufsache und den Einbau der Ersatzsache oder Ersatz der Kosten für beides umfassen. Mit § 439 Absatz 3 BGB-E wird die Entscheidung des EuGH zu den Ein- und Ausbaurkosten für sämtliche Kaufvertragsverhältnisse und für beide Arten der Nacherfüllung nach § 439 Absatz 1 umgesetzt.

**Zu § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E****Aus- und Einbauleistungen**

§ 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E bestimmt, dass der Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung nach § 439 Absatz 1 auch den Ausbau der gekauften mangelhaften und den Einbau der nachzubessernden oder als Ersatz zu liefern Sache umfasst, wenn der Käufer die gekaufte Sache ihrer Art und ihrem Verwendungszweck gemäß in eine andere Sache eingebaut hat. Durch die Regelung wird die ausdehnende Anwendung des Nacherfüllungsanspruchs durch den EuGH für sämtliche Kaufverträge und für beide Arten der Nacherfüllung (Beseitigung des Mangels und Lieferung einer mangelfreien Sache) umgesetzt.

Die derzeitige restriktive Handhabung des Nacherfüllungsanspruches entsprechend der geltenden Rechtslage geht vor allem zu Lasten der Handwerker und Bauunternehmer. Sie schulden ihrem Auftraggeber im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllung regelmäßig den Ausbau des mangelhaften Baumaterials und den Einbau des mangelfreien Ersatzmaterials. Die Kosten dafür können sehr hoch sein. Von dem Verkäufer des Baumaterials kann der Werkunternehmer dagegen nach geltendem Recht häufig nur die Lieferung einer neuen Kaufsache verlangen. Die Kosten für den Ausbau und den erneuten Einbau der mangelfreien Sache muss er selbst tragen, wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs mangels eines Verschuldens des Verkäufers nicht

erfüllt sind. Die Aus- und Einbaukosten können die dem Handwerker aus dem Werkvertrag zustehende Vergütung bei weitem übersteigen. Besonders hohe Aus- und Einbaukosten können entstehen, wenn Materialien an schwer zugänglichen Stellen verbaut wurden oder verwendete Kleinteile von geringem Wert wegen Mängeln ausgetauscht werden müssen. In solchen und ähnlichen Fällen führt die Regelung des § 439 Absatz 3 BGB-E und deren weite Anwendbarkeit auf alle Kaufvertragsverhältnisse (auch außerhalb eines Verbrauchsgüterkaufs) zu einer Entlastung der Handwerker und der anderen Unternehmer. Diese können den Verkäufer mangelhaften Materials künftig auch dann wegen der Aus- und Einbauleistungen in Anspruch nehmen, wenn der Verkäufer die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten hat und daher ein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB nicht gegeben ist.

### **Anwendbarkeit für beide Arten der Nacherfüllung nach § 439 Absatz 1 BGB**

Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob eine mangelhafte Kaufsache, die der Käufer vor Auftreten eines Mangels gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck verbaut hat, ausgebaut werden muss, um eine neu gelieferte mangelfreie Sache zu verbauen oder aber ob eine solche Sache ausgebaut werden muss, um den Mangel beseitigen zu können und sodann wieder sach- und fachgerecht zu verbauen. Bei beiden Alternativen der Nacherfüllung würden den Käufer weitere Kosten des Ein- und Ausbaus treffen, die er bereits einmal aufgewandt hat und die er bei mangelfreier Erfüllung des Vertrags nicht noch ein weiteres Mal zu tragen hätte.

### **Wahlrecht des Verkäufers**

Als Ausprägung des Rechts der zweiten Andienung muss der Verkäufer in den Fällen des Satzes 1 die Gelegenheit haben, die mangelhafte Kaufsache aus- und die nachgebesserte oder neu gelieferte mangelfreie Sache selbst einzubauen. Ihm wird daher ein Wahlrecht eingeräumt, ob er den Aus- und Einbau selbst vornehmen möchte oder ob er sich zum Ersatz der angemessenen Aufwendungen hierfür verpflichten möchte. Das Wahlrecht bietet dem Verkäufer insbesondere dann einen wirtschaftlichen Vorteil, wenn er sach- und fachgerechte Aus- und Einbauleistungen günstiger selbst durchführen oder beauftragen kann, als dies dem Käufer möglich ist.

### **Einbau gemäß der Art und dem Verwendungszweck der Kaufsache**

Dem Urteil des EuGH entsprechend setzt der Anspruch des Käufers auf Ausbau der gekauften mangelhaften und Einbau der als Ersatz zu liefernden Sache voraus, dass der Verbraucher die gekaufte Sache gutgläubig und ihrer Art und ihrem Verwendungszweck gemäß in die andere Sache eingebaut hat. Ohne diese Einschränkungen würde der Anspruch auf die Aus- und Einbauleistung auf Fälle erstreckt, in denen der Käufer nicht schutzwürdig ist und die Ansprüche für den Verkäufer nicht vorhersehbar wären. Der art- und zweckgemäße Einbau der Sache ist grundsätzlich objektiv zu beurteilen. Maßgeblich ist, ob der Käufer die Kaufsache durch den vorgenommenen Einbau bestimmungsgemäß verwendet hat oder nicht. Insbesondere wenn der Käufer die Kaufsache durch den Einbau entgegen ihrer funktionellen Bestimmung verwendet, kann ein Anspruch auf ihren Ausbau und Einbau einer Ersatzsache abzulehnen sein.

### **Sach- und fachgerechter Einbau der Kaufsache**

War der ursprüngliche Einbau der Kaufsache vor Auftreten des Mangels nicht sach- und fachgerecht erfolgt, kann der Verkäufer sein Wahlrecht nach den Satz 1 dahingehend ausüben, dass er Aufwendungsersatz für die Aus- und Einbauleistungen schuldet (§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 BGB-E). Der Aufwendungsersatzanspruch des Käufers kann dann beispielsweise um die sogenannten „Sowieso-Kosten“ gemindert sein. Entsteht für den Käufer durch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder neu gelieferten mangelfreien Sache ein sonstiger Mehrwert, kann dieser Umstand auf dem Wege der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden. Hat der Käufer den Mangel mitverursacht, kann auch dies zu berücksichtigen sein, wobei der quotale Anteil nach § 254 zu bemessen sein wird.

### **Zu § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E**

§ 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E beinhaltet eine Beschränkung des Wahlrechts des Verkäufers nach § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E, ob er die Aus- und Einbauleistungen selbst erbringen oder ob er Aufwendungsersatz hierfür leisten möchte. Es kann Fälle geben, in denen der Käufer ein vorrangiges schutzwürdiges Interesse daran hat, dass der Verkäufer der mangelhaften Sache den Aus- und Einbau nicht selbst vornimmt, sondern dies ihm



selbst oder einem von ihm eingesetzten Werkunternehmer überlässt. In diesen Fällen sollen dem Recht des Verkäufers zur „zweiten Andienung“ Grenzen gesetzt werden.

Nach Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 ist der Verkäufer auf den Aufwendungsersatz beschränkt, wenn dem Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache durch ihn ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegensteht. Wann ein berechtigtes Interesse des Käufers anzunehmen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dies kann etwa anzunehmen sein, wenn die mangelhafte Kaufsache in einer technisch hoch komplexen Anlage verbaut worden und daher eine besondere Fachkunde für die Ausführung der Aus- und Einbauleistung erforderlich ist. Zu berücksichtigen wird auch sein, ob der Käufer die mangelhafte Sache als Werkunternehmer bei einem Dritten verbaut hat, der ihm etwa wegen seiner Fachkunde oder einer längeren Vertragsbeziehung ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Das berechnigte Interesse des Käufers darf allerdings nicht so weit ausgelegt werden, dass es dem Käufer allein durch die Gestaltung des Vertrages mit seinem Kunden ermöglicht wird, das Wahlrecht des Verkäufers einzuschränken. So dürfte die Vereinbarung einer höchstpersönlichen Leistungserbringung zwischen dem Käufer und seinem Kunden ohne Hinzutreten weiterer Gründe regelmäßig nicht ausreichen, um ein berechtigtes Interesse des Käufers im Sinne von Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 annehmen zu können.

Zum anderen ist eine Beschränkung des Wahlrechts des Verkäufers in den Fällen geboten, in denen der Verkäufer sein Wahlrecht nicht innerhalb einer angemessenen Frist ausübt. Absatz 3 Satz 2 Nummer 2 sieht daher vor, dass der Verkäufer ebenfalls auf den Aufwendungsersatz beschränkt ist, wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer vom Käufer bestimmten angemessenen Frist erklärt hat, dass er den Aus- und Einbau selbst vornehmen werde. Verbindet der Käufer die Fristsetzung mit dem Nacherfüllungsverlangen, kann er in relativ kurzer Zeit Klarheit darüber herstellen, ob der Verkäufer die Aus- und Einbauleistung als solche oder Aufwendungsersatz schuldet. Eine Frist ist angemessen, wenn sie dem Verkäufer eine ausreichende Prüfung des Sachverhalts ermöglicht und auch eine auskömmliche Kalkulations- und Bedenkzeit enthält. Die genaue Länge der angemessenen Frist bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.

#### **Zu § 439 Absatz 3 Satz 3 BGB-E**

Die vom EuGH vorgenommene Beschränkung des Anspruchs auf die Fälle, in denen der Käufer die mangelhafte Kaufsache gutgläubig eingebaut hat, setzt der Entwurf in § 439 Absatz 3 Satz 3 BGB-E um: Die bestehende Regelung des § 442 Absatz 1 ist auf die Aus- und Einbautfälle dergestalt anzuwenden, dass für eine Kenntnis des Käufers nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den Zeitpunkt des Einbaus der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer abzustellen ist. Kennt der Käufer den Mangel der Kaufsache bereits bei Vertragsschluss, sind seine Rechte wegen eines Mangels nach § 442 Absatz 1 Satz 1 ausgeschlossen. Erlangt der Käufer nach Vertragsschluss aber vor Einbau der Kaufsache Kenntnis von einem Mangel, sind seine Rechte wegen eines Mangels nicht nach § 442 Absatz 1 Satz 1 ausgeschlossen. Etwas anderes muss jedoch für die Rechte des Käufers aus § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E gelten. Der Käufer, der eine Sache in Kenntnis eines Mangels verbaut, ist hinsichtlich der dadurch erforderlich werdenden Aus- und Einbauleistungen nicht schutzwürdig. Hier ist es dem Käufer zuzumuten, dass er zunächst seinen Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Absatz 1 geltend machen muss, bevor er die Sache verbaut. Es besteht daher kein Anspruch nach Absatz 3 Satz 1, wenn der Käufer den Mangel bei Einbau der mangelhaften Sache kannte. Ist dem Käufer ein Mangel der Kaufsache bei ihrem Einbau infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kommt § 442 Absatz 1 Satz 2 entsprechend zur Anwendung. Der Käufer kann Rechte wegen eines Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

#### **Zu Buchstabe b**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der Änderung durch Nummer 7 Buchstabe a.

#### **Zu § 439 Absatz 4 BGB-E**

Das bisher in § 439 Absatz 3 enthaltene Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers bei Unverhältnismäßigkeit wird künftig in § 439 Absatz 4 BGB-E geregelt. Inhaltlich bleibt die Vorschrift unverändert. Für Verbrauchsgüterkäufe findet sich in § 475 Absatz 4 BGB-E eine Sonderbestimmung (siehe Änderung zu Nummer 10).

**Zu Nummer 8**

In § 440 Satz 1 BGB-E wird eine sprachliche Bereinigung bei Gelegenheit des Änderungsvorhabens vorgenommen. Anstelle der Abkürzung „Abs.“ wird das Wort „Absatz“ nun ausgeschrieben. Außerdem wird als Folgeänderung zu Nummer 7 Buchstabe b die bisherige Angabe „§ 439 Absatz 3“ durch „§ 439 Absatz 4“ ersetzt.

**Zu Nummer 9**

Aufgrund der Neuregelung des § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E werden die Verkäufer von Baumaterialien und anderen Gegenständen weitaus häufiger als derzeit Ansprüchen auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten und anderen Aufwendungsersatzansprüchen ausgesetzt sein. Diese Ansprüche können einen erheblichen Umfang haben. Ein Ausgleich für diese ausgeweitete Mängelhaftung soll dadurch erreicht werden, dass auch die Regressvorschriften zugunsten des Verkäufers ausgeweitet werden. Mängel an verkauften Sachen sind häufig auf Fehler zurückzuführen, die bei deren Herstellung oder durch unsachgemäße Aufbewahrung bei einem Zwischenhändler/Lieferanten gemacht worden sind. Für diese Fälle soll darauf hingewirkt werden, dass Letztverkäufer und Zwischenhändler die Aufwendungen, die ihnen bei der Erfüllung ihrer Nacherfüllungspflichten entstehen, über Regressvorschriften in der Lieferkette möglichst bis zum Verursacher des Mangels weiterreichen können.

**Zu § 445a BGB-E (Rückgriff des Verkäufers)****Zu Absatz 1**

§ 445a Absatz 1 BGB-E entspricht inhaltlich dem bisherigen Recht beim Verbrauchsgüterkauf nach § 478 Absatz 2. Die zuvor in § 478 Absatz 1 enthaltene Definition des Lieferanten wurde ergänzt. Die Regelung des § 445a Absatz 1 BGB-E gibt dem (Letzt-)Verkäufer, der vom Käufer im Wege der Nacherfüllung in Anspruch genommen wurde, gegen seinen Lieferanten einen Anspruch auf Ersatz der Nacherfüllungsaufwendungen, die der (Letzt-)Verkäufer nach §§ 439 Absätze 2 und 3, 475 Absätze 4 und 6 BGB-E im Verhältnis zum Käufer zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war. Es handelt sich hierbei um eine eigene Anspruchsgrundlage, das heißt um einen selbständigen Regressanspruch. Der bislang auf das Recht des Verbrauchsgüterkaufs beschränkte Anwendungsbereich des § 478 Absatz 2 wird damit auf alle Kaufverträge, die neu hergestellte Sachen zum Gegenstand haben, ausgeweitet. Ein unmittelbarer Regressanspruch auf Aufwendungsersatz - unabhängig von dem sonst zu beachtenden Vorrang der Nacherfüllung - besteht nunmehr auch dann, wenn es sich bei dem letzten Kaufvertrag in der Lieferkette um einen solchen zwischen zwei Unternehmern handelt.

Mit der Formulierung „zu tragen hatte“ wird - wie auch im bisherige Recht in § 478 Absatz 2,- ausgedrückt, dass der Letztverkäufer seinerseits zur Nacherfüllung verpflichtet gewesen sein muss und ihm auch kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem (Letzt-)Käufer zustand. Der Lieferant kann dem Rückgriffsanspruch mithin gegebenenfalls entgegenhalten, der Letztverkäufer habe von einer an sich gegebenen Möglichkeit abgesehen, die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Absatz 4 BGB-E zu verweigern oder gegenüber einem (Letzt-)Käufer, der Verbraucher ist, den Aufwendungsersatz nach § 475 Absatz 4 BGB-E auf einen angemessenen Betrag zu beschränken.

**Zu Absatz 2**

§ 445a Absatz 2 BGB-E entspricht im Wesentlichen der geltenden Regelung des § 478 Absatz 1 im Recht des Verbrauchsgüterkaufs, die nunmehr auch für Kaufverträge zwischen Unternehmern anwendbar ist. Sie stellt eine Modifikation bestimmter Regelungen des Gewährleistungsrechts dar: Unter näher beschriebenen Voraussetzungen bedarf es für die Geltendmachung der in § 437 genannten Rechte des (Letzt-)Verkäufers gegen seinen Lieferanten einer sonst (nach den §§ 323 Absatz 1, 441 Absatz 1 oder § 281 Absatz 1) erforderlichen Fristsetzung für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung nicht. Es handelt sich damit um einen selbständigen Regress: Dem Rückgriff des (Letzt-)Verkäufers dienen in erster Linie seine allgemeinen kaufrechtlichen Rechte und Ansprüche nach § 437 Nummer 1 bis 3, deren Bestehen § 445a Absatz 2 BGB-E im Übrigen, das heißt abgesehen von dem Erfordernis einer fruchtlosen Fristsetzung, voraussetzt.

**Zu Absatz 3**

Die Regelung des § 445a Absatz 3 BGB-E entspricht der bislang geltenden Regelung des § 478 Absatz 5. Die Regelungen über den Rückgriff des Verkäufers nach § 445a Absatz 1 und 2 BGB-E gelten in der weiteren Lieferkette entsprechend, sofern die Parteien des jeweiligen Kaufvertrags Unternehmer im Sinne von § 14 sind. Nachteile aus der Mangelhaftigkeit einer Sache sollen so möglichst bis zu dem Unternehmer weitergegeben werden, in dessen Bereich der Mangel entstanden ist. Die Regelung hat zur Folge, dass etwaige Fristsetzungen als Voraussetzung für Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz innerhalb einer Lieferkette ebenfalls entbehrlich sind, wenn der jeweilige Gläubiger die Sache von seinem Abnehmer zurücknehmen musste (§ 445a Absatz 2 BGB-E). Im Bereich des selbständigen Regresses des Verkäufers sind die dem Abnehmer nach § 445a Absatz 1 BGB-E erstatteten Nacherfüllungsaufwendungen im Verhältnis des Gläubigers zum jeweiligen Lieferanten, in entsprechender Anwendung von § 445a Absatz 1 BGB-E als ersatzfähige Nacherfüllungsaufwendungen anzusehen.

**Zu Absatz 4**

§ 445a Absatz 4 BGB-E entspricht der bislang geltenden Rechtslage nach § 478 Absatz 6 bei Verbrauchsgüterkäufen, wonach klargestellt wird, dass die Regelungen des § 377 des Handelsgesetzbuchs (HGB) durch die Regelungen über den Rückgriff des Verkäufers nach § 445a BGB-E und die Sonderbestimmungen über den Rückgriff des Unternehmers nach § 478 BGB-E unberührt bleiben. Eine Verletzung der von § 445a Absatz 4 BGB-E ausdrücklich vorbehaltenen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit kann das Entstehen von Regressketten mithin verhindern oder solche unterbrechen.

**Zu § 445b BGB-E (Verjährung von Rückgriffsansprüchen)****Zu Absatz 1**

§ 445b Absatz 1 BGB-E entspricht der geltenden Regelung des § 479 Absatz 1 im Recht des Verbrauchsgüterkaufs. Aufgrund der Ausweitung des Anwendungsbereichs des Rückgriffs des Verkäufers war der Standort der Regelung entsprechend anzupassen. Die Verjährung des selbständigen Regressanspruchs des Verkäufers nach § 445a Absatz 1 BGB-E wird nicht von § 438 erfasst. § 445b Absatz 1 BGB-E enthält eine eigenständige Verjährungsregel für diesen Regressanspruch.

**Zu Absatz 2**

§ 445b Absatz 2 BGB-E entspricht der bislang geltenden Systematik des § 479 Absatz 2. § 445b Absatz 2 Satz 1 BGB-E sieht zugunsten des Letztverkäufers eine Sonderregelung der Verjährung vor. Diese Regelung soll in einem zeitlich begrenzten Rahmen gewährleisten, dass ein Verkäufer, der den Gewährleistungsansprüchen seines Käufers ausgesetzt ist, an dem Rückgriff in der Lieferkette nicht auf Grund der Verjährung seiner Ansprüche gehindert ist. Im Interesse der Rechtssicherheit für den Lieferanten wird durch § 445b Absatz 2 Satz 2 BGB-E unverändert eine Obergrenze von fünf Jahren ab Ablieferung der Sache durch den Lieferanten an den Verkäufer gesetzt.

**Zu Absatz 3**

§ 445b Absatz 3 BGB-E entspricht der bislang geltenden Rechtslage nach § 479 Absatz 3 und ordnet in Parallele zu § 445a Absatz 3 BGB-E die entsprechende Anwendung der Verjährungsregelung bei der „Weitergabe“ des Regresses in der Lieferkette an, sofern die jeweiligen Schuldner Unternehmer sind.

**Zu Nummer 10 (§§ 474, 475 BGB-E)****Zu § 474 BGB-E (Verbrauchsgüterkauf)**

§ 474 Absatz 1 BGB-E enthält nunmehr aus Gründen der Übersichtlichkeit für den Gesetzesanwender allein die – inhaltlich unveränderte – Definition des Verbrauchsgüterkaufs. In Absatz 2 wird – unverändert – klargestellt, dass für den Verbrauchsgüterkauf ergänzend die Vorschriften dieses Untertitels gelten.

**Zu § 475 BGB-E (Anwendbare Vorschriften)**

Um die Übersichtlichkeit des Untertitels 3 zu wahren, werden die auf den Verbrauchsgüterkauf anwendbaren Vorschriften nun in dem neuen § 475 BGB-E geregelt.

**Zu Absatz 1**

Der bisherige § 474 Absatz 3 wird unverändert zu § 475 Absatz 1 BGB-E.

**Zu Absatz 2**

Der bisherige § 474 Absatz 4 wird unverändert zu § 475 Absatz 2 BGB-E.

**Zu Absatz 3**

§ 475 Absatz 3 BGB-E entspricht der bisherigen Regelung des § 474 Absatz 5. Neben einer Folgeänderung aufgrund der Änderung zu Nummer 7 Buchstabe b wird eine redaktionelle Änderung vorgenommen. Es ergibt sich bereits aus der Systematik, dass § 475 Absatz 3 BGB-E nur für in diesem Untertitel geregelte Kaufverträge, das heißt Verbrauchsgüterkäufe, Anwendung findet. Eine explizite Erwähnung dieser Tatsache in der Norm ist daher entbehrlich.

**Zu Absatz 4****Beschränktes Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers**

§ 475 Absatz 4 Satz 1 BGB-E stellt eine Sonderbestimmung zu § 439 Absatz 4 BGB-E für das Recht der Verbrauchsgüterkäufe dar und schließt die Leistungsverweigerung des Verkäufers wegen einer absoluten Unverhältnismäßigkeit aus. Es sind dabei auch diejenigen Fälle erfasst, in denen beide Alternativen der Nacherfüllung nach § 439 Absatz 1 zwar möglich sind, aber jeweils für sich genommen zu unverhältnismäßigen Kosten führen. § 475 Absatz 4 Satz 2 BGB-E schafft für den Unternehmer (Verkäufer) ein als Einrede ausgestaltetes, beschränktes Leistungsverweigerungsrecht.

Die Regelung setzt Artikel 3 Absatz 3 Unterabsatz 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in der Auslegung des EuGH in seiner Entscheidung vom 16. Juni 2011 um. Danach ist es ausgeschlossen, dass eine nationale gesetzliche Regelung dem Verkäufer das Recht gewährt, die einzig mögliche Art der Abhilfe wegen ihrer absoluten Unverhältnismäßigkeit zu verweigern. Der Unionsgesetzgeber wollte – so der EuGH – dem Verkäufer das Recht zur Verweigerung der Nachbesserung des mangelhaften Verbrauchsguts oder der Ersatzlieferung nur im Fall der Unmöglichkeit oder einer relativen Unverhältnismäßigkeit gewähren. Erweist sich nur eine dieser beiden Abhilfen als möglich, kann der Verkäufer die einzige Abhilfe, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts herstellen lässt, somit nicht verweigern. Die bisherige Regelung des § 439 Absatz 3 Satz 3 Halbsatz 2 ist daher für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufes nicht europarechtskonform.

Der EuGH hat eine Ausnahme von dem nunmehr in § 475 Absatz 4 Satz 1 BGB-E normierten Grundsatz, dass der Unternehmer die einzig mögliche Art der Nacherfüllung nicht wegen ihrer absoluten Unverhältnismäßigkeit verweigern kann, in Randnummer 74 des Urteils vom 16. Juni 2011 ausschließlich für den Fall zugelassen, dass die einzig mögliche Art der Nacherfüllung aufgrund der Ein- und Ausbaurkosten zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde: Artikel 3 Absatz 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie schließe es nicht aus, dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten, falls erforderlich, auf einen angemessenen Betrag beschränkt werde. Diese Ausnahme setzt § 475 Absatz 4 Satz 2 BGB-E für beide Arten der Nacherfüllung (d. h. Beseitigung des Mangels und Lieferung einer mangelfreien Sache) hinsichtlich aller Aufwendungen um, die zu einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung führen können und schafft für den Unternehmer (Verkäufer) ein als Einrede ausgestaltetes, beschränktes Leistungsverweigerungsrecht. Dieses umfasst die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten nach § 439 Absatz 2.

**Einschränkung auf Aufwendungsersatz**

Für die Aus- und Einbauleistungen besteht das beschränkte Leistungsverweigerungsrecht, wie sich aus der Angabe „§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 2“ ergibt, allerdings nur für den Fall, dass der Verkäufer von seinem Wahlrecht nach § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E dahingehend Gebrauch gemacht hat, dass er dem Verbraucher

Aufwendungsersatz schuldet. Hat der Verkäufer sein Wahlrecht hingegen dergestalt ausgeübt, dass er den Aus- und Einbau der mangelhaften Kaufsache selbst vornehmen möchte (§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 1 BGB-E), steht ihm das beschränkte Leistungsverweigerungsrecht nicht zu.

Mit der Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts auf die Fälle, in denen der Verkäufer Aufwendungsersatz nach § 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 BGB-E wählt, wird der Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen. Stünde dem Verkäufer auch bei Wahl der Alternative 1 des § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E ein beschränktes Leistungsverweigerungsrecht für den Fall unverhältnismäßiger Aus- und Einbauleistungen zu, könnte dieser die gesamte Nacherfüllung – also auch die Nachbesserung der Kaufsache oder die Lieferung der mangelfreien Sache – von einer Kostenbeteiligung durch den Verbraucher abhängig machen. Dies wäre jedoch mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht zu vereinbaren. Der EuGH hat festgestellt, dass es für einen Verbraucher einen erheblichen Nachteil darstelle, wenn er dem Käufer eine Kostenbeteiligung für die Durchführung der Nacherfüllung schulde. Aus dem Wortlaut von Artikel 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geht hervor, dass der Unionsgesetzgeber die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollte. Diese dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Kaufsache unentgeltlich zu bewirken, soll den Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen schützen, die ihn in Ermangelung eines solchen Schutzes davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen. Dadurch, dass das beschränkte Leistungsverweigerungsrecht auf den Aufwendungsersatz beschränkt ist (§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 BGB-E), kann der Verkäufer nicht die gesamte Nacherfüllung von einer Kostenbeteiligung abhängig machen. Er muss sich also, wenn er von seinem beschränkten Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen will, hinsichtlich der Aus- und Einbauleistungen von vornherein auf den Aufwendungsersatz an den Verbraucher beschränken. Das Recht des Verbrauchers, Nacherfüllung für die mangelhafte Kaufsache an sich (die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache) zu verlangen, bleibt durch das beschränkte Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers unberührt. Entsprechendes gilt auch für den Anspruch auf Aufwendungsersatz nach § 439 Absatz 2.

#### **Berechnung des angemessenen Betrages**

§ 475 Absatz 4 Satz 3 BGB-E regelt die Berechnung des angemessenen Betrages für den Fall, dass der Verkäufer den Aufwendungsersatz darauf beschränken kann. Diese Regelung folgt den Vorgaben, die der EuGH in der Entscheidung vom 16. Juni 2011 zu den Aus- und Einbauleistungen gemacht hat. Dieser hat ausgeführt, dass zum einen der Wert, den die Kaufsache hätte, wenn sie mangelfrei wäre und die Bedeutung des Mangels bei der Berechnung zu berücksichtigen sind, ob der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten herabzusetzen ist. Der Zweck der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, muss ebenfalls Berücksichtigung finden. Zugleich darf das Nacherfüllungsrecht des Verbrauchers durch die Beschränkung des Anspruchs auf Ersatz der Ein- und Ausbaukosten in der Praxis nicht ausgehöhlt werden. Dies bedeutet, dass sich der angemessene Betrag nicht allein am Kaufpreis orientieren darf. Bei der Bedeutung des Mangels wird es regelmäßig darauf ankommen, ob der Mangel der eingebauten Sache deren Verwendungsfähigkeit beeinträchtigt oder lediglich ästhetischer Natur ist. Einem lediglich ästhetischen Mangel der Kaufsache kommt zumeist eine deutlich geringere Bedeutung zu, als wenn die Kaufsache ihre bestimmungsgemäße Funktion infolge des Mangels nicht oder nur eingeschränkt erfüllen kann. Bei Vorliegen eines rein ästhetischen Mangels ist es im Einzelfall auch denkbar, lediglich einen solchen Kostenbetrag als angemessen anzusehen, der unter dem Wert der ursprünglichen Kaufsache liegt (vgl. zu einem solchen Fall: BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08).

Die möglichen Fälle einer Beeinträchtigung der Funktion oder Ästhetik der Kaufsache sind vielgestaltig. Aus- und Wiedereinbaukosten können unterschiedlich hoch ausfallen. Es ist daher nicht möglich, eine gesetzliche Obergrenze für den Anspruch des Käufers nach § 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 BGB-E zu bestimmen. Die Bemessung des vom Verkäufer zu ersetzenden Betrages dieser Aufwendungen muss die Rechtsprechung anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls vornehmen.

#### **Zu Absatz 5**

Durch § 475 Absatz 5 BGB-E wird das durch die Änderung zu Nummer 10 geschaffene, beschränkte Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers nach § 475 Absatz 4 Satz 2 BGB-E mit in die Fallgruppen aufgenommen, bei deren Vorliegen es nach § 440 Satz 1 einer Nachfristsetzung durch den Käufer nicht bedarf. Der

Verbraucher kann mithin sogleich – statt einer Nacherfüllung – eine angemessene Minderung des Kaufpreises verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, wenn sein Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nach § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E aufgrund einer Einrede des Unternehmers nach § 475 Absatz 4 Satz 2 BGB-E auf einen angemessenen Betrag beschränkt ist. Diese Änderung trägt Artikel 3 Absatz 5 letzter Gedankenstrich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Rechnung, wie ihn der EuGH unter der Randnummer 77 des Urteils vom 16. Juni 2011 ausgelegt hat: Der Umstand, dass der Verbraucher die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der mangelhaften Sache nur erlangen kann, indem er einen Teil der Kosten selber trägt – worauf ein nur teilweiser Ersatz der Aus- und Einbaukosten faktisch hinausläuft – stellt für diesen eine erhebliche Unannehmlichkeit im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dar. Diese Unannehmlichkeit muss der Käufer nicht hinnehmen, sondern kann anstelle der Nacherfüllung sogleich Sekundärrechte geltend machen.

#### **Zu Absatz 6**

§ 475 Absatz 6 BGB-E enthält einen Vorschussanspruch des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer für Aufwendungen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 2 und 3 Satz 1 BGB-E entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind. Einen solchen Vorschussanspruch leitet der BGH bereits aus dem geltenden Recht ab (BGH, Urteil vom 13. April 2011 – VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278, Rn. 37). Der Anspruch besteht bereits vor Durchführung der Nacherfüllungsmaßnahmen und soll den Verbraucher davor schützen, mit solchen Nacherfüllungskosten in Vorlage treten zu müssen, die der Verkäufer zu tragen hat.

#### **Zu Nummer 11 (§ 476 BGB-E)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund des Einschubs durch Nummer 10 und eine redaktionelle Folgeänderung aufgrund der Änderung durch Nummer 9. § 476 BGB-E enthält das Umgehungsverbot für Verbraucherschutzgesetze, das Artikel 7 Absatz 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie folgt und bisher in § 475 Absatz 1 geregelt war. Ein Unternehmer kann sich, wie bereits nach geltendem Recht, nicht auf eine vor Mitteilung eines Mangels getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie von den Vorschriften des Untertitels über Verbrauchsgüterkäufe abweicht, berufen.

#### **Zu Nummer 12 (§ 477 BGB-E)**

Es handelt sich um eine Verschiebung aufgrund des Einschubs durch die Änderung zu Nummer 10. Der bisherige § 476 wird unverändert zu § 477 BGB-E.

#### **Zu Nummer 13 (§ 477)**

Der Regelungsgehalt des bisherigen § 477 wird von § 479 BGB-E aufgenommen.

#### **Zu Nummer 14 (Änderung des § 478)**

##### **Zu Buchstabe a**

Es handelt sich um eine Änderung der Inhaltsbezeichnung durch Voranstellung der Worte „Sonderbestimmungen für den“. Dadurch wird eine Klarstellung erreicht, dass es sich um Sonderregelungen zu den allgemeinen Vorschriften des Rückgriffs des Verkäufers nach § 445a BGB-E für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs handelt.

##### **Zu Buchstabe b**

Durch die Änderung werden Sonderregelungen zu § 445a Absatz 1 und 2 BGB-E für den Fall getroffen, dass es sich bei dem letzten Kaufvertrag in der Lieferkette um einen Verbrauchsgüterkauf handelt. Die Vorschrift entspricht damit unverändert dem bisherigen § 478 Absatz 3.

##### **Zu Buchstabe c**

Als Folge der nachstehenden Änderungen kann § 478 Absatz 2 und 3 aufgehoben werden.

##### **Zu Buchstabe d**

§ 478 Absatz 2 BGB-E entspricht der bislang geltenden Systematik des § 478 Absatz 4. Es sind lediglich Anpassungen aufgrund der Änderungen zu den Nummern 9 und 14 Buchstabe b, c und e vorgenommen worden,

indem die Wörter „§§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443 sowie von den Absätzen 1 bis 3 und von § 479“ durch die Wörter „von Absatz 1 sowie von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443, 445a Absatz 1 und 2 sowie von § 445b“ ersetzt werden. § 478 Absatz 2 BGB-E enthält damit eine Einschränkung der Dispositivität der allgemeinen Mängelrechte des Unternehmers sowie der Regressregelungen der §§ 445a Absatz 1 und 2, 445b und 478 Absatz 1 BGB-E, wenn es sich bei dem letzten Kaufvertrag in der Lieferkette um einen Verbrauchsgüterkauf handelt (vgl. auch Änderung zu Nummer 3 Buchstabe a).

#### **Zu Buchstabe f**

Es handelt sich um Folgeänderungen wegen der vorstehenden Aufhebungen und Verschiebungen. Die Regelung des § 478 Absatz 3 BGB-E entspricht der bislang geltenden Regelung des § 478 Absatz 5. Die Sonderbestimmungen für den Rückgriff des Unternehmers im Recht des Verbrauchsgüterkaufs nach § 478 Absatz 1 und Absatz 2 BGB-E gelten in der weiteren Lieferkette entsprechend, sofern die Parteien des jeweiligen Kaufvertrags Unternehmer im Sinne von § 14 sind.

#### **Zu Buchstabe f**

Als Folge der vorstehenden Änderungen kann § 478 Absatz 6 aufgehoben werden.

#### **Zu Nummer 15 (Neufassung des § 479)**

Der bisherige Regelungsgehalt des § 479 ist aufgrund der Änderung zu Nummer 9 jetzt in § 445b BGB-E eingeflossen. Der dadurch freigewordene § 479 BGB-E nimmt die Regelung des bisherigen § 477 unverändert auf.

#### **Zu Nummer 16 (Überschrift des Kapitels 1)**

Buch 2 Abschnitt 8 ist neu zu gliedern. Die bisher in Untertitel 1, den Vorschriften zum Werkvertrag, verstreuten Vorschriften zum Bauvertrag und zum Bauträgervertrag sollen hinsichtlich des Bauvertrags in einem eigenen Kapitel (Kapitel 2) innerhalb des Untertitels 1 und hinsichtlich des Bauträgervertrags in einem eigenen Untertitel (Untertitel 3) zusammengefasst und jeweils um weitere Vorschriften ergänzt werden. Die verbleibenden, das allgemeine Werkvertragsrecht betreffenden Vorschriften bilden künftig innerhalb des Untertitels 1 das Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften -.

#### **Zu Nummer 17 (Änderung des § 632a)**

##### **Zu Buchstabe a**

Die Regelung des § 632a dient dazu, die Vorleistungspflicht des Unternehmers abzumildern, indem ihm die Möglichkeit eröffnet wird, Abschlagszahlungen vom Besteller zu verlangen. Gleichzeitig soll mit der Begrenzung der Höhe der jeweiligen Abschlagszahlung der Besteller vor versteckten Vorauszahlungen geschützt werden.

##### **Zu Doppelbuchstabe aa**

Im Rahmen des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) wurde § 632a zum 1. Januar 2009 dahingehend geändert, dass die Höhe der Abschlagszahlung danach berechnet wird, welcher Wertzuwachs auf Seiten des Bestellers durch die bisher erfolgten Leistungen eingetreten ist. Diese Änderung stößt in der Praxis auf Probleme, da die Höhe des Wertzuwachses durch die vom Unternehmer vorgenommenen Leistungen im Einzelfall schwer zu ermitteln und daher zwischen den Parteien häufig umstritten ist. Entsteht ein Streit über den Wertzuwachs beim Besteller und bedarf es gegebenenfalls noch sachverständiger Hilfe zur Feststellung des Wertzuwachses, verhindert diese Ausgestaltung der Vorschrift, dass der vorleistende Unternehmer zeitnah Abschlagszahlungen für seine erbrachten Leistungen erhält. Die Vorschrift bedarf daher einer Modifikation, die es dem Unternehmer ermöglicht, die Höhe des jeweiligen Abschlags unkompliziert zu berechnen und dem Besteller eine einfachere Überprüfung der Berechnung ermöglicht. Grundlage der Berechnung der Abschläge soll künftig der Wert der vom Unternehmer erbrachten Leistungen sein. Diese Beträge lassen sich für den Unternehmer leichter ermitteln und auch für den Besteller in der Regel anhand des Angebots des Unternehmers überprüfen. Absatz 1 Satz 1 legt daher als Bezugsgröße für die Berechnung der Abschläge die vom Unternehmer erbrachte und nach dem Vertrag geschuldete Leistung fest. Durch die Änderung ist es möglich, dass der vom Besteller bezahlte Abschlag den gleichzeitig erfolgten Wertzuwachs im Einzelfall geringfügig übersteigt, da beispielsweise bei einem

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Bauvorhaben in bestimmten Bauphasen die Kosten für die Bauleistungen höher sind als der durch sie bewirkte Wertzuwachs an dem Grundstück. Dies wird sich jedoch mit den folgenden Abschlagszahlungen ausgleichen, teilweise auch umkehren. Diese minimale und nur punktuell eintretenden Risikoerhöhung für den Besteller ist mit Blick auf die damit einhergehende wesentliche Vereinfachung der Berechnung der Abschlagszahlungen und die bestehenden bzw. neu eingeführten Vorschriften zum Schutz des Bestellers bei Verbraucherbauverträgen hinnehmbar. Beispielsweise begrenzt § 650l Absatz 1 BGB-E bei Verbraucherbauverträgen künftig den Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen auf 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung. Im Übrigen hat der Unternehmer – wie bisher – dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten (§ 650l Absatz 2 BGB-E).

Für Verträge von Unternehmern wird die Änderung vielfach keine Auswirkung haben, da häufig die Vorgaben der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) ganz oder teilweise in private Bauverträge einbezogen werden. § 16 Absatz 1 Nummer 1 VOB/B sieht bisher schon vor, dass Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung zu leisten sind. Mit der Änderung wird nunmehr ein – weitgehender – Gleichlauf der Vorschrift des BGB mit der Regelung in der VOB/B hergestellt.

§ 632a Absatz 1 Satz 2 erlaubt dem Besteller bisher, Abschlagszahlungen zu verweigern, wenn an dem Bauwerk wesentliche Mängel bestehen. Diese Regelung bereitet in der Praxis immer wieder Probleme, etwa bei der Abgrenzung zwischen wesentlichen Mängeln und unwesentlichen Mängeln, die zu keiner Verweigerung der Abschlagszahlung berechtigen. Die Regelung steht darüber hinaus in einem gewissen Widerspruch zu einem wesentlichen Prinzip des Werkvertragsrechts. Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Abnahme im Werkvertragsrecht sind die Mängelrechte der §§ 634 ff. an die Abnahme geknüpft. Erst zu diesem Zeitpunkt ist der Unternehmer verpflichtet, ein mangelfreies Werk zu übergeben. Wann er während der Herstellungsphase entstandene Mängel beseitigt, unterliegt grundsätzlich seiner Disposition. Künftig soll daher der Besteller generell nicht mehr das Recht haben, die Zahlung des Abschlags mit der Begründung zu verweigern, dass sich das Werk zu diesem Zeitpunkt in keinem vertragsgemäßen Zustand befindet. Hierzu wird der bisherige Satz 2 der Vorschrift gestrichen.

Bestehen an den erbrachten Leistungen zum Zeitpunkt der Abschlagszahlung Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand, soll der Besteller aber das Recht haben, einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung einzubehalten. Dies galt bisher schon durch den Verweis in Satz 3 auf § 641 Absatz 3 für unwesentliche Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand. Durch den neuen Satz 2 wird dieses Recht des Bestellers klarer formuliert. Es gilt nun bei allen Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand unabhängig davon, ob sie wesentlich oder unwesentlich sind.

Durch den neuen Satz 3 wird klargestellt, dass keine Änderung der Beweislast für die Vertragsgemäßheit beabsichtigt ist. Sie liegt – wie sonst vor der Abnahme auch – beim Unternehmer.

Hinsichtlich dessen, was im Falle nicht vertragsgemäßer Leistung als angemessener Einbehalt anzusehen ist, bleibt es bei der bisherigen Regelung, dass § 641 Absatz 3 entsprechend gilt (bisher Satz 3, nunmehr Satz 4 des Absatzes 1). Danach ist in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Kosten der Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands als angemessen anzusehen. Diese Regelung dürfte auch für in Bausachen unkundige Besteller praktikabel sein, da sie sich bei der Bemessung des Einbehalts an den jeweiligen Ansätzen für die Leistung in der Kalkulation orientieren können.

### **Zu Doppelbuchstabe bb**

Es handelt sich um eine Folgeänderung. Der neue Satz 6, bisher Satz 5, des Absatzes 1 ist daran anzupassen, dass Absatz 1 um einen Satz erweitert wird.

### **Zu Buchstabe cb und Buchstabe c**

Die bisherigen Absätze 2 und 3 gehören nach der neuen Systematik von Titel 9 nicht mehr in Untertitel 1 Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften. Absatz 2 betrifft den Bauträgervertrag, Regelungen zu den Teilzahlungen bei diesem Vertragstyp befinden sich nun in Untertitel 3 (§§ 650t und 650u BGB-E). Die Nachfolgeregelung des bisherigen Absatzes 3, der sich mit der Absicherung des Verbrauchers befasst, findet sich in Untertitel 1 Kapitel 3 (§ 650l Absatz 2 BGB-E).



Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 2 und in seiner Formulierung daran angepasst, dass er lediglich noch für die Sicherheit nach Absatz 1 Satz 6 gilt.

### **Zu Nummer 18 (Änderung des § 640)**

#### **Zu Buchstabe a und Buchstabe b**

Die Regelungen des Werkvertragsrechts zur Abnahme haben sich zwar grundsätzlich bewährt, als unzureichend wird jedoch die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) in § 640 Absatz 1 Satz 3 eingefügte Regelung zur fiktiven Abnahme empfunden. Sie sieht vor, dass es der Abnahme gleichsteht, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Die Vorschrift hatte das Ziel, das Abnahmeverfahren zu beschleunigen, indem es dem Unternehmer ermöglicht wird, zeitnah Rechtsklarheit über die Frage der Abnahme herbeizuführen und damit die Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung nach § 640 Absatz 1 herzustellen. In der Praxis haben sich jedoch Schwächen dieser Regelung gezeigt. Verweigert der Besteller nach Fristsetzung durch den Unternehmer die Abnahme, ohne die von ihm beanstandeten Mängel zu benennen, greift die Fiktion des Absatzes 1 Satz 3 zunächst nicht, wodurch die Fälligkeit der Werklohnforderung des Unternehmers hinausgeschoben wird. Häufig kann erst nach Ablauf einer längeren Zeit im Rahmen eines Gerichtsverfahrens geklärt werden, ob im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens tatsächlich wesentliche Mängel vorlagen, die den Besteller zur Abnahmeverweigerung berechtigt hätten oder ob dies nicht der Fall war und er zur Abnahme verpflichtet gewesen wäre.

Die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme soll erhalten bleiben, da sie ein wichtiges Instrument zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen bei unberechtigter Abnahmeverweigerung des Bestellers darstellt. Sie soll allerdings effektiver ausgestaltet werden und dabei die Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht verteilen. Eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme soll weitgehend ausgeschlossen werden. Um die Fiktion zu zerstören, soll es nicht mehr genügen, lediglich die Abnahme zu verweigern. Vielmehr muss der Besteller künftig Mängel angeben. Eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln wird dabei nicht vorgenommen, da diese Unterscheidung im Einzelfall schwierig ist und oftmals erst im gerichtlichen Verfahren festgestellt werden kann. Damit würde erneut Unklarheit über den Eintritt der Abnahmefiktion entstehen. Gibt der Besteller nur offensichtlich nicht bestehende oder eindeutig unwesentliche Mängel an, kann dies allerdings rechtsmissbräuchlich sein.

Absatz 2 Satz 1 sieht nunmehr vor, dass die Abnahmefiktion immer dann greift, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Die Fiktion tritt also ein, wenn der Besteller sich entweder überhaupt nicht zu dem Abnahmeverlangen äußert oder wenn er die Abnahme ohne Benennung von Mängeln verweigert.

Dem Besteller obliegt es bei der Abnahmeverweigerung allerdings nicht, alle Mängel anzugeben oder die Mängel im Detail darzulegen. Es genügt, wenn er beispielsweise dem Unternehmer mitteilt, wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Weitere Mängel, die der Besteller zunächst nicht angegeben hat, können gleichwohl bei der anschließenden Bewertung der Abnahmereife berücksichtigt werden.

Im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage führt ein Schweigen oder Nichtbenennen von Mängeln auch dann zur fiktiven Abnahme, wenn wesentliche Mängel vorhanden sind. Diese Rechtsfolge ist unter Abwägung der Interessen der beiden Vertragspartner gerechtfertigt, da sie vom Besteller jederzeit durch die Angabe von Mängeln verhindert werden kann. Durch diese Vorschrift werden die Parteien angehalten, sich im Falle der Abnahmeverweigerung über die Gründe dafür auszutauschen und der Unternehmer hat zeitnah die Möglichkeit, tatsächlich bestehende Mängel zu beseitigen.

Ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wird als Voraussetzung für die fiktive Abnahme die Fertigstellung des Werks. Durch die Einführung dieses neuen Kriteriums soll ein zu frühes Andienen des Werks unterbunden und damit ein missbräuchlicher Einsatz des Instruments der fiktiven Abnahme insbesondere auch gegenüber Verbrauchern verhindert werden. Von einer Fertigstellung im Sinne der Vorschrift ist dann auszugehen, wenn das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als „fertig“ anzusehen ist. Dies ist der Fall, wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet beziehungsweise erbracht sind – unabhängig davon, ob Mängel vorliegen oder nicht. Insofern unterscheidet sich der Begriff der Fertigstellung in § 640 Absatz 2 Satz 1 BGB-E

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

von dem Begriff der vollständigen Fertigstellung in § 3 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV), der voraussetzt, dass sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben worden sind und damit Abnahmereife der Werkleistung voraussetzt (vgl. Marcks, MaBV, 9. Auflage 2014, § 3 Rn. 42; BGH, Urteil vom 30. April 1998, VII ZR, 47/97, NJW 1998, 2967).

Besteller, die Verbraucher sind, sollen nach Absatz 2 Satz 2 vom Unternehmer über die Möglichkeit der fiktiven Abnahme informiert werden. Von einem Verbraucher kann nicht erwartet werden, dass er sich über die Rechtsfolgen im Klaren ist, wenn er sich auf die Fristsetzung des Unternehmers, mit der dieser eine fiktive Abnahme erreichen will, nicht erklärt oder die Abnahme ohne Angabe von Mängeln verweigert. Der neu eingefügte Absatz 2 Satz 2 sieht daher vor, dass der Unternehmer den Verbraucher zusammen mit der Fristsetzung zur Abnahme nach Absatz 2 Satz 1 in Textform darüber aufzuklären hat, dass eine ohne Angabe von Mängeln verweigerte Abnahme oder ein Schweigen die Fiktion der Abnahme herbeiführt. Informiert der Unternehmer den Verbraucher nicht entsprechend, tritt die Fiktion nicht ein. Durch § 650n BGB-E wird diese Vorschrift zwingend ausgestaltet.

In Bezug auf Bauverträge werden diese Vorschriften zur Abnahme durch § 650f BGB-E ergänzt, der Regelungen zur Zustandsfeststellung hinsichtlich eines nicht abgenommenen Bauwerks enthält.

#### **Zu Buchstabe c**

Der bisherige Absatz 2 wird aufgrund der Einfügung des neuen Absatzes 2 zu Absatz 3.

#### **Zu Nummer 19 (§ 647a BGB-E – Sicherungshypothek des Inhabers einer Schiffswerft)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung aufgrund der in den Nummern 22 und 27 angeordneten Übernahme des bisherigen § 648 Absatz 1 in das Kapitel 2 „Bauvertrag“. Die bisher in § 648 Absatz 2 getroffene Regelung über die Sicherungshypothek des Inhabers einer Schiffswerft gehört aus systematischen Gründen in das allgemeine Werkvertragsrecht des Kapitels 1. Sie wird daher inhaltlich unverändert in § 647a BGB-E übernommen.

#### **Zu Nummer 20 (Aufhebung der §§ 648, 648a)**

Die Vorschriften zur Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 648 Absatz 1) und zur Bauhandwerkersicherung (§ 648a) betreffen ausschließlich Bauverträge. Sie werden daher aus systematischen Gründen als §§ 650d und 650e BGB-E in Kapitel 2 übernommen.

#### **Zu Nummer 21 (§ 649)**

Der bisherige § 649 wird unverändert zu § 648 BGB-E.

#### **Zu Nummer 22 (§ 648a BGB-E – Kündigung aus wichtigem Grund)**

Das Werkvertragsrecht des BGB gibt dem Besteller das Recht, bis zur Fertigstellung des Werks den Vertrag jederzeit zu kündigen (§ 649, künftig § 648 BGB-E). Dieses freie Kündigungsrecht soll unverändert erhalten bleiben. Darüber hinaus besteht jedoch Regelungsbedarf hinsichtlich eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund.

Von der Rechtsprechung wird für den – im Gegensatz zum einfachen Werkvertrag – in der Regel auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag vielfach bisher schon ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund anerkannt und dabei das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen (§ 314) als Vorbild herangezogen. Dies wird damit begründet, dass dieser auf eine längere vertrauensvolle Zusammenarbeit der Vertragsparteien ausgelegt und angewiesen ist, weshalb unter bestimmten Umständen eine Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar sein kann. Die VOB/B eröffnet den Vertragspartnern in den §§ 8 und 9 ebenfalls die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund zu beenden und hat hierzu eine Reihe von Kündigungstatbeständen normiert, die den Vertragspartnern bei ihrer Entscheidung, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen können, Orientierung geben. Beim BGB-Vertrag besteht dagegen in der Praxis Rechtsunsicherheit, welche Gründe eine außerordentliche Kündigung tragen, da dieses Kündigungsrecht auf Richterrecht basiert. Der Entwurf sieht daher vor, die außerordentliche Kündigung bei Werkverträgen gesetzlich zu regeln, um für die Praxis mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

### Zu Absatz 1

Absatz 1 legt fest, dass beide Vertragsparteien das Recht haben, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach Satz 2 vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.

Von einer Normierung einzelner Kündigungstatbestände wie in § 8 VOB/B wurde abgesehen, da auf diese Weise nicht alle denkbaren Konstellationen erfasst werden könnten. Durch die stattdessen gewählte – sich an § 314 orientierende – allgemeine Formulierung zum Kündigungsgrund können neben den typischen Kündigungsgründen auch besondere Einzelfälle berücksichtigt werden, auch wenn diese Formulierung nicht sofort zu der erwünschten Rechtssicherheit für die Parteien führt. Die Anknüpfung an den Wortlaut von § 314, zu dem eine umfassende Rechtsprechung besteht, wird den Vertragspartnern jedoch auch vor einer detaillierten Rechtsprechung zu der neuen Vorschrift einen Zuwachs an Sicherheit geben, ob im Einzelfall ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund gegeben ist.

Der Entwurf sieht auch keinen speziellen Kündigungstatbestand für den Fall der Insolvenz des Unternehmers vor, obwohl dies in der Praxis häufig einen wichtigen Grund zur Beendigung des Werkvertrags darstellen wird. Der Gesetzentwurf hat jedoch davon abgesehen, dem Besteller für diesen Fall ein generelles Kündigungsrecht einzuräumen, da ein solcher Ansatz nicht der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse Rechnung tragen würde. Die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Unternehmers gehören beim Abschluss eines Bauvertrags regelmäßig zu den Gesichtspunkten, die für den Besteller von wesentlicher Bedeutung sind (vgl. Urteil des BGH vom 26. September 1985 - VII ZR 19/85, BGHZ 96, 34). Durch die Insolvenz erweist sich der Unternehmer gerade als nicht leistungsfähig und zuverlässig. Zudem birgt eine Fortführung des Vertragsverhältnisses trotz Insolvenz des Unternehmers für den Besteller hohe Risiken. Die Insolvenz führt häufig zu einer Unterbrechung der Bautätigkeiten und infolgedessen zu einer verspäteten Fertigstellung des Bauwerks. Dies wiederum verursacht regelmäßig Verdienstausfälle und andere Folgeschäden. Bestehen gute Sanierungschancen für das angeschlagene Unternehmen, wird der Insolvenzverwalter regelmäßig bestrebt sein, diese Risiken gering zu halten und den Bestellern und damit auch dem gesamten Geschäftsverkehr zu signalisieren, dass er möglichst störungsfrei die Geschäftstätigkeit weiter aufrechterhalten will. So hat er die Chance, die Bauvorhaben abzuschließen und die gesamte Vergütung für diese Vorhaben für die Masse zu vereinnahmen. Im Rahmen der Prüfung, ob die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Besteller zumutbar ist, wird daher insbesondere zu berücksichtigen sein, ob der Verwalter zeitnah erklärt, die Bauleistungen ohne wesentliche Unterbrechungen fortzuführen und durch geeignete Unterlagen, etwa ein Sanierungsgutachten, dokumentiert wird, dass er hierzu auch in der Lage ist. Will der Unternehmer eine Sanierung in einem sogenannten „Schutzschirmverfahren“ nach § 270b der Insolvenzordnung erreichen, so kann als erste Orientierung bereits die dort geforderte Bescheinigung dienen, aus der sich ergeben muss, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Unzumutbar ist die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Besteller dagegen, wenn der Unternehmer seinen Geschäftsbetrieb bereits eingestellt hat und seine Arbeiter nicht mehr auf der Baustelle erscheinen. Diese wenigen Beispiele machen deutlich, dass der hier gewählte Ansatz einer Abwägung im Einzelfall sowohl den Interessen der Unternehmer an einer Sanierung im Insolvenzverfahren als auch denen der Besteller an einem möglichst reibungslosen Abwicklung des Bauvorhabens Rechnung tragen kann.

Ein außerordentliches Kündigungsrecht wird in der Praxis bisher insbesondere für Bauverträge anerkannt. Aufgrund einer vergleichbaren Interessenlage kann aber auch bei anderen Werkverträgen ein Bedürfnis für ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bestehen. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn der Werkvertrag auf eine längerfristige Zusammenarbeit angelegt ist. Beispiele hierfür sind etwa Architektenverträge, Verträge über Planung und Einrichtung größerer EDV-Anlagen oder die Erstellung eines Computerprogrammes nach den besonderen Anforderungen des Bestellers. Das außerordentliche Kündigungsrecht wird daher nicht in das Kapitel 2 „Bauvertrag“, sondern in das Kapitel 1 „Allgemeine Vorschriften“ eingestellt.

Von einer Beschränkung des Kündigungsrechts auf Werkverträge, die auf eine längere Dauer der Zusammenarbeit angelegt sind, wurde abgesehen, um die Begründetheit der Kündigung nicht von einem weiteren unbestimmten Rechtsbegriff abhängig zu machen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass bei „kleineren“, schneller abzuwickelnden Werkverträgen häufig die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags bis zur Fertigstellung des Werks nicht gegeben sein wird und diese schon deshalb nicht in den Anwendungsbereich des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund fallen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

**Zu Absatz 2**

Absatz 2 ermöglicht eine Teilkündigung des Werkvertrags. Angesichts des Umfangs der in einem Werkvertrag bisweilen vereinbarten Werkleistungen und der in einem solchen Vertrag oftmals gebündelten unterschiedlichen Leistungen ist es sinnvoll, den Parteien die Möglichkeit zur Teilkündigung zu eröffnen. Die Teilkündigung muss sich dabei auf einen „abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks“ beziehen. Das Abgrenzungskriterium unterscheidet sich von dem Abgrenzungskriterium der Teilkündigung in § 8 Absatz 3 VOB/B. Der dort verwendete Begriff des „in sich abgeschlossenen Teils der Leistung“ stellt eine unnötig hohe Hürde für die Vertragspartner dar. Entscheidend ist, dass die Vertragspartner eine klare Abgrenzung der von der Teilkündigung erfassten und der danach noch von einem anderen Werkunternehmer zu erbringenden Leistungen vornehmen können und der von der Kündigung betroffene Unternehmer in der Lage ist, die von ihm noch geschuldeten Leistungen ohne Beeinträchtigung zu erbringen. Das Kriterium „abgrenzbarer Teil des geschuldeten Werks“ ist hierfür ausreichend.

**Zu Absatz 3**

Nach Absatz 3 ist bei einer Kündigung nach Absatz 1 und Absatz 2 § 314 Absatz 2 und 3 entsprechend anzuwenden. § 314 Absatz 2 enthält Regelungen dazu, wann vor einer Kündigung aus wichtigem Grund eine Fristsetzung zur Abhilfe erforderlich und wann diese entbehrlich ist.

Aus der Verweisung auf § 314 Absatz 3 ergibt sich, dass eine außerordentliche Kündigung eines Werkvertrags nur innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen kann, nachdem der Berechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

**Zu Absatz 4**

Absatz 4 Satz 1 sieht vor, dass beide Vertragsparteien nach der Kündigung eines Werkvertrags zu einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes verpflichtet sind, wenn eine Vertragspartei dies verlangt. Die Feststellung des Leistungsstandes dient – allein – der quantitativen Bewertung der bis zur Kündigung erbrachten Leistung und soll späterem Streit über den Umfang der erbrachten Leistungen vorbeugen. Sie hat keine der Abnahme vergleichbaren Rechtsfolgen. Lehnt eine der Vertragsparteien die Mitwirkung an der Feststellung des Leistungsstandes ab oder bleibt sie einem vereinbarten oder innerhalb angemessener Frist bestimmten Termin zur Feststellung des Leistungsstandes fern, trifft sie nach Satz 2 die Beweislast hinsichtlich des Leistungsstandes zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die betreffende Vertragspartei aufgrund eines Umstandes fernbleibt, den sie nicht zu vertreten und der anderen Vertragspartei unverzüglich mitzuteilen hat.

Mit dieser Rechtsfolge wird ein angemessener Anreiz geschaffen, um das notwendige Zusammenwirken der Vertragsparteien auch nach einer Kündigung zu fördern. Die Regelung orientiert sich im Übrigen an § 8 Absatz 6 VOB/B, der die Vertragspartner nach einer Kündigung zu einem gemeinsamen Aufmaß verpflichtet, und an der Rechtsprechung des BGH hierzu (Urteil vom 22. Mai 2003, VII ZR 143/02, BauR 2003, 1207). Durch die Regelung, dass die fernbleibende Partei die Gründe für ihr Fernbleiben der anderen Vertragspartei unverzüglich mitzuteilen hat, wird zum einen erreicht, dass sich die Parteien über den Termin zur Leistungsstandfeststellung verständigen. Zum anderen kann so vermieden werden, dass die Frage des Nichtvertretenmüssens des Fernbleibens erst Jahre später in einem Folgeprozess geklärt werden kann.

**Zu Absatz 5**

Absatz 5 regelt die Folgen einer Kündigung für die vereinbarte Vergütung. Danach hat der Unternehmer – anders als bei einer freien Kündigung nach § 648 BGB-E (bisher § 649) – im Fall einer Kündigung aus einem wichtigen Grund nur Anspruch auf die Vergütung, die auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt. Bei der Kündigung aus wichtigem Grund wäre ein an der vereinbarten Vergütung ausgerichteter Anspruch, wie ihn § 648 BGB-E (bisher § 649) vorsieht, nicht angemessen. Bisher schon geht die Rechtsprechung bei der Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund davon aus, dass der Vertrag nach allgemeinen Grundsätzen abzuwickeln ist und damit nur die bereits erbrachten Leistungen zu vergüten sind. Absatz 5 sieht diese Rechtsfolge nun für jede Kündigung nach Absatz 1 vor. Da der einer Kündigung zugrunde liegende wichtige Grund nicht ausschließlich aus der Sphäre eines der Vertragspartner kommen muss, ist dies auch für die Kündigung durch den Unternehmer gerechtfertigt.

**Zu Absatz 6**

Durch Absatz 6 wird klargestellt, dass die außerordentliche Kündigung die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, nicht berührt. Ein solcher Schadensersatzanspruch kann etwa bestehen, wenn der wichtige Grund, der Anlass für die Kündigung war, von einer Partei schuldhaft herbeigeführt worden ist.

**Zu Nummer 23 (§ 650)**

Der bisherige § 650 wird unverändert zu § 649 BGB-E.

**Zu Nummer 24 (§ 651)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu den Nummern 16, 22, 23 und 25. Die das allgemeine Werkvertragsrecht betreffenden Vorschriften der §§ 649 bis 651 werden im neuen Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften – zusammengefasst.

Infolgedessen ist eine weitere Folgeänderung im Rahmen der Vorschrift des bisherigen § 651 (künftig § 650 BGB-E) erforderlich.

**Zu Nummer 25 (Kapitel 2 bis 4, Untertitel 2 und 3)**

Eingefügt werden die neuen Kapitel 2 – Bauvertrag –, Kapitel 3 – Verbraucherbauvertrag – und Kapitel 4 – Unabdingbarkeit – sowie die neuen Untertitel 2 – Architektenvertrag und Ingenieurvertrag – und 3 – Bauträgervertrag –.

**Zu Kapitel 2 – Bauvertrag**

In Kapitel 2 werden die bisher in Untertitel 1, den Regelungen zum Werkvertrag, verstreuten Vorschriften zum Bauvertrag zusammengefasst und um weitere Vorschriften ergänzt.

Neu in das Kapitel 2 aufgenommen werden eine Definition des Bauvertrags (§ 650a BGB-E), Regelungen zum Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB-E) sowie Vorgaben für die Preisberechnung bei Mehr- oder Minderleistungen (§ 650c BGB-E). Außerdem werden die Vorschriften der bisherigen §§ 648 Absatz 1, 648a zur Sicherungshypothek des Bauhandwerkers und zur Bauhandwerkersicherung weitgehend unverändert in den §§ 650d, 650e BGB-E übernommen. In § 650f BGB-E werden Regelungen über die Zustandsfeststellung in dem Fall, dass die Abnahme verweigert wird, getroffen. In § 650g BGB-E wird zudem ein generelles Schriftformerfordernis für die Kündigung von Bauverträgen eingeführt.

**Zu § 650a BGB-E (Bauvertrag)**

Bisher enthält das BGB keine Definition, was unter einem Bauvertrag, insbesondere in Abgrenzung zum „einfachen“ Werkvertrag, zu verstehen ist. Im Zuge der vorgeschlagenen Reform des Bauvertragsrechts, mit der eine Reihe von Spezialregelungen für Bauverträge in das BGB aufgenommen wird, wird nun zur Klarstellung des Anwendungsbereichs dieser neuen Vorschriften eine auf der bisherigen Rechtsprechung aufbauende Definitionsnorm eingeführt.

In § 650a Absatz 1 BGB-E wird zunächst der Begriff des Bauvertrags definiert als ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder zum Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Angeknüpft wird damit zum einen an den Begriff des Bauwerks, wie er bisher in § 634a Absatz 1 Nummer 2 verwendet wurde: Zur Auslegung des Bauwerksbegriffs wird in der Regel an die zu § 634a Absatz 1 Nummer 2 bzw. der Vorgängernorm des § 638 BGB a.F. ergangene Rechtsprechung angeknüpft werden können. Zum anderen wird auf den Begriff der Außenanlage Bezug genommen, der sich derzeit etwa in § 648a findet.

Durch § 650a Absatz 2 BGB-E wird geregelt, wann ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks als Bauvertrag im Sinne des neuen Kapitels 2 „Bauvertragsrecht“ anzusehen ist. Dies soll nur dann der Fall sein, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung ist. Nur unter diesen Voraussetzungen kann davon ausgegangen werden, dass es sich nach Vertragsdauer und -umfang um einen auf längerfristige Zusammenarbeit angelegten Vertrag handelt, bei dem die Anwendung der folgenden speziellen bauvertragsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt ist. Unter In-

standhaltung sind Arbeiten zu verstehen, die zur Erhaltung des Soll-Zustandes des Bauwerks dienen (s. auch § 2 Absatz 9 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI); § 1 Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A - VOB/A). Instandhaltungsarbeiten, die für Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind, können etwa Pflege-, Wartungs- und Inspektionsleistungen sein, die der Erhaltung und/oder der Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen. Erfasst werden etwa Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege- und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen.

### **Zu § 650b BGB-E (Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers)**

Der neue § 650b BGB-E normiert Vorgaben für ein Anordnungsrecht des Bestellers bei Bauverträgen. Die werkvertraglichen Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch kennen bisher ein Anordnungsrecht des Bestellers nicht. Damit wird das Werkvertragsrecht dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag und dem komplexen Baugeschehen häufig nicht gerecht, insbesondere wenn während der Ausführung des Baus Veränderungen eintreten. In der Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B wurde diesem Bedürfnis bereits Rechnung getragen; § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B enthält entsprechende Regelungen.

Der Entwurf verfolgt das Ziel, möglichst auf ein Einvernehmen der Vertragsparteien hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Dies ist regelmäßig im Interesse beider Parteien, weil ein Streit über eine Vertragsänderung die Zusammenarbeit bei der weiteren Ausführung des Baus erheblich belasten kann. Absatz 1 Satz 1 sieht daher vor, dass die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, wenn der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Nummer 1) oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Nummer 2), wünscht.

Eine Änderung des Werkerfolgs nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 ist nicht an bestimmte Ziele gebunden. So kann sie darauf zurückzuführen sein, dass sich die Vorstellungen des Bestellers geändert haben oder er bei der Planung Umstände, etwa unterzubringende Möbel oder sonstige Gegenstände, nicht berücksichtigt hat. Anordnungen nach Absatz 1 Nummer 2 dienen dazu, den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen. Solche Anordnungen des Bestellers können aus verschiedenen Gründen veranlasst sein, etwa durch Änderungen der Rechtslage oder behördliche Vorgaben. Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. Dann wird der Anordnung oft ein Bedenkenhinweis des Unternehmers vorausgehen.

Wesentlicher Bestandteil einer einvernehmlichen Lösung ist, dass sich die Parteien auch über die Auswirkungen einigen, die die Änderung für die vom Besteller zu zahlende Vergütung hat. Der Unternehmer soll daher nach Absatz 1 Satz 2 grundsätzlich verpflichtet sein, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen.

Sowohl die Pflicht des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, als auch das Anordnungsrecht nach Absatz 2 soll in den Fällen der Änderung des vereinbarten Werkerfolgs nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 nicht uneingeschränkt bestehen. Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 2 legen fest, dass der Unternehmer dazu nur verpflichtet ist, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Dieses Zumutbarkeitskriterium kann beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers betreffen, aber auch betriebsinterne Vorgänge. Bei der Abwägung, welche Leistungen für den Unternehmer zumutbar sind, sind die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen und müssen in einem ausgewogenen Verhältnis in die Bewertung einfließen. Zu berücksichtigen ist einerseits, dass der Unternehmer durch die Anordnung zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprechen. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung soll daher unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3) liegen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass beide Vertragsparteien in dem Stadium der Abwicklung des Bauvertrags aneinander gebunden sind und ein Wechsel des Vertragspartners für den Besteller nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden ist.

Im Gegensatz zu den Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs soll für Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind (Absatz 1 Nummer 1), kein neues Zumutbarkeitskriterium eingefügt werden. Hier sollen dem Unternehmer nur die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3) zustehen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Die Verteilung der Beweislast für die (Un-)Zumutbarkeit einer Anordnung des Bestellers soll den Verantwortungssphären der Parteien Rechnung tragen. Beweispflichtig für die Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Besteller, da er den Vertrag ändern will. Dies gilt beispielsweise für die Frage, ob das zur Ausführung notwendige Material tatsächlich im Handel erhältlich ist. Der Unternehmer trägt nach Absatz 1 Satz 3 nur dann die Beweislast für die Unzumutbarkeit, wenn er sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat. Hinsichtlich der Frage der Unzumutbarkeit aus betriebsinternen Gründen ist bei einem Generalunternehmer eine Gesamtbetrachtung unter Einschluss der Nachunternehmer angezeigt. Es ist nicht nur auf den Betrieb des Generalunternehmers selbst abzustellen, sondern es sind auch die betrieblichen Möglichkeiten der Nachunternehmer zuzurechnen, ohne die der Generalunternehmer den Auftrag nicht erhalten hätte.

Trägt der Besteller die Planungsverantwortung, ist der Unternehmer nach Absatz 1 Satz 4 nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Unternehmer erst dann zur Erstellung des Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung in der Lage ist, wenn er die geänderte Planung und die darin vorgesehenen Leistungen kennt.

Für den Fall, dass die Parteien auf der Grundlage der nach Absatz 1 zu erstellenden Unterlagen keine Einigung erzielen, bestimmt Absatz 2, dass der Besteller die Änderung anordnen kann. Einer Anordnung, die auf eine Änderung des Werkerfolgs gerichtet ist, muss der Unternehmer nach Absatz 2 Satz 2 nur nachkommen, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Der Begriff der Zumutbarkeit ist ebenso zu verstehen wie in Absatz 1. Hinsichtlich der Beweislast für betriebsinterne Vorgänge gilt Absatz 1 Satz 3 entsprechend (Absatz 2 Satz 3).

Absatz 3 lehnt sich an die vergleichbaren Regelungen in § 885 Absatz 1 Satz 2 und § 899 Absatz 2 Satz 2 an. Die Vorschrift enthält die Vermutung des Vorliegens eines Verfügungsgrundes im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Streitigkeiten der Vertragsparteien im Zusammenhang mit Anordnungen nach § 650b Absatz 1 BGB-E. Nach Beginn der Bauausführung wird danach widerleglich vermutet, dass ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 der Zivilprozessordnung (ZPO) gegeben ist, und damit eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist. Diese Vermutung ist im Hinblick auf die sich ständig ändernde Sachlage am Bau und die drohende Schaffung vollendeter Tatsachen, wenn ohne vorherige gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Anordnung weitergebaut wird, gerechtfertigt und vereinfacht die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes.

Im Zusammenhang mit der Einführung eines Anordnungsrechts des Bestellers eines BGB-Bauvertrags können sich Streitigkeiten der Vertragsparteien ergeben, etwa wenn der Unternehmer die Änderungsanordnung des Bestellers für unzumutbar hält oder die Vertragsparteien sich nicht über die Kosten in der Folge einer Änderungsanordnung einigen können, weshalb die Höhe der vom Besteller zu zahlenden Abschläge streitig wird. Streit über die Höhe der Abschläge kann außerdem entstehen, wenn nur der Unternehmer die Anordnung als Änderung des Vertrags ansieht, der Besteller dagegen von einer bloßen Verwirklichung der vertraglich geschuldeten Leistung ausgeht.

Mit Blick auf solche Streitigkeiten hat die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht ergänzend zu ihren Vorschlägen über das Anordnungsrecht des Bestellers die Einführung eines schnellen und effizienten Streitbeilegungsmechanismus zum notwendigen Bestandteil einer praxisgerechten Umsetzung des Anordnungsrechts erklärt (sogenannte „Bauverfügung“). Hierbei soll es sich um ein beschleunigtes vorläufiges gerichtliches Erkenntnisverfahren mit hoher Richtigkeitsgewähr handeln, das sich an das bestehende Verfahren der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) anlehnt, in bestimmten spezifischen Punkten aber von diesem abweicht. So sollen nicht nur präsenste Beweismittel zugelassen werden, es soll grundsätzlich binnen zwei Wochen ab Eingang mündlich über den Antrag verhandelt werden und schon im ersten Termin ein Sachverständiger hinzugezogen werden. Zudem soll die einmal erlassene Bauverfügung keiner weiteren Überprüfung im Rechtsmittelzug unterliegen.

Nachdem im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Zweifel aufgekommen sind, ob die Einführung eines Bauverfügungsverfahrens zwingend erforderlich ist, ist zu dem bereits bestehenden Anordnungsrecht nach § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B bei den Mitgliedern der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht eine Umfrage zu Art und Umfang dadurch entstehender Streitigkeiten durchgeführt worden. Diese Abfrage führte zu dem Ergebnis, dass in der Regel trotz teils erheblicher Differenzen über Anordnungen nach § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B während der laufenden Bauarbeiten kein gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen und der Streit der Parteien erst im Zusammenhang mit der Schlussabrechnung ausgetragen wird. Es kommt demnach bei VOB/B-

Verträgen in der Regel nicht zu erheblichen Verzögerungen und Unterbrechungen der Bauarbeiten wegen Streitigkeiten über Anordnungen des Bestellers.

Es wird daher derzeit nicht vorgeschlagen, ein spezielles Bauverfügungsverfahren einzuführen. Vielmehr wird angenommen, dass Streitigkeiten über Anordnungen nach § 650b Absatz 2 BGB-E entweder durch Verhandlungen der Parteien oder durch einstweilige Verfügungen beigelegt werden können.

Falls sich nach den ersten Erfahrungen mit dem neuen Anordnungsrecht doch ein Bedarf für ein spezielles Bauverfügungsverfahren ergeben sollte, kann dieses später gesondert eingeführt werden.

Die Bundesregierung wird darüber hinaus unter anderem unter Durchführung von Pilotprojekten prüfen, inwieweit außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren (Mediation, Schlichtung und Adjudikation) eine schnelle Streitbeilegung fördern können.

### **Zu § 650c BGB-E (Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2)**

Ergänzend zu den Regelungen für ein Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b Absatz 2 BGB-E enthält § 650c BGB-E Vorgaben zur Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung bei solchen Anordnungen. Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Die gesetzliche Regelung soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen. Durch die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsabschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich ist oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.

#### **Zu Absatz 1**

Die Mehr- oder Mindervergütung soll nicht auf der Grundlage der für die geänderte Bauleistung insgesamt „üblichen Vergütung“ im Sinne des § 632 berechnet werden. Zum einen gibt es für viele (Spezial-)Bauleistungen keine „übliche“ Vergütung. Zum anderen würde bei Änderungsnachträgen, bei denen nur die Art der Ausführung der Bauleistung, nicht jedoch der Aufwand (Material, Zahl der Arbeitsstunden etc.) geändert wird, eine Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach der üblichen Vergütung nicht zu angemessenen Ergebnissen führen.

Erwogen wurde, bei der Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung zwischen einer Anordnung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs und der Anordnung zur Änderung des Werkerfolgs zu unterscheiden. Danach würde bei einer Anordnung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs die Mehr- oder Mindervergütung auf der Basis des ursprünglich vereinbarten Preisniveaus berechnet, bei Leistungsänderungen dagegen auf die Vertragspreise unter Berücksichtigung der geänderten preisrelevanten Umstände (z. B. Materialpreise, Löhne) im Änderungszeitpunkt abgestellt. Ziel dieses Berechnungsmodells ist es, der Nachkalkulation bei Anordnungen zur Erreichung des Werkerfolgs den Preis zu Grunde zu legen, den die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die zusätzlich notwendigen Leistungen beim Vertragsschluss bekannt gewesen wären und sie diese gleich berücksichtigt hätten.

Das letztlich favorisierte Modell berücksichtigt den Einwand, dass eine Differenzierung zwischen den beiden Anordnungsvarianten schwierig sein und unnötige Probleme bereiten kann.

Im Einzelnen ist Folgendes vorgesehen:

Die für die unveränderten Vertragsleistungen vereinbarten Preise bleiben unberührt.

Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet. Bei der Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.



Die Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn müssen angemessen sein. Der bloße Verweis des Unternehmers auf die Urkalkulation genügt nicht, um die Angemessenheit der Zuschlagssätze darzulegen. Innerhalb einer Nachtragsberechnung darf es keine Kombination zwischen den tatsächlich erforderlichen Kosten einerseits und den kalkulierten Kosten andererseits geben, um keine Anreize für spekulative Kostenverschiebungen zu schaffen. Damit scheidet im Rahmen des Absatzes 1 ein Rückgriff auf die hinterlegte Urkalkulation aus.

Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung wird nicht um einen sogenannten Vertragspreisniveaufaktor ergänzt. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen wäre, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führen würde. Stattdessen soll die im Wettbewerb für die Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe (d. h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden.

### **Zu Absatz 2**

Um die Abrechnung praktikabel zu gestalten, wird dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnet, zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Kostenansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückzugreifen. Ergänzend greift eine widerlegliche Vermutung, dass die in dieser Urkalkulation enthaltenen beziehungsweise fortgeschriebenen Preis- und Kostenansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und hinsichtlich der Zuschläge weiterhin angemessen sind. Hinsichtlich eines Zuschlags für allgemeine Geschäftskosten wird mithin vermutet, dass er weiterhin zutreffend ist. Haben sich die allgemeinen Geschäftskosten erhöht, hat der Unternehmer die Möglichkeit, die Berechnungsmethode nach Absatz 1 zu wählen und sie auf andere Weise schlüssig darzulegen. In die Vermutung für die Ansätze der Urkalkulation einbezogen wurden auch Zuschläge für Wagnis und Gewinn. Solche Zuschläge werden im Wettbewerb um die Ausgangsleistung erzielt, so dass es sachgerecht ist, sie über die Vermutung im Zweifel fortzuschreiben. Bei unternehmensbezogen kalkulierten Zuschlägen bezieht sich die widerlegliche Vermutung auch auf die in der Urkalkulation ausgewiesenen Ansätze und Bezugsgrößen, wie Umsatz, Bauzeit oder projektbezogene Festbeträge.

Dadurch wird gewährleistet, dass die Vertragsparteien für die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten keine Neuberechnung vornehmen müssen, sondern – wie bisher – auf die in der Regel vorhandene Urkalkulation des Unternehmers zurückgreifen können. Die Vermutungswirkung kann jedoch nur greifen, wenn die vom Unternehmer offenbarte oder zumindest hinterlegte Urkalkulation ausreichend aufgeschlüsselt ist. Ein wichtiger Nebeneffekt dieser Regelung ist der Anreiz für den Unternehmer, die Kalkulationen nachvollziehbar zu gestalten, um sie – gestützt auf die gesetzliche Vermutung – für die Berechnung der „Ist-Kosten“ heranziehen zu können.

Für den Unternehmer ergibt sich also ein Wahlrecht, ob er „Nachträge“ auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation (Absatz 2) oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (Absatz 1) abrechnen will. Um Spekulationen bei der Preisgestaltung zu verhindern, kann der Unternehmer das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben („Vergütung für den Nachtrag“). Je nachdem wie er sich entschieden hat, hat er konsequent entweder die Urkalkulation fortzuschreiben oder die tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten für die nachträglich angeordnete Leistung darzulegen.

### **Zu Absatz 3**

Besteht zwischen den Parteien Streit über die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung, ergibt sich für den Unternehmer das Risiko, dass er die infolge der Änderung geschuldete Mehrleistung zunächst ohne Vergütung erbringt und eine Klärung der Mehrvergütung erst im Zusammenhang mit der Schlussrechnung erfolgt. Um hier zu gewährleisten, dass jedenfalls ein Teil der geschuldeten Mehrvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen berücksichtigt wird, sieht Absatz 3 eine vorläufige Pauschalierung vor. Danach kann der Unternehmer bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder eine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Auf diese Weise erhält der Unternehmer während der Ausführung des Baus einen leicht zu begründenden vorläufig-

gen Mehrvergütungsanspruch. Hält der Besteller ihn für überhöht, muss er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen.

Kommt die vorläufige Berechnung der Abschläge nach der 80-Prozent-Regelung zur Anwendung, erfolgt die genaue Berechnung der Mehrvergütung erst in der Schlussrechnung. Der Anspruch des Unternehmers auf die nach den Absätzen 1 und 2 berechnete Mehrvergütung wird dann erst nach der Abnahme des Werkes fällig (Satz 2). Für den Fall, dass sich nunmehr eine Überzahlung durch den Besteller ergibt, sieht Satz 3 einen Rückgewähranspruch vor.

#### **Zu Absatz 4**

Nach Absatz 4 Satz 1 können die Parteien eine andere Vereinbarung für die Vergütungsanpassung treffen. Dadurch wird klargestellt, dass die Parteien einzelvertraglich auch eine andere Berechnungsmethode vereinbaren können. Diese kann sich sowohl auf die Gesamtvergütung, als auch auf Abschlagszahlungen beziehen. Wird eine andere Berechnungsmethode in AGB vereinbart, unterliegt diese Klausel grundsätzlich der Inhaltskontrolle des § 307.

Eine Ausnahme davon, die über die Privilegierung des § 310 Absatz 1 Satz 3 hinausgeht, sieht Absatz 4 Satz 2 für die VOB/B vor: Wird die VOB/B in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, findet § 307 Absatz 1 und 2 danach in Bezug auf eine Inhaltskontrolle von Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung abweichend von § 310 Absatz 1 Satz 3 auch dann keine Anwendung, wenn die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltlichen Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen sind. Es soll hier also für die Privilegierung nicht erforderlich sein, dass die VOB/B in Gänze vereinbart wird, sondern nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung in Gänze vereinbart werden.

Das neue Privileg ermöglicht es den Parteien im Bereich der öffentlichen und gewerblichen Aufträge, gemäß § 2 Absatz 5 und Absatz 6 VOB/B und der dazu entstandenen Praxis den neuen Preis weiterhin unter Fortschreibung der Auftragskalkulation/Urkalkulation zu berechnen, wenn sie zumindest die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne Abweichungen insgesamt vereinbart haben. Vereinbaren die Parteien sonstige Abweichungen von der VOB/B oder machen sie von deren Öffnungsklauseln Gebrauch, schließt dies die Privilegierung nicht aus. Mit dieser Regelung soll ermöglicht werden, die im Rahmen von VOB/B-Verträgen seit vielen Jahren praktizierte und von den Beteiligten auch akzeptierte Praxis der Preisfortschreibung fortgeführt werden kann, obwohl sie vom gesetzlichen Leitbild des § 650c BGB-E abweicht.

Um möglichen Änderungen der VOB/B Rechnung zu tragen, sieht Absatz 4 Satz 2 eine gleitende Verweisung vor. Privilegiert wird die VOB/B in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung. Diese besondere Privilegierung der VOB/B hinsichtlich des Anordnungsrechts und der Vergütungsanpassung erscheint gerechtfertigt, weil davon ausgegangen werden kann, dass die Mitglieder des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) in einem derart wichtigen und praxisrelevanten Regelungsbe- reich – auch für sich alleine betrachtet – keine für eine Partei gänzlich unvertretbare Bestimmung vereinbaren werden. Mit Blick auf die paritätische Besetzung des DVA mit Vertretern der betroffenen Besteller und Unternehmer erscheint die Prognose gerechtfertigt, dass das Anordnungsrecht des Bestellers und das daran anschließende Preisanpassungsrecht des Unternehmers in der VOB/B auch künftig zu einem für die Beteiligten akzeptablen Ausgleich gebracht wird.

#### **Zu Absatz 5**

Durch Absatz 5 sollen parallel zu der Regelung in § 650b Absatz 3 einstweilige Verfügungen zur Durchsetzung von Forderungen des Unternehmers auf Abschlagszahlungen oder Sicherheitsleistungen, die sich wegen Anordnungen des Bestellers geändert haben, erleichtert werden. Auch insoweit wird danach widerleglich vermutet, dass ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO nach Beginn der Bauausführung gegeben ist, und damit eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Es ist anzunehmen, dass es in der künftigen Praxis weniger Streitigkeiten über die Zumutbarkeit einer Änderungsanordnung des Bestellers als über die aus einer Änderungsanordnung folgende Vergütungsanpassung geben wird. Zudem sind die grundsätzlich vorleistungspflichtigen Unternehmer in besonderem Maße auf Liquidität – etwa durch an den neuen Leistungsumfang angepasste Abschlagszahlungen – angewiesen. Dies gilt vor allem dann, wenn es aufgrund der Änderungsanordnung zu erheblichen Kostensteigerungen kommt. Daher soll den Unternehmern ermöglicht werden, im einstweiligen Verfügungsverfahren schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die nunmehr zu gewährende Sicherheit zu erlangen. Macht der Unternehmer von seiner vorläufigen Pauschalisierungsmöglichkeit der Mehrvergütung nach Absatz 3 Satz 1 Gebrauch, dient die erleichterte einstweilige Verfügung auch den Interessen des Bestellers. Er kann so überhöhten Ansprüchen schnell entgegenreten.

Bereits nach geltender Rechtslage lässt die Rechtsprechung eine auf Zahlung von Geld – und damit auf vorläufige Befriedigung – gerichtete einstweilige (Leistungs-)Verfügung zu. An das Bestehen eines Verfügungsgrundes stellt sie jedoch insoweit erhöhte Anforderungen: Der Antragsteller bedarf dringend der sofortigen Erfüllung seines Anspruchs; die geschuldete Handlung muss, soll sie nicht ihren Sinn verlieren, so kurzfristig zu erbringen sein, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht mehr möglich erscheint; dem Antragsteller müssen aus der Nichtleistung Nachteile drohen, die schwer wiegen und außer Verhältnis zu dem Schaden stehen, der dem Antragsgegner droht (vgl. Musielak/Voit/Huber, ZPO, 12. Auflage 2015, § 940 Rn. 14; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Auflage 2016, § 940 Rn. 6). Diese insbesondere im Unterhaltsrecht entwickelten Voraussetzungen dürften trotz ihrer großen Bedeutung für die Liquidität von Bauunternehmern nach geltendem Recht in Bezug auf Abschlagsforderungen zumeist nicht gegeben sein. Hier knüpft der vorgeschlagene Absatz 5 an, indem er die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer eine auf Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung erlangen kann, nach Beginn der Bauausführung absenkt.

#### **Zu den §§ 650d, 650e BGB-E (Sicherheitshypothek des Bauunternehmers, Bauhandwerkersicherung)**

Die Vorschriften zur Sicherheitshypothek des Bauunternehmers (§ 648 Absatz 1) und zur Bauhandwerkersicherung (§ 648a) betreffen ausschließlich Bauverträge. Sie werden daher aus systematischen Gründen als §§ 650d und 650e BGB-E in Kapitel 2 übernommen. Dabei werden aufgrund der Definition des Bauvertrages in § 650a BGB-E geringfügige redaktionelle Änderungen an beiden Vorschriften vorgenommen. Da sich beide Vorschriften in Kapitel 2 finden und damit auf Bauverträge im Sinne des § 650a BGB-E anzuwenden sind, kann auf die bisherige ausdrückliche Beschreibung ihres Anwendungsbereichs verzichtet werden. Dabei wird der Anwendungsbereich des bisherigen § 648 Absatz 1 (jetzt § 650d BGB-E) geringfügig erweitert, da nunmehr auch ein mit der Errichtung einer Außenanlage betrauter Unternehmer eine Sicherheitshypothek verlangen kann.

Zudem werden folgende Änderungen an § 650e BGB-E vorgenommen:

- In Absatz 1, Absatz 3 und Absatz 5 wird jeweils der nicht mehr gebräuchliche Begriff „vom Hundert“ durch das Wort „Prozent“ ersetzt.
- In Absatz 4 wird die Verweisung auf den bisherigen § 648 Absatz 1 durch die jetzt geltende Verweisung auf § 650d BGB-E ersetzt.
- Das in Absatz 6 Satz 1 Nummer 2 normierte sogenannte Verbraucherprivileg wird an die neue Systematik des Titels 9 angepasst. Ausgenommen vom Anwendungsbereich des § 650e BGB-E sind künftig Verträge von Verbrauchern, die einen Verbraucherbauvertrag im Sinne des § 650h BGB-E sowie einen Bauträgervertrag im Sinne des § 650t BGB-E zum Gegenstand haben. Bisher fanden die Vorschriften zur Bauhandwerkersicherung keine Anwendung, wenn der Besteller eine natürliche Person war, der Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen ließ.

Die Neufassung knüpft an die Definition des Verbraucherbauvertrags und des Bauträgervertrags in § 650h BGB-E und § 650t BGB-E an und schafft damit für die Praxis mehr Klarheit und Rechtsicherheit hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Vorschrift, insbesondere wird klargestellt, dass auch der von einem Verbraucher geschlossene Bauträgervertrag von der Vorschrift erfasst ist. Durch die Änderung erfährt die Vorschrift eine geringfügige Ausweitung des Anwendungsbereichs gegenüber dem bisherigen § 648a Absatz 6 Nummer 2: Künftig sind auch Verträge eines Verbrauchers über den Bau eines Mehrfamilienhauses vom Verbraucherprivileg erfasst. Auch für diese Verträge gelten die Argumente, die für das Verbraucherprivileg sprechen. Die finanzielle Situation des Verbrauchers wird vor und während der Realisierung des Bau-

projekts in der Regel durch die finanzierende Bank ausreichend geprüft. Kommt es nach dem Ende der Bauphase zu einer Einschränkung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bestellers, so betrifft dies in aller Regel die Ansprüche, die die finanzierende Bank gegen den Besteller hat. Probleme bei der Begleichung der Vergütungsansprüche des Unternehmers entstehen nur dann, wenn sich die Kosten für das Bauprojekt durch unvorhergesehene Ereignisse wesentlich erhöhen und sich dadurch die für das Bauprojekt vorgesehene Finanzierung als nicht ausreichend erweist. Dabei handelt es jedoch um Ausnahmefälle, für die eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich ist.

Nicht in den Anwendungsbereich des Verbraucherprivilegs aufgenommen werden hingegen von Verbrauchern geschlossene Werkverträge, die keine Verbraucherbauverträge im Sinne des § 650h BGB-E oder Bauträgerverträge im Sinne des § 650t BGB-E sind. Hierbei wird es sich in der Regel um Verträge über kleinere Baumaßnahmen (zum Beispiel Wiederherstellungsmaßnahmen, kleinere Umbaumaßnahmen) handeln. Bei diesen erscheint das Privileg nicht gerechtfertigt, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Finanzierung des Vorhabens in gleichem Maße gesichert ist wie einem Verbraucherbauvertrag oder einem von einem Verbraucher Bauträgervertrag. Angesichts des kleineren Volumens wird der Verbraucher die Verbindlichkeit hier häufiger ohne vorherige Sicherstellung der Finanzierung durch eine Bank eingehen.

#### **Zu § 650f (Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme)**

Für Bauverträge wird die neue Regelung zur fiktiven Abnahme in § 640 Absatz 2 BGB-E durch § 650f BGB-E ergänzt, der eine Regelung zur Zustandsfeststellung für den Fall enthält, dass die Abnahme verweigert wird, und in Ergänzung zu den allgemeinen Regeln und § 644 eine Regelung zur Gefahrtragung trifft.

##### **Zu Absatz 1**

Kommt es nicht zu einer Abnahme des Bauwerks oder der Außenanlage, weil die Vertragspartner über die Abnahmereife des Werks streiten, besteht in der Praxis das Bedürfnis, den Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren, um in einem späteren Prozess die Sachaufklärung zu erleichtern. Insbesondere wenn der Besteller das Werk ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen hat, entstehen bei einer späteren Abnahme häufig Unsicherheiten darüber, ob dann festgestellte Mängel aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers oder dem des Unternehmers stammen. Ein entsprechendes Bedürfnis zur Dokumentation des Zustands kann auch bestehen, wenn die Vertragspartner einig sind, dass das Werk nicht abnahmereif ist.

Künftig soll den Besteller eine Obliegenheit treffen, auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Diese Zustandsfeststellung ersetzt nicht die Abnahme und hat auch keine sonstigen Ausschlusswirkungen, sie dient – entsprechend ihrer Bezeichnung – lediglich der Dokumentation des Zustands des Werks, um späterem Streit vorzubeugen und ist die Grundlage für eine modifizierte Gefahrtragung.

In Satz 2 werden Anforderungen an die Form der gemeinsamen Zustandsfeststellung durch Unternehmer und Besteller aufgestellt. Mit Blick auf ihre Dokumentationsfunktion ist vorgesehen, dass diese von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben ist und mit dem Datum ihrer Anfertigung versehen werden soll.

##### **Zu Absatz 2**

In der Regel werden die Parteien den Zustand des Werks gemeinsam feststellen, aber auch eine einseitige Zustandsfeststellung durch den Unternehmer soll möglich sein und die in Absatz 3 vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen.

Absatz 2 konkretisiert die Anforderungen an eine einseitige Zustandsfeststellung durch den Unternehmer. Sie soll dann möglich sein, wenn der Besteller einem vereinbarten oder von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin fernbleibt. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass sich die Vertragsparteien über den Termin zur Zustandsfeststellung austauschen und dass die Frage des Vertretenmüssens eines etwaigen Fernbleibens des Bestellers noch vor dem Termin von ihnen erörtert wird.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Die Voraussetzungen einer einseitigen Zustandsfeststellung liegen nicht vor, wenn sich beide Vertragsparteien zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung einfinden, sich in der Folge aber nicht auf den festzustellenden Zustand einigen können. In diesem Fall steht es den Parteien offen, in einem selbständigen Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO den Zustand des Werks von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen feststellen zu lassen.

Damit der Besteller vom Inhalt der einseitigen Zustandsfeststellung Kenntnis erhält und nachträglichen Änderungen der Zustandsfeststellung vorgebeugt wird, ist in Absatz 2 Satz 2 vorgesehen, dass der Unternehmer die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung stellen hat.

Der Entwurf enthält keine Regelung über die Zuordnung der Kosten für die Zustandsfeststellung. Da die Zustandsfeststellung im Interesse beider Vertragspartner liegt, hat jede Partei die ihr entstehenden Kosten der Zustandsfeststellung grundsätzlich selbst zu tragen. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs vorliegen (§ 280 Absatz 1). Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Unternehmer den Besteller zur Abnahme auffordert, obwohl das Werk offensichtlich wesentliche Mängel aufweist.

### Zu Absatz 3

An die Zustandsfeststellung nach den Absätzen 1 und 2 soll unter bestimmten Voraussetzungen eine Vermutung geknüpft werden, die den Werkunternehmer davon entlastet auch für Mängel des Werks einstehen zu müssen, die wahrscheinlich nicht von ihm verursacht sind.

Wird die Abnahme unter Hinweis auf Mängel verweigert, entsteht zwischen den Parteien häufig Streit darüber, ob es sich um wesentliche Mängel handelt, die den Besteller zu der Abnahmeverweigerung berechtigten, oder lediglich um unwesentliche Mängel, die ihn zu einer Abnahme verpflichten. Häufig geht das Werk vor der Abnahme bereits in den Einflussbereich des Bestellers über und wird von diesem genutzt. Während der Unternehmer die gerügten Mängel beseitigt, treten nicht selten weitere Beeinträchtigungen an dem Werk auf, deren Ursache unklar ist. Da der Unternehmer auch im Falle von Störungen weiterhin zur Herstellung eines vollständig mangelfreien Werks verpflichtet ist (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 75. Auflage, § 644 Rn. 2) und die Gefahr bis zur Abnahme des Werks trägt (§ 644 Absatz 1), hat er bis zur Abnahme die Mangelfreiheit zu beweisen. Wurde das Werk zwischenzeitlich durch den Besteller selbst beeinträchtigt, muss er diese Schäden ebenfalls beseitigen, wenn er nicht nachweisen kann, dass sie vom Besteller verursacht wurden.

Dieses Risiko des Unternehmers schränkt Absatz 3 ein. Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und hat eine Zustandsfeststellung nach den Absätzen 1 oder 2 stattgefunden, gilt die Vermutung, dass ein offenkundiger Mangel, der in der Zustandsfeststellung nicht angegeben wurde, nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist.

Um einen offenkundigen Mangel handelt es sich dann, wenn der Mangel bei einer ordnungsgemäßen Zustandsfeststellung ohne weiteres hätte entdeckt werden müssen. Bei der Auslegung des Begriffs „offenkundig“ ist die jeweilige Fachkunde des Bestellers zu berücksichtigen.

Voraussetzung des Eintritts der Vermutung ist, dass die Anforderungen an eine Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder Absatz 2 eingehalten sind. Verzichtbar ist lediglich die Angabe des Tages der Anfertigung der gemeinsamen Zustandsfeststellung nach Absatz 1 Satz 2, die ebenso wie in § 585b Absatz 1 Satz 3 als „Sollvorschrift“ ausgestaltet wurde.

Nach Absatz 3 Satz 2 gilt die Vermutung nicht, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht sein kann. Dies ist etwa der Fall, wenn es sich um einen Materialfehler handelt oder der Mangel darin besteht, dass das Werk nicht nach den Planungsvorgaben hergestellt wurde.

Die Vermutung geht dahin, dass der offenkundige Mangel nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Auf diesem Wege können dem Besteller auch von Dritten verursachte Schäden zugerechnet werden, wenn er die Vermutung nicht erschüttern kann. Dies erscheint jedoch gerechtfertigt, weil der Besteller bereits im Besitz des Werkes ist und daher Beeinträchtigungen durch Dritte eher vermeiden kann als der Unternehmer, der dafür bisher einzustehen hat.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

**Zu § 650g BGB-E (Schriftform der Kündigung)**

§ 650g BGB-E legt fest, dass jede Kündigung eines Bauvertrags – wie die Kündigung eines Mietverhältnisses oder eines Arbeitsverhältnisses (§§ 568 und 623) – der Schriftform bedarf. Diese Regelung dient der Rechtssicherheit und der Beweissicherung. Darüber hinaus soll sie die Bauvertragsparteien vor übereilten und später bereuten spontanen Handlungen schützen, die angesichts des Umfangs, den Bauverträge in der Regel haben, mit erheblichen negativen Folgen verbunden sein können. Eine Kündigung in Textform reicht nicht aus; damit würde der angestrebte Schutzzweck nicht erreicht. Das Schriftformerfordernis gilt im Hinblick auf diesen Schutzzweck sowohl für die freie Kündigung (bisher § 649, jetzt § 648 BGB-E), als auch für die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB-E).

**Zu Kapitel 3 – Verbraucherbauvertrag**

Um dem besonderen Schutzbedürfnis der Verbraucher beim Abschluss größerer Bauverträge Rechnung zu tragen, wird ein eigenes Kapitel „Verbraucherbauvertrag“ eingefügt, in dem eine Reihe von Schutzvorschriften zusammengefasst sind.

**Zu § 650h BGB-E (Verbraucherbauvertrag)**

Nach dem Entwurf sind Verbraucherbauverträge Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, durch die ein Unternehmer zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird (Absatz 1).

Dieser Anwendungsbereich für die Regelungen zum Verbraucherbauvertrag schließt an die Vorgaben der EU-Verbraucherrechterichtlinie vom 25. Oktober 2011 (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64) zu den vorvertraglichen Informationspflichten an. Danach ist der Verbraucher vor Vertragsschluss über die wesentlichen Eigenschaften der Leistung zu informieren (Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a). Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden (Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe f, Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a). Diese Ausnahme ermöglicht es dem deutschen Gesetzgeber nicht nur für diesen Bereich eigene, weitergehende Vorgaben zur Information des Vertragspartners einzuführen, sondern macht dies sogar notwendig. Würde von einer ergänzenden Regelung für die in der Verbraucherrechterichtlinie ausgenommenen Verträge abgesehen, führte dies zu einem nicht akzeptablen Ungleichgewicht: Für kleinere Bauverträge würden die auf die Verbraucherrechterichtlinie zurückgehenden Informationspflichten greifen, für größere mit einem höheren Risiko für den Verbraucher verbundene Verträge dagegen keine entsprechenden Pflichten bestehen. Für die von der Richtlinie nicht erfassten Bauverträge werden daher spezielle vorvertragliche Informationspflichten (vgl. § 650i BGB-E) sowie weitere Schutzvorschriften eingeführt.

Zum Begriff „Bau von neuen Gebäuden“ bietet § 312b Absatz 3 Nummer 4 BGB a.F. eine Orientierung. Danach fanden die Vorschriften über Fernabsatzverträge keine Anwendung auf Verträge über die „Errichtung von Bauwerken“. Diese Vorschrift wurde von der Rechtsprechung im Sinne des Verbraucherschutzes eng ausgelegt und umfasste nur Verträge über Maßnahmen, die das Grundstück wesentlich umgestalteten und daher den klassischen Immobiliengeschäften gleich gestellt werden konnten. Dagegen fanden die Vorschriften des Fernabsatzrechtes Anwendung, wenn der Vertrag lediglich Erneuerungs-, Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen an den bestehenden Gebäuden betraf oder wenn es sich um ein Bauwerk untergeordneter Funktion, wie beispielsweise einen Carport oder einen Gartenschuppen handelte (vgl. Münchner Kommentar zum BGB, 5. Auflage, § 312b, Rn. 77).

In Erwägungsgrund 26 zur EU-Verbraucherrechterichtlinie wird zum Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen in Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe f ausgeführt, dass darunter solche Umbaumaßnahmen fallen, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind, beispielsweise Baumaßnahmen, bei denen nur die Fassade eines alten Gebäudes erhalten bleibt. Maßgeblich sind mithin Umfang und Komplexität des Eingriffs sowie das Ausmaß des Eingriffs in die bauliche Substanz des Gebäudes. Verträge zur Errichtung von Anbauten – z. B. einer Garage oder eines Wintergartens – sowie zur Instandsetzung bzw. Renovierung von Gebäuden, ohne dass es sich dabei um erhebliche Umbauarbeiten handelt, sind von der Ausnahme nicht erfasst.

Absatz 2 regelt, dass für die in Absatz 1 definierten Verbraucherbauverträge ergänzend zu den Regelungen in Kapitel 1 (Allgemeine Vorschriften) und Kapitel 2 (Bauvertrag) die Vorschriften des Kapitels 3 gelten.

**Zu § 650i BGB-E (Baubeschreibung)**

In der Vorschrift werden die vorvertraglichen Informationspflichten des Unternehmers beim Verbraucherbaupvertrag geregelt. Danach ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher über die sich aus Artikel 249 EGBGB ergebenden Einzelheiten in der dort vorgegebenen Form zu unterrichten. Artikel 249 EGBGB sieht vor, dass dem Besteller rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen ist (§ 1), in der die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer und verständlicher Weise darzustellen sind (§ 2 Absatz 1 Satz 1). Die Baubeschreibung hat auch verbindliche Angaben zur Bauzeit zu enthalten (§ 2 Absatz 2).

Mit der Einführung einer Pflicht, bei Verbraucherverträgen die angebotene Leistung umfassend zu beschreiben, werden verschiedene Ziele verfolgt. Die Beschreibung dient zunächst dem Schutz der aufgrund der Vertragsverhandlungen entstandenen, gerechtfertigten Erwartungen des Bestellers. Die Beschreibung ermöglicht ihm aber auch eine Überprüfung der angebotenen Leistung durch einen sachverständigen Dritten und einen Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten und fördert damit den Wettbewerb.

Die Pflicht zu verbindlichen Angaben zur Bauzeit im Rahmen der Baubeschreibung soll dem Besteller eine verlässliche Planung ermöglichen. Speziell bei größeren Baumaßnahmen, wie die von der Regelung erfassten Verträge über den Bau neuer Gebäude und Verträge über wesentliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden ist der Besteller hinsichtlich des Fertigstellungszeitpunkts besonders schutzwürdig und beispielsweise im Hinblick auf die Finanzierung des Bauprojekts, die Kündigung eines bisherigen Mietvertrags und die Planung des Umzugs auf eine möglichst frühzeitige und verlässliche Information über die Beendigung der Baumaßnahme angewiesen.

Diese Pflicht zur Baubeschreibung durch den Unternehmer entfällt, wenn der Besteller oder ein von ihm Beauftragter, beispielsweise ein Architekt, die wesentlichen Planungsvorgaben für das Bauprojekt macht (letzter Halbsatz).

**Zu § 650j BGB-E (Inhalt des Vertrags)**

Aufgrund der bei Bauverträgen in aller Regel bestehenden asymmetrischen Informationslage zwischen Verbraucher und Unternehmer kann die mit der in § 650i BGB-E vorgeschlagenen Baubeschreibungspflicht angestrebte Verbraucherschutzfunktion nur erreicht werden, wenn – wie in Absatz 1 vorgesehen – die Angaben zur Bauausführung in der vorvertraglich dem Bauherrn übergebenen Baubeschreibung auch zum Vertragsinhalt werden. Diese Rechtsfolge tritt nur dann nicht ein, wenn die Vertragspartner ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben. Dieser Regelungsvorschlag orientiert sich an Artikel 6 Absatz 5 der EU-Verbraucherrechterichtlinie und deren Umsetzung in § 312d Absatz 1 Satz 2, der bezüglich der vorvertraglichen Informationspflichten bei Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen eine vergleichbare Regelung enthält.

Absatz 2 regelt die Rechtsfolgen einer den Anforderungen nicht genügenden Baubeschreibung. Der Vertrag ist in diesem Fall unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards der übrigen Leistungsbeschreibung auszulegen. Der Entwurf verfolgt damit das Ziel, den Vertrag bei Mängeln der Baubeschreibung möglichst aufrechtzuerhalten. Unklarheiten sollen so bereinigt und Lücken so gefüllt werden, wie es dem Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen entspricht. Der Verbraucher soll sich nicht mit einer geringeren Qualität begnügen müssen oder sich sogar zu einer Kündigung genötigt sehen, weil der Unternehmer dem übrigen Niveau entsprechende Leistungen verweigert.

Zu den sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, die bei der Auslegung der Baubeschreibung zu berücksichtigen sind, zählen – entsprechend der Rechtsprechung des BGH zum geltenden Recht (etwa in dem Urteil vom 14. Juni 2007, VII ZR 45/06 oder vom 27. November 2013, VII ZR 275/12) – erläuternde oder konkretisierende Erklärungen der Vertragsparteien, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des Bauwerks.

Die Regelung in Absatz 2 Satz 2 knüpft an den Rechtsgedanken von § 305c Absatz 2 an und überträgt diesen auf die Auslegung eines Verbraucherbaupvertrages mit einer unvollständigen oder unklaren Baubeschreibung.

Eine spezielle Regelung für den Fall des vollständigen Fehlens einer Baubeschreibung ist nicht erforderlich. Soweit in diesem Fall überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, reichen die allgemeinen Regelungen des Schadensersatzrechts als Rechtsfolge aus. Darüber hinaus kann dem Verbraucher bei einer Verletzung der Bau-

beschreibungspflicht ein Schadensersatzanspruch nach allgemeinen Regelungen (§§ 311 Absatz 2, 280 Absatz 1 BGB) zustehen, da die Baubeschreibungspflicht eine vorvertragliche Pflicht darstellt.

Absatz 3 sieht vor, dass ein Verbraucherbaupvertrag verbindliche Regelungen zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags – etwa wegen einer vom Verbraucher einzuholenden Genehmigung – nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten muss. Spätestens zu diesem Zeitpunkt benötigt der Besteller ein verbindliches Datum für die Beendigung der Baumaßnahme für seine weiteren Planungen (vgl. hierzu auch die Ausführungen zu § 650i BGB-E). Enthält der Vertrag keine Angaben zur Fertigstellung oder zur Dauer der Bauausführung, werden die in der nach § 650i BGB-E vorvertraglich zu übermittelnden Baubeschreibung enthaltenen Angaben zur Fertigstellung oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer nicht eingehaltenen Vereinbarung zum Fertigstellungszeitpunkt oder zur Dauer der Bauausführung gelten grundsätzlich die allgemeinen Regelungen zum Schuldnerverzug. Für den Fall, dass bereits eine Teilleistung bewirkt, aber offensichtlich ist, dass das Fertigstellungsdatum nicht eingehalten wird, bietet allerdings das Rücktrittsrecht nach § 323 Absatz 5 BGB keine für den Bauvertrag geeignete Lösung, denn beide Parteien sind in diesem Fall in der Regel nicht mehr an einer Rückabwicklung des Vertrags interessiert. Dem Besteller steht hier zusätzlich ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 648a Absatz 1 zu.

### **Zu § 650k BGB-E (Widerrufsrecht)**

Mit der Vorschrift wird für Verbraucherverträge ein gesetzliches Widerrufsrecht eingeführt und damit eine Schutzlücke geschlossen.

Das Widerrufsrecht gilt für Verbraucherverträge und ist danach gemäß § 650h Absatz 1 BGB-E auf Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden beschränkt. Dies erscheint unter Abwägung der Risiken für den Verbraucher und der Interessen des Geschäftsverkehrs angemessen. Bauverträge in dieser Größenordnung werden von Verbrauchern zumeist nur einmal im Leben geschlossen und sind regelmäßig mit hohen finanziellen Verpflichtungen für diese verbunden. Vielfach wird ein Verbraucher seine gesamten Ersparnisse zur Finanzierung des Bauprojekts einsetzen und sich zusätzlich durch Immobiliendarlehen über viele Jahre finanziell binden. Als problematisch hat sich in der Praxis insbesondere der Vertrieb von schlüsselfertigen Häusern erwiesen, bei denen Verbraucher mit zeitlich begrenzten Rabattangeboten zu schnellen Vertragsabschlüssen gedrängt werden. Diese Fälle sind vom Anwendungsbereich erfasst.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind Bauverträge, die notariell beurkundet werden. Hier bedarf es im Hinblick auf die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Absatz 2a Nummer 2 des Beurkundungsgesetzes vorgesehene Zeit für die Prüfung des Vertragsentwurfs (im Regelfall zwei Wochen) der mit der Einführung des Widerrufsrechts angestrebten Bedenkzeit nicht.

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Widerrufsrechts gelten § 355 sowie ergänzend die neu eingefügten §§ 356d BGB-E und 357d BGB-E (vgl. Artikel 1 Nummer 5 und 6), die Regelungen zum Lauf der Widerrufsfrist und zu den Rechtsfolgen des Widerrufs enthalten. Die in § 355 vorgesehene Widerrufsfrist von 14 Tagen reicht aus, um den mit der Einführung des Widerrufsrechts angestrebten Zweck zu erreichen, einem Verbraucher, der sich vorschnell zum Abschluss eines Bauvertrags entschlossen hat, während einer kurzen Bedenkzeit eine unkomplizierte Lösung vom Vertrag zu ermöglichen.

Nach § 650k Satz 2 BGB-E ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 249 § 3 EGBGB über sein Widerrufsrecht zu belehren. Artikel 249 § 3 EGBGB-E regelt die zeitlichen und formalen Anforderungen an die Widerrufsbelehrung näher und sieht vor, dass der Unternehmer bei Verwendung der als Anlage 10 hinzugefügten Musterwiderrufsbelehrung seiner gesetzlichen Belehrungspflicht genügt.

### **Zu § 650l BGB-E (Höhe und Absicherung von Abschlagszahlungen)**

#### **Zu Absatz 1**

Mit Absatz 1 wird eine neue Schutzvorschrift für Verbraucher eingeführt, für den Fall, dass der Unternehmer von ihm Abschlagszahlungen nach § 632a verlangt. Sie sieht vor, dass die vom Unternehmer verlangten Ab-



schlagszahlungen 90 Prozent der vereinbarten Vergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nicht übersteigen dürfen.

Die Regelung des § 632a dient dazu, die Vorleistungspflicht des Unternehmers abzumildern, indem ihm die Möglichkeit eröffnet wird, Abschlagszahlungen vom Besteller zu verlangen. Bei Verbraucherverträgen besteht allerdings die Gefahr, dass es durch überhöhte Abschlagsforderungen des Bauunternehmers zu versteckten Vorauszahlungen kommt, da sich für den fachlich unkundigen Verbraucher oftmals nicht ohne weiteres ersehen lässt, ob die Höhe der Abschlagsforderung korrekt ermittelt wurde. Dies gilt – jedenfalls für in Bausachen unkundige Verbraucher – auch dann, wenn künftig die Abschlagsforderung nach den vom Unternehmer erbrachten Leistungen berechnet wird.

Mit der Regelung in Absatz 1 soll dem Risiko versteckter Vorleistungen in Form von überhöhten Abschlagszahlungen begegnet werden. Die Vorschrift legt hierzu eine Obergrenze für die Gesamtsumme der Abschlagszahlungen, die der Unternehmer vom Verbraucher fordern kann, fest. Die Obergrenze beträgt 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung. Der Restbetrag der Vergütung wird nach § 641 Absatz 1 mit der Abnahme fällig. Damit kann der Verbraucher künftig auch effektiver von der Möglichkeit des § 641 Absatz 3 Gebrauch machen. Diese Vorschrift gibt dem Besteller das Recht, nach Fälligkeit einen Teil der Vergütung zurückzubehalten, wenn er die Beseitigung eines Mangels am Werk verlangen kann.

#### **Zu Absatz 2 und Absatz 3**

Die beiden Absätze entsprechen weitgehend den bisherigen Absätzen 3 und 4 des § 632a. Angepasst wurde der Anwendungsbereich an den in § 650h BGB-E normierten Begriff des Verbraucherbauvertrags. Bisher fand die Vorschrift Anwendung auf Verträge eines Verbrauchers über die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks. In der Praxis dürften sich hierdurch keine wesentlichen Veränderungen ergeben. Neu in die Vorschrift aufgenommen wurde in Absatz 2 Satz 2 der Fall, dass sich der Vergütungsanspruch durch eine Anordnung des Bestellers nach den §§ 650b BGB-E und § 650c BGB-E erhöht.

Die beiden Schutzvorschriften nach Absatz 1 und Absatz 2 gelten nebeneinander. Wird die in Absatz 2 vorgeschriebene Sicherheit durch Einbehalt erbracht (Satz 3), erhält der Unternehmer zunächst lediglich 90 Prozent der Vergütung abzüglich der als Sicherheit einbehaltenen 5 Prozent.

Damit die dem Schutz des Bestellers dienenden Regelungen nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Nachteil der Verbraucher abbedungen werden können, wird in § 309 Nummer 15 ergänzend ein entsprechendes Klauselverbot aufgenommen (vgl. Nummer 3).

#### **Zu Absatz 4**

Die Vorschrift schränkt bei Verbraucherbauverträgen die Möglichkeiten zur Vereinbarung einer Absicherung des Vergütungsanspruchs ein, wenn der Verbraucher Abschlagszahlungen auf den Vergütungsanspruch zu leisten hat. Werden Abschlagszahlungen nach § 632a verlangt oder sind Abschlagszahlungen zwischen den Parteien vereinbart, ist danach eine Vereinbarung unwirksam, durch die der Besteller verpflichtet wird, den Vergütungsanspruch in einem die nächste Abschlagszahlung oder 20 Prozent der vereinbarten Vergütung übersteigenden Umfang abzusichern.

Der Verbraucher ist – im Gegensatz zum sonstigen Besteller – nicht gesetzlich verpflichtet, dem Unternehmer auf dessen Anforderung eine Absicherung zu stellen (Bauhandwerkerversicherung nach § 650e Absatz 1 bis 5 BGB-E, bisher § 648a Absatz 1 bis 5). Dieses Verbraucherprivileg bei der Absicherungspflicht wird aus den zu § 650e BGB-E (vgl. Nummer 25) dargelegten Gründen beibehalten. Da in Verträgen mit privaten Bauherren jedoch zunehmend vereinbart wird, dass der Verbraucher eine Sicherheit zu stellen hat und entsprechende Klauseln in AGB nach einem Urteil des BGH vom 27. Mai 2010 (VII ZR 165/09, BauR 2010, 1215) auch nicht gemäß § 307 unwirksam sind, besteht das Bedürfnis, zum Schutz des Verbrauchers gesetzliche Rahmenbedingungen für solche Vereinbarungen festzulegen.

Der Entwurf sieht daher vor, dass eine Sicherheitsleistung des Verbrauchers maximal bis zur Höhe des jeweils bestehenden Vorleistungsrisikos des Unternehmers vereinbart werden kann. In der Praxis bedeutet dies, dass bei Verträgen, nach denen ein Unternehmer in vollem Umfang vorzuleisten hat, auch eine Absicherung bis zur Höhe der gesamten Auftragssumme vereinbart werden kann. Leistet der Besteller dagegen Abschlagszahlungen, beschränkt sich das Risiko des Unternehmers und damit sein Absicherungsbedürfnis auf den Betrag der nächs-

ten Abschlagszahlung. Es kann daher auch nur eine Absicherung in Höhe der nächsten Ratenzahlung vereinbart werden. Aus Gründen der Praktikabilität besteht alternativ die Möglichkeit eine Absicherungspflicht des Verbrauchers von pauschal 20 Prozent der Auftragssumme zu vereinbaren.

Erwogen wurde, ob zum Schutz der Verbraucher die Einführung einer generellen Obergrenze, beispielsweise von 60 Prozent der Auftragssumme, für die Vereinbarung von Sicherheiten bei Verbraucherbauverträgen notwendig und sinnvoll ist. Hiervon wurde jedoch Abstand genommen, da eine generelle Aussage über die Höhe des Absicherungsbedürfnisses des Unternehmers mit Blick auf die unterschiedliche Ausgestaltung der Verträge nicht möglich ist.

### **Zu § 650m BGB-E (Erstellung und Herausgabe von Unterlagen)**

Durch die vorgeschlagene neue Regelung über die Pflichten des Unternehmers zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen über das Bauwerk wird diese konfliktträchtige und bisher noch nicht abschließend von der Rechtsprechung entschiedene Frage geklärt.

Häufig wird bei Verbraucherverträgen dann, wenn die Planung nicht durch den Besteller oder einen von ihm Beauftragten erfolgt, also insbesondere im Schlüsselfertigbau, keine vertragliche Regelung über die Herausgabe der relevanten Unterlagen an den Besteller getroffen. In diesen Konstellationen sind die Gerichte bisher zurückhaltend, Herausgabepflichten des Unternehmers zu bejahen. Die zu erstellenden Planunterlagen, Berechnungen und Zeichnungen werden in Bezug auf das zu erstellende Bauwerk oft nur als Mittel zur Herstellung eines mangelfreien Werks angesehen, die vom Unternehmer nicht herauszugeben sind. Oft wird das Fehlen von Unterlagen von der Rechtsprechung daher nicht als Verletzung einer Hauptpflicht angesehen, so dass der Verbraucher darauf grundsätzlich keine Abnahmeverweigerung stützen kann.

Angesichts der immer komplexer und anspruchsvoller werdenden Bauvorhaben ist ein Bauherr aber in mehrfacher Hinsicht darauf angewiesen, genaue Kenntnisse über die der Konstruktion zugrundeliegende Planung und die Art und Weise, in der diese ausgeführt wurde, zu erhalten.

Absatz 1 Satz 1 verpflichtet den Unternehmer daher, rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung diejenigen Unterlagen und Dokumente zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird. Der Regelungsvorschlag soll es dem Besteller zudem ermöglichen, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften, durch einen sachverständigen Dritten schon während der Bauphase überprüfen zu lassen. So können Schäden verhindert werden, die auch aus volkswirtschaftlicher Perspektive beachtlich sind. Absatz 1 Satz 2 nimmt Verbraucherbauvorhaben, bei denen die wesentlichen Planungsunterlagen durch den Besteller oder einen von ihm Beauftragten erstellt wurden, vom Anwendungsbereich der Vorschrift aus.

Absatz 2 setzt im weiteren Verlauf des Bauvorhabens ein und betrifft die Erstellung und Herausgabe von Unterlagen in Bezug auf die ordnungsgemäße Ausführung der Bauleistungen. Für den Bauherren kann sich auch nach Vertragsdurchführung die Notwendigkeit ergeben, die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften nachzuweisen: Beispielsweise sieht das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz Prüfungspflichten durch die zuständigen Behörden vor, denen der Verbraucher durch Vorlage von Nachweisen nachzukommen hat. Das Nichtvorhandensein dieser Nachweise ist eine Ordnungswidrigkeit. Zum anderen benötigt der Besteller die Unterlagen für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks oder für einen etwaigen Umbau. Der in Absatz 2 genannte Zeitpunkt für die weitere Herausgabepflicht soll sicherstellen, dass der Verbraucher bei seiner Abnahmeentscheidung auf die Unterlagen über die Errichtung zurückgreifen kann.

Nach Absatz 3 treffen den Unternehmer entsprechende Pflichten, wenn ein Dritter, etwa ein Darlehensgeber oder ein Fördermittelgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt, und wenn der Unternehmer die berechtigte Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten. Will der private Bauherr das Bauprojekt beispielsweise zu einem Teil über die Förderbank KfW finanzieren, hat er nachzuweisen und sicherzustellen, dass die entsprechenden Förderbedingungen am Bau tatsächlich eingehalten werden, um die Finanzierung zu erhalten. War diese Absicht des Bestellers dem Unternehmer bei Vertragsabschluss bekannt und hat er die berechtigten Erwartungen des Bestellers geweckt, dass die Förderbedingungen der KfW auch eingehalten werden, soll er nach § 650m Absatz 3 BGB-E verpflichtet sein, dem Besteller die erforderlichen Nachweise zu übergeben. Berechtigte Erwartungen werden unter anderem geweckt, wenn der Unterneh-

mer unter Hinweis auf die Förderungsmöglichkeit durch die KfW für das Bauprojekt erworben hat. Auch nach Ausführung der Bauleistungen ist der Verbraucher, dessen Bauvorhaben – etwa durch die Förderbank KfW – gefördert wurde, auf Unterlagen angewiesen, die belegen, dass bei der Ausführung die Förderbedingungen eingehalten wurden. Daher nimmt Absatz 3 auf die Pflichten nach Absatz 1 und Absatz 2 Bezug.

#### **Zu Kapitel 4 – Unabdingbarkeit**

Damit von den dem Schutz der Verbraucher dienenden Vorschriften aus dem Kapitel 3 und in § 640 nicht zu Lasten der Verbraucher abgewichen werden kann, wird in § 650n BGB-E angeordnet, dass es sich hierbei um zwingende Vorschriften handelt.

Anderes gilt für die Regelungen in § 632a und § 650l BGB-E, von denen durch Individualvereinbarungen abgewichen werden können soll.

#### **Zu Untertitel 2 – Architektenvertrag und Ingenieurvertrag**

Neu in das BGB aufgenommen werden sollen spezielle Vorschriften zum Architektenvertrag und Ingenieurvertrag.

Die Einordnung der Architekten- und Ingenieurverträge in das Vertragsrecht ist aufgrund der Vielgestaltigkeit der Aufgaben des Architekten nicht einfach, da diese Verträge typischerweise viele verschiedene Aufgaben enthalten. Bei einigen Aufgaben des Architekten und Ingenieurs wäre auch eine Zuordnung zum Dienstvertragsrecht vorstellbar. Der BGH hat sich in seiner Rechtsprechung jedoch durchgängig für eine Unterstellung des Architektenvertrags und des Ingenieurvertrags unter das Werkvertragsrecht entschieden und diese Bewertung zum einen damit begründet, dass die Tätigkeit des Architekten der Herbeiführung eines „Erfolges (§ 631 BGB)“ diene, nämlich der „Herstellung eines Bauwerks“ und zum anderen festgestellt, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts auf der Rechtsfolgenseite zu sachgerechteren Ergebnissen führe. Eine Qualifizierung des Architektenvertrags als „gemischter Vertrag“ würde zu einer nicht mehr zu beherrschenden Anwendung unterschiedlicher Regelungen der einzelnen Vertragstypen und damit in der Rechtsanwendung zu erheblichen Unsicherheiten führen. Da die Anwendung des Werkvertragsrechts für Architekten und Ingenieure andererseits in einigen Punkten erhebliche, teilweise unverhältnismäßig belastende Konsequenzen hat, sollen die Regelungen des Werkvertragsrechts nicht uneingeschränkt auf Architekten- und Ingenieurverträge Anwendung finden, sondern den Besonderheiten dieses Vertragstyps durch spezielle Regelungen Rechnung getragen werden. Um den besonderen Charakter der Architekten- und Ingenieurverträge deutlich zu machen, werden diese Vorschriften in Titel 9 – Werkvertrag und ähnliche Verträge – in einem eigenen Untertitel zusammengefasst.

#### **Zu § 650o BGB-E (Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen)**

Die Vorschrift definiert die vertragstypischen Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen.

#### **Zu Absatz 1**

Nach Absatz 1 ist der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen. Mit dieser Formulierung wird zum Ausdruck gebracht, dass Architekten- und Ingenieurverträge typischerweise eine Reihe verschiedener Pflichten umfassen und zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Leistungsschritten zu unterscheiden ist.

Die Definition umfasst sowohl Architekten- und Ingenieurleistungen zur Herstellung von Bauwerken als auch zur Herstellung von Außenanlagen. Der Begriff der „Außenanlage“ ist ebenso zu verstehen wie in § 648a BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 86/04, NJW-RR 2005, 750) sind als Arbeiten an einer Außenanlage solche gemeint, die mit Arbeiten an einem Bauwerk im weitesten Sinne vergleichbar sind. Es sind nicht sämtliche Arbeiten an einem Grundstück erfasst, sondern es muss sich um gestalterische Arbeiten handeln, die der Errichtung der Anlage oder deren Bestand dienen. Dies entspricht auch der Verwendung des Begriffs der Außenanlage in § 650a BGB-E. Dort ist auch nicht jede Vereinbarung über Arbeiten an einem Grundstück als Bauvertrag anzusehen, sondern nur die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder der Umbau einer Anlage. Für die Einordnung von Leistungen der Architekten oder Ingenieure bedeutet dies, dass nicht jede Vereinbarung über Leistungen in Bezug auf Arbeiten an einem Grundstück als Architekten- oder Ingenieurvertrag anzusehen ist. Es muss sich vielmehr um Leistungen handeln, die auf gestal-

terische Arbeiten gerichtet sind. Dies ist etwa bei der Planung für die Einrichtung oder Umgestaltung eines Gartens, eines Parks, eines Teichs oder eines Dammes der Fall. Darauf, ob die Anlage in einen Zusammenhang mit einem Bauwerk steht oder nicht, kommt es dabei nicht an. Planungs- und Überwachungsleistungen zur Einrichtung oder Umgestaltung von „Freianlagen“ im Sinne des § 39 HOAI dürften daher regelmäßig als Architekten- oder Ingenieurverträge anzusehen sein

Sowohl bei einem auf ein Bauwerk als auch bei einem auf eine Außenanlage gerichteten Architekten oder Ingenieurvertrag sind regelmäßig umfangreiche und komplexe Tätigkeiten geschuldet, auf die die Regelungen dieses Untertitels zugeschnitten sind.

#### **Zu Absatz 2**

Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer nach Absatz 2 zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.

Mit dieser Vorschrift soll Fällen Rechnung getragen werden, in denen sich der Besteller mit noch vagen Vorstellungen von dem zu planenden Bauvorhaben oder der Außenanlage an den Architekten oder Ingenieur wendet, und daher bei Vertragsschluss noch keine Einigung über alle wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele vorliegt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn zwar fest steht, welchen Zweck das zu planende Gebäude haben soll, jedoch noch wesentliche Fragen, wie etwa die Art des Daches, die Zahl der Geschosse oder ähnliche für die Planung grundlegende Fragen offen sind. In solchen Fällen soll der Architekt oder Ingenieur die Wünsche und Vorstellungen des Bestellers erfragen und unter deren Berücksichtigung eine Planungsgrundlage zur Ermittlung der noch offenen Planungs- und Überwachungsziele erstellen. Der Entwurf verwendet bewusst das Wort „Planungsgrundlage“, um deutlich zu machen, dass es noch nicht um die eigentliche Planung geht. Es ist in dieser Phase lediglich eine Grundlage, etwa eine erste Skizze oder eine Beschreibung des zu planenden Vorhabens, geschuldet, auf der dann die Planung aufbauen kann.

Nach Absatz 2 Satz 2 ist der Architekt oder Ingenieur verpflichtet dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vorzulegen. Die Kosteneinschätzung soll dem Besteller eine grobe Einschätzung der zu erwartenden Kosten für seine Finanzierungsplanung geben. Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung zusammen sollen den Besteller in die Lage versetzen, eine fundierte Entscheidung zu treffen, ob er dieses Bauprojekt oder die Außenanlage mit diesem Planer realisieren oder von dem in § 650q BGB-E vorgesehenen Kündigungsrecht Gebrauch machen möchte.

Die Absätze 1 und 2 beschreiben die Pflichten des Architekten und Ingenieurs präziser als der bisher einschlägige § 631 Absatz 1, wonach der Unternehmer die „Herstellung des versprochenen Werks“ schuldet. Ferner soll die Definition dazu beitragen, die im Laufe der Planentwicklung notwendige Konkretisierung des Erfolgs von der eine Mehr- oder Mindervergütung auslösenden Änderungsanordnung abzugrenzen. Änderungswünsche des Bestellers, die bereits getroffene Festlegungen betreffen, bedürfen entweder einer vertraglichen Änderungsvereinbarung oder können über das Anordnungsrecht nach § 650b BGB-E geltend gemacht werden.

Mit der Neuregelung soll zugleich einer in der Praxis vielfach zu weitgehenden Ausdehnung der unentgeltlichen Akquise zu Lasten des Architekten entgegengewirkt werden. Durch die Einführung einer vertraglichen Pflicht des Architekten oder Ingenieurs; an der Ermittlung von Planungs- und Überwachungszielen mitzuwirken, stellt der Gesetzgeber klar, dass zum Zeitpunkt der grundlegenden Konzeption des Bauprojekts durchaus bereits ein Vertrag geschlossen sein kann. Alternativ war erwogen worden, eine verpflichtende Schrift-/Textform für den Architekten- oder Ingenieurvertrag einzuführen, um die bestehenden Probleme beim Übergang von der (nicht zu vergütenden) Akquise zum (honorarpflichtigen) Vertrag zu lösen. Letztlich wurden diese Überlegungen nicht weiterverfolgt, da sich die Abgrenzungsprobleme durch eine Formvorgabe nicht lösen lassen, stattdessen aber eine Reihe neuer Fragen entstehen, wenn die Formvorschrift von den Parteien nicht beachtet wird.

Auf eine Bezugnahme auf die HOAI, in der die beim Architekten- und Ingenieurvertrag in der Regel zu erbringenden Leistungsbilder und Leistungsphasen definiert sind, wurde bei der Formulierung der vertragstypischen Pflichten aus rechtssystematischen Gründen verzichtet, da es sich bei der HOAI um eine Gebührenordnung handelt. Diese muss im Übrigen nicht zwingend alle Leistungen abdecken, die der Architekt oder der Ingenieur im Einzelfall vertraglich schuldet.

Die Pflicht des Bestellers zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung ergibt sich aus den allgemeinen werkvertraglichen Vorschriften (§ 650p BGB-E in Verbindung mit § 631 Absatz 1 und § 632 Absatz 1). Für die Höhe der Vergütung sind außerdem die Regelungen der HOAI zu beachten, wenn das geschuldete Werk durch die dort beschriebenen Leistungsbilder geprägt ist.

### **Zu § 650p (Anwendbare Vorschriften)**

#### **Zu Absatz 1**

Die Vorschrift bestimmt, dass – wie in den einleitenden Ausführungen zu Untertitel 2 näher begründet – auf den Architekten- und Ingenieurvertrag die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1 – Werkvertragsrecht – grundsätzlich entsprechend Anwendung finden sollen.

Zudem sollen einzelne Vorschriften des Kapitels 2 des Untertitels 1 – im Einzelnen handelt es sich um die §§ 650b, 650d bis 650g BGB-E – entsprechend anwendbar sein:

- Das in § 650b BGB-E geregelte Anordnungsrecht des Bestellers soll auch im Rahmen von Architekten- oder Ingenieurverträgen gelten. Gerade im Rahmen dieser Verträge besteht oft ein praktisches Bedürfnis nachträglicher Änderungen. Für die sich an eine solche Anordnung anschließende Vergütungsanpassung ist in Absatz 2 eine spezielle Regelung für Architekten- und Ingenieurverträge vorgesehen.
- Die bisher in den §§ 648 und 648a enthaltenen und nach dem Entwurf in die §§ 650d, 650e BGB-E zu verschiebenden Regelungen zur Sicherungshypothek des Unternehmers und zur Bauhandwerkersicherung sind schon nach bisheriger Rechtsprechung auch auf die Sicherung des Honoraranspruchs des Architekten oder Ingenieurs anwendbar. Dies soll nunmehr ausdrücklich festgeschrieben werden. Die Konturierung, die die Anwendbarkeit der beiden Absicherungsvorschriften auf Architekten- und Ingenieurverträge durch die bisher dazu ergangene Rechtsprechung erhalten hat, dürfte infolge der lediglich entsprechenden Anwendbarkeit aufrechterhalten werden können.
- Ein Bedürfnis für eine Zustandsfeststellung nach § 650f BGB-E, wenn der Besteller die Abnahme verweigert, kann sich auch bei Architekten- und Ingenieurverträgen ergeben.
- Die zu § 650g BGB-E ausgeführten Erwägungen für ein Schriftformerfordernis bei Kündigungen treffen auch bei Architekten- und Ingenieurverträgen zu. Auch insoweit spricht das Interesse an Beweissicherung und Rechtssicherheit dafür, ein solches Erfordernis aufzustellen. Zudem kann auch hier der Zweck des Formerfordernisses relevant werden, die Vertragsparteien von einer übereilten Kündigungserklärung abzuhalten.

#### **Zu Absatz 2**

Für die Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b sollen vorrangig die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung Anwendung finden. Soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden, ist sie für die Vergütungsanpassung heranzuziehen. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn es sich bei den infolge der Anordnung zu erbringenden oder entfallenden Leistungen um „Grundleistungen“ im Sinne der HOAI handelt. Ob darüber hinaus auch die Grundsätze des § 10 HOAI herangezogen werden können, wenn sich infolge der Anordnung der Umfang der beauftragten Leistung ändert oder Grundleistungen zu wiederholen sind, erscheint zumindest zweifelhaft; denn § 10 HOAI setzt nach seinem Wortlaut sowohl hinsichtlich der Änderung als auch hinsichtlich der Vergütungsanpassung eine Vereinbarung der Parteien voraus. Diese Frage kann der Rechtsprechung überlassen werden.

Lässt sich § 10 HOAI nicht entsprechend heranziehen oder ergibt sich aus anderen Gründen eine nicht von der HOAI erfasste Konstellation, gilt Absatz 2 Satz 2 und 3. Danach ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand aufgrund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Parteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c BGB-E entsprechend. Der Entwurf stellt insoweit vorrangig auf eine Vereinbarung der Parteien ab, weil eine Berechnung des Mehr- oder Minderaufwands anhand der tatsächlichen Kosten gemäß § 650c BGB-E beim Architekten- und Ingenieurvertrag wegen fehlender Bezugspunkte Schwierigkeiten aufwerfen kann. So wird ein Mehraufwand in der Regel aus zusätzlich aufgewendeter Arbeitszeit des Architekten oder Ingenieurs selbst oder eines Subplaners bestehen. Erfahrungswerte, wieviel Stunden regelmäßig für eine

bestimmte Planungsaufgabe benötigt werden, gibt es ebenso wenig wie eine Taxe für die Höhe der Vergütung pro Stunde. Anders als beim Bauvertrag wird beim Architekten- und Ingenieurvertrag regelmäßig auch keine Urkalkulation hinterlegt, die als Bezugspunkt dienen könnte. Es soll daher für die Vergütungsanpassung nach Anordnung außerhalb der HOAI-Tatbestände in erster Linie auf eine vertragliche Vereinbarung abgestellt werden. Nur wenn die Parteien keine Vereinbarung treffen soll - ebenso wie es § 632 Absatz 2 für den Auffangmaßstab der üblichen Vergütung regelt - der Maßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten gemäß § 650c BGB-E gelten.

### **Zu § 650q (Sonderkündigungsrecht)**

Die Vorschrift gewährt dem Besteller und unter bestimmten Umständen auch dem Unternehmer bei einem Architekten- oder Ingenieurvertrag, bei dem der Planungs- und Überwachungserfolg bei Vertragsabschluss noch nicht festgelegt worden ist, ein besonderes Kündigungsrecht.

Das Kündigungsrecht soll insbesondere Verbraucher vor den Rechtsfolgen eines häufig übereilt abgeschlossenen umfassenden Architektenvertrags schützen, der alle neun Leistungsphasen des § 3 HOAI beinhaltet.

Das besondere Kündigungsrecht erstreckt sich auch auf Ingenieurverträge sowie auf Verträge zwischen Unternehmern (B2B-Verträge). Auch bei Ingenieurleistungen gibt es Verträge, die hinsichtlich der Planungs- und Überwachungsziele noch konkretisierungsbedürftig sind und bei denen der Besteller im weiteren Verlauf zu der Erkenntnis kommt, dass er die Gesamtkosten des Vorhabens unterschätzt hat und er von seiner Durchführung absehen will. Dass in der Praxis ein Bedürfnis zur vorzeitigen Lösung vom Vertrag auch im B2B-Bereich besteht, zeigt sich daran, dass im Unternehmerbereich häufig „gestufte Verträge“ abgeschlossen werden, die bei den Vertragspartnern diese Lösungsmöglichkeit eröffnen.

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 regelt, dass der Besteller den Vertrag nach Vorlage der Unterlagen nach § 650o Absatz 2, also Planungsgrundlage und der Kosteneinschätzung kündigen kann. Das Kündigungsrecht erlischt nach Absatz 1 Satz 2 innerhalb von zwei Wochen. Zum Schutz des Verbrauchers ist der Architekt oder Ingenieur verpflichtet, ihn über das besondere Kündigungsrecht, die Frist, in der dieses ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen dieser Kündigung im Gegensatz zu denen des allgemeinen Kündigungsrechts nach § 648 BGB-E (bisher § 649) zu unterrichten. Unterbleibt die Unterrichtung, besteht das Kündigungsrecht des Verbrauchers weiter. Eine Möglichkeit, die Unterrichtung später nachzuholen, sieht der Entwurf nicht vor. Diese „scharfe“ Rechtsfolge soll sicherstellen, dass die Belehrungspflicht von Seiten des Unternehmers ernst genommen wird.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 gibt dem Architekten oder Ingenieur unter bestimmten Umständen ebenfalls das Recht, sich vom Vertrag zu lösen. Der Entwurf sieht vor, dass der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650o Absatz 2 Satz 2 BGB-E setzen kann. Wirkt der Besteller daraufhin nicht an der Fortführung der Planung mit, indem er die Zustimmung zu der übermittelten Planungsgrundlage und der Kosteneinschätzung verweigert oder dazu innerhalb der ihm vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist keine Erklärung abgibt, soll auch dem Architekten/Ingenieur ein Kündigungsrecht zustehen.

Die Einführung eines Kündigungsrechts des Unternehmers ohne rechtfertigende Gründe erscheint dagegen nicht gerechtfertigt. Der Besteller muss sich grundsätzlich auf die Erfüllung des Vertrags verlassen können. Muss er den Architekten- oder Ingenieur auswechseln, ist dies für den Besteller mit erheblichen Mehrkosten verbunden. Zudem dürfte es für ihn in der Regel auch schwierig sein, kurzfristig einen anderen Fachplaner zu finden, der das Bauprojekt zu Ende führt.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 legt fest, dass bei einer Kündigung nach Absatz 1 oder Absatz 2, unabhängig davon welcher Vertragspartner sie ausgesprochen hat, der Architekt oder Ingenieur nur einen Anspruch auf Vergütung der bis dahin von ihnen erbrachten Leistungen hat.

**Zu § 650r BGB-E (Teilabnahme)**

Die Vorschrift eröffnet dem Architekten oder Ingenieur das Recht, ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der bis dahin erbrachten Architekten- oder Ingenieurleistungen zu verlangen. Damit wird hinsichtlich des überwiegenden Teils der Leistungen des Architekten oder Ingenieurs ein Gleichlauf der Verjährungsfrist der Mängelhaftung mit der des bauausführenden Unternehmers erreicht.

Mit der Regelung soll die ungleiche Belastung von Architekten und Ingenieuren im Rahmen ihrer gesamtschuldnerischen Haftung für Baumängel zusammen mit dem Bauunternehmer reduziert werden. Diese ungleiche Belastung entsteht unter anderem dadurch, dass die in Architekten- und Ingenieurverträgen gebündelten unterschiedlichen Leistungen bei einem umfassenden Vertrag beispielsweise auch die Objektbetreuung (Leistungsphase 9 nach § 3 HOAI) beinhalten und damit über die eigentliche Bauphase hinausgehen. Dies führt nach geltendem Recht zu einem späteren Beginn der Verjährungsfrist für Architekten- und Ingenieurleistungen als beim bauausführenden Unternehmer und in der Folge auch zu einem entsprechend späteren Ende der Frist. Nach dem Ende der Verjährungsfrist für den bauausführenden Unternehmer haften Architekt und Ingenieur weiterhin für in dieser Phase noch vom Bauherrn geltend gemachte Baumängel, auch wenn diese ggf. überwiegend vom Bauunternehmer zu verantworten sind. Ein Rückgriff des in Anspruch Genommenen auf den Bauunternehmer ist wegen der für diesen Unternehmer dann bereits abgelaufenen Mängelgewährleistungsfrist jedoch nicht mehr möglich. Durch die Einführung eines Rechts auf Teilabnahme wird erreicht, dass die Verjährungsfristen von bauausführendem Unternehmer und Architekten und Ingenieurs für ihre bis zur Bauabnahme erbrachten Leistungen nahezu parallel laufen und der Planer nach einer Inanspruchnahme noch die Möglichkeit hat, auf den bauausführenden Unternehmer zurückzugreifen.

Das neue Recht des Architekten oder Ingenieurs, parallel zu der Abnahme der Leistungen des bauausführenden Unternehmers eine Teilabnahme zu verlangen, hat keine praktische Bedeutung, wenn der Architekt oder Ingenieur nicht mit über die Planungs- und Bauüberwachungsphase hinausgehenden Tätigkeiten beauftragt ist. Wenn ein Architekt oder Ingenieur beispielsweise nur mit der Planung des Vorhabens beauftragt war, kann er nach dem Ende seiner Tätigkeiten bereits die (Gesamt-)Abnahme nach § 640 Absatz 1 verlangen. Für diese Fälle ändert sich durch das neue Recht auf Teilabnahme nichts.

Hat der Architekt oder Ingenieur von seinem Recht auf Teilabnahme Gebrauch gemacht, schließt sich nach Erfüllung aller geschuldeten Leistungen die Schlussabnahme an.

**Zu § 650s BGB-E (Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer)**

§ 650s BGB-E sieht vor, dass ein Unternehmer, der vom Besteller wegen eines Überwachungsfehlers, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder der Außenanlage geführt hat, in Anspruch genommen wird, die Leistung verweigern kann, wenn auch der bauausführende Unternehmer für den Mangel haftet und der Besteller diesem noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Mit dieser Vorschrift soll ein „Vorrang der Nacherfüllung“ im Verhältnis zwischen Architekt/Ingenieur, ausführendem Bauunternehmer und Besteller eingeführt werden. Dem vom Besteller auf Schadensersatz nach den §§ 634 Nummer 4, 280, 281 in Anspruch genommenen Architekten/Ingenieur steht ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn nicht der Besteller dem bauausführenden Unternehmer bereits erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung nach § 634 Nummer 1 bestimmt hat.

Ziel der Regelung ist es, die überproportionale Belastung der Architekten und Ingenieure im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer zu reduzieren. Auch wenn die Verjährungsfrist für Baumängel gegenüber dem bauausführenden Unternehmer noch nicht abgelaufen ist, nehmen Bauherren bei Mängeln, die sowohl der Bauunternehmer als auch der Architekt oder Ingenieur zu verantworten haben, vorrangig letztere in Anspruch, da Architekten und Ingenieure aufgrund ihrer Berufsordnung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet sind und damit die Realisierung von Schadensersatzansprüchen gesichert ist. Ist die Realisierung des Regressanspruchs des Architekten oder Ingenieurs bzw. seiner Versicherung gegenüber dem bauausführenden Unternehmer nicht mehr möglich, etwa weil das bauausführende Unternehmen zwischenzeitlich insolvent ist, führt dies zu einer wirtschaftlich stärkeren Belastung der Architekten und Ingenieure als dies ihrem Beitrag zum Mangel entspricht.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Dieses Ungleichgewicht soll durch gesetzgeberische Maßnahmen beseitigt, zumindest aber reduziert und so ein Interessenausgleich zwischen Architekten und Ingenieuren einerseits und Bauunternehmern andererseits erreicht werden. Hierzu wurden verschiedene Lösungsmöglichkeiten geprüft, etwa die Abschaffung der auf die Rechtsprechung des BGH zurückgehenden gesamtschuldnerischen Haftung der am Bau Beteiligten oder die Einschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung durch Regelung der Rangfolge der Inanspruchnahme.

Der Entwurf sieht nunmehr ein Leistungsverweigerungsrecht des Architekten/Ingenieurs vor, wenn der Besteller nicht zuvor den ausführenden Bauunternehmer erfolglos zur Nacherfüllung aufgefordert hat. Damit wird zumindest bei kleineren – leicht zu behebenden – Baumängeln eine vorschnelle Inanspruchnahme des Architekten oder Ingenieurs verhindert. Gleichzeitig wird einer erfolversprechenden Nachbesserung der Vorrang vor der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs auch in dem durch die Gesamtschuld entstehenden Mehrpersonenverhältnis zwischen Bauherr, Architekt bzw. Ingenieur und bauausführendem Unternehmer eingeräumt wie dies bereits im Verhältnis zwischen Besteller und bauausführenden Unternehmer der Fall ist. Das werkvertragliche Mängelhaftungsrecht (§§ 634 ff.) sieht vor, dass dem Unternehmer zunächst das Recht auf Nachbesserung eingeräumt werden muss, bevor der Besteller andere Mängelhaftungsrechte geltend machen kann, etwa Schadensersatz verlangen, den Vergütungsanspruch mindern oder den Schaden selbst beseitigen. Dieses Recht zur „zweiten Andienung“ ist dem bauausführenden Unternehmer verwehrt, wenn der Besteller im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung von Planer und bauausführendem Unternehmer sofort den Planer in Anspruch nimmt. Der solvente Unternehmer hat in der Regel jedoch ein Interesse sein Recht zur Nacherfüllung wahrzunehmen. Zum einen ist es eine Möglichkeit, die „Zufriedenheit“ seiner Kunden wiederherzustellen, zum anderen ist eine Nacherfüllung regelmäßig kostengünstiger als die Erfüllung des Regressanspruchs des Planers.

Der Architekt oder Ingenieur kann das Leistungsverweigerungsrecht nur im Fall von Überwachungsfehlern, die zu Mängeln an dem Bauwerk oder der Außenanlage geführt haben, erheben. Diese Beschränkung, die Planungsmängel nicht in den Anwendungsbereich des Leistungsverweigerungsrechts einbezieht, ist dadurch gerechtfertigt, dass der Architekt oder Ingenieur in diesen Fällen die Hauptursache für den Mangel gesetzt hat. Es wäre in dieser Konstellation nicht angemessen, den Besteller zunächst auf eine Inanspruchnahme des Bauunternehmers auf Nacherfüllung zu verweisen.

Nicht erforderlich ist, dass der Besteller gegen den bauausführenden Unternehmer erfolglos geklagt hat. Es genügt, dass er diesem erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, wie das auch das Mängelgewährleistungsrecht als Voraussetzung für die Geltendmachung anderer Mängelgewährleistungsansprüche vorsieht (vgl. § 637). Weitergehende Voraussetzungen würden die Geltendmachung seiner Mängelhaftungsansprüche erschweren und wären – gerade bei größeren Mängeln – mit einem nicht hinnehmbaren Zeitverlust verbunden.

Eine Abschaffung der gesamtschuldnerischen Haftung ist abzulehnen, da diese Lösung ausschließlich zu Lasten des Bestellers und hier insbesondere der Verbraucher ginge, die eine anderweitige Absicherung ihrer Ansprüche vertraglich im Zweifel nicht durchsetzen können. Der Besteller würde beim Wegfall der gesamtschuldnerischen Haftung außerdem prozessual benachteiligt, da er dann eine Schadensaufteilung zwischen den am Bau Beteiligten vorzunehmen hätte, um diese einzeln zu verklagen. Eine solche Schadensaufteilung korrekt vorzunehmen, dürfte dem Besteller selbst mit sachverständiger Unterstützung nicht immer gelingen.

### **Zu Untertitel 3 – Bauträgervertrag**

#### **Zu § 650t BGB-E (Bauträgervertrag; anwendbare Vorschriften)**

In § 650t Absatz 1 BGB-E wird die bisher in § 632a Absatz 2 zu findende Definition des Bauträgervertrags übernommen und angeordnet, dass – vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung in Untertitel 3 – hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus die Vorschriften des Werkvertragsrechts in Untertitel 1 Kapitel 1 und hinsichtlich des Anspruchs auf Eigentumsübertragung oder auf Bestellung oder Übertragung des Erbbaurechts die kaufvertraglichen Vorschriften anzuwenden sind.

Absatz 2 ergänzt Absatz 1 um eine Auflistung derjenigen Vorschriften aus dem Werk- und Bauvertragsrecht, die nicht auf den Bauträgervertrag angewendet werden sollen. Hierbei handelt es sich um folgende Bestimmungen:



- Auf den Bauträgervertrag nicht anwendbar sein soll die Vorschrift des § 648 BGB-E (bisher § 649) über die freie Kündigung eines Werkvertrags. Grundsätzlich ist der Bauträger zur Erbringung einer Gesamtleistung, zusammengesetzt aus Grundstücksveräußerung und Bauwerkerrichtung, verpflichtet – aber auch zur Erbringung der gesamten Leistung berechtigt. Die verschiedenen Elemente sind aus kalkulatorischen und bautechnischen Gründen für den Bauträger miteinander verknüpft und sollen gegenüber einem vertrags-treuen Bauträger nicht durch eine freie Kündigung des Erwerbers getrennt werden können. Die Möglichkeit einer freien Kündigung des Bauträgervertrags wurde schon bisher von der Rechtsprechung mit Blick auf die kaufvertraglichen Elemente und das wirtschaftliche Ziel eines Bauträgervertrags verneint (so etwa Urteil des BGH vom 21. November 1985 (VII ZR 366/83, NJW 1986, 925). Folge einer solchen freien Kündigung wäre, dass der Erwerber das Grundstück bzw. den Grundstücksanteil einschließlich der bis zum Kündigungszeitpunkt erbrachten Leistungen gegen die entsprechende Vergütung verlangen und anschließend mit einem anderen Bauunternehmer weiterbauen könnte. Ebenso wäre es möglich, dass der Bauträgervertrag noch vor Beginn der Bauarbeiten gekündigt würde, mit der Folge, dass der Besteller das Eigentum an dem Grundstück erlangen und mit einem anderen Bauunternehmer bauen könnte. Wenn der Erwerber solche Situationen frei, also unabhängig von einem Kündigungsgrund, herbeiführen könnte, liefe dies dem wirtschaftlichen Ziel eines Bauträgervertrags zuwider. Zudem würden insbesondere im Geschosswohnungsbau mit Blick auf die Gesamtherstellungsverpflichtung erhebliche Probleme im Verhältnis des Kündigenden zu den übrigen Erwerbern entstehen.
- Auch die Vorschrift über die Kündigung aus wichtigem Grund (§ 648a BGB-E) soll nicht auf den Bauträgervertrag anwendbar sein. Zwar hat der BGH bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit einer Teilkündigung des werkvertraglichen Teils eines Bauträgervertrags mit der Folge einer Teilabwicklung wie oben geschildert bejaht (wiederum Urteil vom 21. November 1985, VII ZR 366/83, NJW 1986, 925). Es handelte sich aber um eine Einzelfallentscheidung mit Ausnahmecharakter. Mit Blick auf die Einheitlichkeit des Vertrages und die Ausübung der Rechte daraus soll es künftig nicht mehr möglich sein, sich teilweise aus einem Bauträgervertrag zu lösen. Vielmehr soll nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrages im Rahmen eines Rücktritts möglich sein.

Ein Rücktrittsrecht kann sich nach geltendem Recht zum einen bei Mängeln des Werks aus § 634 Nummer 3 in Verbindung mit den §§ 636, 323, 326 Absatz 5 ergeben. Beim Vorliegen gravierender nicht leistungsbezogener Pflichtverletzungen durch den Bauträger ist ein Rücktritt nach § 324 in Verbindung mit § 241 Absatz 2 möglich.
- Die Vorschriften über das Anordnungsrecht des Bestellers (§§ 650b, 650c BGB-E) sind ebenfalls nicht auf den Bauträgervertrag anzuwenden. Die Einführung eines derartigen Anordnungsrechts auch bei Bauträgerverträgen würde zu erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Problemen führen. So könnte im Geschosswohnungsbau kaum einem einzelnen Erwerber ein Anordnungsrecht in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum eingeräumt werden. Ein Anordnungsrecht in Bezug auf das Sondereigentum brächte ebenfalls erhebliche Schwierigkeiten mit sich, da eine so bewirkte Änderung auch Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum oder das Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer haben könnte, mit der Folge, dass der Bauträger die Änderung nur nach entsprechenden Vertragsänderungen im Verhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern umsetzen könnte.
- Die nach § 650d BGB-E verlagerte Vorschrift des bisherigen § 648 Absatz 1 über die Bauhandwerkersicherungshypothek kann schon aufgrund des Umstandes keine Anwendung finden, dass der Bauträger nicht auf einem Grundstück baut, das Eigentum des Bestellers ist.
- Zu einer Anwendung von § 650j Absatz 1 BGB-E, wonach der Inhalt der Baubeschreibung zum Vertragsinhalt wird, besteht kein Anlass, da aufgrund von § 311b Absatz 1 Satz 1 der gesamte Vertragsinhalt – einschließlich der Baubeschreibung – notariell zu beurkunden ist. Damit wird die Baubeschreibung unmittelbar zum Vertragsinhalt.
- Im Hinblick auf die notarielle Beurkundung des Bauträgervertrags findet auch das in § 650k BGB-E geregelte Widerrufsrecht keine Anwendung. Der Erwerber ist durch die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Absatz 2a Nummer 2 des Beurkundungsgesetzes vorgesehenen Zeit für die Prüfung des Vertragsentwurfs (im Regelfall zwei Wochen) hinreichend vor Übereilung geschützt. Es besteht kein praktisches Bedürfnis, ihm eine weitere Bedenkzeit über das Widerrufsrecht zu verschaffen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

- Die in § 650l Absatz 1 BGB-E vorgesehene Obergrenze für Abschlagszahlungen findet auf Bauträgerverträge ebenfalls keine Anwendung, da sie mit der in § 3 Absatz 2 Makler- und Bauträgerverordnung enthaltenen Regelungen über die Zahlung von Teilbeträgen je nach Baufortschritt nicht vereinbar ist.

#### **Zu § 650u BGB-E (Abschlagszahlungen)**

§ 650u BGB-E enthält die aus systematischen Gründen in den Untertitel „Bauträgervertrag“ verlagerte Vorschrift des bisherigen § 632a Absatz 2 über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

#### **Zu Nummer 26 (Untertitel 4)**

Der bisherige Untertitel 2 – Reisevertrag – wird durch die neue Systematik zu Untertitel 4.

### **Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)**

#### **Zu Nummer 1 (Artikel 229)**

Durch die in Artikel 229 getroffene Übergangsvorschrift wird klargestellt, dass die neuen Vorschriften – gemäß dem in Artikel 170 zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken – bestehende Rechtsverhältnisse unberührt lassen und nur auf nach ihrem Inkrafttreten abgeschlossene Verträge angewandt werden sollen.

#### **Zu Nummer 2 (Änderung des Artikels 244)**

Es handelt sich hierbei um eine Folgeänderung zu der Verlagerung von Teilen des Regelungsgehalts des § 632a in § 650l BGB-E.

#### **Zu Nummer 3 (Artikel 249 EGBGB-E)**

#### **Zu Artikel 249 (Informationspflichten bei Verbraucherbauverträgen)**

Ergänzend zu § 650i BGB-E, der eine Unterrichtungspflicht des Unternehmers bei Verbraucherbauverträgen normiert, regelt der neue Artikel 249 EGBGB-E die Einzelheiten dieser vorvertraglichen Informationspflichten des Unternehmers.

#### **Zu § 1 (Form und Zeitpunkt der vorvertraglichen Information)**

Die Vorschrift sieht vor, dass der Unternehmer verpflichtet ist, dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen. Damit wurde eine Formulierung gewählt, die im geltenden Recht bereits für verschiedene vertragliche Informationspflichten gilt. Für den Bauvertrag ist die Regelung dahingehend auszulegen, dass dem Verbraucher vor dem Vertragsschluss ausreichend Zeit zu einer Überprüfung der angebotenen Leistung, gegebenenfalls auch unter Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten, und einem Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten bleiben muss.

#### **Zu § 2 (Inhalt der Baubeschreibung)**

Absatz 1 Satz 1 legt fest, dass in der Baubeschreibung die wesentlichen Eigenschaften des geschuldeten Werks in klarer und verständlicher Weise darzustellen sind. Satz 2 ergänzt diese Generalklausel und legt in neun Ziffern den Mindestinhalt fest, den eine Baubeschreibung enthalten muss.

Angesichts der Vielfalt der Bauvorhaben, die zudem in technischer Hinsicht ständigen Änderungen und Neuerungen unterworfen sind, ist es nicht möglich, eine abschließende Auflistung des notwendigen Inhalts der Baubeschreibung im Gesetz vorzunehmen. Die Generalklausel in Satz 1 stellt daher einen Auffangtatbestand dar. Umfasst ein angebotenes Werk Eigenschaften, die nicht unter die Aufzählung in Satz 2 fallen, aber als wesentlich anzusehen sind, so sind diese ebenfalls in die Baubeschreibung aufzunehmen. Dies bedeutet auch, dass in der Baubeschreibung zum Ausdruck zu bringen ist, wenn ausnahmsweise bestimmte Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt und mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind (beispielsweise die Beschaffenheit des Baugrundes).

Die wesentlichen Eigenschaften des geschuldeten Werks sind in klarer Weise darzustellen. Diese Wortwahl weicht bewusst von der Wortwahl etwa in Artikel 246 Absatz 1 EGBGB ab, der in Bezug auf die Informatio-

nen, die Verbrauchern übermittelt werden müssen, die Begrifflichkeit „klar und verständlich“ wählt und die Kenntnisse eines durchschnittlichen Verbrauchers zum Maßstab für die Verständlichkeit nimmt. Im Hinblick auf die teilweise komplexen technischen Informationen, die etwa zur Beschreibung der Wärmedämmung oder der technischen Ausstattung eines Bauvorhabens erforderlich sind, kann ein entsprechender Maßstab keine Anwendung auf die Baubeschreibung nach § 650i BGB-E finden. Vielmehr ist insoweit lediglich erforderlich, dass klare Informationen übermittelt werden. Bei Verständnisproblemen kann der Verbraucher Experten hinzuziehen.

Absatz 2 sieht vor, dass die Baubeschreibung nach Absatz 1 verbindliche Angaben über den Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerks zu enthalten hat. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist über die Dauer der Baumaßnahme zu informieren.

Speziell bei Verträgen über den Bau neuer Gebäude und bei Verträgen über wesentliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden ist der Verbraucher hinsichtlich des Fertigstellungszeitpunkts besonders schutzwürdig und beispielsweise im Hinblick auf die Finanzierung des Bauprojekts, die Kündigung des bisherigen Mietvertrags und die Planung des Umzugs auf eine frühzeitige und verlässliche Information über die Beendigung der Baumaßnahme angewiesen. Kann wegen des noch nicht feststehenden Baubeginns ein Fertigstellungsdatum in der Baubeschreibung noch nicht angegeben werden, muss der Besteller über die Dauer der Baumaßnahme informiert werden. Damit hat der Besteller in diesem Stadium des Bauprojekts hinreichende Informationen für seine zeitlichen Planungen, zumal häufig der Baubeginn auch von dem Besteller selbst abhängt, etwa wenn er das Baugrundstück bereitzustellen oder Genehmigungen einzuholen hat.

### **Zu § 3 (Widerrufsbelehrung)**

Die Vorschrift regelt in Absatz 1 die formalen und inhaltlichen Anforderungen an die Widerrufsbelehrung, die der Unternehmer einem Verbraucher, dem ein Widerrufsrecht nach § 650k Satz 1 BGB-E zusteht, zu erteilen hat. Die Belehrung des Verbrauchers ist vor der Abgabe von dessen Vertragserklärung vorzunehmen und hat in Textform zu erfolgen. In den Nummern 1 bis 4 werden die Informationen zu dem Widerrufsrecht, die zu übermitteln sind, aufgezählt: Hinweis auf das Widerrufsrecht (Nummer 1), Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf (Nummer 2), Name, ladungsfähige Anschrift und Telefonnummer sowie gegebenenfalls Telefaxnummer und E-Mail-Adresse desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist (Nummer 3), und Hinweis auf Dauer und Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt (Nummer 4). In Nummer 5 wird geregelt, dass die Widerrufsbelehrung auch einen Hinweis auf die Pflicht zum Wertersatz nach § 357d BGB-E enthalten muss. Der Vorschlag orientiert sich damit sowohl im Hinblick auf den Zeitpunkt der Belehrung (vgl. Artikel 246a § 4 Absatz 1 und Artikel 246b § 1 Absatz 1 EGBGB) als auch im Hinblick auf deren Form und Inhalt (vgl. Artikel 246 Absatz 3 EGBGB) an bereits bestehenden Regelungen.

In Absatz 2 wird vorgesehen, dass der Unternehmer seinen gesetzlichen Informationspflichten zum Widerrufsrecht genügt, wenn er das in der Anlage 10 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausfüllt dem Verbraucher in Textform übermittelt. Dabei darf die Belehrung nicht verändert werden und ist entsprechend dem Gestaltungshinweis auszufüllen und zu verwenden. Zugleich wird durch die Formulierung der Vorschrift klargestellt, dass eine Pflicht zur Nutzung der Musterbelehrung nicht besteht.

### **Zu Artikel 3 (Änderung des Unterlassungsklagengesetzes)**

Die vorgeschlagenen neuen Vorschriften über Verbraucherbauverträge (§§ 650h ff. BGB-E) dienen dem Schutz von Verbraucherbauherren. Um klarzustellen, dass Verstöße gegen diese Vorschriften auch von Verbraucherschutzverbänden und anderen nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) berechtigten Stellen geltend gemacht werden können, soll § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 UKlaG entsprechend ergänzt werden.

### **Zu Artikel 4 (Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen)**

Hierbei handelt es sich um eine Folgeänderung zu der Verschiebung des Regelungsinhaltes des bisherigen § 632a Absatz 3 und 4 BGB in das Kapitel „Verbraucherbauvertrag“.

Zur Klarstellung wird nun auch ausdrücklich auf die im bisherigen § 632a Absatz 4 BGB (künftig: § 650l Absatz 3 BGB-E) vorgesehene Möglichkeit Bezug genommen, Sicherheiten nicht nur nach den §§ 232 ff. BGB, sondern insbesondere auch durch Bankbürgschaft oder Bankgarantie zu erbringen.

### **Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)**

Durch das sechs Monate nach Verkündung vorgesehene Inkrafttreten der neuen Vorschriften wird für eine ausreichende Übergangszeit gesorgt, die es dem Rechtsverkehr ermöglicht, sich auf die geänderten Regelungen einzustellen.

Die Übergangszeit ist zum einen im Hinblick auf die neuen Informationspflichten angezeigt, die in das BGB eingefügt werden. Dies gilt zunächst für die Baubeschreibungspflicht, die für Verbraucherbauverträge und Bauträgerverträge eingeführt wird (§ 650i BGB-E in Verbindung mit Artikel 249 EGBGB-E). Da diese Baubeschreibungen bereits vorvertraglich zur Verfügung zu stellen sind, muss den Unternehmern Zeit für die Ausarbeitung oder die Anpassung vorhandener Baubeschreibungen an die neuen gesetzlichen Vorgaben zur Verfügung gestellt werden. Zudem soll Architekten und Ingenieuren die erforderliche Zeit gegeben werden, um Muster für die Belehrung über das Sonderkündigungsrecht des Bestellers nach § 650q Absatz 1 Satz 2 BGB-E zu erstellen.

Zum anderen ist die Übergangsphase aufgrund der mit der neuen Regelung zu den Aus-, Einbau- und Wiederherstellungskosten verbundenen erhöhten Risiken für Verkäufer erforderlich. Ihnen soll so die Möglichkeit gegeben werden, sich auf die neue Rechtslage einzurichten und ihre erhöhten Haftungsrisiken etwa durch eine Versicherung abzusichern.

### **Zur Anlage (Muster für die Widerrufsbelehrung bei Verbraucherbauverträgen)**

Die Musterwiderrufsbelehrung soll es dem Unternehmer erleichtern, den Verbraucher ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht zu belehren. Verwendet der Unternehmer das gesetzliche Muster und füllt es zutreffend aus, kann er aufgrund der Regelung in Artikel 249 § 3 Absatz 2 EGBGB-E sicher sein, dass er seine Belehrungspflicht erfüllt hat und die Widerrufsfrist nunmehr läuft (§ 356d Satz 1 BGB-E).

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

Anlage 2

**Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Abs. 1 NKRK:**

**Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (NKR-Nr. 3464)**

Der Nationale Normenkontrollrat hat den Entwurf des oben genannten Regelungsvorhabens geprüft.

**I Zusammenfassung**

Bürger	
Jährlicher Erfüllungsaufwand:	349 Std. 5 Minuten pro Fall
Wirtschaft	
Jährlicher Erfüllungsaufwand:	rund 3.700.000 Euro
Einmaliger Erfüllungsaufwand:	rund 2.880.000 Euro
Verwaltung	keine Auswirkungen
'One in one out' - Regel	Im Sinne der ‚One in one out‘ - Regel der Bundesregierung stellt der jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft in dem Regelungsvorhaben ein „In“ von rund 3.700.000 Euro dar. Diesen Zuwachs will das BMJV mit Entlastungen in Höhe von 2.400.000 Euro aus der Gerichtsvollzieherformularverordnung und in Höhe von 1.300.000 Euro aus dem Bürokratienteilungsgesetz kompensieren.
Evaluierung	Das Regelungsvorhaben wird spätestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten evaluiert. Durch eine rechtstatsächliche Untersuchung sollen die Regelungswirkungen, mit Hilfe des Statistischen Bundesamtes soll die Entwicklung des Erfüllungsaufwandes und sein Verhältnis zu den festgestellten Wirkungen untersucht werden.
Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat die zu erwartenden Be- und Entlastungen bis auf eine Ausnahme nachvollziehbar dargestellt: Nicht abgeschätzt ist die Höhe von Rechtsverfolgungskosten für die Bauwirtschaft, die sich aus der Einführung und Ausgestaltung eines einseitigen Vertragsgestaltungsrechts (Anordnungsrechts) im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ergeben können. Der Nationale Nor-	

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

menkontrollrat (NKR) hält die Abschätzung dieser Kosten schon angesichts der bisherigen Erfahrungen des BMJV mit der vergleichbaren Regelung im Anwendungsbereich der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) für erforderlich. Er hat mit dem BMJV Einvernehmen darüber hergestellt, dass sich die Evaluierung des Regelungsvorhabens auch auf das neue Anordnungsrecht beziehen wird. Vor diesem Hintergrund erhebt der NKR keine Einwände gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen in dem Regelungsentwurf.

## II Im Einzelnen

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf will das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) auf der Grundlage des **Koalitionsvertrages**

- das allgemeine **Werkvertragsrecht** des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) um spezifische Regeln eines **Bauvertragsrechts** ergänzen,
- das **Kaufvertragsrecht** an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) anpassen und insoweit auf Verträge zwischen Unternehmen erstrecken.

**Regelungsziel** ist es, mit klaren gesetzlichen Vorgaben eine interessengerechte, ökonomisch sinnvolle Gestaltung/Abwicklung von Bauverträgen zu ermöglichen und zugleich den Verbraucherschutz auszubauen.

### II.1 Vorgaben und Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Anders als bisher, soll die **Kündigung** eines **Bauvertrages** zukünftig nur noch schriftlich möglich sein. Das **Schriftformerfordernis** soll der Beweissicherung dienen und „die Bauvertragsparteien vor übereilten und später bereuten spontanen Handlungen schützen“.

Das Regelungsvorhaben begründet damit einen Zeitaufwand der Bürgerinnen und Bürger, den das BMJV nachvollziehbar auf ca. 5 Minuten/Vertrag und in der Gesamtheit auf 349 Stunden/Jahr schätzt. Hierzu geht das Ressort davon aus, dass sich die Anzahl der Bauverträge/Jahr mit der Anzahl der Hochbaugenehmigungen deckt; ferner davon, dass rd. 2% der Bauverträge gekündigt werden. Bei 209.295 Baugenehmigungen (2014) sind daher (4.186 Kündigungen x 5 Minuten =) **349 Stunden/Jahr** anzusetzen.

### II.2 Vorgaben und Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Weitere Vorgaben des Regelungsentwurfs für Werkverträge mit Verbrauchern lassen auf Seiten der Bauunternehmen Bürokratiekosten und anderen Erfüllungsaufwand entstehen.

- **Bauunternehmen**

Das BMJV geht davon aus, dass 24.529 Unternehmen des Baugewerbes Verträge mit Verbrauchern schließen und damit an die neuen Vorschriften gebunden sind. Das Mengengerüst des

Ressorts entspricht annäherungsweise den veröffentlichten Strukturdaten des Statistischen Bundesamtes und ist insoweit nachvollziehbar.

Mehr als 80% der adressierten Bauunternehmen beschäftigen weniger als 20 Arbeitnehmer. Das BMJV hat deshalb den **KMU-Leitfaden** angewandt, um Regelungsalternativen zu prüfen. Zwar sieht das Ressort keine Regelungsalternativen, weil das Regelungsziel Verbraucherschutz die Anwendung des neuen Rechts durch alle Bauunternehmen unabhängig von ihrer Größe notwendig macht. Jedoch geht das BMJV davon aus, dass die KMU ihren Erfüllungsaufwand aus neuen Informationspflichten und ggf. der Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Nutzung von Mustervorlagen ihrer Verbände verringern können.

- **Informationspflicht - Widerrufsrecht**

Der Regelungsentwurf führt die Rechtsfigur eines **Verbraucherbauvertrages** in das BGB ein. Mit der neuen Vertragsform soll sich für den privaten Bauherrn/Verbraucher u.a. ein **Widerrufsrecht** und für den Unternehmer die **Informationspflicht** verbinden, seinen Kunden über das Widerrufsrecht zu belehren.

Das BMJV geht davon aus, dass die Bauunternehmen die neue Belehrung in ihre zentral erstellten Informationsunterlagen für den Bauherrn einpflegen, sodass jedes der 24.529 adressierten Unternehmen die neue Vorgabe **einmal** zu erfüllen hat. Den Aufwand hierfür schätzt das Ressort auf 52 Minuten. Bei durchschnittlichen Lohnkosten im Baugewerbe von 31,90 Euro/Std. ermittelt es so einen **Umstellungsaufwand** von rd. **678.000 Euro**. Die Darstellung ist nachvollziehbar.

- **Informationspflicht – Abnahmeverweigerung**

Nach allgemeinem Werkvertragsrecht muss der Bauherr das mangelfreie Bauwerk fristgerecht abnehmen und vergüten; bei Verletzung der Abnahmepflicht gilt das Bauwerk von Gesetzes wegen als abgenommen. Für den neuen Verbraucherbauvertrag soll die **Abnahmefiktion** nur unter der Voraussetzung eingreifen, dass der Unternehmer den privaten Bauherrn/Verbraucher über diese Rechtsfolgen in **Textform** belehrt hat.

Das BMJV geht davon aus, dass die neue **Informationspflicht** sowohl **einmaligen Umstellungsaufwand**, als auch **jährlichen Erfüllungsaufwand** der Wirtschaft auslöst:

Der Darstellung des Umstellungsaufwands liegt die Annahme zu Grunde, dass die Bauunternehmen zur Information ihrer Kunden über die Abnahmefiktion ebenfalls eine Dokumentenvorlage verwenden werden. Den Aufwand für die zentrale Erstellung dieser Vorlage setzt das Ressort auf demselben Rechenweg wie beim Widerrufsrecht nachvollziehbar mit rd. **678.000 Euro** an.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Für den einzelnen Vertragsfall muss das Unternehmen die Dokumentenvorlage kopieren und dem Verbraucher aushändigen. Unter Annahme von 209.295 Vertragsfällen (= Baugenehmigungen) hat das BMJV hierfür nachvollziehbar einen **jährlichen Erfüllungsaufwand** von **122.000 Euro** (11.000 Euro Sachkosten (Kopien) sowie von 111.000 Euro Personalkosten) ermittelt.

- **Informationspflicht - Baubeschreibung**

Einmaligen **Umstellungsaufwand** hat das BMJV ferner dafür ermittelt, dass die Bauunternehmen ihre Leistungs- bzw. Baubeschreibung nach den neuen gesetzlichen Vorgaben aktualisieren müssen. Die Höhe dieses Umstellungsaufwands setzt das Ressort nachvollziehbar mit rd. **1,36 Mio. Euro** an, indem es davon ausgeht, dass jedes der 24.529 adressierten Bauunternehmen 2 seiner Baubeschreibungen mit einem Zeitaufwand von jeweils 52 Minuten beim Lohnsatz von 31,90 Euro/Std. überarbeiten muss.

- **Unterstützungspflicht – Baugenehmigung/Bauabnahme**

Das Regelungsvorhaben verpflichtet die Bauunternehmen, Unterlagen, die zur **Baugenehmigung** und später zur öffentlich-rechtlichen **Bauabnahme** erforderlich sind, zu erstellen und dem Verbraucher auszuhändigen.

Die neue Unterstützungspflicht verursacht einen **jährlichen Erfüllungsaufwand** der Wirtschaft, den das BMJV mit rd. **3,56 Mio. Euro** ermittelt hat. Dabei ist es wiederum von 209.295 Vertragsfällen ausgegangen; ferner davon, dass jedes Bauunternehmen einen Mitarbeiter (31,90 Euro/Std.) 16 Minuten für die Vorbereitung der Baugenehmigung und weitere 16 Minuten für die Vorbereitung der Bauabnahme einsetzen muss.

- **Anordnungsrecht des Bestellers**

Mit einem Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herbeiführung eines Erfolges, den die Vertragsparteien in **gegenseitigem Einvernehmen** festlegen und beschreiben. Der Verbrauchervertrag verleiht dem privaten Bauherrn (Besteller) die Befugnis, die Vereinbarung durch **einseitige Anordnung** zu ändern. Dem neuen **Anordnungsrecht** des Bestellers entspricht eine grundsätzliche **Folgepflicht** des Unternehmers mit unterschiedlichen Konsequenzen:

Ist der Unternehmer bereit, den Anordnungen seines Vertragspartners nachzukommen, hat er auch Anspruch auf Anpassung seiner Vergütung, die er dazu neu kalkulieren muss. Anders als der Bauherr kann der Unternehmer die Vereinbarung allerdings nicht einseitig ändern. Entsteht Streit über die Neuberechnung, muss er seinen Anpassungsanspruch vielmehr gerichtlich geltend machen. Dabei trägt der Unternehmer nicht nur das Prozessrisiko und die Beweislast, son-



dem kann ggf. durch einstweilige Verfügung vorab zur Durchführung der Bestelleranordnung verpflichtet werden.

Will der Unternehmer der Anordnung des Bauherrn nicht nachkommen, muss er um die Zumutbarkeit der Änderungen im Bauplan prozessieren und dabei ggf. betriebsinterne Vorgänge offenlegen/unter Beweis stellen.

Das BMJV ist der Auffassung, dass der Wirtschaft durch diese Neuregelung kein zusätzlicher Erfüllungsaufwand entsteht. Zur Begründung dieser Auffassung hebt das Ressort auf darauf ab, dass dem Anordnungsrecht des Bestellers der Anspruch des Unternehmers auf Anpassung seiner Vergütung gegenübersteht.

Diese Darstellung lässt außer Betracht, dass der Entwurf die Folgepflicht des Bauunternehmers und den Anspruch auf Vergütungsanpassung von **unbestimmten Rechtsbegriffen**, nämlich **Zumutbarkeit** (Bauausführung) und **Angemessenheit** (Vergütung), abhängig macht. Während nach allgemeinem Werkvertragsrecht die Parteien selbst ihre gegenseitigen Leistungspflichten zum Ausgleich bringen, kann es im Anwendungsbereich des neuen Verbraucherbauvertragsrechts notwendig werden, die Zumutbarkeit der Leistung und die Angemessenheit der Vergütung **gerichtlich** zu bestimmen. Die Neuregelung kann daher Rechtsverfolgungskosten verursachen, die es vorher aus dem BGB nicht gab. Diese Kosten müssen abgeschätzt werden, um ein **realitätsnahes Bild** der mit dem Regelungsvorhaben verbundenen Belastungen zu vermitteln. Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass es im Anwendungsbereich der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B) ein Anordnungsrecht bereits gibt und dort nach den Erfahrungen des Ressorts teils erhebliches Streitpotential geschaffen hat.

- **Haftung des Bauunternehmers vor dem Architekten/Ingenieur**

Nach allgemeinem Werkvertragsrecht haftet der verantwortliche Architekt/Ingenieur für Baumängel, die auf Überwachungsfehler zurückzuführen sind, zusammen mit dem Bauunternehmer als Gesamtschuldner. Gesamtschuld bedeutet, dass der Bauherr die Wahl hat zwischen Inanspruchnahme des Architekten/Ingenieurs auf Schadensersatz und des Bauunternehmers auf Nachbesserung. Mit dem Regelungsvorhaben wird dieses Wahlrecht eingeschränkt: Im Verbraucherbauvertragsrecht soll der Architekt/Ingenieur zur Schadensersatzleistung erst dann verpflichtet sein, wenn der Bauherr den Unternehmer erfolglos auf Nacherfüllung in Anspruch genommen hat. Das BMJV geht davon aus, dass der mit dem Bau vertraute Unternehmer den Mangel mit geringeren Kosten beseitigen kann, weshalb die Rechtsänderung zur Entlastung der Architekten/Ingenieure führen wird. Das Ressort hat nachvollziehbar begründet, dass sich die Höhe der Entlastung durch den neuen „Vorrang der Nacherfüllung“ nicht abschätzen lässt. Daten über die

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

aus Architekten- und Ingenieurverträgen jährlich entstehenden Haftungsfälle sind nach Angabe des Ressorts selbst bei der Bundesarchitektenkammer nicht verfügbar. Deshalb fehlt es an einer Größe, die zu der angenommenen Anzahl von Verbraucherverträgen in Beziehung gesetzt werden könnte.

- **Klauselverbot – Abschlagszahlung**

Das neue Recht begrenzt eine Sicherheitsleistung des Verbrauchers für seine Zahlungsfähigkeit auf höchstens 20% der vereinbarten Vergütung. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die diesem Grundsatz widersprechen, sind künftig unwirksam (Klauselverbot). Das BMJV geht davon aus, dass 7.400 Bauunternehmen (30% des Gesamtbestandes von 24.529) ihre AGB wegen des neuen Klauselverbots ändern/umstellen müssen. Bei einem angenommenen Zeitbedarf von 42 Minuten/Fall zum durchschnittlichen Lohnkostensatz von 31,90 Euro hat das Ressort die Höhe des Umstellungsaufwands nachvollziehbar mit rd. 164.000 Euro ermittelt.

### II.3 'One in one out' – Regel

Im Sinne der ‚One in one out‘ - Regel der Bundesregierung stellt der jährliche Erfüllungsaufwand der Wirtschaft in dem Regelungsvorhaben ein „In“ von rund 3.700.000 Euro dar. Diesen Zuwachs will das BMJV mit Entlastungen in Höhe von 2.400.000 Euro aus der Gerichtsvollzieherformularverordnung und in Höhe von 1.300.000 Euro aus dem Bürokratienteilungsgesetz kompensieren.

### II.4 Evaluierung

Das Regelungsvorhaben wird spätestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten evaluiert. Dabei wird die Bundesregierung im Wege einer rechtstatsächlichen Untersuchung prüfen, ob und inwieweit die beabsichtigten Wirkungen auf die Praxis, insbesondere den Ausbau des Verbraucherschutzes und die Anpassung des Rechts an die speziellen Bedürfnisse des Bauvertrages erreicht worden sind. Die Untersuchung wird die Frage nach unbeabsichtigten Nebenwirkungen sowie nach der Akzeptanz der Regelungen einschließen. Sie soll in Auftrag gegeben werden, wenn die Praxis sich auf die neuen Regelungen eingestellt und erste Erfahrungen mit ihnen gesammelt hat.

Die Bundesregierung wird ferner unter Inanspruchnahme des Statistischen Bundesamtes untersuchen, wie sich der Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft entwickelt hat und ob die Entwicklung in einem angemessenen Verhältnis zu den festgestellten Regelungswirkungen steht.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat die zu erwartenden Be- und Entlastungen bis auf eine Ausnahme nachvollziehbar dargestellt: Nicht abgeschätzt ist

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

die Höhe von Rechtsverfolgungskosten für die Bauwirtschaft, die sich aus der Einführung und Ausgestaltung eines einseitigen Vertragsgestaltungsrechts (Anordnungsrechts) im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ergeben können. Der Nationale Normenkontrollrat (NKR) hält die Abschätzung dieser Kosten schon angesichts der bisherigen Erfahrungen des BMJV mit der vergleichbaren Regelung im Anwendungsbereich der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) für erforderlich. Er hat mit dem BMJV Einvernehmen darüber hergestellt, dass sich die Evaluierung des Regelungsvorhabens auch auf das neue Anordnungsrecht beziehen wird. Vor diesem Hintergrund erhebt der NKR keine Einwände gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen in dem Regelungsentwurf.

Dr. Ludewig  
Vorsitzender

Hahlen  
Berichtersteller

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

## Stellungnahme des Bundesrates

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

Der Bundesrat hat in seiner 944. Sitzung am 22. April 2016 beschlossen, zu dem Gesetzesentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a (§ 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB)

In Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a sind in § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc nach den Wörtern "nach § 439 Absatz 2 und 3" die Wörter "oder § 635 Absatz 2" einzufügen.

#### Begründung:

§ 309 Nummer 8 Buchstabe b BGB enthält entsprechend seinem Wortlaut Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Rahmen der Mängelgewährleistung bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen (d. h. Kaufverträge, Werklieferungsverträge und Werkverträge). § 635 Absatz 2 BGB enthält für das Werkvertragsrecht die Entsprechung zu § 439 Absatz 2 und 3 BGB, wonach die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen vom Unternehmer zu tragen sind. § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB enthält in seiner bisherigen Fassung lediglich eine inhaltliche Beschreibung des Klauselverbots, wonach eine Abweichung hinsichtlich der Pflicht des Verwenders zur Tragung dieser Aufwendungen unwirksam ist. Die derzeitige Gesetzentwurfesfassung zählt nunmehr § 439 Absatz 2 und 3 BGB explizit als Normen auf, von denen im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht abgewichen werden darf, nimmt aber nicht Bezug auf § 635 Absatz 2 BGB. Der Vollständigkeit und Klarheit halber ist § 635 Absatz 2 BGB in die Aufzählung des § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E aufzunehmen, da ansonsten der Eindruck vermittelt wird, dass dieses Klauselverbot künftig nur noch bei Kauf- und Werklieferungsverträgen, aber nicht mehr bei Werkverträgen gilt.

2. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a (§ 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB)

In das Gesetz ist eine ergänzende gesetzliche Regelung dahingehend aufzunehmen, dass das in § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E geregelte Klauselverbot entgegen der Bestimmung in § 310 Absatz 1 Satz 1 BGB auch Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen findet, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden.

Begründung:

Der um Ein- und Ausbauleistungen erweiterte Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Absatz 3 BGB-E wird zwar gemäß dem neu gefassten § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E einem Klauselverbot unterstellt. Dieses findet aber gemäß dem durch den Gesetzentwurf nicht entsprechend angepassten § 310 Absatz 1 Satz 1 BGB unter anderem keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Die Gesetzesbegründung verweist in diesem Zusammenhang auf eine nach der Rechtsprechung bestehende Indizwirkung des Klauselverbots dahingehend, dass auch die Verwendung betreffender AGB gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt.

Eine bloße Indizwirkung verschafft den Unternehmen in der Praxis aber gerade nicht die nötige Rechtssicherheit. Im Konfliktfall könnte eine Klärung der Rechtslage letztlich doch nur in einem Rechtsstreit unter Berücksichtigung der jeweiligen individuellen Umstände des Einzelfalls herbeigeführt werden. Diese Auswirkung der Neuregelung kann durch eine auch gegenüber Unternehmern "AGB-feste" Ausgestaltung des Anspruchs nach § 439 Absatz 3 BGB-E vermieden werden.

3. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe c (§ 309 Nummer 15 Buchstabe a BGB)

In Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe c ist in § 309 Nummer 15 Buchstabe a das Wort "wesentlich" zu streichen.

Begründung:

Durch die Einführung des § 309 Nummer 15 BGB-E sollen insbesondere die Vorschriften über Abschlagszahlungen bei Verbraucherverträgen AGB-fest ausgestaltet werden. Dieses Anliegen erscheint grundsätzlich geeignet und erforderlich, um Übervorteilungen des strukturell unterlegenen Verbrauchers durch überhöhte Abschlagszahlungen zu vermeiden.

Um dieses Ziel effektiv zu erreichen, sollten die Vorgaben der § 632a Absatz 1 und §

650I Absatz 1 BGB, die eine maximale Höhe der Abschlagszahlungen von 90 Prozent der Gesamtvergütung zulassen, allerdings eine absolute Grenze bilden. Die Möglichkeit, hiervon durch AGB abzuweichen, sollte insoweit generell ausgeschlossen und nicht auf wesentliche Abweichungen beschränkt werden, da anderenfalls zu befürchten ist, dass sich die gerade noch zulässigen Abweichungen zu Gunsten des Bauunternehmers zum geschäftsmäßigen Standard in Verbraucherverträgen entwickeln. Gerade mit Blick auf die verhältnismäßig hohen Kosten eines Bauvorhabens können auch geringfügige Abweichungen von §§ 632a, 650I BGB zu spürbar höheren Abschlagszahlungen führen. Zudem wäre durch die Streichung des Kriteriums "wesentlich" eine größere Rechtssicherheit gegeben, da auf einen unbestimmten Rechtsbegriff verzichtet würde.

Darüber hinaus handelt es sich bei § 309 BGB um Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, sodass unbestimmte Rechtsbegriffe wie das hier vorgesehene Wesentlichkeitskriterium grundsätzlich vermieden werden sollten.

4. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a (§ 439 Absatz 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob das in § 439 Absatz 3 Satz 1 vorgesehene Wahlrecht des Verkäufers hinsichtlich der Selbstvornahme oder des Aufwendungsersatzes durch eine alternative gesetzliche Regelung ersetzt werden kann.

Begründung:

Steht dem Käufer ein Gewährleistungsanspruch nach § 439 Absatz 3 BGB-E zu, soll der Verkäufer nach dem Gesetzentwurf entscheiden, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder die hierfür erforderlichen Kosten ersetzt.

Für das Wahlrecht des Verkäufers führt die Gesetzesbegründung eine wirtschaftliche Betrachtung an. Hiernach soll das Wahlrecht dem Verkäufer einen wirtschaftlichen Vorteil bieten, "wenn er sach- und fachgerechte Aus- und Einbauleistungen günstiger selbst durchführen oder beauftragen kann, als dies dem Käufer möglich ist". Diese wirtschaftliche Betrachtung greift zu kurz. So werden zunächst die verschiedenen rechtlichen und vertraglichen Beziehungen bei Aus- und Einbau-Fällen außer Betracht gelassen.

Der Verkäufer schließt mit dem Käufer (z. B. einem Handwerker) einen Kaufvertrag. Die Kaufsachen (z. B. Wärmedämmplatten) werden vom Handwerker entsprechend dem mit einem Verbraucher geschlossenen Werkvertrag im Haus des Verbrauchers eingebaut. Verbraucher und Händler stehen in keiner rechtlichen Beziehung zueinander. Stellt sich im Nachgang zum Einbau der Wärmedämmplatte ihre Mangelhaftigkeit heraus, hat der Verbraucher einen Anspruch auf Nacherfüllung gegen den Handwerker. Wählt nun der Händler die Selbstvornahme, müsste der Händler oder eine von ihm beauftragte Person das Dämmmaterial beim Verbraucher ausbauen und

neues Material einbauen. Dies setzt allerdings faktisch wie rechtlich voraus, dass der Verbraucher die Nacherfüllung durch eine andere Person als seinen Vertragspartner duldet. Dies ist bei einer realistischen Betrachtung der Praxis überaus unwahrscheinlich.

Bei den Überlegungen ist es zielführend, sich an die Gesetzessystematik des § 478 BGB anzulehnen. In der Norm hat der Gesetzgeber einen vollkommen identischen Sachverhalt rechtlich geregelt. Gesetzessystematisch wäre es konsequent, eine vergleichbare Regelung in § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB aufzunehmen.

Vor diesem Hintergrund sollte eine Neufassung des Wahlrechts geprüft werden, die dem Kontrahierungsrecht des Verbrauchers hinreichend Rechnung trägt.

5. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a (§ 439 Absatz 3 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie gewährleistet werden kann, dass die Pflicht des Verkäufers aus § 439 Absatz 3 BGB auch auf die Fälle Anwendung findet, in denen die mangelhafte Sache ihrer Natur nach nicht im Sinne des Wortlauts "ausgebaut" oder "eingebaut" wird.

Begründung:

§ 439 Absatz 3 BGB-E erfasst die Fälle, in denen ein Einbau oder Ausbau einer Sache vorgenommen wird und nimmt dabei ersichtlich körperliche Gegenstände in den Blick, wie sie üblicherweise im Rahmen von Werkleistungen verbaut werden. Sachgerecht erscheint eine Anwendung allerdings auf alle Kaufsachen, die der Käufer in irgendeiner Form mit anderen Sachen verbindet oder installiert. Begrifflich sollte daher darauf geachtet werden, dass von den Pflichten des § 439 Absatz 3 BGB-E - entsprechend der gesetzessystematischen Position der Vorschrift in den allgemeinen Vorschriften über den Kauf - sämtliche Sachen im kaufrechtlichen Sinn erfasst werden, auf die der Käufer Verwendungen macht, welche im Falle einer Nachbesserung oder Nachlieferung erneut vorgenommen werden müssten. Der Begriff des Ein- und Ausbaus könnte für Kaufsachen zu eng gefasst sein, die nicht dem Wortsinn gemäß aus- und eingebaut werden. Mangelbehaftete Flüssigkeiten (etwa Brennstoffe wie Öl) müssten z. B. abgepumpt und neu eingefüllt, schadhafte Lacke müssten abgeschliffen und erneut aufgetragen werden. Auch die Anwendbarkeit auf immaterielle Güter wie Software über § 453 BGB sollte erfasst werden. So kann etwa im Fall schadhafter Softwarelösungen eine aufwändige De- oder Reinstallation oder eine Neukonfiguration des Systems erforderlich werden, was den Begriff des Ein- und Ausbaus auch in entsprechender Anwendung überspannen dürfte.

6. Zu Artikel 1 Nummer 9 (§ 445a BGB),  
Nummer 10 (§ 475 Absatz 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Re-

gressmöglichkeiten des Handwerkers weiter verbessert werden sollten, indem die Regelung des § 475 Absatz 4 BGB-E, die das Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers oder des Lieferanten für Fälle der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ausschließt, auf alle Kaufverträge - also auch zwischen Unternehmern - erstreckt wird. Alternativ sollte erwogen werden, in § 445a BGB-E eine Regressmöglichkeit für Aufwendungen zu schaffen, die der Käufer auf Grund einer gegenüber einem Verbraucher bestehenden werkvertraglichen Verpflichtung zum Ausbau der mangelhaften Sache und zum Einbau einer mangelfreien Sache zu tragen hat.

Begründung:

Ziel der Neuregelung ist unter anderem die Beseitigung der so genannten "Regressfalle" für Handwerker. Ist bei einem Kaufvertrag der Käufer ein Handwerker, der sich im Rahmen der Erfüllung eines Werkvertrags Ansprüchen eines Verbrauchers wegen mangelhafter Baumaterialien ausgesetzt sieht, soll er grundsätzlich die Möglichkeit haben, bei seinem Lieferanten in Regress zu gehen.

Allerdings besteht hierbei noch eine Schutzlücke. § 475 Absatz 4 BGB-E, der vorsieht, dass der Unternehmer die einzig mögliche Art der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Ein- und Ausbaurkosten nicht verweigern kann, gilt nur im Rahmen eines Verbrauchervertrags. Für Unternehmerverträge greift die Regelung nicht, sodass der Handwerker in der oben genannten Konstellation seine Nacherfüllungsansprüche wegen Unverhältnismäßigkeit des Aufwands verlieren kann.

Die für das Handwerk bestehende Regressfalle würde insoweit teilweise fortbestehen, sodass zu befürchten ist, dass der Verbraucher in diesen Fällen seine werkvertraglichen Ansprüche gegen den Handwerker seinerseits nur unter erschwerten Bedingungen durchsetzen können wird. Vor diesem Hintergrund

sollte die in § 475 Absatz 4 BGB-E vorgesehene Regelung inhaltlich auf alle Kaufverträge - also auch zwischen Unternehmern - erstreckt werden.

Dies gilt umso mehr, da gerade die Aus- und Einbaurkosten mangelhafter Baumaterialien häufig überproportional hoch sein können und daher die Frage der Unverhältnismäßigkeit hier eine besonders große Relevanz hat. Besonders hohe bzw. unverhältnismäßige Kosten können etwa entstehen, wenn geringwertige, schwer erreichbare Kleinteile auszutauschen sind (vgl. auch die Begründung des Gesetzentwurfes zu § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB).

Das Ziel der Vermeidung einer Regressfalle könnte auch durch eine Erweiterung der Regressvorschrift des § 445a BGB-E erreicht werden. Der Unternehmer könnte dann die durch den Aus- und Einbau bedingten Aufwendungen, die er im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher als Besteller zu tragen hätte, von seinem Lieferanten ersetzt verlangen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.



7. Zu Artikel 1 Nummer 17 Buchstabe a (§ 632a Absatz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine Ergänzung des § 632a Absatz 1 BGB-E um eine dem Rechtsgedanken des § 650f BGB-E entsprechende Regelung zu prüfen.

Begründung:

Nach § 632a Absatz 1 BGB-E kann der Besteller letztlich allein mit der Behauptung, die erbrachten Leistungen seien nicht vertragsgemäß, die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Da den Unternehmer gemäß § 632a Absatz 1 Satz 3 BGB-E die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung trifft, bliebe ihm im Konfliktfall letztlich nur der Klageweg, um seinen Anspruch auf Abschlagszahlungen des Bestellers gegebenenfalls durchzusetzen. Um zu verhindern, dass der Besteller ohne weiteren substantiierten Vortrag die Abschlagszahlung verweigern oder reduzieren kann, bietet sich ein Rückgriff auf den in § 650f Absatz 1 BGB-E enthaltenen Rechtsgedanken an, wonach der Besteller zumindest verpflichtet sein soll, gemeinsam mit dem Unternehmer eine Zustandsfeststellung durchzuführen. Dies würde beiden Parteien auch eine Möglichkeit bieten, anlässlich der gemeinsamen Zustandsfeststellung noch zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen und damit unnötige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

8. Zu Artikel 1 Nummer 22 (§ 648a Absatz 5 Satz 2 - neu - BGB)

In Artikel 1 Nummer 22 ist dem § 648a Absatz 5 folgender Satz anzufügen:

"Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht des Unternehmers aus dem Vertrag, kann eine Vergütung nicht verlangt werden, soweit der Besteller an der Teilleistung kein Interesse hat."

Begründung:

Nach § 648a Absatz 4 BGB-E kann der Unternehmer im Fall einer außerordentlichen Kündigung die auf den bis dahin erbrachten Teil der Werkleistung entfallende Vergütung verlangen. Zwar erscheint diese Regelung dem Grunde nach interessengerecht; jedoch wird dabei der Möglichkeit, dass der Besteller an dem erbrachten Teilwerk kein Interesse hat, nicht Rechnung getragen. Diesbezüglich ist auch die Wertung des § 266 BGB zu beachten, wonach der Schuldner zu Teilleistungen grundsätzlich nicht berechtigt ist. Gerade ein nur teilweise fertiggestelltes Werk ist für den Besteller regelmäßig nur dann von Nutzen, wenn es zumindest auch in Teilen funktionstüchtig oder aber die Fertigstellung durch einen anderen Werkunternehmer unter zumutbaren Umständen möglich ist. Vorstellbar sind daneben aber auch Fälle, in denen das Teilwerk keinerlei selbständigen Wert oder Nutzen aufweist oder sogar hinderlich ist und

wieder beseitigt werden muss (z. B. Aushebung einer auf ein bestimmtes - infolge der Kündigung nicht fertig gestelltes - Bauwerk ausgerichteten Baugrube). Insbesondere wenn der Grund zur außerordentlichen Kündigung des Werkvertrags in einem Verhalten des Unternehmers liegt, kann es daher unbillig sein, den Besteller auch für diese Fälle uneingeschränkt zur Entrichtung einer Teilvergütung zu verpflichten. Daher sollte dem Besteller die Möglichkeit eröffnet werden, sich ganz oder teilweise von seiner Leistungspflicht zu befreien, falls beziehungsweise soweit er an der erbrachten Teilleistung kein Interesse hat.

9. Zu Artikel 1 Nummer 22 (§ 648a Absatz 5 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in § 648a Absatz 5 BGB-E vorgesehene Vergütungsregelung durch den in § 649 Satz 3 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken ergänzt werden sollte.

Begründung:

Die in § 648a Absatz 5 BGB-E vorgesehene Vergütungsregelung erscheint insbesondere für die Fälle ergänzungsbedürftig, in denen der Besteller den wichtigen Grund für eine Kündigung seitens des Unternehmers zu vertreten hat, der Kündigungsgrund also aus der Sphäre des Bestellers kommt. Eine derartige Situation ist aus Sicht des Unternehmers dem in § 648 BGB-E (bisher § 649 BGB) geregelten Sachverhalt des freien Kündigungsrechts des Bestellers vergleichbar.

10. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650a Absatz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des § 650a Absatz 2 BGB-E entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung anzupassen ist.

Begründung:

Es sollte klargestellt werden, dass nicht jede Wartungsarbeit oder kleinere Reparaturarbeit unter den Begriff des Bauvertrags mit seinen speziellen rechtlichen Konsequenzen fällt. Der in der Gesetzesbegründung zu § 650a Absatz 2 BGB-E dazu enthaltene beispielhafte Hinweis auf "Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und

Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen" erscheint für eine rechtssichere Abgrenzung in der Praxis gerade für kleinere und mittlere Handwerksbetriebe nicht ausreichend. Einen möglichen Ansatzpunkt könnte die Überlegung bieten, in Absatz 2 den Begriff "Instandhaltung" durch den Begriff "Instandsetzung" zu ersetzen, der einen klaren Bezug zur Substanzerhaltung aufweist.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

11. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 sind in § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 die Wörter "die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist" durch die Wörter "die der Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs dienen" zu ersetzen.

Begründung:

Nach § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E kann der Besteller - unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Absatzes 2 - Leistungen des Unternehmers anordnen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind. Die Verwendung des Begriffs "notwendig" lässt den Schluss zu, dass es sich um Leistungen handeln muss, ohne deren Vornahme der Werkerfolg nicht erreicht werden kann und die mithin zwingend erforderlich sind. Ein auf diese Fälle beschränktes Anordnungsrecht dürfte aber weitgehend ins Leere laufen, da der Unternehmer schon nach den allgemeinen Vorschriften verpflichtet ist, das Werk herzustellen, sodass es für die Pflicht der Vornahme der hierfür notwendigen Leistungen keines Anordnungsrechts bedarf. Der Begriff kann daher in Anlehnung an die Auslegung des § 1 VOB/B (vgl. z. B. Kapellmann/ Messerschmidt, VOB, Teil A/B, 5. Auflage 2015, Rn. 106 ff.) nicht als zwingende Notwendigkeit im engeren Sinn verstanden werden, was durch eine entsprechende Formulierung der Vorschrift zum Ausdruck gebracht werden sollte. Eine Erreckung des § 650b BGB auf Änderungen, die dem Werkerfolg dienen, schafft ausreichend Handlungsspielraum für den Besteller und ist zudem weniger streitanfällig, da die Dienlichkeit einer Vertragsänderung für den Werkerfolg leichter belegbar sein dürfte als ihre Notwendigkeit. Da der Unternehmer zudem berechtigt ist, für die Änderungen angemessene Zuschläge zu verlangen (§ 650c BGB-E), führt die vorgeschlagene Änderung auch nicht zu wirtschaftlichen Nachteilen.

12. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 1 Satz 5 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650b Absatz 1 folgender Satz anzufügen:

"Begehrt der Besteller eine Änderung nach Satz 1 Nummer 2 und umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, streben die Vertragsparteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 fin-

det in diesem Fall keine Anwendung."

Begründung:

Gemäß § 650b Absatz 1 Satz 1 bis 3 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung seines Leistungsumfangs seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragsangebotes geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln haben. Obliegt dem Unternehmer jedoch nicht nur die Ausführung der vom Besteller erstellten Planung, sondern auch die Erstellung der Planung selbst, so ist er zu einer mangelfreien Planung verpflichtet. In dem Fall, in dem der Besteller einen Mangel der Planung aufdeckt und den Unternehmer auffordert, zum Zweck der Erreichung eines mangelfreien Werkerfolgs (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2) seine Planung und Ausführung zu ändern, kann dem Unternehmer daraus kein Mehrvergütungsanspruch erwachsen, da die Planung und Ausführung eines mangelfreien Werks ohnehin bereits Gegenstand seiner vertraglichen Leistungspflichten ist. Das von den Parteien anzustrebende Einvernehmen kann sich dann nur auf die Änderung an sich beziehen. Da der Unternehmer keinen Mehrvergütungsanspruch hat, stünde es im Widerspruch zu seiner Rechtsstellung, wenn das Gesetz ihn verpflichten würde, ein Angebot über die Mehrvergütung zu erstellen.

Der zweite Halbsatz des vorgeschlagenen Satzes 5 bestimmt daher, dass § 650b Absatz 1 Satz 2 BGB-E keine Anwendung findet.

13. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2 Satz 1a - neu - BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650b Absatz 2 nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"Die Anordnung bedarf der Schriftform."

Begründung:

Die aktuelle Fassung des Gesetzentwurfes sieht vor, dass die Parteien nach § 650b Absatz 1 Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, sofern der Besteller während der Erstellung Änderungen an dem Werk begehrt. Falls kein Einvernehmen hergestellt werden kann, räumt Absatz 2 dem Besteller ein einseitiges und formloses Anordnungsrecht ein.

Aus Gründen der Beweisbarkeit und zur Rechtsklarheit sollte für das Anordnungsrecht die Schrift- oder Textform zwingend vorgeschrieben werden.

Die Anordnung der Schriftform hat warnende und klarstellende Funktion und dient auch dem Schutz des Verbrauchers. Durch die schriftliche Form wird dieser vor übereilten und womöglich nicht überschaubaren wirtschaftlichen Folgen einer Anordnung geschützt.

14. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2 Satz 4 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650b Absatz 2 folgender Satz anzufügen:

"Führen die Parteien Verhandlungen über eine Einigung, gilt diese spätestens 30 Tage nach Zugang des Angebots nach Absatz 1 Satz 2 beim Besteller als nicht erzielt."

Begründung:

Gemäß § 650b Absatz 1 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung seines Leistungsumfangs seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragsangebots geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln haben. Die Regelung darf allerdings nicht dazu führen, dass das Baugeschehen durch die Verhandlungen über Gebühr verzögert wird. In Anlehnung an § 15a Absatz 1 Satz 2 EGZPO zum Einigungsversuch vor der Gütestelle bei Gericht sollte spätestens nach 30 Tagen die Verhandlungspflicht erlöschen. In diesem Fall muss dem Besteller das unbedingte Anordnungsrecht zustehen, damit der Fortgang der Bauleistungen gewährleistet ist. Ohne eine solche Limitierung der Verhandlungspflicht der Parteien stünde dem Unternehmer ein unverhältnismäßiges Druckmittel zur Durchsetzung eventuell überhöhter Nachtragsforderungen zu.

15. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2a -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist nach § 650b Absatz 2 folgender Absatz einzufügen:

"(2a) Die Parteien können eine andere Vereinbarung über Änderungen nach Absatz 1 und das Anordnungsrecht des Bestellers treffen. Wird die Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, findet § 307 Absatz 1 und 2 in Bezug auf eine Inhaltskontrolle von Bestimmungen zum Anordnungsrecht des Bestellers abweichend von § 310 Absatz 1 Satz 3 auch dann keine Anwendung, wenn nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen sind."

Begründung:

Die Regelung entspricht der in § 650c Absatz 4 BGB-E vorgesehenen Regelung zur

Vergütungsanpassung. Sie ist hier entsprechend hinsichtlich des Anordnungsrechts erforderlich. Andernfalls wären zahlreiche AGB-rechtliche Auseinandersetzungen und Gerichtsprozesse um das Anordnungsrecht gemäß VOB/B mit der Folge unübersehbarer Baustillstände auf Baustellen der öffentlichen Hand zu erwarten.

16. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 3 Satz 1a -neu-, § 650c Absatz 5 Satz 1a -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650b Absatz 3 sowie in § 650c Absatz 5 jeweils nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"§ 404 Absatz 2 der Zivilprozessordnung findet entsprechende Anwendung."

Begründung:

Zur Förderung einer einvernehmlichen Einigung zwischen den Parteien über die Ausführung von Änderungswünschen des Bestellers und der dafür zu entrichtenden Vergütung sollte klargestellt werden, dass die Parteien in der Regel einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen einbinden müssen, bevor gerichtliche Hilfe im Wege eines Antrags auf einstweilige Verfügung in Anspruch genommen wird.

17. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 3 Satz 2, 3 -neu- und 4 -neu-, § 650c Absatz 5 Satz 2, 3 -neu- und 4 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650b Absatz 3 und § 650c Absatz 5 jeweils der Satz 2 durch folgende Sätze zu ersetzen:

"Der Sachverständige ist von den Vertragsparteien gemeinsam zu beauftragen. Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen. Bei Durchführung des Verfahrens zum Erlass der einstweiligen Verfügung gelten die §§ 91 bis 107 der Zivilprozessordnung entsprechend auch in Bezug auf die Kosten des Sachverständigen."

Begründung:

Vor der Beantragung einer einstweiligen Verfügung über eine Anordnung des Bestellers oder einen Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers sollen die Parteien zunächst erneut einen Einigungsversuch unternehmen, in diesem Fall sachverständig beraten. Die Beauftragung des Sachverständigen muss dabei einvernehmlich erfolgen, um dessen Unparteilichkeit zu gewährleisten. Zudem müssen auch die durch die Be-

auftragung des Sachverständigen entstehenden Kosten, wenn die Parteien sie jeweils hälftig tragen sollen, von beiden gemeinschaftlich ausgelöst werden.

Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen. Von dieser Regelung können die Parteien einzelvertraglich und unter Beachtung der §§ 307 ff. BGB auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweichen. Kommt es trotz des Einigungsversuchs zum gerichtlichen Verfahren, besteht keine Veranlassung mehr, die Kosten hälftig oder nach einer vertraglich vereinbarten Quote zu teilen, da der Ausgang des Verfahrens deutlich erkennen lässt, welche Partei die Verantwortung für die Streitigkeit trägt und damit Anlass zu der Kostenverursachung gegeben hat. In diesem Fall sollte die Kostenlast hinsichtlich der Sachverständigenkosten der allgemeinen Regelung zu den Prozesskosten der ZPO folgen.

18. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 3 Satz 3 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650b Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

"Die einstweilige Verfügung hat auf Antrag einer Partei einen Ausspruch über die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung von Abschlagszahlungen aufgrund der angeordneten Änderung zu enthalten."

Begründung:

Können sich die Parteien über die Durchführung einer Änderung des Vertrages nicht einigen, kann ein Bedürfnis bestehen, im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht allein die Zulässigkeit der Anordnung des Bestellers, sondern zugleich auch die mit der Anordnung verbundene Vergütungspflicht zu klären. Im Interesse einer möglichst praktikablen Handhabung sollte jedoch in diesem Stadium keine Entscheidung über die endgültige Höhe einer Vergütungsanpassung erfolgen müssen. Ausreichend und dem berechtigten Interesse des Unternehmers nach Rechtssicherheit hinsichtlich seiner Liquiditätskalkulation entsprechend ist ein gerichtlicher Ausspruch dazu, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Abschlagszahlungen in Folge der Ausführung der Änderung zu leisten sind (vgl. dazu § 650c Absatz 3 BGB-E).

Durch die vorgeschlagene Regelung wird klargestellt, dass der Ausspruch über die Anordnung des Bestellers mit einem Ausspruch über die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung von Abschlagszahlungen verbunden werden kann, also insbesondere der Unternehmer durch Antrag auf Erlass einer entsprechenden Gegenverfügung im selben Verfahren eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen kann, welche Abschlagszahlungen vom Besteller geschuldet werden.

19. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650c Absatz 1 Satz 2 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650c Absatz 1 folgender Satz anzufügen:

"Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu."

Begründung:

Gemäß § 650b Absatz 1 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung seines Leistungsumfangs seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragangebots geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln haben. Obliegt dem Unternehmer jedoch nicht nur die Ausführung der vom Besteller erstellten Planung, sondern auch die Erstellung der Planung selbst, so ist er zu einer mangelfreien Gesamtleistung von Planung und Ausführung verpflichtet. In dem Fall, in dem der Besteller einen Mangel der Planung aufdeckt und den Unternehmer auffordert, zum Zweck der Erreichung eines mangelfreien Werkerfolgs (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E) seine Planung und Ausführung zu ändern, kann dem Unternehmer daraus kein Mehrvergütungsanspruch erwachsen, da die Planung und Ausführung eines mangelfreien Werks ohnehin bereits Gegenstand seiner vertraglichen Leistungspflichten ist.

20. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650c Absatz 3 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650c Absatz 3 Satz 1 das Wort "eine" durch das Wort "keine" zu ersetzen.

Begründung:

Klarstellung des Gewollten.

21. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650c Absatz 4 Satz 1 und 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650c Absatz 4 wie folgt zu ändern:

- a) In Satz 1 sind nach dem Wort "Vergütungsanpassung" die Wörter "und die Abschlagszahlung" einzufügen.
- b) In Satz 2 sind die Wörter "zur Berechnung der Vergütungsanpassung" durch die



Wörter "zur Vergütungsanpassung und zur Abschlagszahlung" zu ersetzen.

Begründung:

Die in der VOB/B geregelten Anordnungsrechte des Auftraggebers sind zentrale Vorschriften, die im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen zwischen Auftragnehmer- und Auftraggebervertretern einvernehmlich ausgehandelt und beschlossen wurden. Sie sind in Zusammenschau mit den dortigen Regelungen zur Vergütungsanpassung ausgewogen und haben sich über die Jahrzehnte bewährt. Sie sollen durch ein neues werkvertragliches Leitbild im BGB nicht in Frage gestellt werden. Insbesondere die Regelung des § 650c Absatz 3 BGB-E, wonach der Unternehmer jedenfalls 80 Prozent der von ihm angebotenen Nachtragsvergütung vorläufig verlangen darf, findet sich nicht in der VOB/B. Ohne die hier vorgeschlagene textliche Ergänzung in Absatz 4 wären zahlreiche AGB-rechtliche Auseinandersetzungen und Gerichtsprozesse um die Abschlagszahlung mit der Folge unübersehbarer Baustillstände auf Baustellen der öffentlichen Hand zu erwarten.

22. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§§ 650b, 650c BGB)

Der Bundesrat gibt hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers sowie der daran anknüpfenden Vergütungsanpassung Folgendes zu bedenken:

- a) Nach seinem Wortlaut ist das Anordnungsrecht des Bestellers im Falle des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E und die daran anknüpfende Vergütungspflicht des Bestellers davon unabhängig, wer für die Planung des Werkes verantwortlich ist. Dies ist nicht sachgerecht. Erfasst werden sollten zusätzliche Leistungen zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs nur bei solchen Bauverträgen, die auf der Basis von Planungen des Bestellers oder seines Architekten abgeschlossen wurden. Hat der Besteller hingegen nur das Bauziel vorgegeben oder ist dem Vertragsabschluss eine (rein) funktionale Ausschreibung vorausgegangen, liegt die Planungsverantwortung ausschließlich beim Unternehmer.
- b) Sowohl die Pflicht des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, als auch das Anordnungsrecht nach Absatz 2 sollen in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 nur bestehen, wenn dem Unternehmer die Ausführung "zumutbar" ist. Die Wahl dieses Begriffs erscheint missglückt, da nach der Gesetzesbegründung die Schwelle für ein Entfallen des Anordnungsrechts gerade unterhalb des allgemeinen Leistungsverweige-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

rungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3 BGB) liegen soll.

- c) Anknüpfend an § 2 Absatz 3 VOB/B ist zu erwägen, ob es tatsächlich notwendig, praxis- und interessengerecht ist, jede auf einer Anordnung des Bauherrn beruhende Mengenänderung der geplanten Regelung des § 650c BGB-E zu unterwerfen. Für den Werkunternehmer würde dies bei der Berechnung der Vergütung, die im Hinblick auf § 650e BGB-E Einfluss auf eine etwaige Abschlagszahlung hat, zu einem Mehraufwand führen, der in

Anbetracht der zu erwartenden geringen Abweichung im Vergleich zum vereinbarten Einheitspreis nicht immer sachgerecht ist.

- d) Die Aufwendungen des Unternehmers für die Erstellung eines Angebotes im Sinne von § 650b Absatz 1 Satz 2 BGB-E können insbesondere bei großen Bauvorhaben erheblich sein. Jedenfalls dann, wenn der Besteller von den ins Auge gefassten Änderungen Abstand nimmt, hat der Unternehmer nach dem Gesetzentwurf dennoch keinen Erstattungsanspruch.
- e) Die Regelungen zum obligatorischen Einigungsversuch unter Hinzuziehung eines Sachverständigen in §§ 650b Absatz 3, 650c Absatz 5 BGB-E beschränken sich im Wesentlichen auf die Festlegung, dass die Kosten des Sachverständigen von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen sind. Offen bleibt demnach,
- nach welchen Kriterien der Sachverständige auszuwählen ist;
  - wie zu verfahren ist, wenn sich die Parteien nicht auf einen Sachverständigen einigen können;
  - wann die Beiziehung eines Sachverständigen entbehrlich ist;
  - inwieweit eine Partei zur Mitwirkung verpflichtet ist und welche Folgen die Verletzung von entsprechenden Mitwirkungspflichten hat;
  - wann ein Einigungsversuch vor dem Sachverständigen als gescheitert anzusehen ist;
  - auf welcher Grundlage der Sachverständige zu vergüten ist.

Angesichts dieser möglichen Probleme genügt es nicht, die weitere Ausgestaltung dieses außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens in allen Einzelheiten der

Rechtsprechung zu überlassen.

Im Übrigen kann die vorgesehene feste Kostenquote zu unangemessenen Ergebnissen führen, etwa für den Fall, dass der Unternehmer eine offensichtlich unzumutbare Anordnung ablehnt.

Es wird darum gebeten, die vorstehenden Ausführungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen.

23. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650h BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob für Verbraucherbauverträge das Erfordernis der Textform gelten sollte.

Begründung:

Verträge über die Errichtung von neuen Gebäuden oder wesentlichen Umbaumaßnahmen an Gebäuden sind regelmäßig von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung für den Verbraucher, sodass ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. Es wird daher angeregt, für Verbraucherbauverträge ein Formerfordernis vorzusehen. Die Vertragsurkunde sollte dem Verbraucher zumindest in Textform vorliegen. Auch Beweisschwierigkeiten über den Vertragsinhalt könnte dadurch vorgebeugt werden. Darüber hinaus ist bereits für die Baubeschreibung nach § 650i BGB-E i.V.m. Artikel 249 § 1 EGBGB die Textform vorgesehen. Insbesondere da die Baubeschreibung regelmäßig sogar zum Vertragsinhalt wird (§ 650j Absatz 1 BGB-E), erscheint es sachgerecht, den Vertrag nicht nur teilweise, sondern insgesamt formbedürftig zu machen. Zudem wäre hierdurch eine einheitliche Dokumentation und die Vollständigkeit der Unterlagen beim Verbraucher besser gewährleistet.

24. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650h Absatz 1 BGB),

Artikel 2 Nummer 3 (Artikel 249 § 2 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 EGBGB)

a) In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650h Absatz 1 wie folgt zu fassen:

"(1) Verbraucherbauverträge sind Bauverträge im Sinne von § 650a zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher."

b) In Artikel 2 Nummer 3 ist Artikel 249 § 2 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 wie folgt zu fassen:

"1. allgemeine Beschreibung des herzustellenden Bauwerks, der vorzunehmenden

Umbauten, Instandhaltungsmaßnahmen oder sonstigen durchzuführenden Maßnahmen,"

Begründung:

Es besteht ein Bedürfnis, Verbraucher bei allen Bauverträgen umfassend durch die ergänzenden Vorschriften der §§ 650i bis 650m BGB-E zu schützen. Ein Ausschluss beispielsweise von Instandhaltungsarbeiten an Gebäuden ist unter Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht sachgerecht, da auch diese mit erheblichen Investitionen verbunden sein können und damit die zur Erhöhung der Planungssicherheit und Erleichterung der Vertragsauslegung vorgesehenen Regelungen Anwendung finden sollten. Hinzu kommt, dass die bereits nicht immer eindeutig zu treffende Abgrenzung zwischen Bauverträgen und sonstigen Werkverträgen durch eine weitere Differenzierung zwischen Umbauten und erheblichen Umbaumaßnahmen unnötig erschwert würde.

Die Vorschriften zur Baubeschreibung sind entsprechend anzupassen.

25. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650i BGB),

Artikel 2 Nummer 3 (Artikel 249 § 1,

§ 2a - neu - EGBGB)

a) In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650i wie folgt zu fassen:

"§ 650i

Baubeschreibung und Vergütungsgrundlagen

Der Unternehmer hat den Verbraucher über die sich aus Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten. Auf die Baubeschreibung kann verzichtet werden, soweit die wesentlichen Eigenschaften des Werks und der durchzuführenden Arbeiten in Planungsvorgaben des Verbrauchers oder eines von ihm Beauftragten in Textform niedergelegt sind."

b) In Artikel 2 Nummer 3 ist Artikel 249 wie folgt zu ändern:

aa) In § 1 sind nach dem Wort "Baubeschreibung" die Wörter "und eine Darstellung der Vergütungsgrundlagen" einzufügen.

bb) Nach § 2 ist folgender § 2a einzufügen:

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

## "§ 2a

## Darstellung der Vergütungsgrundlagen

Die Darstellung der Vergütungsgrundlagen muss insbesondere folgende der vereinbarten Vergütung zugrunde gelegten Kostenbestandteile enthalten:

1. Zeitaufwand,
2. Materialbedarf,
3. gegebenenfalls nach Arbeitszeit berechnete Preise,
4. veranschlagte Materialkosten sowie
5. gegebenenfalls von Dritten erhobene Kosten."

Begründung:

Die Baubeschreibung allein schafft nicht die nötige Planungs- und Kalkulations-sicherheit, die für beide Vertragsparteien von erheblicher Bedeutung ist. Vor allem mit Blick auf in der Praxis häufig vorkommende Änderungen der Bauausführung und Nachtragsforderungen ist es notwendig, mit Vertragsschluss die Vergütungsgrundlagen in Textform festzulegen. Die Darstellung der Vergütungsgrundlagen muss die wesentlichen Kostenbestandteile enthalten, zu denen insbesondere der kalkulierte Zeitaufwand und der Materialbedarf sowie die dafür veranschlagten Preise zählen.

26. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650m1-neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist nach § 650m folgender § 650m1 einzufügen:

## "§ 650m1

## Schlussrechnung

Der Unternehmer hat dem Verbraucher unverzüglich nach Fertigstellung des Werks eine Schlussrechnung in Textform zu übergeben. Die Schlussrechnung muss eine prüffähige, übersichtliche Aufstellung der durchgeführten Leistungen enthalten. Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen."

Begründung:

Die Schlussrechnung versetzt den Verbraucher oder den von ihm beauftragten Archi-

tekten in die Lage, die Berechtigung der geforderten Vergütung zu überprüfen. Die Erstellung einer Schlussrechnung, die in § 14 VOB/B vorgesehen ist, soll daher für Verbraucherbauverträge gesetzlich vorgeschrieben werden.

27. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650n BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 650n auch die Vorschrift des § 634 aufgenommen werden sollte, um Verbraucher vor Einschränkungen ihrer Gewährleistungsansprüche bei Mängeln zu schützen.

Begründung:

Anders als bei Kaufverträgen können die Gewährleistungsrechte beim Werkvertrag zum Nachteil des Verbrauchers in den Grenzen des § 639 BGB sowie der allgemeinen Vorschriften (§ 138 BGB, §§ 305 ff. BGB) vertraglich eingeschränkt werden. Mit der Aufnahme von Sondervorschriften für Verbraucherbauverträge sollte die Gelegenheit genutzt werden, den Schutz der Verbraucher bei Bauwerksleistungen umfassend zu stärken. Daher wird angeregt, auch die Ansprüche des Verbrauchers bei Mängeln des Werks abweichungsfest auszugestalten.

28. Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob durch eine Aufnahme der Vorschriften der §§ 514 und 515 BGB in den Katalog des § 512 BGB klargestellt werden könnte, dass von den dort enthaltenen Regelungen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann.

Begründung:

Durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften, das zum 21. März 2016 in Kraft trat, wurden verschiedene für Verbraucherdarlehen bestehende verbraucherschützende Vorschriften auf unentgeltliche Darlehensverträge bzw. Finanzierungshilfen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer erstreckt. Insbesondere wurde in § 514 Absatz 2 BGB ein originäres Widerrufsrecht für diese Verträge eingeführt. Diese Norm befindet sich allerdings außerhalb der in § 512 Satz 1 BGB genannten Vorschriften, von denen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Dies lässt den

Schluss zu, dass das Widerrufsrecht für unentgeltliche Darlehensverträge bzw. Finanzierungshilfen bei Vertragsschluss - gegebenenfalls auch mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen - abbedungen werden könnte. In diesem Fall bestünde aber eine nicht nachvollziehbare Ungleichbehandlung gegenüber anderen, üblicherweise nicht abdingbaren Widerrufsrechten (z. B. § 495 Absatz 1 BGB für Verbraucherdarlehen). Die Schutzwirkung des Widerrufsrechts könnte dabei umgangen werden.

Es wird daher angeregt, den vorliegenden Gesetzentwurf zum Anlass zu nehmen, mögliche Schutzlücken hinsichtlich der Abdingbarkeit der Verbraucherschützender Vorschriften zu schließen.

## 29. Zum Gesetzentwurf allgemein

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine Entkoppelung der beiden Regelungskomplexe der kaufrechtlichen Mängelhaftung und der Reform des Bauvertragsrechts erforderlich ist, um sicherzustellen, dass die sogenannte "Haftungsfalle" bezüglich der Ein- und Ausbaurkosten bei mangelhaften Baumaterialien noch in dieser Legislaturperiode beseitigt wird.

### Begründung:

Der Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode führt aus:

"Im Gewährleistungsrecht wollen wir dafür sorgen, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat."

Eine Umsetzung noch in dieser Legislaturperiode sollte daher prioritäres Anliegen im Hinblick auf den vorliegenden Gesetzentwurf sein. Gegen die Regelungsbestandteile, die die Reform des Bauvertragsrechts betreffen, wurden bisher vielfältige Einwände vorgebracht, die eine Verzögerung des Gesetzgebungsvorhabens insgesamt befürchten lassen. Sollte die Verbindung der Regelungen zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung mit der Reform des Bauvertragsrechts einer zeitnahen Umsetzung innerhalb der laufenden Legislaturperiode entgegenstehen, sollte eine Trennung der beiden Komplexe erwogen werden.

**Gegenäußerung der Bundesregierung**

Die Bundesregierung äußert sich zu der Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

**Zu Nummer 1 (Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a – § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

**Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a – § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt; eine Aufnahme einer ergänzenden gesetzlichen Regelung ist nicht erforderlich.

Zwar findet § 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, keine unmittelbare Anwendung (§ 310 Absatz 1 Satz 1 BGB). Solche Geschäftsbedingungen unterliegen aber der Inhaltskontrolle nach § 307 Absatz 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 309 BGB aufgeführt sind; dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Absatz 1 Satz 2 BGB).

Das in § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB in der Entwurfsfassung (BGB-E) enthaltene Klauselverbot findet aufgrund der von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannten Indizwirkung in der Regel auch Anwendung auf AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Die Tatsache, dass eine Klausel in AGB bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern unter eine Verbotsnorm des § 309 BGB fällt, stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Indiz dafür dar, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt. Etwas anderes kann gelten, wenn die Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden kann (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 19. September 2007



– VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1-6; BGH, Urteil vom 8. März 1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 278; BGH, Urteil vom 19. Juni 2013 – VIII ZR 183/12).

Ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Verpflichtung des Verwenders in AGB, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aus- und Einbauleistungen zu erbringen oder hierfür Aufwendungsersatz zu leisten, wird daher grundsätzlich wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB unwirksam sein. Die Fälle, in denen eine Klausel wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs oder mit Blick auf im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Bräuche ausnahmsweise als angemessen angesehen werden können, wird man aus den Urteilen der Gerichte ersehen können. Aufgrund der Rechtsprechung wird die Vertragspraxis Leitlinien für die Gestaltung der Verträge erhalten. Aus der Rechtsprechung wird auch bald ersichtlich sein, in welchen Fällen es ausnahmsweise nicht angemessen ist, wenn der Verkäufer den Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbauleistungen in seinen AGB einschränkt.

Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung belässt den Parteien so einen Rest an Gestaltungsspielraum, so dass auch in untypischen Fällen ein angemessener Interessenausgleich möglich ist.

### **Zu Nummer 3** (Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe c – § 309 Nummer 15 Buchstabe a BGB)

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Die Formulierung des Klauselverbots des § 309 Nummer 15 Buchstabe a BGB-E, wonach keine Abschlagszahlungen verlangt werden dürfen, die „wesentlich“ höher sind als die nach § 632a Absatz 1 und § 650l Absatz 1 BGB-E zu leistenden Abschlagszahlungen, wurde gewählt, damit nicht jede Abweichung zur Unwirksamkeit der jeweiligen Klausel führt. Nach § 632a Absatz 1 BGB-E sind Abschlagszahlungen nach dem Wert der bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen zu bemessen. Im Zeitpunkt der Ausgestaltung des Vertrages kann es schwierig sein, für die verschiedenen Teilleistungen (Rohbaufertigstellung, Herstellung des Daches usw.) bereits ihren genauen Wert anzugeben. Es soll daher ausreichen, dass die im Zahlungsplan vereinbarte Abschlagszahlung dem Wert der erbrachten Leistung ungefähr entspricht. Nur wesentliche Abweichungen sollen zur Unwirksamkeit der Klausel führen.

Die Formulierung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung geht auf einen Vorschlag der beim damaligen Bundesministerium der Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zurück, die das Klauselverbot ebenfalls auf wesentliche Abweichungen beschränken wollte (Abschlussbericht vom 18. Juni 2013, Seite 33). Der Begriff der „wesentlichen“ Abweichung dürfte auch kaum zu größerer Rechtsunsicherheit führen. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, solche unbestimmte Rechtsbegriffe anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles auszulegen.

#### **Zu Nummer 4 (Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a – § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt jedoch bereits jetzt zu bedenken, dass das in § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E vorgeschlagene Wahlrecht des Verkäufers, ob er die Aus- und Einbauleistungen selbst erbringen oder Aufwundersersatz hierfür leisten möchte, eine Fortführung bestehender Grundsätze des Gewährleistungsrechts darstellt. Dem Verkäufer wird damit auch im Rahmen des neuen erweiterten Nacherfüllungsanspruchs grundsätzlich ein „Recht zur zweiten Andienung“ eingeräumt. Das Wahlrecht stellt zudem eine wichtige Beschränkung der im Übrigen stark erweiterten verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers dar; denn der Verkäufer wird über seine geschäftlichen Kontakte häufig einen Werkunternehmer zu einem günstigeren Preis mit den Aus- und Einbauleistungen beauftragen können als es der Käufer kann.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung berücksichtigt dabei auch, dass das Wahlrecht des Verkäufers nicht in allen Fällen angemessen ist. § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E schränkt das Wahlrecht des Verkäufers daher ein, wenn dem Aus- und Einbau durch den Verkäufer ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegensteht. Im Rahmen dessen kann beispielsweise Berücksichtigung finden, ob der Käufer die mangelhafte Sache als Werkunternehmer bei einem Dritten, etwa einem Verbraucher, verbaut hat, der ihm wegen seiner Fachkunde oder einer längeren Vertragsbeziehung ein besonderes Vertrauen entgegenbringt und daher eine Nacherfüllung durch eine andere Person als seinen Vertragspartner nicht duldet.

#### **Zu Nummer 5 (Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a – § 439 Absatz 3 BGB)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt jedoch bereits jetzt zu bedenken, dass die Regelung des § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E, die den „Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache“ umfasst, auslegungsfähig

hig und auslegungsbedürftig ist. Der Einbau einer Kaufsache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache und deren Ausbau kann dabei in vielerlei Varianten erfolgen, z. B. durch Ein- und Ausschrauben, Nieten und Bohren, Schweißen und Heraus- oder Abtrennen, usw. Die Ausfüllung und Konkretisierung dieses Rechtsbegriffes kann der Rechtsprechung überlassen werden. Neben den allgemeinen Auslegungskriterien wird die Rechtsprechung dabei auch zu berücksichtigen haben, dass die Regelung zum Ersatz der Aus- und Einbauleistungen auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) zurückgeht. Für eine europarechtskonforme Auslegung von § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E dürfte insbesondere Artikel 3 Absatz 3 dieser Richtlinie von Interesse sein. Danach dürfen dem Verbraucher durch die Nacherfüllung keine erheblichen Unannehmlichkeiten entstehen, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigt, zu berücksichtigen sind. Eine Grenze dürfte die Regelung des § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E dort finden, wo die Kaufsache in ihrer ursprünglichen Sacheigenschaft nicht mehr vorhanden ist (Fälle der untrennbaren Vermengung und Vermischung z. B. bei Flüssigkeiten, Chemikalien, Stahlverarbeitung o. ä.).

Ein relativ enges Verständnis des Nacherfüllungsanspruchs liegt im Übrigen auch dem Entwurf einer „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren“ (COM(2015) 635 final) zugrunde, den die Europäische Kommission im Dezember 2015 vorgestellt hat. Artikel 10 Absatz 2 des Richtlinienentwurfs verwendet die Rechtsbegriffe „Montage oder Installierung“ und „Ausbau“. Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung in § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB-E verwendete Formulierung des „Ein- und Ausbaus“ dürfte dem inhaltlich entsprechen.

**Zu Nummer 6 (Artikel 1 Nummer 9 – § 445a BGB,  
Nummer 10 – § 475 Absatz 4 BGB)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt jedoch bereits jetzt zu bedenken, dass eine Anwendung der Regelung des § 475 Absatz 4 BGB-E auf sämtliche Kaufvertragsverhältnisse – also auch zwischen Unternehmern – das durch den erweiterten Nacherfüllungsanspruch entstehende wirtschaftliche Risiko für die Verkäuferseite weiter erhöhen würde. Im Falle der sogenannten absoluten Unverhältnismäßigkeit, also wenn eine Art der Nacherfüllung wegen Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit ausscheidet, könnte der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung nicht mehr wegen dadurch entstehender unverhältnismäßiger Kosten verweigern (bisher: § 439 Absatz 3 BGB; Gesetzentwurf der Bundesregierung: § 439 Absatz 4 BGB-E).

Die Regelung des § 475 Absatz 4 BGB-E dient der Umsetzung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Juni 2011 (EuGH, C 65/09 und C 87/09) in nationales Recht. Diese Entscheidung, wonach § 439 Absatz 3 Satz 3 BGB mit Artikel 3 Absatz 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) nicht zu vereinbaren ist, ist zum Recht der Verbrauchsgüterkäufe ergangen. Mit ihr sichert der EuGH das von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999/44/EG) verfolgte Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Eine Ausweitung auf sämtliche Kaufvertragsverhältnisse – also auch zwischen Unternehmern und damit für sämtliche Zweige des gewerblichen Handels bis hin zur Industrie – wäre sehr weitgehend und erscheint für einen angemessenen Schutz der Handwerker und sonstigen Werkunternehmer auch nicht erforderlich. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass Handwerker und andere Unternehmer, die mangelhaftes Baumaterial im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten verbaut haben, im Falle einer Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung auch nach bisherigem Recht nicht schutzlos sind. Sie können die Nacherfüllung gegenüber dem Besteller nach § 635 Absatz 3 BGB verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Die Beibehaltung der bisherigen Regelung des § 439 Absatz 3 BGB (§ 439 Absatz 4 BGB-E) zur Unverhältnismäßigkeit für Verträge zwischen Unternehmern (B2B) stellt zudem ein wichtiges Korrektiv dar, um das mit dem erweiterten Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Absatz 3 BGB-E für die Verkäuferseite verbundene zusätzliche wirtschaftliche Risiko zu begrenzen.

Gegen die vom Bundesrat alternativ vorgeschlagene Regressmöglichkeit in § 445a BGB-E für Aufwendungen, die der Käufer auf Grund einer gegenüber einem Verbraucher bestehenden werkvertraglichen Verpflichtung zum Ausbau der mangelhaften Sache und zum Einbau einer mangelfreien Sache zu tragen hat, bestehen ebenfalls Bedenken. Eine solche Einbeziehung des werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs in den kaufrechtlichen Regress nach § 445a BGB-E ist nicht erforderlich, weil dem Unternehmer, der mangelhaftes Baumaterial gekauft und im Rahmen eines Werkvertrages bei einem Dritten eingebaut hat, nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung bereits ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aus- und Einbauleistungen aus § 439 Absatz 3 BGB-E zusteht. Zudem würde eine Erweiterung des Regresses nach § 445a BGB-E um einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die zur Erfüllung des werkvertraglichen Nacherfüllungsanspruchs erforderlich waren, dem Verkäufer das Recht nehmen, zwischen der Erbringung der Aus- und Einbauleistung selbst und der Zahlung von Aufwendungsersatz zu wählen. Dies ist aus den oben unter Nummer 5 genannten Gründen abzulehnen.

**Zu Nummer 7 (Artikel 1 Nummer 17 Buchstabe a – § 632a Absatz 1 BGB)**

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt jedoch bereits jetzt zu bedenken, dass Abschlagszahlungen lediglich einen vorläufigen Charakter haben und mit der Abnahme des Werks im Vergütungsanspruch aufgehen. Zudem berechtigt ein Mangel im Zeitpunkt der Abschlagszahlung den Besteller nach § 632a Absatz 1 BGB-E lediglich dazu, die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags zu verweigern. Von der Abnahme nach Fertigstellung des Werks hängt dagegen die Fälligkeit der Vergütung insgesamt (§ 641 BGB), der Übergang der Gefahr (§§ 644, 645 BGB) und die Änderung der Beweislast im Hinblick auf Mängel ab. Den Parteien eine aufwendige und kostenträchtige Zustandsfeststellung aufzuerlegen, erscheint daher bei einem Streit um die Abnahme eher angemessen als bei einem Streit um eine Abschlagszahlung. Hinzu kommt, dass Zweck einer Zustandsfeststellung bei Streit um die Höhe einer Abschlagszahlung allein die Förderung einer einvernehmlichen Lösung der Parteien sein könnte. Eine Rechtsfolge nach dem Vorbild des § 650f Absatz 3 BGB-E, wonach vermutet wird, dass ein offenkundiger Mangel, der in der Zustandsfeststellung nicht angegeben wurde, nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist, könnte daran nicht geknüpft werden. Diese Rechtsfolge ist nur sinnvoll, wenn das Werk dem Besteller bereits verschafft worden ist. Auf die Konstellation der Abschlagszahlungen kann sie nicht übertragen werden.

#### **Zu Nummer 8 (Artikel 1 Nummer 22 – § 648a Absatz 5 Satz 2 -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Zu den Eigenschaften einer Kündigung gehört es, dass das Vertragsverhältnis für die Zukunft beendet wird. Bisher erbrachte Leistungen verbleiben daher grundsätzlich bei den Parteien und sind entsprechend zu vergüten. Ein Bedürfnis, dies anders zu handhaben und den Vergütungsanspruch des Unternehmers entfallen zu lassen, wenn der Grund zur außerordentlichen Kündigung in einer Pflichtverletzung des Unternehmers besteht und der Besteller an der Teilleistung kein Interesse hat, wird hier nicht gesehen. Dagegen spricht zunächst, dass die Rechtsfolgen der Kündigung damit für den Besteller dieselben wären wie im Fall der Rücktritts, obwohl das Gesetz für den Rücktritt eigenständige Voraussetzungen vorsieht (siehe die §§ 323 ff., 634 Nummer 3, 636 BGB). Bestand der Kündigungsgrund in einer schuldhaften Pflichtverletzung des Unternehmers, steht dem Besteller zudem neben dem Recht zur Kündigung ein Anspruch auf Schadensersatz zu (§§ 280 bis 282 BGB). Dies wird in § 648a Absatz 6 BGB-E ausdrücklich klargestellt. Insgesamt stehen dem Besteller mit dem Rücktrittsrecht, dem außerordentlichen Kündigungsrecht und dem Schadensersatzrecht hinreichende Rechte zu, wenn er sich wegen Pflichtverletzungen des Unternehmers vom Vertrag lösen will.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

**Zu Nummer 9 (Artikel 1 Nummer 22 – § 648a Absatz 5 BGB)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt jedoch bereits jetzt zu bedenken, dass eine freie Kündigung des Bestellers nicht ohne weiteres mit einer Kündigung des Unternehmers zu vergleichen ist, der ein Kündigungsgrund aus der Sphäre des Bestellers zugrunde liegt. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung setzt stattdessen auf eine klare Unterscheidung der Rechtsfolgen der freien Kündigung des Bestellers und der Kündigung aus wichtigem Grund. Bei der freien Kündigung bleibt der Besteller grundsätzlich zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 649 BGB = § 648 BGB-E), kündigt er oder der Unternehmer dagegen aus wichtigem Grund, ist nur die bis zur Kündigung erbrachte Leistung zu vergüten (§ 648a Absatz 5 BGB-E). Hat der Besteller die Kündigung des Unternehmers durch ein schuldhaftes Verhalten herbeigeführt, bestehen daneben Schadensersatzansprüche des Unternehmers (§§ 280 bis 282 BGB, § 648a Absatz 6 BGB-E). Ob ein Bedürfnis besteht, dieses Regelungskonzept durch Sphären- oder sonstige Zurechnungsüberlegungen weiter auszudifferenzieren, erscheint zweifelhaft.

**Zu Nummer 10 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650a Absatz 2 BGB)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt jedoch bereits jetzt zu bedenken, dass auch nach dem Wortlaut des Gesetzentwurfs der Bundesregierung nicht jede Instandhaltung den Begriff des Bauvertrags erfüllt, sondern nur eine solche, die für die Konstruktion oder den Bestand des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung ist. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass nur größere, komplexe Instandhaltungsverträge erfasst werden, auf die die §§ 650b bis 650g BGB-E sinnvoll angewendet werden können.

**Zu Nummer 11 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Die vorgeschlagene Änderung wäre mit dem Konzept des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, das auf Vorschlägen der AG Bauvertragsrecht beruht, nicht vereinbar. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung unterscheidet bewusst zwischen Anordnungen zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs, die dem Unternehmer zumut-

bar sein müssen (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, Absatz 2 Satz 2 BGB-E), und zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendigen Anordnungen (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E), die keinem Zumutbarkeitskriterium unterliegen. Anders als in der Begründung des Änderungsvorschlags angenommen wird, läuft das Anordnungsrecht zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs auch nicht „weitgehend ins Leere“, sondern es besteht für diese Form des Anordnungsrechts durchaus ein Anwendungsbereich. Ein Bedürfnis dafür kann sich etwa aus einer geänderten Rechtslage oder geänderten behördlichen Vorgaben ergeben. Es ist aber auch möglich, dass eine Anordnung des Bestellers erforderlich ist, weil die Leistungsbeschreibung seiner ursprünglichen Planung lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. In diesen Konstellationen ist ein entsprechendes Anordnungsrecht des Bestellers erforderlich, weil von den ursprünglich vertraglich vereinbarten Leistungen im Interesse der Erreichung des Werkerfolgs abgewichen werden muss. Es liegt eine Diskrepanz zwischen dem vereinbartem Leistungssoll und dem vereinbarten Erfolgssoll vor, die durch eine Änderung des Leistungssolls aufgelöst wird.

#### **Zu Nummer 12 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 1 Satz 5 -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

#### **Zu Nummer 13 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 2 Satz 1a -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Die Bundesregierung hält es nicht für erforderlich, für die Anordnung die schriftliche Form vorzusehen. Es ist nicht erkennbar, welchem Zweck die schriftliche Form hier dienen könnte. Dem Besteller könnte die Bedeutung der Anordnung durch die schriftliche Form nicht noch besonders vor Augen geführt werden, noch muss er vor Übereilung geschützt werden. Die Bedeutung der Anordnung ist dem Besteller durch den vorangegangenen Einigungsversuch (§ 650b Absatz 1 BGB-E) ausreichend klar. Auch aus Beweisgründen ist die Schriftform nicht erforderlich, da der Besteller, wenn streitig ist, ob er eine Anordnung getroffen hat, dies beweisen muss.

#### **Zu Nummer 14 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 2 Satz 4 -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

Vorbereitung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

**Zu Nummer 15 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 2a -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

**Zu Nummer 16 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 3 Satz 1a -neu-,  
§ 650c Absatz 5 Satz 1a -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Würde in § 650b Absatz 3 und § 650c Absatz 5 BGB-E § 404 Absatz 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) für entsprechend anwendbar erklärt, würde das ohnehin schon bestehende Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an einer einvernehmlichen Lösung einerseits und dem Interesse an einer schnellen gerichtlichen Entscheidung zu Vermeidung von Baustillständen andererseits weiter zu Lasten der schnellen gerichtlichen Entscheidung verlagert. Durch die grundsätzliche Beschränkung auf öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige würde die Suche der Vertragsparteien nach einem geeigneten Sachverständigen in diesem eilbedürftigen, vorgeordneten Stadium weiter erschwert. Zudem könnte das Kriterium der „besonderen Umstände“, bei deren Vorliegen ausnahmsweise auch ein nicht öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger ausgewählt werden dürfte, zwischen den Parteien weiteren Streit auslösen, der nicht mithilfe des Gerichtes beigelegt werden könnte. Dies könnte weitere wichtige Zeit kosten. Die Ergänzungen, die der Bundesrat bezüglich des Sachverständigen in dem Antrag zu Ziffer 17 vorschlägt, sind aus hiesiger Sicht ausreichend.

**Zu Nummer 17 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 3 Satz 2, 3 -neu- und 4 -neu-,  
§ 650c Absatz 5 Satz 2, 3 -neu- und 4 -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

**Zu Nummer 18 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650b Absatz 3 Satz 3 -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.



Die Entscheidung über das „Ob“ einer angeordneten Änderung ist besonders eilbedürftig, weil ohne sie häufig nicht weitergebaut werden kann und teure Baustillstände drohen. Durch die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung, wonach die einstweilige Verfügung über das „Ob“ der Anordnung auf Antrag einer Partei auch einen Ausspruch über die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung von Abschlägen enthalten muss, könnte sich die besonders eilbedürftige Entscheidung über das „Ob“ weiter verzögern. Ist dasselbe Gericht für die einstweilige Verfügung über das „Ob“ der Anordnung und die Abschlagszahlungen zuständig, kann es beide Verfahren nach § 147 ZPO miteinander verbinden, wenn dies zweckmäßig ist. Eine Pflicht des Gerichts, über beide Streitgegenstände zusammen zu entscheiden, sollte jedoch nicht vorgesehen werden.

**Zu Nummer 19 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650c Absatz 1 Satz 2 -neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

**Zu Nummer 20 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650c Absatz 3 Satz 1 BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

**Zu Nummer 21 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650c Absatz 4 Satz 1 und 2 BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird zugestimmt.

**Zu Nummer 22 (Artikel 1 Nummer 25 – §§ 650b, 650c BGB)**

Die Bundesregierung wird die Erwägungen des Bundesrates im weiteren Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens prüfen. Bereits jetzt ist auf Folgendes hinzuweisen:

Die Bedenken zu Buchstabe a werden auch in dem Änderungsvorschlag des Bundesrates zu Ziffer 19 angesprochen, der vorsieht, dass dem Unternehmer, der die Planungsverantwortung trägt, bei Anordnungen nach § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht. Diesem Änderungsvorschlag stimmt die Bundesregierung zu.

Den unter Buchstabe e genannten Bedenken wird teilweise bereits durch den Änderungsvorschlag zu Ziffer 17, dem die Bundesregierung zustimmt, Rechnung getragen.

**Zu Nummer 23 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650h BGB)**

Die Bundesregierung wird die Erwägungen des Bundesrates im weiteren Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens prüfen.

**Zu Nummer 24 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650h Absatz 1 BGB,  
Artikel 2 Nummer 3 – Artikel 249 § 2 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 EGBGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Der Anwendungsbereich der Vorschriften zum Verbrauchervertrag, der sich aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung ergibt, füllt den Handlungsspielraum aus, den Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe f der EU-Verbraucherrechterichtlinie vom 25. Oktober 2011 (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64) den Mitgliedstaaten belassen hat. Danach findet die Richtlinie keine Anwendung auf Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden. Würde der Begriff des Verbrauchervertrags und damit auch der Anwendungsbereich der §§ 650h bis 650m BGB-E weiter gefasst, würde die Neuregelung die Vorgaben der vollharmonisierenden Verbraucherrichtlinie nicht mehr in vollem Umfang einhalten.

**Zu Nummer 25 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650i BGB,  
Artikel 2 Nummer 3 – Artikel 249 § 1, § 2a -neu- EGBGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Der Änderungsvorschlag für § 650i Satz 2 BGB-E wird von der Bundesregierung abgelehnt, da die Formulierung „Auf die Baubeschreibung kann verzichtet werden...“ eine Ermessensentscheidung des Unternehmers über die Übergabe einer Baubeschreibung nahelegt, die kaum sachlich zu begründen wäre. Durch die Formulierung

des Gesetzentwurfs der Bundesregierung kommt deutlicher zum Ausdruck, dass der Unternehmer nicht verpflichtet ist, eine Baubeschreibung zu übergeben, wenn die Planungsverantwortung beim Verbraucher liegt.

Der Vorschlag, mit Vertragsschluss auch die Vergütungsgrundlagen in Textform festzulegen (Vorschläge zu Artikel 249 § 1 und § 2a EGBGB-E) wird von der Bundesregierung ebenfalls abgelehnt. Es würde einen erheblichen Eingriff in die Freiheit der Unternehmer darstellen, diese im vorvertraglichen Stadium zu einer Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen und Preisbildung zu zwingen. Ein überragendes Interesse des Verbrauchers, das diesen Eingriff rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Für den in der Begründung des Änderungsantrags angesprochenen Fall der Änderung der Bauausführung und die infolgedessen vorzunehmende Vergütungsanpassung enthalten die §§ 650b und 650c BGB-E klare Regelungen, für die es keiner vorvertraglichen Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen des Unternehmers bedarf.

#### **Zu Nummer 26 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650m1-neu- BGB)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird im Grundsatz zugestimmt. Ein gesetzliches Bauvertragsrecht sollte auch vorsehen, dass der Unternehmer nach Fertigstellung des Werks eine Schlussrechnung zu erstellen hat. Das Erfordernis einer Schlussrechnung ist jedoch nicht nur für Verbraucherbauverträge, sondern für alle Bauverträge sinnvoll. Ein solches Schlussrechnungserfordernis für alle Bauverträge hat auch die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht vorgeschlagen, nach deren Bericht die Schlussrechnung als weitere Voraussetzung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs neben die Abnahme treten soll (Abschlussbericht vom 18. Juni 2013, Seite 45). Um eine längere Unsicherheit zwischen den Parteien darüber zu vermeiden, ob eine vom Unternehmer vorgelegte Schlussrechnung die Voraussetzung der Prüffähigkeit erfüllt, sollten diesbezügliche Einwendungen nur innerhalb einer überschaubaren Frist möglich sein. Insgesamt schlägt die Bundesregierung vor, § 650f BGB-E in der Überschrift um das Wort „Schlussrechnung“ zu ergänzen und folgenden Absatz 4 anzufügen:

„(4) Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist, und
2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung übergeben hat. Die Schlussrechnung muss eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthalten. Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung kann der Besteller nur innerhalb von 30 Tagen nach deren Übergabe erheben.“

**Zu Nummer 27 (Artikel 1 Nummer 25 – § 650n BGB)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Sie gibt jedoch bereits jetzt zu bedenken, dass für Verbraucher in Bezug auf ihre Gewährleistungsrechte aus Werkverträgen bereits ein weitreichender AGB-Schutz – insbesondere durch § 309 Nummer 8 Buchstabe b BGB – besteht.

**Zu Nummer 28 (Zu Artikel 1 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)**

Die Bundesregierung wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen. Nach erster Einschätzung bestehen Zweifel, ob eine ausdrückliche Einbeziehung der §§ 514 und 515 BGB in den Kreis der zwingenden Vorschriften tatsächlich notwendig ist: Zwar sind die Vorschriften über die Null-Prozent-Finanzierung im neuen Untertitel 6 in § 512 BGB nicht ausdrücklich erwähnt. Allerdings wird durch die neuen §§ 514 und 515 BGB ein gesetzliches Leitbild für unentgeltliche Darlehen und Finanzierungshilfen an Verbraucher geschaffen. Davon abweichende Vereinbarungen in Verbraucherverträgen dürften regelmäßig nach § 307 BGB unwirksam sein. Denn solche Vereinbarungen werden fast ausnahmslos auf vom Unternehmer vorformulierten Vertragsbedingungen beruhen, die der AGB-Kontrolle unterliegen.

Gleichwohl wird die Bundesregierung prüfen, ob die erbetene Klarstellung sinnvoll ist.

**Zu Nummer 29 (Zum Gesetzentwurf allgemein)**

Dem Vorschlag des Bundesrates wird nicht zugestimmt.

Die Bundesregierung hält es nicht für sachgerecht, die Regelungen des Gesetzentwurfs der Bundesregierung auf zwei Entwürfe aufzuteilen. Der werkvertragsrechtliche und der kaufvertragsrechtliche Regelungsteil stehen in einem engen Zusammenhang, insbesondere betreffen sie beide das Handwerk und die Bauwirtschaft und nehmen beide Änderungen im allgemeinen und besonderen Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor. Alleine der kaufvertragsrechtliche Regelungsteil würde zudem wegen seines geringen Umfangs kaum einen eigenständigen Gesetzentwurf tragen. Aufgrund der Verbindung der Komplexe ist es im bisherigen Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht zu Verzögerungen gekommen. Beide Regelungsteile wurden gleichzeitig fertiggestellt, parallel den Ländern und Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet und sollen beide noch in dieser Legislaturperiode verwirklicht werden.