



DEUTSCHER BAUGERICHSTAG e.V., Heßlerstraße 47, 59065 Hamm

[schomburg-ge@bmjv.bund.de](mailto:schomburg-ge@bmjv.bund.de)

Bundesministerium der Justiz und  
für Verbraucherschutz  
Referat IB 3  
Herrn Ministerialrat Dr. Schomburg  
11015 Berlin

DEUTSCHER BAUGERICHSTAG e.V.  
Heßlerstraße 47

59065 Hamm

Tel.: 02381 / 920 80 19  
Fax.: 02381 / 920 80 10  
[info@baugerichtstag.de](mailto:info@baugerichtstag.de)

[www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de)

- Vorstand-

Hamm, 20.11.2015

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

Sehr geehrter Herr Dr. Schomburg,

anliegend überreichen wir die Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstag e.V. zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung zur weiteren Verwendung.

Mit freundlichen Grüßen

(Kandel)  
Rechtsanwalt  
Geschäftsführer

Stellungnahme des Deutschen Baugerechtstages e.V.  
zum

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

Erstellt unter Mitarbeit von:

- Rechtsanwalt Dr. Stefan Althaus, München
- Rechtsanwalt Roland Kandel, Hamm
- Prof. Stefan Leupertz, Essen
- Rechtsanwalt Dr. Ulrich Locher, Reutlingen
- Rechtsanwältin Iris Oberhauser, München
- Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz, München
- Uni.- Prof. Dr. Wolfgang Voit, Marburg

## Vorbemerkung

Der Deutsche Bauggerichtstag (DBGT) hat schon auf seinem 3. Kongress im Jahr 2010 die Einführung eines eigenständigen gesetzlichen Bauvertragsrechts empfohlen und in seinem Arbeitskreis I Regelungsvorschläge hierzu erarbeitet,<sup>1</sup> die auf den folgenden beiden Kongressen in mehreren Arbeitskreisen weiter verfeinert und ergänzt wurden. Er begrüßt und unterstützt den hierzu nun vorgelegten Referentenentwurf, der in vielen Einzelpunkten auf die Empfehlungen des DBGT zurückgreift, ausdrücklich.

Die Schaffung eines eigenständigen Bauvertragsrechts, das systematisch korrekt in Kapitel 2 des Untertitels 1 (Werkvertragsrecht) zu Titel 9 des BGB geregelt werden soll, ist dringend erforderlich und lange überfällig. Diese Überzeugung beruht auf der im täglichen Umgang mit der Abwicklung von Bauverträgen gewonnenen Erkenntnis, dass schlechte, nicht selten bewusst unklare Ausschreibungen, intransparente Kalkulations- und Abrechnungspraktiken sowie der Missbrauch des bauvertraglichen Regelungsgefüges zur Verweigerung fälliger Zahlungen Ausprägungen einer auf Konfrontation ausgelegten Vertragsunkultur sind, die letztlich darauf zurückzuführen ist, dass die rechtlichen Parameter, nach denen Bauverträge geschlossen und abgewickelt werden (können), im Gesetz unzureichend, in wichtigen Punkten überhaupt nicht geregelt sind. Die sich hieraus für die Praxis und die Rechtsfindung ergebenden Unsicherheiten sind gravierend. Sie können nur auf der Grundlage stimmiger und sachgerechter gesetzlicher Regelungen beseitigt werden, die den spezifischen Besonderheiten des Bauvertrages angemessen Rechnung tragen und solcherart als gesetzliches Leitbild des Bauvertrages Richtschnur für eine möglichst weitgehend privatautonome Gestaltung von Bauverträgen sind. Ein solches Leitbild fehlt derzeit. Es findet sich insbesondere nicht in den Bestimmungen der VOB/B, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen keine verbindlichen gesetzlichen Regelungen enthalten, sondern sich regelmäßig im Wege der Inhaltskontrolle an diesen messen lassen müssen. Nach der dazu in Fachkreisen geführten Diskussion besteht die Gefahr, dass zentrale Regelungen der VOB/B der Inhaltskontrolle nicht standhalten. Die mit dem Referentenentwurf nunmehr konkret vorbereitete Einführung eines eigenständigen Bauvertragsrechts wird den auch für den Bauvertrag geltenden Grundprinzipien der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre Geltung verschaffen und der Praxis überdies klare und sachgerechte Regeln für die Abwicklung der zahlreichen Fälle bereitstellen, in denen die zweckentsprechende Verwirklichung des Bauvorhabens eine nachträgliche Anpassung des bauvertraglichen Leistungsgefüges erfordert.

Mit Recht behandelt der Referentenentwurf Architekten- und Ingenieurverträgen einerseits sowie Bauträgerverträge andererseits in eigenen Untertiteln des Titels 9 des BGB und stellt sie damit auf eine Stufe mit den Bestimmungen zum allgemeinen Werkvertragsrecht (einschließlich des neuen Bauvertragsrechts) in Untertitel 1 des Titels 9 des BGB. Darin kommt zum Ausdruck, dass es sich bei den vorgenannten Verträgen um besondere Vertragstypen handelt, die störungsfrei weder den allgemeinen Werkverträgen noch den Bauverträgen zugeord-

<sup>1</sup> abrufbar unter [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de), Arbeitskreis I Bauvertragsrecht

net werden können. Diese grundsätzliche Entscheidung verschafft dem Gesetzgeber Raum, das Regelungsgefüge für die genannten Vertragstypen in Zukunft weiter entwickeln zu können, ohne in die allgemeinen Strukturen des Werk- bzw. Bauvertragsrechts eingreifen zu müssen. Durch die Schaffung eines Sonderrechts "Architekten- und Ingenieurvertrag" und "Bauträgervertrag" wird zudem ein eigenständiges gesetzliches Leitbild für diese Vertragstypen geschaffen, was die nach § 307 Abs. 2 BGB vorzunehmende AGB-rechtliche Inhaltskontrolle in richtige Bahnen lenken und erheblich erleichtern wird.

Die mit dem Referentenentwurf vorgelegten Regelungsvorschläge sind - im Gegensatz zu vielen anderen Gesetzen jüngerer Datums - erfrischend knapp gefasst. Sie enthalten abstrakt-generelle Bestimmungen und folgen damit einem Grundprinzip unseres kodifizierten materiellen Zivilrechts, welches eindrucksvoll in der Urfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs manifestiert ist. Die Schaffung derart verallgemeinerungsfähiger Regelungen ist nur möglich, wenn sie einem tiefen Grundverständnis der ihnen zugrundeliegenden Rechtsgrundsätze entspringt und dieses Verständnis die Grundlage für die Schaffung praxisgerechter Rechtssätze bildet. Man merkt dem Referentenentwurf insbesondere hinsichtlich der Regelungsvorschläge zum allgemeinen Bauvertragsrecht an, dass die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJV diese Vorarbeit mit bemerkenswerter Sorgfalt geleistet hat. Dass das nunmehr im Referentenentwurf niedergelegte Regelungsgefüge Diskussionen in den betroffenen Kreisen auslösen und auch Kritik an seiner Praktikabilität hervorrufen muss, liegt auf der Hand. Diese fachliche Diskussion ist erforderlich und erwünscht. Nur wegen der Vorarbeit der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht kann sie zielführend auf einem hohem fachlichen Niveau geführt werden. Der DBGT warnt allerdings davor, die notwendige Diskussion um die Richtigkeit und Praktikabilität der vorgeschlagenen Regelungen kleinteilig anhand von besonderen Fallkonstellationen zu führen, deren Bearbeitung und Lösung unter dem Regime des neuen Bauvertragsrechts im weiteren Sinne absehbar Probleme bereiten wird. Solche Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung sind einem auf abstrakt-generellen Kodifikationen beruhenden Rechtssystem immanent. Ihre Auflösung sollte der Rechtsprechung überlassen werden.

## A. Struktur der Regelungsvorschläge und Allgemeine Zielsetzung

Der Gesetzesentwurf sieht ein eigenes Kapitel zum Bauvertrag vor, in welchem Sonderregelungen gegenüber dem allgemeinen Werkvertragsrecht getroffen werden. Zugleich werden bereits im geltenden Recht vorhandene bauspezifische Regelungen wie die Bauhandwerkerhypothek in dieses Kapitel verlagert.

Beim **Begriff des Bauvertrages** wird auf die Herstellung, Wiederherstellung und den Umbau eines Bauwerkes oder einer Außenanlage abgestellt. Dabei wird man die Gesamtmaßnahme in den Blick nehmen, so dass auch Verträge über Teile dieser Gesamtmaßnahme – etwa über einzelne Gewerke – als Bauverträge anzusehen sind. Dies wird aus der Begründung klar, wenn dort auf das bisherige Recht verwiesen wird, sollte aber besser auch im Wortlaut der Regelung zum Ausdruck kommen. Im Entwurf wird zwar ein Vertrag über Teile erwähnt,

dabei wird aber nicht deutlich genug, dass Verträge über Teile nur dann als Bauverträge anzusehen sind, wenn sie im Rahmen einer Gesamtmaßnahme erteilt werden, die einer Herstellung gleichkommt. So könnte etwa bei einem Vertrag über das Entrosten und Neulackieren eines Balkongeländers die Frage aufkommen, ob dies die Wiederherstellung des Teils eines Bauwerks ist.

Einbezogen werden auch Verträge über die **Instandhaltung eines Bauwerks**, wenn das Werk für die Konstruktion oder den bestimmungsgemäßen Bestand von wesentlicher Bedeutung ist und die angebrachten oder eingebauten Teile mit dem Bauwerk fest verbunden sind. Derartige Verträge waren bislang nicht vom Bauwerksvertrag umfasst, so dass zumindest anfänglich mit einer Rechtsunsicherheit bei der genauen Bestimmung dieser neuen Begriffe zu rechnen ist. Zumindest in der Begründung sollte klargestellt werden, an welche Verträge hier gedacht ist. Angesichts der systematischen Stellung muss es sich dabei um Werkverträge handeln, was bei Verträgen über die Instandhaltung von Bauwerken nicht zwingend der Fall ist. Ob die Regelungen des Bauvertrages auf derartige Verträge passen, erscheint auch zweifelhaft. Im Gegensatz zu einer *Instandsetzung* ist die *Instandhaltung* ein fortlaufender oder ein wiederkehrender Prozess, so dass sich die für den Bauvertrag typischen Vorleistungs- und Absicherungsprobleme nicht in gleicher Schärfe stellen. Die Zuordnung dieser Verträge sollte deshalb noch einmal überdacht werden.

Die Besonderheiten des **Verbraucherbauvertrages** sind im Kapitel 3 geregelt. Dabei beschränkt sich § 650h BGB-RefE auf Bau und Umbaumaßnahmen. Dies weicht in der Formulierung von § 650a BGB-RefE ab; zugleich werden die Instandhaltungsverträge hier nicht genannt. Der Grund für die abweichende Regelung liegt darin, dass man die Regelung auf die Fälle beschränken möchte, die nicht von der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher und deren Umsetzung durch § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfasst werden. Erkauft wird dies aber mit einer sachlich nicht ganz überzeugenden Spaltung des Begriffs des Bauvertrages vom Verbraucherbauvertrag.

Für **Architekten- oder Ingenieurverträge** sieht der Entwurf einen eigenen Untertitel vor. Diese Regelungen werden auch auf Fachplaner Anwendung finden, was jedoch im Text noch klarer formuliert werden sollte. Auf diese Verträge ist nach § 650p des Entwurfs im Grundsatz das allgemeine Werkvertragsrecht anzuwenden; die Sonderregelungen des Bauvertrages werden nur partiell für anwendbar erklärt. Auch die Regelungen des Verbraucherbauvertrages sind auf die Verträge der Architekten und Ingenieure nicht anzuwenden. Zumindest hinsichtlich des Widerrufsrechts (§ 650k BGB-RefE) und des Rechts auf Erstellung und Herausgabe von Urkunden (§ 650m BGB-RefE) wäre aber eine Anwendung dieser Regelungen durchaus diskutabel.

## B. Defizite

### I. Mängelrechte vor Abnahme

Der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages hat auf dem 3. Kongress (2010) mit deutlicher Zustimmung seiner Mitglieder folgende Empfehlung ausgesprochen:

*"Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt, Regelungen mit folgendem Inhalt in das Gesetz aufzunehmen:*

*Bei nicht vertragsgemäßer Herstellung stehen dem Besteller vor Abnahme nicht die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 633ff. BGB zu, sondern aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht herzuleitende Ansprüche wegen Erfüllungsgefährdung. Bei einer der Erfüllungserfolg gefährdenden vertragswidrigen Ausführung soll dem Besteller ein Selbstbeseitigungsrecht mit einem daraus herzuleitenden Kostenerstattungs- und Vorschussanspruch zugebilligt werden."*

Der in dieser Empfehlung zugrunde liegende Tatbestand der *Erfüllungsgefährdung* knüpft an das Regelungsmodell des § 323 Abs. 4 BGB an und schreibt dieses für die in der Praxis sehr bedeutsamen, zahlreich auftretenden Fälle fort, in denen sich bereits vor der Abnahme ein Mangel der Bauleistung zeigt, von dem nach den Umständen nicht anzunehmen ist, dass er bis zum vertraglichen Fertigstellungstermin behoben sein wird. Jedenfalls in derartigen Fallkonstellationen hat der Besteller ein berechtigtes Interesse daran, die Prolongierung und Verfestigung des Mangels durch die Fortsetzung der Arbeiten zu verhindern und ihn im Interesse einer vertragsgerechten Herstellung des Bauwerks schon vor dem vertraglichen Fertigstellungstermin selbst auf Kosten des Unternehmers zu beseitigen.

Die VOB/B sieht in §§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 VOB/B Regelungen vor, die es dem Besteller ermöglichen, den Unternehmer schon vor der Abnahme zur Mängelbeseitigung aufzufordern und den Vertrag nach erfolglosem Ablauf einer Mängelbeseitigungsfrist (teilweise) mit dem Ziel zu kündigen, sodann die Ersatzvornahme zu betreiben und Kostenersatz zu verlangen.

Entsprechende, gleichgerichtete Regelungen müssen dringend in das Gesetz aufgenommen werden, das bisher keine eindeutige Aussage dazu trifft, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dem Besteller Mängelrechte vor dem Erreichen des vertraglichen Fertigstellungstermins bzw. vor der Abnahme zustehen. Die Frage wird in der baurechtlichen Literatur unterschiedlich beantwortet und ist vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden worden. Der Gesetzgeber sollte die Gelegenheit nutzen, Klarheit in diesem, für die reibungsarme Abwicklung von Bauvorhaben sehr wichtigen Punkt zu schaffen.

## II. Keine Bauverfügung

Der nunmehr vorgelegte Referentenentwurf beruht in seinen wesentlichen Kernaussagen zum Bauvertragsrecht auf den im Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 zusammengefassten Vorarbeiten der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJ. Ein Kernpunkt des von der Arbeitsgruppe erarbeiteten Regelungskonzepts betrifft die interessengerechte Abwicklung von Bauverträgen im Spannungsfeld zwischen Vertragsbindung und gesetzlich legitimierten Anordnungsrechten des Bestellers. Dazu ist auf Seite 29 des Abschlussberichts zu lesen:

*"Die Einführung eines schnellen und effizienten Streitbeilegungsmechanismus ist aus Sicht der Arbeitsgruppe neben klaren Vorgaben zur Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung unverzichtbarer Bestandteil einer praxisgerechten Umsetzung der Vorschläge für ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers."*

Für die auf dieser Grundlage vorgeschlagene Einführung einer Bauverfügung hat die Arbeitsgruppe in der zutreffenden Erkenntnis, dass im Hinblick auf die Komplexität der Verfahren in Bau- und Architektensachen richterliche Expertise dringend erforderlich ist, ausdrücklich eine Konzentrationszuständigkeit spezialisierter Spruchkörper bei den Oberlandesgerichten oder einzelnen Landgerichten befürwortet (Seite 31, Ziffer 6.4 des Abschlussberichts).

Der Referentenentwurf rückt ohne erkennbaren sachlichen Grund von diesem Regelungskonzept ab und beschränkt sich in § 650b Abs. 4 BGB-RefE auf Erleichterungen für den Erlass einer einseitigen Verfügung. Der Deutsche Baugerichtstag rät dringend davon ab, auf solche Weise in das im Übrigen sorgfältig austarierte Regelungsgefüge von Anordnungsrecht, Preisanpassung und Streitvermeidung bzw. Streitbeilegung einzugreifen.

Die Arbeitsgruppe BMJ hat es im Interesse einer zweckentsprechenden, möglichst ökonomischen Realisierung von Bauvorhaben grundsätzlich für erforderlich gehalten, dem Besteller ein umfassendes, durch Zumutbarkeitskriterien begrenztes Anordnungsrecht zuzubilligen. Sie wollte allerdings sicherstellen, dass der zur Befolgung von Anordnungen verpflichtete Unternehmer anordnungsbedingten Mehraufwand zeitnah in angemessener Höhe vergütet erhält. Neben der interessengerechten Austarierung von Anordnungsrechten und Liquiditätssicherung steht der Grundsatz, dass keine Rechtspositionen geschaffen werden sollen, die zu einem unnötigen Stillstand der Bauausführung führen können.

Zur Verwirklichung dieser Leitgedanken hat die Arbeitsgruppe BMJ ein von drei Säulen getragenes Regelungskonzept entwickelt, das sich wie folgt zusammenfassen lässt:

- Es bedarf einer gesetzlichen Regelung, ob und inwieweit der Besteller berechtigt ist, Änderungen der Vertragsleistung anzuordnen (dazu unten C. III. 1.).
- Als Gegengewicht zu gesetzlich vorgesehenen Anordnungsrechten des Bestellers müssen gesetzliche Regelungen für eine gerechte, der spekulativen Preisgestaltung entzogenen



Anpassung der Vertragspreise bei Mehr- oder Minderaufwand geschaffen werden (dazu unten Ziffer C. III. 2).

- Nach derzeitiger Rechtslage bleiben dem Unternehmer im Streit über den Umfang der bereits nach dem Ausgangsvertrag geschuldeten Leistungen und/oder die Wirksamkeit von (leistungsändernden) Anordnungen des Bestellers zwei Möglichkeiten: Er kann – mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden – die Arbeit einstellen oder die Bauleistung mit dem Ergebnis weiter ausführen, eventuelle Ersatz- bzw. Mehrvergütungsansprüche nachträglich gerichtlich durchsetzen zu müssen. Streiten die Parteien hingegen nur über die Höhe der Nachtragsvergütung, muss der Unternehmer die Arbeit fortsetzen und seine unbezahlt gebliebenen Werklohnforderungen gerichtlich geltend machen. Die solcherart vorgezeichneten Alternativen – Baustillstand oder langfristige Störung des Liquiditätsflusses – sind nicht in Einklang zu bringen mit den Anforderungen an eine zweckentsprechende, ökonomisch sinnvolle Bauabwicklung. Diese strukturelle Schwäche des geltenden Bauvertragsrechts muss dadurch beseitigt werden, dass den Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnet wird, die vorgenannten Streitfragen vorläufig bindend und zeitnah extern klären zu lassen.

Der Arbeitskreis I des Deutschen Bauggerichtstages hat sich auf dem 4. Bauggerichtstag mit überwältigender Mehrheit für die gesetzliche Einführung eines Eilverfahrens in Form einer „Bauverfügung“ zur Vermeidung bzw. Beilegung von Streit über die Anordnung und Bezahlung von Nachtragsleistungen nach Maßgabe der von der Arbeitsgruppe BMJ entwickelten Grundsätze ausgesprochen. Denn nur eine vorläufig bindende Festlegung der Nachtragspreise verschafft dem Unternehmer dringend benötigte Liquidität, weil er gemäß § 632 a BGB für vertragsgerecht erbrachte Nachtragsleistungen vom Besteller Abschlagszahlungen nach den gerichtlich festgesetzten Preisen verlangen und die Arbeiten einstellen darf, wenn der Besteller die auf dieser Grundlage geforderten Abschläge nicht zahlt. Darüber hinaus wird im Streitfall im Rahmen der Bauverfügung zeitnah und ohne unnötige Stilllegung der Baustelle entschieden, ob der Unternehmer Anordnungen des Bestellers befolgen muss und ggfls. auch, ob die ihm abverlangten Leistungen, für die er eine Mehrvergütung beansprucht, nicht bereits zum verpreisten Leistungsumfang des Ausgangsvertrages gehören.

Der Arbeitskreis I des Deutschen Bauggerichtstages hat seine Zustimmung zu der Einführung eines solchen Eilverfahrens mit der dringenden Forderung an den Gesetzgeber verknüpft, die personellen und prozessualen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die erforderlichen Entscheidungen sachgerecht und innerhalb kürzester Zeit getroffen werden. Hierfür erscheint es zwingend erforderlich, mit besonders fachkundigen Richtern besetzte Spruchkörper zu bilden, deren - ggfls. gerichtsbezirksübergreifende - Schwerpunktzuständigkeit in der Erledigung gerade solcher Eilverfahren besteht. Über die so zu gewährleistende Bündelung baujuristischen Sachverständnisses hinaus hängt die zweckentsprechende Durchführung eines gerichtlichen Eilverfahrens zur Beilegung von Nachtragsstreitigkeiten entscheidend von der Einbindung bautechnischen und baubetrieblichen Fachwissens ab. Deshalb sollte den mit der Erledigung von Bauverfügungsverfahren befassten Gerichten die Möglichkeit eröffnet werden, kompeten-



tente Sachverständige nach Bedarf rasch und ohne die Einhaltung der im Erkenntnisverfahren für die Einleitung einer Beweiserhebung üblichen Formalien hinzuzuziehen.

In einer weiteren Empfehlung (Nr. 2) hat der Arbeitskreis I des Deutschen Baugerichtstages auf dem 4. Baugerichtstag zum Ausdruck gebracht, welch große Bedeutung er einem gesetzlich vorgeschriebenen Eilverfahren zur Beilegung von Nachtragsstreitigkeiten für eine geordnete Abwicklung von Bauverträgen beimisst. Denn für den Fall, dass die Bemühungen um die Einführung einer gerichtlichen Bauverfügung scheitern sollten, hat er mit überwältigender Mehrheit empfohlen, ein solches Streitbeilegungsverfahren außergerichtlichen Gremien etwa im Rahmen eines (beschränkten) Adjudikationsverfahrens zu übertragen. Damit hat der Arbeitskreis I die Empfehlungen des Arbeitskreises VII auf dem 2. Deutschen Baugerichtstag zur gesetzlichen Einführung einer umfassenden Adjudikation aufgegriffen.

Der Deutsche Baugerichtstag hält an der in alledem zu Tage tretenden Einschätzung fest und rät dringend, eine Bauverfügung nach den im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht festgelegten Parametern gesetzlich einzuführen, ggf. mit der vom Arbeitskreis VII des Deutschen Baugerichtstages vorgeschlagenen Möglichkeit, fakultativ auf außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren, insbesondere die Adjudikation, ausweichen zu können. Denn nur durch einen solcherart effektiven, "schnellen" Rechtsschutz" wird die Liquidität des Unternehmers gesichert und es wird vermieden, dass der Bauablauf im Streit über die Wirksamkeit von Anordnungen des Bestellers und die Höhe einer evt. Mehrvergütung gestört oder gar lahmgelegt wird.

Die nach § 650b Abs. 4 BGB-RefE vorgesehen einstweilige Verfügung ist in diesem Problemfeld kein probates Mittel der Streitentscheidung. Abgesehen davon, dass § 650b Abs. 4 BGB-RefE den Streit über die Höhe der nach § 650c BGB-RefE zuzubilligenden Mehr- oder Mindervergütung gerade nicht umfasst, die dem erleichterten Erlass einer einstweiligen Verfügung zugängliche Wirksamkeit der Anordnung von den Vertragsparteien allerdings selten und regelmäßig nur dann "problematisiert" wird, wenn sie keine Einigung über den Preis haben erzielen können, kann der Erlass einer Eilentscheidung in diesem ökonomisch, rechtlich und tatsächlich hochsensiblen Bereich nur Richtern überlassen werden, deren Zuständigkeit durch besondere Fachkenntnis und ständige Befassung mit der Materie gerechtfertigt ist. Das ist bei dem jetzigen, auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung fußenden Regelungsmodell nicht der Fall. Es wird von der Praxis nicht angenommen werden.

## C. Einzelne Regelungen

### I. Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

#### 1. Allgemeines

Erklärtes Ziel der Änderungen im Kaufrecht ist es, die Rechtslage im unternehmerischen (iSv § 14 BGB) Geschäftsverkehr zwischen Verkäufer und Käufer/Bauunternehmer an die anzupassen, die im Verhältnis zwischen Verkäufer und Besteller, der Verbraucher iSv § 13 BGB ist, besteht. Auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr soll der Verkäufer verschuldensunabhängig (im Rahmen des Nacherfüllungsanspruchs) für Aus- und Einbaukosten einstehen, die infolge der Lieferung einer mangelhaften Sache auflaufen. Die Begründung bezieht sich auf die aktuell divergierende Rechtslage aufgrund der Leitentscheidungen des VIII. Zivilsenats und auf den Vertrag der Großen Koalition für die 18. Legislaturperiode, wonach die Rechtsposition des Bauunternehmers in diesem Bereich zu verbessern ist.

In gesamtwirtschaftlicher Betrachtung geht die Begründung davon aus, dass sich die höheren Kosten der Verkäufer für entsprechende Risikovorsorge, etwa durch erweiterten Versicherungsschutz, neutralisieren durch die Kosten, die bei Bauunternehmern im Hinblick auf Aus- und Einbaukosten entfallen. Die Begründung erkennt zutreffend, dass damit auf Verkäuferseite höhere Belastungen auftreten können, meint aber wohl ebenfalls zutreffend, dass damit verbundene Kosten, etwa durch erweiterten Versicherungsschutz, unter Umständen auf die Verkaufspreise umgelegt werden. Eine Abschätzung im Einzelnen erachtet die Begründung als nicht möglich, dies unter Hinweis auf die unterschiedliche Konkurrenzsituation, saisonale und räumliche Aspekte usw.. Um den betroffenen Verkäufern eine Vorbereitung auf die neue Rechtslage zu ermöglichen und ihnen den Abschluss von Versicherungen zur Abdeckung der erhöhten Haftungsrisiken zu ermöglichen, wird eine relativ lange Frist von sechs Monaten für das Inkrafttreten des Gesetzes nach Verkündung vorgesehen.

#### 2. Änderungen im Einzelnen

##### a) § 439 Abs. 3 BGB-RefE

Im Ausgangspunkt ist der Entwurf klar und kann als gelungen bezeichnet werden: Satz 1 ordnet an, dass der Käufer nach Einbau der mangelhaften Sache in eine andere Sache vom Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung nach Wahl des Verkäufers entweder den Aus- und Einbau der (mangelhaften bzw. neuen mangelfreien) Sache oder den Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Satz 2 betrifft die Pflichten des Verkäufers, falls der Käufer die mangelhafte Sache verändert hat; in diesem Fall muss der Verkäufer entweder den veränderten Zustand wiederherstellen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Aufwendungen erstatten. Satz 3 ordnet im Hinblick auf § 442 Abs. 1 BGB an, dass es für die Kenntnis des Käufers nicht auf den Vertragsabschluss ankommt, sondern auf den Einbau oder die Veränderung der mangelhaften Sache. Dem liegt die zutreffende Überlegung zugrunde, dass

ein Käufer nicht oder nur begrenzt schutzwürdig ist, wenn er in positiver Kenntnis des Mangels der Sache oder in grob fahrlässiger Unkenntnis gleichwohl die Sache verbaut und damit höhere Folgekosten auslöst, anstatt zunächst einen auf Neulieferung gerichteten Nacherfüllungsanspruch geltend zu machen.

Bedenken bestehen allerdings, soweit der Verkäufer gemäß § 439 Abs. 1 S. 3 BGB-RefE entscheiden können soll, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder dem Käufer (Werkunternehmer) Kostenersatz leistet. Damit wird dem Besteller als Vertragspartner des Unternehmers am anderen Ende der Leistungskette die Nacherfüllung eines Dritten aufgezwungen, mit dem er keine vertraglichen Beziehungen unterhält und die er uU mit guten Gründen nicht in Anspruch nehmen möchte. Im Übrigen bleibt unklar, wie sich das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers zu dem des Werkunternehmers verhält, der im Verhältnis zum Besteller sogar verpflichtet ist, auf Verlangen nachzubessern und fehlerhaftes Material gegen vertragsgerechtes auszutauschen. Der Deutsche Bauggerichtstag rät deshalb, von dieser Regelung Abstand zu nehmen und es bei einem Kostenersatzanspruch des Käufers (Werkunternehmers) gegen den Verkäufer zu belassen.

#### **b) § 445a BGB-RefE und § 445b BGB-RefE**

§ 445a BGB-RefE entspricht im Wesentlichen – mit redaktionellen Anpassungen und Verschiebung des Standorts – der bisher im Verbrauchsgüterkaufrecht angesiedelten Vorschrift des § 478 BGB. Geregelt ist eine eigenständige Anspruchsgrundlage, nämlich ein in der Begründung allerdings nicht durchgehend so bezeichneter "selbständiger" Regressanspruch, der nur für eine neu hergestellte mangelhafte Sache gilt. Dieser betrifft nicht nur das Verhältnis zwischen dem Verkäufer/Lieferanten und Käufer, sondern auch die weiteren Vertragsverhältnisse in der "Lieferkette" (vgl. Abs. 3) zwischen dem jeweiligen Käufer (wozu auch der Lieferant zählen kann) und dem jeweiligen Verkäufer. Abs. 4 ordnet wie bisher an, dass § 377 HGB nicht berührt wird.

§ 445b BGB-RefE entspricht dem bisher im Verbrauchsgüterkaufrecht angesiedelten § 479 BGB.

Der Wortlaut dieser beiden neu vorgesehenen Normen lässt es nicht zu, den Bauunternehmer als "Letztverkäufer" anzusehen, der am Ende der Lieferkette einen Bauvertrag mit dem Besteller als "Letztkäufer" abschließt. § 445a Abs. 1 BGB-RefE gibt nur dem "Verkäufer" Anspruch auf "Ersatz der Aufwendungen [...], die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Absatz 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte". Jedoch dürfte dies mit dem bekundeten Ziel, die Stellung von Bauunternehmern zu stärken, vereinbar sein. Das liegt daran, dass der Bauunternehmer, wenn er eine bauwerksbezogene mangelhafte neu hergestellte Sache kauft, anders als der "sonstige" Käufer von der verlängerten Verjährung gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2b BGB profitiert.

§ 445a Abs. 3 BGB-RefE ordnet die "entsprechende Anwendung" von § 445a Abs. 1 und 2 BGB-RefE auf "Kettenglieder" in der Lieferkette an. In diesen "Kettengliedern" wird es regelmäßig nicht um (die direkt in § 445a Abs. 1 BGB-RefE angesprochenen) Aufwendungen gemäß § 439 Abs. 2, Abs. 3 BGB-RefE, sondern um Kosten, die dem jeweils anspruchstellenden Verkäufer durch die Befriedigung des "selbständigen" Regressanspruchs im Verhältnis zu "seinem" jeweiligen Käufer entstanden sind. Die angeordnete "entsprechende Anwendung" erfasst auch diese Ansprüche (so auch die Gesetzesbegründung).

## II. Untertitel 1 - Kapitel 1: Allgemeine Vorschriften zum Werkvertrag

### 1. Abschlagszahlung - § 632a BGB-RefE

Abschlagszahlungen sind für die Liquidität des Unternehmers und für sein Risiko bezüglich der Solvenz des Bestellers von entscheidender Bedeutung. Im Gegensatz zum bisherigen Recht gewährt die geplante Neuregelung dem Unternehmer auch dann einen Anspruch auf Abschlagszahlung, wenn seine Leistung **mehr als nur unwesentliche Mängel** aufweist. Zugleich werden aber die Höhe der Abschlagszahlung durch die Mängel und den Druckzuschlag in angemessener Höhe reduziert, so dass dem Besteller eine solche Zahlung nicht unzumutbar ist. Andererseits verbessert die Neuregelung die Position des Unternehmers erheblich, weil nun die Abschlagszahlung nicht mehr insgesamt verweigert werden kann.

Werden Abschlagszahlungen verlangt oder sind diese vereinbart, so reduziert sich der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 650e Abs. 4 BGB-RefE auf 20 % der vereinbarten Vergütung. Dies deshalb, weil der Unternehmer durch Abschlagszahlungsverlangen sein Sicherungsbedürfnis soweit reduzieren kann, dass dieses mit einer Sicherheit von 20 % der Vergütung befriedigt werden kann. Konsequenterweise müssten auch bei der Sicherungshypothek geleistete Abschlagszahlungen die zu sichernde Forderung reduzieren. Dies sollte in § 650d BGB-RefE klargestellt werden.

Für **Verbraucherbauverträge** gilt die Regelung des § 650e BGB-RefE nicht, wobei wiederum eine Ausnahme von dieser Ausnahme besteht, wenn das Bauvorhaben durch einen zur Verfügung über die **Finanzierungsmittel ermächtigten Baubetreuer** betreut wird. Damit wird die Regelung des § 648a Abs. 6 S. 2 BGB fortgeführt. Vielfach werden Verbraucher aber finanziell überfordert sein, wenn sie neben den Mitteln für die Finanzierung des Bauvorhabens auch eine Sicherheit nach § 650e BGB-RefE aufzubringen haben. Dies gilt auch in den Fällen, in denen sie einen Baubetreuer zur Verfügung über die Finanzmittel ermächtigt haben. Sachgerechter könnte es deshalb sein, in diesen Fällen den Unternehmer gegenüber pflichtwidrigem Verausgaben der Mittel durch den Baubetreuer nicht nur durch das Bauordnungssicherungsgesetz mit Strafandrohung und Schadensersatzansprüchen abzusichern, sondern dort das Stellen einer Sicherheit oder eine Versicherung durch den Baubetreuer zu verlangen.

## 2. Fiktive Abnahme - § 640 Abs. 2 BGB-RefE

Nach der im allgemeinen Werkvertragsrecht eingeordneten Neuregelung in § 640 Abs. 2 BGB-RefE gilt ein Werk auch dann als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb der Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung der fiktiven Abnahme wird damit ein voraussichtlich **effektives Instrument zur Verhinderung von Blockaden** durch den Besteller und zur Beschleunigung des Kapitalflusses für den Unternehmer eingeführt. Während bislang nur ein Werk, das keine oder nur unwesentliche Mängel aufweist, durch Fristablauf als abgenommen gilt, entfällt nunmehr diese Einschränkung. Der Besteller wird damit angehalten, Mängel zu benennen, um den Eintritt der Abnahmewirkung zu verhindern. Dazu reicht auch die Angabe unwesentlicher Mängel aus. Der Unternehmer muss seinen Anspruch auf Abnahme, der bei nur unwesentlichen Mängeln nach § 640 Abs. 1 S. 2 besteht, klageweise durchsetzen. Damit wird Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Zeitpunkts der Abnahme vermieden, wenn zweifelhaft ist, ob der vom Besteller angegebene Mangel als wesentlich oder unwesentlich einzustufen ist.

Zwei Punkte könnten Schwierigkeiten bereiten: Zum einen ist es nicht immer klar, wann ein **Werk vollendet** ist. Zwar wird man nicht selten auf die Fertigstellungsanzeige des Unternehmers abstellen können; gleichwohl besteht die Gefahr, dass der bisherige Streit um die Abnahmereife nun auf die Frage der Vollendung des Werks verlagert wird, wofür der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig so dass die Probleme mit der Regelung überschaubar sein werden.

Darüber hinaus fällt auf, dass die **Beweislastverteilung** für die Erklärung und den Zugang einer begründeten Abnahmeverweigerung nicht sehr klar geregelt ist. Dies könnte in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen.

## 3. Kündigungsregelungen

Im allgemeinen Teil des Werkvertragsrechtes ist eine Änderung des § 643 BGB sowie eine Ergänzung durch eine Aufnahme von Bestimmungen zur Kündigung aus wichtigem Grund in § 648a BGB-RefE vorgesehen.

a) Die bisherige Ausformung des § 643 BGB – der fruchtlose Ablauf der dem Besteller unter Kündigungsandrohung gesetzten Frist zur Mitwirkung führt zur Aufhebung des Vertrags, ohne dass es noch einer Kündigungserklärung bedürfte – entspricht noch der Regelungstechnik, wie sie § 326 BGB a.F. vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgewiesen hat. Mit der nunmehr vorgesehenen Änderung wird das Vertragsverhältnis durch ausdrückliche Kündigungserklärung beendet. Die Regelungstechnik entspricht damit § 323 BGB. Sachlich wird damit eine Anpassung des § 643 BGB veranlasst, wie sie bereits im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung angezeigt gewesen wäre. Die Angleichung der Regelungs-

technik des § 643 BGB-RefE an die Ausgestaltung des allgemeinen Schuldrechtes ist sachgerecht.

b) Eine Ergänzung der bisherigen Regelungen stellt die Kodifizierung des Rechtes zur Kündigung aus wichtigem Grund für den Werkvertrag dar. Ein solches Kündigungsrecht, das in der Rechtsprechung jedenfalls für den Bereich der typischerweise einen längeren Zeitraum umfassenden Bauverträge anerkannt ist, soll gemäß § 648a Abs. 1 BGB-RefE jetzt für alle Werkverträge sowie für den Architekten- und Ingenieurvertrag und den Bauträgervertrag gelten. Anders als in den §§ 8, 9 VOB/B enthält die gesetzliche Regelung keinen Katalog an wichtigen Gründen, die eine Kündigung rechtfertigen können. Das ist mit Rücksicht auf die Rechtsprechung zu wichtigen Gründen, die eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die kündigende Seite unzumutbar machen, allerdings auch nicht erforderlich, auch wenn in der an dieser Stelle etwas widersprüchlichen Begründung des Referentenentwurfes die Notwendigkeit einer präzisierenden Definition der wichtigen Gründe als Motivation für die Kodifizierung benannt wird. Ausdrücklich nicht geregelt wird die Frage, ob die Insolvenz des Unternehmers einen wichtigen Grund im Sinne des § 648a Abs. 1 BGB-RefE darstellt. Die Begründung stellt hierzu darauf ab, dass es aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse keine Veranlassung für eine generalisierende Regelung gebe. Das erscheint mit Rücksicht auf die abstrakt-generelle Ausrichtung der Vorschrift sachgerecht; es mag der Rechtsprechung überlassen bleiben, verbleibende Streitfragen zu klären.

Der Entwurf sieht in § 648a Abs. 2 BGB-RefE eine Verweisung auf § 314 Abs. 2 – 4 BGB vor. Dagegen sowie gegen die Ermöglichung von Teilkündigungen bestehen keine Bedenken. Dass bei Teilkündigungen auf abgrenzbare Leistungsteile – statt in sich abgeschlossene – abgestellt wird, ist zu begrüßen.

Ebenfalls zu begrüßen ist die in § 648a Abs. 3 BGB-RefE vorgesehene Verpflichtung zur gemeinsamen Leistungsfeststellung nach erfolgter Kündigung. Der Umfang der Leistungserbringung, und damit verbunden der Umfang der Vergütung für erbrachte Leistungen, stellt einen zentralen Streitpunkt bei vorzeitig beendeten Vertragsverhältnissen dar. Wenn zumindest der Leistungsumfang festgehalten wird, reduziert sich das Streitpotential an dieser Stelle nicht unerheblich. Die Beweislastumkehr zu Lasten des sich der gemeinsamen Leistungsfeststellung verweigernden Bestellers stellt sicher, dass die Bestimmung nicht den Charakter einen reinen Soll-Vorschrift behalten wird. Überprüft werden sollte allerdings, ob die Bestimmung uneingeschränkt auch im Verhältnis zu Verbrauchern gelten soll. Dieser ist nach Maßgabe des Referentenentwurfes über viele Aspekte zu informieren, nicht aber über die Folgen der unterbleibenden Mitwirkung an einer gemeinsamen Leistungsfeststellung. Die aus einem Fernbleiben bei einem entsprechenden Termin resultierende Folge, den Umfang der erbrachten Leistungen nachweisen zu müssen, wird den Verbraucher daher umso mehr überraschen, als er vielfach geneigt sein wird, einer solchen Leistungsfeststellung allein schon deshalb fernzubleiben, weil ihm die notwendigen Kenntnisse für eine Beurteilung des Leistungsumfanges fehlen.



In § 648a Abs. 4 BGB-RefE wird schließlich klargestellt, dass im Falle der Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grund ein Vergütungsanspruch des Unternehmers nur für die erbrachten Leistungen besteht, unabhängig davon, wer die Kündigung ausgesprochen hat. Diese Bestimmung ist als Klarstellung gegenüber der Regelung in § 649 S. 2 BGB (= § 648 S. 2 BGB-RefE) sachdienlich und beschreibt dogmatisch zutreffend, dass wechselseitige Vertragsansprüche nach der Kündigung grundsätzlich nicht bestehen. Die Formulierung könnte allerdings zu der irrigen Annahme verleiten, dass dem Unternehmer im Falle der vom Besteller zu vertretenden Kündigung aus wichtigem Grund auch kein Schadensersatzanspruch (aus § 280 Abs. 1 BGB) zusteht. Hierzu könnte eine klarstellende Formulierung angezeigt sein.

### III. Untertitel 1 - Kapitel 2: - Bauvertrag

#### 1. Anordnungsrechte - § 650b BGB-RefE

Da die Erstellung von Bauwerken in einem längeren Erfüllungszeitraum erfolgt und das Erfordernis besteht, auf Änderungen, z.B. in den technischen Anforderungen oder in der Nutzung, reagieren zu können, wird die gesetzliche Regelung eines entsprechenden Anordnungsrechts in § 650b BGB-RefE ausdrücklich begrüßt. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Anordnungsrechte der VOB/B zunehmend, v.a. aus AGB-rechtlicher Sicht, in der Kritik stehen.

a) Der Deutsche Bau- und Gerichtstag hatte sich zum Anordnungsrechts des Bestellers, insbesondere auch soweit es sich auf die Bauzeit bezieht, divergierend geäußert:

Der 3. Deutsche Baugerechtstag hatte in seiner 4. Empfehlung die Aufnahme eines Anordnungsrechts des Bestellers *„für Änderungen und Erweiterungen der Leistung“*, *„soweit dies unter Berücksichtigung (auch) der Interessen des Bestellers für den Unternehmer zumutbar ist“*, empfohlen. Dabei sollte das Anordnungsrecht auch *„die Ausführungsart und die Bauzeit“* erfassen, nicht jedoch eine *„Verkürzung der vertraglichen Bauzeit (Beschleunigungen)“* beinhalten.

Der 4. Deutsche Baugerechtstag hatte in seiner 4. Empfehlung *„die gesetzliche Einführung eines grundsätzlich umfassenden, durch Zumutbarkeitskriterien und das Vorliegen besonders schwerwiegender Gründe beschränktes Anordnungsrecht des Bestellers“* knapp abgelehnt.

Der 5. Deutsche Baugerechtstag hat sich gegen ein umfassendes Anordnungsrecht zur Bauzeit ausgesprochen und in der 2. Empfehlung sogar die Einführung einer gesetzlichen Regelung gefordert, nach der *„der Besteller grundsätzlich nicht berechtigt ist, Anordnungen zur Bauzeit (insbesondere keine Bauunterbrechungen und Beschleunigungen) in Abweichung zu den vertraglichen Festlegungen zu treffen“*.



b) Mit dem Vorschlag, hinsichtlich der Anordnungsrechte des Bestellers zwischen „*Änderungen des Werkerfolgs*“ und solchen Leistungen zu differenzieren, die „*zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind*“, knüpft der Referentenentwurf zutreffend an die rechtsgeschäftlichen Grundlagen des "Bauvertrages" und entsprechende Empfehlungen des Baugerichtstages an. Rechtstechnisch unpräzise ist es indes, unter die Begrifflichkeit „*Änderung des Werkerfolgs*“ in § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB-RefE sowohl die „*Bauzeit*“, als auch die „*Art der Ausführung*“ (s. § 650b Abs. 2 S. 3 BGB-RefE) zu subsumieren. Diesbezüglich sollte gesetzestechnisch nachjustiert werden, weil die Bauzeit keine im Synallagma stehende Leistungspflicht darstellt und folglich nicht zum „*Werkerfolg*“ zählt. Auch die „*Art der Ausführung*“, worunter neben der Planung der Ausführung auch zur Erreichung des Werkerfolgs erforderliche Arbeitsschritte (u.a. auch Bauzustände, die zum Zeitpunkt der Fertigstellung nicht mehr vorhanden sind) fallen, dürfte nicht dem Begriff des „*Werkerfolgs*“ zuzuordnen sein.

c) Die Einbeziehung der Bauzeit in das Anordnungsrecht des Bestellers ohne eine Differenzierung in eine Änderung lediglich der bauzeitlichen Abfolge bzw. Abläufe einerseits und in eine Verkürzung der vertraglichen Bauzeit (Beschleunigungen) andererseits entspricht nicht den Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages. Jedenfalls die Zubilligung eines umfassenden, beide Varianten zulassenden Anordnungsrechts des Bestellers zur Bauzeit stellt nach der Auffassung des Deutschen Baugerichtstages kein zwingendes Erfordernis der Baupraxis dar; es wird zudem in der Umsetzung, z.B. bezüglich der Planung von Beschleunigungsmaßnahmen, die u.a. in technischer oder personeller Art bestehen können, und den Rechtsfolgen, z.B. der Auswirkungen auf vereinbarte Vertragsstrafen, Folgeprobleme hervorrufen. Dabei verkennt der Deutsche Baugerichtstag nicht, dass der Besteller unter bestimmten Voraussetzungen - etwa bei Baumaßnahmen unter laufendem Betrieb - ein starkes Interesse an zeitlichen sowie an solchen Anordnungen haben kann, die unter Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers die Ausführung der Baumaßnahme betreffen. Sollte der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund bei der vorgeschlagenen Regelung bleiben, wird in der Gesetzesbegründung noch eindeutiger als bisher hervorzuheben sein, dass derartige Anordnungsrechte des Bestellers nur ausnahmsweise in besonders gelagerten Einzelfällen möglich sein sollen.

d) Die Anwendung der in § 650b Abs. 2 BGB-RefE für die Beurteilung der Zulässigkeit von Änderungsanordnungen des Bestellers vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien kann in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Nach Abs. 2 Satz 1 sind Anordnungen, soweit sie nicht die „*Art der Ausführung*“ der Bauleistung oder die „*Bauzeit*“ betreffen, vom Unternehmer nur auszuführen, wenn ihm die Ausführung „*zumutbar*“ ist, während der Unternehmer zur Umsetzung von Anordnungen, die die „*Art der Ausführung*“ der Bauleistung oder die Bauzeit betreffen, nur verpflichtet ist, wenn „*schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen*“. Für eine rechtssichere Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Anordnungen wird es darauf ankommen, die hierzu in § 650b Abs. 2 BGB-RefE eingeführten unbestimmten Rechtsbegriffe rasch mit Leben zu füllen. Sie ist von großer praktischer Relevanz, weil dem Unternehmer gemäß § 650b Abs. 3 BGB-RefE bis zur Einigung bzw. gericht-

lichen oder außergerichtlichen Entscheidung über die Zumutbarkeit ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen soll, er es also in der Hand hat, die Baustelle *"lahm zu legen"*, und weil zudem die Beantwortung der Frage, ob der Unternehmer überhaupt zur Befolgung einer Anordnung des Bestellers verpflichtet ist, in der Praxis die Verhandlungen der Vertragsparteien über den Preis für anordnungsbedingten Mehr- oder Minderaufwand beeinflussen wird. Der Deutsche Baugerichtstag ist zuversichtlich, dass es der Rechtsprechung in überschaubarer Zeit gelingen wird, die rechtlichen Parameter für die Zulässigkeit von Anordnungen des Bestellers nach obigen Kriterien herauszuarbeiten, wozu die Einführung einer speziell auf die Beantwortung derartiger Fragen ausgerichteten Bauverfügung entscheidend beitragen würde. Gleichwohl sollte die Gesetzbegründung die unbestimmten Rechtsbegriffe *"Zumutbarkeit"*, *"schwerwiegende Gründe"* und *"deutlich überwiegendes Interesse"* noch präziser als im Referentenentwurf, möglichst unter Nennung von Beispielen, definieren.

Anordnungen zu Leistungen, die *„zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind“*, sind aus guten Gründen ohne Einschränkung möglich, weil das Ziel des Bauvertrages, den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen, nicht in Frage stehen darf. Stimmen die vom Unternehmer bepreiste Leistung und der vereinbarte Werkerfolg nicht überein, hat der Unternehmer ohnehin Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung für diese Leistungen. Die Einschränkung in § 650b Abs. 1 Nr. 2 f BGB-RefE für den Fall, dass die Planung des Bauwerks (wobei diesbezüglich eine Anpassung an § 650a Abs. 1 BGB-RefE, d.h. es sollte *„einer Außenanlage oder eines Teils davon“* ergänzt werden) durch den Besteller erfolgt sein muss, ist grundsätzlich zutreffend, sie wirft jedoch im Einzelfall in der Abgrenzung Schwierigkeiten auf, u.a. dann, wenn die Leistung – wie in der Praxis sehr häufig – nur in Teilen funktional vorgegeben ist oder wenn die Planung nicht in Gänze vom Besteller oder vom Unternehmer durchgeführt wird, sondern der Besteller die Planung z.B. bis zur Genehmigungsplanung durchführt, während der Unternehmer die Ausführungsplanung übernimmt. Zu überlegen ist daher, ob der zweite Halbsatz (*„soweit ...“*) überhaupt erforderlich ist, da es in dieser Konstellation letztlich nicht um die Frage des Anordnungsrechtes geht, sondern darum, ob dem Unternehmer für diese Leistungen ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zusteht.

## 2. Preisanpassung - § 650c BGB-RefE

Bei der Regelung zur Anpassung der Vergütung im Falle von Anordnungen nach § 650b BGB-RefE folgt der Referentenentwurf erfreulicherweise inhaltlich nahezu vollständig den Empfehlungen der vergangenen Baugerichtstage, insbesondere des 3. Deutschen Baugerichtstags (DBGT). Der Arbeitskreis I des 4. DBGT hatte mit überwältigender Mehrheit folgende Empfehlung 6 ausgesprochen:

*„Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, in Fortentwicklung der Empfehlung 3 des AK VI und der Empfehlung 5 des AK I gesetzliche Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen einzuführen, mit denen das bisher überwiegend praktizierte Modell der (vor-) kalkulatorischen Preisfortschreibung dahingehend modifiziert wird, dass der Unternehmer*

*eine Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nach den tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten erhält, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in seiner hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.“*

Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass mit dem jetzt vorgestellten § 650c BGB-RefE auf diese Art und Weise ein Modell der Vergütungsanpassung bei geänderten und zusätzlichen Leistungen Gesetz werden soll, das gleichermaßen das Gebot eines fairen Vergütungsausgleichs und die Bedürfnisse der Praxis berücksichtigt. Durch die im Gesetzesentwurf vorgesehene Grundlage der tatsächlichen Mehr- und Minderkosten wird einerseits das durch die Leistungsänderung betroffene vertragliche Äquivalenzverhältnis wieder angemessen herstellt, ohne dass dem Auftragnehmer – wie bei dem überkommenen Modell der Preisfortschreibung – die Folgen eines Kalkulationsirrtums auch für Mehrleistungen aufgebürdet werden oder ihm umgekehrt ungerechtfertigte Vorteile aus einer Preisspekulation erwachsen. Andererseits wird dem Bedürfnis der Praxis Rechnung getragen, eine Preisanpassung bei Nachträgen weiterhin im Regelfall auf Basis einer ordnungsgemäß erstellten und hinterlegten Urkalkulation vornehmen zu können, indem einer solchen Kalkulation die Vermutung der Richtigkeit der darin enthaltenen Kostenansätze zuerkannt wird.

Einige wichtige Hinweise für die konkrete Rechtsanwendung der neuen Regelung finden sich angesichts des erfreulich kurz gehaltenen Gesetzestextes in der Gesetzesbegründung selbst. Auch darin wurden vielfach die Begründungen der Thesen des Arbeitskreises I sowie klarstellende Empfehlungen des Baugerichtstages aufgenommen (so etwa zur Behandlung bauzeitlicher Auswirkungen von Anordnungen geänderter und zusätzlicher Leistungen gemäß der 4. Empfehlung des 5. DBGT). Auch dies ist zu begrüßen, da dies der späteren Rechtsanwendung eine wichtige Orientierung für die Gesetzesauslegung an die Hand geben wird. Andererseits finden sich in der Gesetzesbegründung gelegentlich noch einzelne Formulierungen, die bei der Gesetzesauslegung zu Missverständnissen führen könnten und daher nochmals überdacht werden sollten. Hier sei nur ein Beispiel aufgezeigt. Auf Seite 59 des Entwurfs heißt es: *„Die tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten werden zunächst saldiert und der in der jeweiligen Bezugsposition des Ausgangsvertrags für die Ausgangsleistung kalkulierte Gewinn wird sodann hinzugerechnet bzw. der kalkulierte Verlust abgezogen.“* Dieser Satz ist zumindest missverständlich; denn im Rahmen einer Berechnung auf Basis tatsächlicher Mehr- und Minderkosten spielt die Kalkulation zunächst gar keine Rolle und somit auch kein kalkulierter Gewinn oder Verlust.

Kritisch zum Entwurf des Gesetzestextes selbst ist noch anzumerken, dass im Rahmen von Absatz 1 bislang unklar bleibt, in welcher Höhe die dort genannten Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn angesetzt werden sollen. Während nach Absatz 2 im Rahmen der Vermutung der Richtigkeit der Urkalkulation (in Übereinstimmung mit der 6. Empfehlung des 5. DBGT) auch die Vermutung gelten soll, dass diese Zuschläge *„weiterhin angemessen“* sind, also für die Vergütungsanpassung herangezogen werden können, gibt der bisherige Entwurf keine entsprechende Orientierung für die Ansätze der Zuschläge nach Ab-

satz 1. Klar ist lediglich, dass es innerhalb einer Nachtragsberechnung keine Kombination zwischen tatsächlich erforderlichen Kosten einerseits und kalkulierten Kosten andererseits geben darf, um keine Anreize für spekulative Kostenverschiebungen zu schaffen. Dieser Gedanke findet sich auch in dem jetzt vorliegenden Entwurf in Absatz 2 („*Vergütung für den Nachtrag*“) sowie ausdrücklich auf Seite 60 der Begründung. Damit scheidet im Rahmen des Absatzes 1 ein Rückgriff auf die hinterlegte Urkalkulation aus. Das Gesetz müsste daher dort noch einen anderen Ansatz benennen. Nachdem im Absatz 2 ausdrücklich auf die Angemessenheit der Zuschläge abgestellt wird, läge es nahe, auch in Absatz 1 zu formulieren: „... *mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn*“. Die sachgerechte Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs bliebe dann der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen.

Anzumerken ist schließlich noch, dass der Referentenentwurf lediglich Preisanpassungen im Falle angeordneter Änderungen und Zusatzleistungen betrifft. Nicht geregelt ist, ob entsprechende Preisanpassungen auch für die folgenden beiden Fallgestaltungen stattfinden sollen:

- Ausführung von Leistungen, die für die Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind, die aber vom Besteller nicht angeordnet wurden;
- Mengenänderungen bei Einheitspreisverträgen.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte daher noch geprüft werden, ob für diese beiden Fallgestaltungen entsprechende Regelungen zur Anpassung der Vergütung aufgenommen werden.

### 3. Sicherheiten

a) Der Referentenentwurf ordnet die bislang im allgemeinen Werkvertragsrecht angesiedelten Bestimmungen zur Bauhandwerkersicherungshypothek sowie zur Bauhandwerkersicherung (§ 648, § 648 a BGB) nunmehr systematisch zutreffend im Bereich des Bauvertragsrechtes an (§ 650d, § 650e BGB-RefE). Die Bestimmung des § 650d BGB-RefE ist dabei dem Wortlaut nach unverändert geblieben, hat allerdings eine Ausweitung des Anwendungsbereiches dadurch erfahren, dass auf den Vertrag im Sinne des § 650a BGB-RefE abgestellt wird, der auch Arbeiten an einer Außenanlage umfasst. Abweichend von der bisherigen Rechtslage können daher auch Ansprüche auf Vergütung wegen Arbeiten an Außenanlagen Gegenstand einer Sicherungshypothek werden. Durch die Verweisung in § 650p BGB-RefE wird zudem der Vergütungsanspruch des Architekten bzw. Ingenieurs in vollem Umfange nach § 650d BGB-RefE durch Sicherungshypothek sicherungsfähig.

Die Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 650d BGB-RefE ist zu begrüßen. Die bislang bestehenden, systematisch eher zweifelhaften Ausnahmetatbestände, die die Sicherungsansprüche der Unternehmer beschnitten, werden durch die Neufassung beseitigt.

b) Die Bestimmung zur Bauhandwerkersicherung ist in den Absätzen 650e Abs. 1 – 3, 5, 7 BGB-RefE wortgleich zur jetzigen Fassung von § 648a Abs. 1-3, 5, 7 BGB. Eine Ausweitung des Anwendungsbereiches auf Außenanlagen ergibt sich auch hier durch die Bezugnahme auf den Bauvertrag im Sinne des § 650a BGB, der auch Arbeiten an Außenanlagen umfasst.

Abweichungen enthält die Fassung von § 650e BGB-RefE in Abs. 4 und 6. § 650e Abs. 4 BGB-RefE enthält eine Einschränkung des Sicherungsanspruches des Unternehmers für den Fall, dass entweder bereits vertraglich Abschlagszahlungen vereinbart worden sind oder aber seitens des Bestellers Abschlagszahlungen gemäß § 632a BGB beansprucht werden. In diesem Falle begrenzt sich die Höhe der vom Besteller geschuldeten Absicherung auf höchstens 20 % der vereinbarten Vergütung. Der Referentenentwurf will hiermit die Absicherungspflicht des Bestellers auf das Vorleistungsrisiko des Unternehmers beschränken. Der entsprechende Ansatz ist von der Überlegung geprägt, dass für den Fall des Nichtausgleiches von Abschlagsrechnungen der Unternehmer von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht und die vereinbarten oder geforderten Abschlagshöhen jedenfalls niedriger sind als 20 % der vereinbarten Vergütung. Die Richtigkeit beider Prämissen dürfte nicht ohne weiteres zu bejahen sein.

Die Nichtzahlung einer Abschlagsrechnung ist in vielen Fällen auch mit dem Streit verbunden, ob die geltend gemacht Abschlagszahlung nach Leistungsstand bereits beansprucht werden kann. Der Unternehmer, der in einer derartigen Situation die Nichtausgleichung der Abschlagsrechnung zum Anlass nimmt, die weitere Leistung zu verweigern, geht daher regelmäßig das nicht unerhebliche Risiko ein, sich Schadensersatzansprüchen des Bestellers ausgesetzt zu sehen, wenn sich der Einwand des Bestellers, eine Fälligkeit und/oder Durchsetzbarkeit der Abschlagsforderung sei nicht gegeben, nachträglich als zutreffend erweist. Hinzu kommt, dass bei dem Unternehmer Stillstandskosten wegen der fehlenden Möglichkeit zum produktiven Einsatz von Personal und Maschinen entstehen, deren Realisierung beim Besteller nicht sicher unterstellt werden kann. Die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechtes unterbleibt in solchen Fällen daher vielfach. Vor diesem Hintergrund erhöht sich für den Unternehmer das Risiko, in derartigen Fällen ungesicherte Vorleistungen erbringen zu müssen, in erheblichem Umfang.

Darüber hinaus nimmt der Entwurf nicht auf Vertragsgestaltungen Rücksicht, bei denen Abschlagszahlungspläne von vornherein so angelegt sind, dass einzelne Abschläge höher als 20 % der gesamt vereinbarten Vergütung ausfallen. Auch hier muss der Unternehmer dann ungesicherte Vorleistungen erbringen. Es dürfte daher zu erwägen sein, jedenfalls für den Fall der Vereinbarung von Abschlagshöhen, die größer als 20 % sind, bei der Begrenzung der Bauhandwerkersicherung den Grenzwert an die entsprechende vertragliche Vereinbarung zu knüpfen. Damit würde zugleich auch das Risiko begrenzt, dass hier vertraglich durch entsprechende Gestaltung von Zahlungsplänen der Anspruch des Unternehmers auf die Bauhandwerkersicherung ausgehebelt wird. Abgesehen davon erscheint es mit Rücksicht auf die vorstehenden Erwägungen ganz grundsätzlich diskutabel, ob die Gewährung einer Sicherheit von höchstens 20 % der vereinbarten Vergütung ausreicht.



§ 650e Abs. 6 BGB-RefE sieht vor, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch des Unternehmers auf eine Bauhandwerkersicherung nicht besteht. Entsprechend der bisherigen Gestaltung in § 648a Abs. 6 Nr. 1 BGB besteht ein Anspruch nicht, wenn Besteller ein öffentlicher Auftraggeber ist. Nach § 650e Abs. 6 Nr. 2 BGB-RefE soll der Sicherungsanspruch dann nicht bestehen, wenn der Besteller ein Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650h BGB-RefE oder einen Bauträgervertrag nach § 650t BGB-RefE handelt. Der Begründung des Referentenentwurfes ist dabei zu entnehmen, dass mit der Regelung beabsichtigt war, die verbraucherschützenden Wirkungen des Ausnahmetatbestandes auszuweiten, so dass beispielsweise insbesondere auch die Errichtung von Mehrfamilienhäusern durch einen Verbraucher unter die Ausnahmeklausel fällt. Bei der Abfassung der Bestimmung ist allerdings übersehen worden, dass Verbraucherbauverträge nur Verträge sind, die sich über die Errichtung eines Gebäudes auf der Basis eines einheitlichen Vertrages verhalten. Wenn daher ein Verbraucher ein Einfamilienhaus auf der Basis von gewerkeweise vergebenen Aufträgen errichten lässt, ist nach dem Referentenentwurf, abweichend von der jetzigen Gesetzeslage, zukünftig der Unternehmer berechtigt, eine Bauhandwerkersicherung vom Verbraucher zu verlangen. Das gilt entsprechend auch für den Architekten. Dass das beabsichtigt ist, dürfte jedenfalls nach dem Inhalt der Begründung des Referentenentwurfes zweifelhaft sein. Wahrscheinlich erscheint insoweit, dass die beschränkte Reichweite der Vorschrift des § 650h BGB-RefE übersehen wurde. Hier bedarf es daher einer Anpassung, um über den Fall, dass der Verbraucher einen Generalunter- oder -übernehmer beauftragt, hinausgehend eine Freistellung des Verbrauchers vor Ansprüchen auf eine Bauhandwerkersicherung zu erreichen.

c) Die Bestimmungen zur Sicherungshypothek für den Inhaber einer Schiffswerft sind, ohne dass damit inhaltliche Änderungen verbunden wären, in § 647a BGB-RefE übernommen und dem allgemeinen Werkvertragsrecht zugeordnet worden.

d) Eine weitere Regelung zur Begrenzung von Sicherheiten enthält sodann für den Verbraucherbauvertrag – und den Bauträgervertrag kraft der entsprechenden Verweisung in § 650t Abs. 1 BGB-RefE - § 650l Abs. 4 BGB-RefE. Die Höhe vertraglich vereinbarter Sicherheiten wird danach für den Fall, dass der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a BGB-RefE beansprucht oder eine Vereinbarung über Abschlagszahlungen vorliegt, auf die Höhe der nächsten Abschlagszahlung oder 20 % der vereinbarten Vergütung begrenzt, in dem die Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen angeordnet wird.

Nach der Begründung des Entwurfes dient die Grenze von 20 % dabei der Vereinfachung, so dass die Höhe der jeweils nächsten Abschlagszahlung nicht als Begrenzung des Sicherungsanspruches des Unternehmers zu verstehen sein dürfte. Ob bei einer Abschlagszahlung, die 20 % der insgesamt vereinbarten Vergütung übersteigt, der höhere Abschlagszahlungsbetrag für die Begrenzung der Sicherheit maßgeblich sein soll, oder ob hier die 20 %-Grenze als Kappungsgrenze zu verstehen ist, ist unklar. Insoweit erscheint eine Präzisierung von § 650l Abs. 4 BGB-RefE veranlasst.

Überprüfungswürdig dürfte zudem die Regelungsmechanik in § 650I Abs. 4 BGB-RefE sein. Die Anordnung der Unwirksamkeit der die Grenzwerte übersteigenden Vereinbarung im Falle der Vereinbarung von Abschlagszahlungen wird zwar regelmäßig unproblematisch sein, weil beide Abreden typischerweise Gegenstand eines einheitlichen Vertrages sind. Wenn allerdings eine Sicherungsvereinbarung getroffen worden ist, ohne dass eine Abschlagszahlungsregelung vorliegt, ist diese jedenfalls solange wirksam, bis der Unternehmer einen Anspruch nach § 632a BGB geltend macht. Unklar ist, welche Konsequenzen im Hinblick auf eine bereits gewährte Sicherheit nach Geltendmachung der Abschlagszahlung eintreten sollen. Zur Vermeidung entsprechenden Streitpotentials wäre es dienlich, statt auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung darauf abzustellen, dass der Besteller eine höhere Sicherheit nicht schuldet und eine schon zur Verfügung gestellte höhere Sicherheit vom Unternehmer freizugeben ist.

e) Der Referentenentwurf enthält schließlich noch weitere Vorgaben zu Sicherheiten zugunsten des Bestellers, soweit es sich hierbei um einen Verbraucher handelt, in § 650I BGB-RefE. Die Klausel in § 650I Abs. 2 BGB-RefE entspricht dabei im Wesentlichen der bestehenden Bestimmung in § 632a Abs. 3 BGB. Die vorgenommenen Änderungen gegenüber der geltenden Fassung des Gesetzes sind im Kern redaktioneller Natur.

Als weitere Absicherung des Bestellers, der Verbraucher ist, sieht darüber hinaus § 650I Abs. 1 BGB-RefE vor, dass die Summe der Abschlagszahlungen max. 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung betragen darf. Erreicht werden soll damit, dass das Risiko versteckter Vorleistungen in Form von überhöhten Abschlagszahlungen begrenzt wird. Anlass für die Bestimmung ist insoweit der tatsächliche Umstand, dass Unternehmer während der Baumaßnahme als Abschlagsforderung Teile der Vergütung geltend machen, denen noch keine tatsächlich vom Unternehmer bereits erbrachte Leistung gegenübersteht, so dass rechtlich die Zahlung des Verbrauchers auf eine solche Abschlagsanforderung eine Vorauszahlung darstellt.

Die Tauglichkeit des Reformvorschlages zur Erreichung des vorgesehenen Zweckes dürfte nur eingeschränkt zu bejahen sein. Zwar führt die Klausel dazu, dass der Besteller zum Ende der Baumaßnahme hin prinzipiell über eine Sicherung in Höhe von 15 % der Gesamtvergütung verfügt (10 % aus dem Einbehalt aus § 650I Abs. 1 BGB-RefE, 5 % aus der Sicherheit im Sinne von § 650I Abs. 2 BGB-RefE). Dieses Sicherungsvolumen hat tatsächliche Relevanz aber nur dann, wenn der Unternehmer das Bauvorhaben auch tatsächlich zu Ende bringt. Scheitert demgegenüber die Durchführung, insbesondere auf Grund einer Insolvenz des Unternehmers, zu einem Zeitpunkt, bei dem die überhöhte Abschlagszahlung noch nicht wieder durch Leistungen des Unternehmers ausgeglichen ist, bietet die Regelung in § 650I Abs. 1 BGB-RefE dem Verbraucher keinerlei Schutz.

Sofern hier eine effektivere Verfolgung des Schutzzieles beabsichtigt ist, müsste daher entweder bei der Höhe der Sicherheit nach § 650I Abs. 2 BGB-RefE angesetzt oder alternativ die Höhe der möglichen Abschlagsforderungen je Leistungsstand beschränkt werden, etwa durch eine an § 3 Abs. 2 MaBV angelehnte Gestaltung der Höhe möglicher Abschlagsanforderungen beim Verbraucherbauvertrag. In der jetzigen Fassung jedenfalls besteht das erhebliche Risiko, dass die beabsichtigte Schutzwirkung zugunsten des Verbrauchers nicht erreicht wird.



Überprüfungsbedürftig ist schließlich, ob es einen tragenden Grund dafür gibt, dass der Verbraucher, der Vertragspartei eines Bauträgervertrages ist, im Hinblick auf die Abschlagszahlungen und das damit verbundene Vorauszahlungsrisiko einen geringeren Schutz erlangt als der Verbraucher, der einen Verbraucherbauvertrag abschließt. Beim Bauträgervertrag kann der Unternehmer auch nach dem Referentenentwurf vor vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens bis zu 95 % der Gesamtvergütung beanspruchen. Auch unter Zugrundelegung der anteiligen Vergütung für die Verschaffung des Eigentums an dem Baugrundstück ist das mehr, als der Unternehmer des Verbraucherbauvertrages geltend machen kann.

#### 4. Zustandsfeststellung - § 650f BGB-RefE

Die in § 650f BGB-RefE geregelte Zustandsfeststellung knüpft an die begründete Verweigerung der Abnahme an. Anwendbar ist diese Regelung nur auf den Bauvertrag; dies wird in aller Regel sachgerecht sein. Zwar sind auch außerhalb des Bauvertrages vergleichbare Konstellationen denkbar, etwa bei einem Auftragsportrait, dessen Abnahme wegen Mängeln verweigert wird. In diesen Fällen wird aber der Besteller in aller Regel bei Verweigerung der Abnahme keinen Besitz am Werk erlangen. Damit kann in diesen Fällen die Vermutungswirkung nach Abs. 2 mangels Verschaffung des Werkes ohnehin nicht eintreten, so dass eine Ausdehnung der Bestimmung auf andere als Bauverträge nicht geboten ist.

Durch den Anspruch des Unternehmers auf Mitwirkung an einer Zustandsfeststellung wird der Besteller dazu angehalten, mit dem Unternehmer das Werk zu besichtigen. Vielfach werden dann auch Lösungen zur Beseitigung der Mängel diskutiert werden können, so dass der eigentliche Wert der Zustandsfeststellung in der Gelegenheit zur außergerichtlichen Streitbeilegung liegen könnte. Die **Folgen der Verweigerung einer Zustandsfeststellung** sind im Gesetzesentwurf nicht explizit geregelt. Nach der Begründung des Entwurfes soll dann auch die einseitige Zustandsfeststellung durch den Unternehmer die Vermutungswirkung des Abs. 2 auslösen. Aber dies sollte besser im Gesetz selbst zum Ausdruck kommen. Dabei sollte auch der Fall bedacht werden, dass der Besteller nicht nur die Mitwirkung verweigert, sondern dem Unternehmer auch den Zutritt zur Baustelle verwehrt. In diesen Fällen kann der Unternehmer keine Zustandsfeststellung treffen. Es wäre sinnvoll, dann zu vermuten, dass das Werk im Zeitpunkt einer zur Zustandsfeststellung vom Unternehmer gesetzten Frist keine offensichtlichen Mängel aufweist.

Über die Kosten der Zustandsfeststellung trifft der Gesetzesentwurf keine Regelung. Sie werden von der jeweiligen Partei selbst zu tragen sein und können nur dann verlagert werden, wenn dem anderen Teil eine schuldhaftige Vertragsverletzung zur Last fällt.

Die Rechtsfolgen, die sich an die Zustandsfeststellung anknüpfen, sind sehr eingeschränkt: Wurde das Werk dem Besteller bereits verschafft, so wird lediglich vermutet, dass offenkundige Mängel, die bei der Zustandsfeststellung nicht festgestellt wurden, nach der Zustands-

feststellung entstanden sind. Diese Vermutung kann aber von erheblicher Bedeutung sein, weil nicht selten mangelfrei hergestellte Werke nachfolgend beschädigt werden.

#### **IV. Untertitel 1 - Kapitel 3: - Verbraucherbauvertrag**

##### **1. § 650h BGB-RefE**

Die in Kapitel 3 enthaltenen Vorschriften zum Verbraucherbauvertrag tragen dem besonderen Schutzbedürfnis des Verbrauchers bei der Errichtung von kompletten Gebäuden und erheblichen Umbaumaßnahmen Rechnung. Dieser tätigt häufig nur einmal in seinem Leben eine derart große Investition, die ihn auf viele Jahre in seinen finanziellen Dispositionsmöglichkeiten einschränkt und mit einem erheblichen wirtschaftlichen Risiko sowohl in Bezug auf die Bauerrichtungsphase als auch die Finanzierung verbunden ist. Hinzu kommen strukturelle Probleme wie Informationsdefizite, welche eine Kontrolle der in der Baubeschreibung konkretisierten Leistungspflichten und damit auch einen Vergleich mit anderen Angeboten zumindest erschweren und nicht selten auch zu übereilten Vertragsschlüssen führen.

Ebenso wie die übrigen Kapitel und Untertitel des Werkvertragsrechts enthält § 650 h BGB-E zunächst eine Definition des in diesem Kapitel geregelten Vertragstyps, hier des Verbraucherbauvertrags. Dieser weicht von der Definition des Bauvertrags in § 650 a BGB-E erheblich ab und ist im Zusammenhang mit der Verbraucherrechtsrichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011) zu sehen. Nach Art. 3 Abs. 3 Ziff. f der Richtlinie sind Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen von deren Anwendungsbereich ausgenommen. Die damit verbundene enge Auslegung dieser Ausnahmetatbestände führt dazu, dass unter dem Begriff „Bau eines neuen Gebäudes“ die Errichtung eines kompletten Gebäudes – etwa im Wege eines Generalunternehmer- oder Generalübernehmervertrags – und nicht die bloße Ausführung von einzelnen Gewerken zu verstehen ist. Entsprechendes gilt für den Begriff „erhebliche Umbaumaßnahmen“. Nach dem Erwägungsgrund 26 fallen darunter solche Umbaumaßnahmen, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind. Die Übernahme des Wortlauts von Art. 3 Abs. 3 Ziff. f der Verbraucherrechtsrichtlinie und die Beschränkung der Regelungen über Verbraucherbauverträge auf umfassende Bauverträge ist zu begrüßen, weil damit das Risiko eines Verstoßes gegen die Richtlinie vermieden wird. Es ist auch nicht einzusehen, dass derartige umfassende Verträge vom Anwendungsbereich der Verbraucherrechtsrichtlinie und damit deren Umsetzung in den §§ 312 ff. BGB ausgeschlossen sind, während für kleinere Bauverträge bereits bisher die Regelungen über Verbraucherverträge und insbesondere die Informationspflichten nach § 312 a i. V. m. Art. 246 EGBGB Anwendung finden. Der Entwurf sieht nunmehr in den §§ 650 h ff. BGB-E für „umfassende Bauverträge“ gesteigerte Schutzvorschriften vor und reduziert diese für kleinere Bauverträge auf den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB, was zu einer sinnvollen Abstufung führt und den Unternehmer bei kleineren Verträgen nicht übermäßig belastet.

## 2. §§ 650i, 650j BGB-RefE (Baubeschreibung)

Die Pflicht zur Übergabe einer Baubeschreibung durch den Unternehmer ist zu begrüßen, weil dadurch dem Informationsbedürfnis des Verbrauchers Rechnung getragen wird. Dadurch werden erst die Voraussetzungen für eine Vergleichbarkeit von Angeboten und somit für einen funktionierenden Wettbewerb geschaffen. Die Ausgestaltung des Inhalts der Baubeschreibung in Art. 249 EGBGB-RefE verhindert eine Überfrachtung der abstrakten Normen des Bauvertragsrechts des BGB durch eine ins Detail gehende Regelung, welche aufgrund ihres Umfangs eher der Regelungstechnik der VOB/B entspricht. Sie fügt sich auch in die Systematik des BGB ein, welches den Inhalt der allgemeinen Informationspflicht nach § 312 a Abs. 2 BGB in den Art. 246 EGBGB-RefE verlagert hat.

Dagegen ist die inhaltliche Ausgestaltung der Baubeschreibung in Art. 249 EGBGB-RefE problematisch. Die in Abs. 1 Nr. 1-9 enthaltenen umfangreichen Angaben sind in ihrer Gesamtheit für die Befriedigung des Informationsbedürfnisses des Verbrauchers in der Regel nicht erforderlich. Dies führt dazu, dass die Regelung selbst widersprüchlich ist. So „muss“ die Baubeschreibung mindestens die in Nr. 1-9 enthaltenen Informationen enthalten. Diese Verpflichtung wird dadurch relativiert, dass die Informationen in den meisten Fällen nur „gegebenenfalls“ zu erteilen sind. Außerdem treten durch den unklaren Begriff „gegebenenfalls“ erhebliche Auslegungsprobleme bei der Bestimmung der Rechtsfolgen im Falle einer unvollständigen Baubeschreibung nach § 650 j BGB-RefE auf.

§ 650 j Abs. 1 BGB-RefE, wonach die in der Baubeschreibung enthaltenen Angaben zum Vertragsinhalt werden, stellt eine logische Konsequenz der sich aus § 650 i BGB-RefE ergebenden Verpflichtung dar. Ebenso ist die in Abs. 2 enthaltene Regelung über die verbraucherfreundlichste Auslegung von unklaren Baubeschreibungen zu begrüßen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der geschuldete Inhalt der Baubeschreibung klar definiert ist (vgl. oben).

Der in der Begründung zum Referentenentwurf (S. 65) enthaltene Hinweis auf Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht dürfte eher theoretischer Natur sein, weil dem Verbraucher im Falle einer unvollständigen Baubeschreibung kaum der Nachweis eines daraus entstandenen Schadens gelingen dürfte.

Problematisch ist die in Abs. 3 enthaltene Verpflichtung, dass der Bauvertrag verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Vollendung des Werks enthalten muss. Hier wird dem Unternehmer einseitig das Risiko einer verspäteten Herstellung auferlegt. So liegt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags häufig noch keine Baugenehmigung vor. Obwohl der Verbraucher außerhalb des Bauträgervertrags in der Regel Grundstückseigentümer und damit Antragsteller ist, wird dem Unternehmer das Risiko des Genehmigungsverfahrens und eventueller Nachbareinwendungen auferlegt. Auch im Falle von sonstigen unvorhersehbaren Verzögerungen bei der Durchführung des Bauvorhabens kann der Unternehmer Schadensersatzansprüche nur durch den ihm obliegenden Nachweis des fehlenden Verschuldens abwehren.

### **3. § 650k BGB-RefE (Widerrufsrecht)**

Das Widerrufsrecht stellt ein zentrales Element des Verbraucherschutzes dar. Der damit verfolgte Zweck, den Verbraucher vor einem übereilten Vertragsschluss zu schützen, ist gerade bei einem Verbraucherbauvertrag aufgrund der damit einhergehenden hohen finanziellen Belastungen erforderlich. Zu begrüßen ist der Ausschluss des Widerrufsrechts bei notariell beurkundeten Verträgen, weil der Schutz bereits durch § 17 Abs. 2 a Nr. 2 BeurkG erreicht wird.

Das Widerrufsrecht erlischt nach § 356 d S. 2 BGB-RefE auch ohne die erforderliche Belehrung entweder 12 Monate und 14 Tage ab Vertragsschluss oder mit der ersten Abschlagszahlung des Verbrauchers. Zwar ist ein Verbraucher auch mit der ersten Zahlung nicht zwingend über das ihm zustehende Widerrufsrecht informiert. Diese Begrenzung des Widerrufsrechts erscheint trotzdem angemessen, weil die Abschlagszahlung erst nach einer erheblichen Vorleistung des Unternehmers erfolgt und dem Verbraucher dadurch ausreichend Zeit für eine Entscheidung über den Widerruf gegeben wird. Außerdem gibt dieser dadurch zu erkennen, dass er sich von dem Vertrag nicht lösen will (Begr. RefE S. 38).

## **V. Untertitel 2: Architekten- und Ingenieurvertrag**

### **1. Allgemeines**

Der Deutsche Bauggerichtstag begrüßt die Entscheidung des Entwurfsverfassers, den Architekten- und Ingenieurvertrag gemäß § 650p BGB-RefE zwar weiterhin den Allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts in Kapitel 1 zu Untertitel 1 des Titels 9 des BGB zu unterstellen, ihm aber wegen seiner Besonderheiten einen eigenen Untertitel 2 mit speziellen Regelungen zu widmen. Damit bleibt es im Ausgangspunkt bei der einheitlichen Erfolgsbezogenheit von Architekten- und Ingenieurleistungen, die nun allerdings mit Blick auf die besondere Struktur der vertraglichen Beziehungen zwischen Architekten und Ingenieuren einerseits und dem Besteller andererseits einem speziell auf diese Vertragsstruktur zugeschnittenen Sonderrecht unterstellt sind. Das wird im Ergebnis zu der Entwicklung eines eigenständigen Architekten- und Ingenieurrechts beitragen, für dessen weitere gesetzgeberische Gestaltung nunmehr eine belastbare Grundlage abseits des notorisch störanfälligen Rückgriffs auf die HOAI bestünde. Der Gesetzgeber könnte zukünftig von diesem Gestaltungsspielraum Gebrauch machen, ohne in die Regelungssystematik des allgemeinen Werkvertragsrechts oder des Bauvertragsrechts eingreifen zu müssen. Überprüft werden muss allerdings, ob die Verweisungen im BGB (z.B. § 309 Nr. 15 BGB-RefE) auf das Werkvertragsrecht auf das Architekten- und Ingenieurrecht erstreckt werden müssen.

## **2. Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen - § 650o BGB-RefE**

§ 650o BGB-RefE definiert die vertragstypischen Leistungspflichten der Architekten und Ingenieure jedenfalls im Ergebnis zutreffend. Der Deutsche Baugerichtstag verzichtet an dieser Stelle darauf, die hinter dieser typologischen Definition stehenden, vielfältigen Erwägungen in ihren Einzelheiten nachzuzeichnen und zu bewerten. Sie beruhen auf der zutreffenden Unterscheidung zwischen Gegenstand und Umfang der Leistungspflichten der Architekten und Ingenieure einerseits und den mit der Ausführung dieser Leistungen zu verwirklichenden Leistungszielen andererseits, die regelmäßig durch die Anforderungen des Bestellers an das zu errichtende Bauwerk definiert werden.

Eine wichtige Leistungsverpflichtung des Architekten in einem frühen Leistungsstadium besteht regelmäßig darin, den Bedarf des Bestellers zu klären und planerisch soweit zu verdichten, dass Bezugspunkt für alle weiteren (planerischen) Leistungen des Architekten nunmehr ein konkreter Bauerfolg ist. Erst ab diesem Zeitpunkt besteht das vom Architekten zu realisierende Leistungsziel in der planerischen Umsetzung dieses Bauerfolgs. § 650o Satz 2 BGB-RefE stellt in Übereinstimmung mit der 2. Empfehlung des Arbeitskreises IV (Architekten- und Ingeniurrecht) des 4. Deutschen Baugerichtstages klar, dass auch die Herbeiführung der Konkretisierung des Bauerfolgs Gegenstand der erfolgsbezogenen Leistungsverpflichtung des entsprechend beauftragten Architekten/Ingenieurs ist, solange die nach § 650o Satz 1 BGB-RefE den eigentlichen Bauerfolg definierenden Planungs- und Überwachungsziele nicht vereinbart sind. Das alles verdient Zustimmung, wenngleich die im Referentenentwurf verwendeten Begrifflichkeiten und ihre terminologische Abgrenzung in einer Gesetzesbegründung zur Vermeidung von Missverständnissen noch weiter präzisiert und erläutert werden sollten. Das betrifft insbesondere den erstmals in § 650q Abs. 1 BGB-RefE im Zusammenhang mit dem Sonderkündigungsrecht erwähnten Begriff der Zielfindungsphase, der die für die Typologie und das Verständnis des Architekten- und Ingenieurvertrages entscheidende Zäsur zwischen der planerischen Konkretisierung des Bedarfs des Bestellers und der Verwirklichung des in dieser Konkretisierung repräsentierten Bauerfolgs kennzeichnen soll. Er sollte deshalb schon in § 650o BGB-RefE verwendet und in der Gesetzesbegründung näher beschrieben werden.

## **3. Sonderkündigungsrecht - § 650q BGB-RefE**

Der Deutsche Baugerichtstag unterstützt die Einführung eines Sonderkündigungsrechts für beide Parteien eines Architekten- oder Ingenieurvertrages. Die hierzu vorgeschlagenen Regelungen entsprechen weitgehend den Empfehlungen des Arbeitskreises IV des Deutschen Baugerichtstages im Rahmen des 4. Kongresses im Jahre 2012.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> abrufbar unter [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de), Arbeitskreis IV Architekten- und Ingeniurrecht

Der Regelungsentwurf zum Sonderkündigungsrecht zeichnet die in § 650o BGB-RefE angelegte Unterscheidung zwischen Zielfindungs- und Planungsphase nach und erkennt in § 650q Abs. 1 BGB-RefE zutreffend, dass der Unternehmer dem Besteller am Ende der Zielfindungsphase Planungsunterlagen vorlegen muss, aus der sich die Konkretisierung des Bau Erfolgs ergibt. Darüber hinaus wird durch §§ 650q Abs. 1 Satz 2, 650q Abs. 2 BGB-RefE klar gestellt, dass der Besteller seinerseits eine Entscheidung treffen muss, ob er den Vertrag mit dem Architekten/Ingenieur auf der Grundlage der ihm vorgelegten Planungsunterlagen durch Eintritt in die auf die Umsetzung dieser Entwürfe gerichteten Planungsphase fortsetzen möchte oder nicht. Bei dieser Entscheidung dürfte es sich um eine Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers iSd § 642 Abs. 1 BGB handeln. Erklärt er sich nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer für die Zustimmung gesetzten angemessenen Frist (§ 650q Abs. 1 Satz 2 BGB-RefE) oder verweigert er die Zustimmung, ist es folgerichtig, dass der Unternehmer sich durch Kündigung gemäß § 650q Abs. 3 BGB-RefE einseitig vom Vertrag lösen darf. Ein solches Sonderkündigungsrecht ist trotz der Bestimmungen der §§ 642, 643 BGB erforderlich, weil die gebotene Mitwirkung des Bestellers in der (redlichen) Verweigerung der Zustimmung bestehen kann und dem Unternehmer auch für diesen Fall die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sich vom Vertrag zu lösen. Dann aber ist es konsequent, seinen Vergütungsanspruch nicht gemäß § 645 BGB zu bemessen, sondern gemäß § 650q Abs. 4 BGB-RefE auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu beschränken.

Der Besteller soll sich gemäß § 650q Abs. 2 BGB-RefE ebenfalls ohne weiteres vom Vertrag lösen können, wenn er das Bauvorhaben auf der Grundlage der ihm hierfür vom Architekten/Ingenieur vorgelegten Planungsunterlagen nicht durchführen möchte. Weil diese Entscheidung maßgeblich von den zu erwartenden Kosten der Baumaßnahme abhängen kann, sieht § 650q Abs. 1 Satz 1 BGB-RefE richtigerweise vor, dass der Architekt/Ingenieur dem Besteller zum Abschluss der Zielfindungsphase zusammen mit den Planungsunterlagen eine Kosteneinschätzung vorlegen muss. Die Begrifflichkeit der "Kosteneinschätzung" ist richtig gewählt, weil dadurch klargestellt wird, dass es sich nicht um eine nach der HOAI in Leistungsphase 2 zu erbringende Kostenschätzung handelt.

Nach dem Regelungskonzept in § 650q BGB-RefE bestimmt der Architekt/Ingenieur das Ende der Zielfindungsphase durch Vorlage der Planungsunterlagen nebst Kosteneinschätzung. Der Deutsche Baugerichtstag begrüßt die Einführung einer kurzen Frist von 2 Wochen ab diesem Zeitpunkt für die Ausübung des Sonderkündigungsrechts des Bestellers (§ 650q Abs. 2 Satz 1 BGB-RefE), deren Beginn bei einem Vertrag mit einem Verbraucher allerdings mit Recht von einer entsprechenden Belehrung durch den Architekten abhängig gemacht wird (§ 650q Abs. 2 Satz 2 BGB-RefE). Das Sonderkündigungsrecht soll dem Besteller die Möglichkeit eröffnen, sich vom Vertrag lösen zu können, ohne - wie bei einer weiterhin möglichen freien Kündigung nach § 649 BGB - nicht erbrachte Leistungen bezahlen zu müssen - § 650q Abs. 4 BGB-RefE. Das erscheint systemkonform und praxisgerecht.



#### 4. Anwendbare Vorschriften - § 650p BGB-RefE

Der Deutsche Baugerichtstag weist auf einen Widerspruch zwischen dem Wortlaut des § 650p BGB-RefE und den Ausführungen in der Begründung für die Einführung dieser Vorschrift hin. Auf Seite 69f. der Begr.-RefE zu § 650o BGB-RefE heißt es:

*"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, können künftig nur noch über das Anordnungsrecht nach § 650b BGB-RefE geltend gemacht werden."*

Der Referentenentwurf geht also davon aus, dass auch dem Besteller von Architekten- oder Ingenieurleistungen ein einseitiges Anordnungsrecht nach § 650b BGB-RefE zustehen soll. Das mit Recht, weil nur auf diese Weise der erzwungenen Festlegung des Bestellers auf einen konkreten Bauerfolg am Ende der Zielfindungsphase diejenige Bedeutung beigemessen wird, die ihr aus rechtsgeschäftlicher Sicht zukommt: Der Besteller soll den durch von ihm gebilligte Planunterlagen konkretisierten Bauerfolg nur noch einvernehmlich mit dem Architekten oder kraft wirksamer einseitiger Anordnung ändern dürfen. Ein solches einseitiges Anordnungsrecht stünde dem Besteller nach dem Wortlaut des § 650p BGB-RefE indes nicht zu, weil dort nicht auf die Vorschrift des § 650b BGB-RefE verwiesen wird. Der Deutsche Baugerichtstag geht davon aus, dass es sich insoweit um Versehen handelt, das der Entwurfsverfasser korrigieren wird. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass die preislichen Auswirkungen einer einseitigen Leistungsänderungsanordnung des Bestellers nicht durch Bezugnahme auf die Preisanpassungsvorschriften des § 650c BGB-RefE erfolgen kann; erforderlich ist eine besondere Vorschrift zur Preisanpassung, die sich an den bindenden Preisvorgaben der HOAI wird orientieren müssen.

#### 5. Teilabnahme - § 650r BGB-RefE

§ 650r BGB-RefE setzt die 7. Empfehlung des Arbeitskreises IV auf dem 4. Deutschen Baugerichtstag um. Dem ist an dieser Stelle nichts hinzuzufügen.

#### 5. Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer - § 650s BGB-RefE

Die vorgeschlagene Regelung in § 650s BGB-RefE entspricht fast wörtlich der einzigen Empfehlung des Arbeitskreises IV auf dem 5. Deutschen Baugerichtstages. Dort ist intensiv diskutiert und schließlich einstimmig beschlossen worden, dass der Besteller den Architekten/Ingenieur erst dann gemäß §§ 634 Nr. 4, 280, 281 BGB wegen Mängel auf Schadensersatz statt der Leistung in Anspruch nehmen darf, wenn er zuvor dem ausführenden Unterneh-



mer eine angemessene Frist zu Nacherfüllung gesetzt hat. Dadurch wird einer Tendenz der baurechtlichen Praxis entgegengewirkt, den versicherten Architekten auf Erstattung von Mängelbeseitigungskosten in Anspruch zu nehmen, ohne zunächst die in der Regel kostengünstigere Möglichkeit der Mängelbeseitigung durch den ausführenden Unternehmer versucht zu haben. Darüberhinaus wird vermieden, dass der auch der nacherfüllungswillige Unternehmer im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs nach § 426 BGB am Ende den quotale auf ihn entfallenden Anteile der (höheren) Kosten der Mängelbeseitigung durch einen Drittunternehmer tragen muss. Das alles erscheint sinnvoll, wenngleich die praktische Relevanz dieser Regelung nicht überschätzt werden sollte. Sie greift nicht in den zahlreichen Fällen, in denen der ausführende Unternehmer die Nacherfüllung verweigert oder nicht innerhalb der ihm hierfür gesetzten Frist ausführt.

## **VI. Untertitel 3: Bauträgervertrag**

Der systematisch auf gleicher Ebene wie der Architekten- und Ingenieurvertrag angesiedelte Bauträgervertrag wird nun in § 650t BGB-RefE legal definiert. Die Definition entspricht der des § 632a Abs. 2 BGB. Die Vorschriften des Allgemeinen Werkvertragsrechts (Untertitel 1) finden mit Ausnahme der in § 650t Abs. 3 BGB-RefE aufgeführten Vorschriften sowie der sich für Abschlagszahlungen aus § 650u BGB-RefE ergebenden Einschränkung Anwendung. Klargestellt werden sollte, ob § 650n BGB-RefE auf den Bauträgervertrag angewandt werden soll. § 650t Abs. 1 Satz 3 BGB-RefE stellt klar, dass hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück weiterhin die Vorschriften des Kaufrechts Anwendung finden.

Der Deutsche Bauggerichtstag geht davon aus, dass die Arbeitsgruppe "Bauträgerrecht" im BMJV die für den Bauträgervertrag maßgeblichen gesetzlichen Sonderbestimmungen weiter entwickeln und entsprechende Regelungsvorschläge erarbeiten wird. Hierzu hat der Deutsche Bauggerichtstag im Arbeitskreis V (Bauträgerrecht) auf drei Kongressen Empfehlungen entwickelt, die insbesondere

- die Abnahme des Gemeinschaftseigentums
- Verjährungsfragen bei sog. "Nachzüglern"
- Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum
- Regelungen zur Lastenfreistellung

betreffen. Er hat zudem in seiner 2. Empfehlung auf dem 5. Deutschen Bauggerichtstag vorgeschlagen, die für Verbraucherverträge geltende Baubeschreibungspflicht auf den Bauträgervertrag zu erstrecken. Dem trägt § 650t Abs. 2 BGB-RefE mit der Maßgabe Rechnung, dass der Bauträger im Hinblick auf die besondere Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern im Zusammenhang mit dem Abschluss von Bauträgerverträgen und im Interesse der Vergleichbarkeit von mehreren Angeboten die nach Maßgabe der Vorschriften für den Verbraucherbauver-

trag zu erstellende Baubeschreibung abweichend von § 650i BGB-RefE schon bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen übergeben muss. Die Bauträgerverbände haben bereits darauf hingewiesen, dass es faktisch unmöglich sei, eine Baubeschreibung mit dieser Denktiefe zu einem so frühen Zeitpunkt vorzulegen. Es erscheint sinnvoll und gerechtfertigt, diesen Einwand ernst zu nehmen und sachverständig evaluieren zu lassen.