

## **Referentenentwurf**

### **des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**

#### **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, im Folgenden: Gerichtshof) 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 längere Sicht 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 Gerichtshofs angepasst (EuGH, 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 2,71 Millionen Euro. Hinzu kommt ein laufender jährlicher Mehraufwand für die betroffenen Unternehmen von rund 1,9 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 mit einem Teil der Entlastungen aus dem bereits beschlossenen Entwurf einer Gerichtsvollzieherformular-Verordnung.

#### **Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten**

Rund 3,9 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 1,9 Millionen Euro) für eine vorvertragliche Baubeschreibungspflicht und eine Rechtsinformation zur fiktiven Abnahme.

### **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.

# **Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**

## **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, Bundesratsdrucksache 258/15] geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

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

„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

- a) für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Absatz 1 und § 650I Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, oder
  - b) die Sicherheitsleistung nach § 650I 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 246 Absatz 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens mit der ersten Abschlagszahlung durch den Verbraucher oder 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. Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung verändert, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, nach seiner Wahl entweder selbst den veränderten Zustand wiederherzustellen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen. § 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder die Veränderung 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 sowie § 478 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 oder Satz 2 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 und 2 entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind, Vorschuss verlangen.“

11. Der bisherige § 475 wird § 476 und in Absatz 1 Satz 1 werden nach den Wörtern „§§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443“ ein Komma und die Angabe „445a, 445b“ eingefügt.
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) Die Absätze 5 und 6 werden 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 § 621 wird folgende Überschrift eingefügt:

## „Kapitel 1

### Allgemeine Vorschriften“.

17. § 632a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 1 und 2 wird wie folgt gefasst:

„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.“

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 5 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 der folgende Absatz 2 eingefügt:

„(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung 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 Gründen verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.“

c) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 3.

19. § 643 wird wie folgt gefasst:

#### „§ 643

#### Kündigung bei unterlassener Mitwirkung

Der Unternehmer ist im Fall des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist zu bestimmen. Wird die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen, kann der Unternehmer den Vertrag kündigen.“

20. 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.“

21. Die §§ 648 und 648a werden aufgehoben.
22. § 649 wird § 648.
23. 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 Vollendung des Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) § 314 Absatz 2 bis 4 gilt entsprechend. Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung beziehen.

(3) 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 Leistungsstandabgrenzung 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.

(4) 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.“

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

## „Kapitel 2

### Bauvertrag

#### § 650a

##### Bauvertrag

(5) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, Wiederherstellung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(6) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, 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 werden.

#### § 650b

##### Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Der Besteller kann

1. Anordnungen treffen, um eine Änderung des Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) zu erreichen, oder
2. Leistungen anordnen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, soweit die Planung des Bauwerks durch den Besteller oder einen von ihm Beauftragten erfolgt ist.

(2) Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nach Absatz 1 nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Betrifft eine Anordnung nach Absatz 1 Nummer 1 die Art der Ausführung der Bauleistung oder die Bauzeit, muss der Unternehmer sie nur befolgen, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen.

(3) Im Fall des Absatz 1 Nummer 1 kann der Unternehmer die angeordnete Leistung verweigern, bis die Parteien sich über die Zumutbarkeit geeinigt haben oder eine gerichtliche oder, soweit die Parteien dies vereinbart haben, eine außergerichtliche Entscheidung hierüber vorliegt.

(4) Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.

### § 650c

#### Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b

(1) Die Vergütung für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit 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 diese Ansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und hinsichtlich der Zuschläge weiterhin angemessen sind.

### § 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 vollstreckbares 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) Verlangt der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen nach § 632a oder sind Abschlagszahlungen vereinbart, darf er vom Besteller nur eine Sicherheit von höchstens 20 Prozent der vereinbarten Vergütung verlangen. 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 Vorschriften der 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 Verbraucherbaupvertrag nach § 650h oder um einen Baurägervertrag 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 Vorschriften der Absätze 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

## § 650f

### Zustandsfeststellung nach Verweigerung der Abnahme; Gefahrtragung

(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, kann der Unternehmer verlangen, dass der Besteller an einer Feststellung des Zustands des Werks mitwirkt.

(2) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht 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 zur Bauausführung werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

(2) Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder nicht klar und verständlich ist, ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, ergänzend auszulegen. Kommen danach verschiedene Auslegungsmöglichkeiten in Betracht, ist die für den Verbraucher günstigste Auslegung maßgeblich.

(3) Der Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Vollendung des Werks enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertraglich übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Vollendung 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 vor Abgabe von dessen Vertragserklärung gemäß Artikel 246 Absatz 3 des Einfüh-

rungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht und die Pflicht zum Wertersatz nach § 357d zu belehren.

## § 650l

### Höhe und Absicherung von Abschlagszahlungen

(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

Rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen und Dokumente zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Den Unternehmer treffen entsprechende Pflichten, wenn ein Dritter, etwa ein Darlehensgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt und wenn der Unternehmer die berechnete Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten. Die Pflichten gemäß den Sätzen 1 und 2 bestehen nicht, soweit der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.

## 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

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. Solange die Planungs- und Überwachungsziele nicht vereinbart sind, schuldet der Unternehmer in der Regel die zur Konkretisierung dieser Ziele notwendigen Leistungen.

#### § 650p

##### Anwendbare Vorschriften

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

#### § 650q

##### Sonderkündigungsrecht

(1) Im Fall des § 650o Satz 2 hat der Unternehmer dem Besteller am Ende der Zielfindungsphase die von ihm erstellten Planungsgrundlagen zusammen mit einer Kosteneinschätzung zur Zustimmung vorzulegen. Er kann dem Besteller eine angemessene Frist zur Zustimmung setzen.

(2) Nach Vorlage der Unterlagen nach Absatz 1 Satz 1 kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen nach Absatz 1 Satz 1, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungs-

recht, die Frist, in der es ausgeübt werden kann und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat.

(3) Der Unternehmer kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung zu den Unterlagen nach Absatz 1 verweigert oder dazu innerhalb der gesetzten angemessenen Frist keine Erklärung abgibt.

(4) Wird der Vertrag nach den Absätzen 2 oder 3 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 Abnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

#### § 650s

##### Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

Eine Inanspruchnahme des Unternehmers auf Schadensersatz nach § 634 Nummer 4 und §§ 280, 281 wegen Mängeln am Bauwerk oder an der Außenanlage ist im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer erst zulässig, wenn der Besteller dem bauausführenden Unternehmer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung nach § 634 Nummer 1 und § 635 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) § 650i in Verbindung mit Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe Anwendung, dass die Baubeschreibung bereits bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen zu übergeben ist.

(3) Keine Anwendung finden die §§ 648, 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.“

27. Der bisherige Untertitel 2 wird Untertitel 4.

## 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 15 des Gesetzes vom 29. Juni 2015 (BGBl. I S. 1042) 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 4 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 § 650l“ 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 und verständlicher 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- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,
5. Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke,
6. gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus,
7. gegebenenfalls Beschreibung der haustechnischen 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 Vervollendung des Werks zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.“

## 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, Bundesratsdrucksache 55/15 / Artikel 7 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten und zur Durchführung der Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten, Bundesratsdrucksache 258/15] geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Nach Buchstabe e wird folgender Buchstabe f eingefügt:

„f) **Bauverträge**,“.

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.

## **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 Problemfelder 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 (im Folgenden: Gerichtshof) 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:

#### **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 Vollendung 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 EGBGB-E).
- Die vorvertraglich übergebene Baubeschreibung wird grundsätzlich Inhalt des Vertrags (§ 650j Absatz 1 BGB-E) und ist im Zweifel zugunsten des Verbrauchers auszulegen (§ 650j Absatz 2 BGB-E);
- Der Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Vollendung des Baus enthalten (§ 650j Absatz 3 BGB-E);
- Dem Verbraucher wird das Recht eingeräumt, den Bauvertrag innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsschluss 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 am Ende der Zielfin-

dungsphase vorgesehen, nachdem der Architekt oder Ingenieur eine erste Planung 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 Verbrauchervertrags:

- 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 modifiziert die Pflicht zur Baubeschreibung für den Bauträgervertrag, damit sie ihre Schutz- und Informationsfunktion auch in diesem Bereich entfalten kann.
- § 650t Absatz 3 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 Gerichtshofs werden folgende Regelungen vorgeschlagen:

- In § 439 BGB wird ein neuer Anspruch des Käufers auf Vornahme von Aus- und Einbau- sowie von Wiederherstellungsleistungen 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/Bautatigkeit/Tabellen/Baugenehmigungen.html>, abgerufen am 23.07.2015). Geht man davon aus, dass ca. 2% 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	Gesamtaufwand 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 2,71 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 246 Absatz 3 EGBGB 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. 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, 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 10.08.2015) 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.

- Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angaben von Gründen 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 Gründen 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 einmaligem 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, 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, 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.

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 Verbrauchern mit dem Unternehmer geschlossenen Vertrag 14 Tage lang wieder rückgängig machen können (Anpassung von Unterlagen)	24 529	52	31,90	678
Informationspflicht	§ 640 Absatz 2 Satz 2 BGB-E	Information des Verbrauchers über die Folgen einer nach Fristsetzung nicht erklärten oder ohne Angaben von Gründen verweigerten Abnahme (Erstellung eines Formblattes)	24 529	52	31,90	678
Informationspflicht	§ 650i BGB-E in Verbindung mit Artikel 249	Pflicht zur Baubeschreibung (Anpassung von Unterlagen)	49 058	52	31,90	1 356

	EGBGB-E				
<b>Gesamtkosten einmaliger Umstellungsaufwand Wirtschaft</b>		<b>2 712</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 1,9 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 Angaben von Gründen 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 Angaben von Gründen 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 16 Minuten 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 1,78 Millionen Euro. Sachkosten werden nicht berechnet, da verschiedene Unterlagen und Dokumente bereits vom Unternehmer vorzuhalten sind (z. B. Genehmigungen).

**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 Gründen verweigerten Abnahme	209 295	1	31,90	0,05	122
Informationspflicht	§ 650m BGB-E	Herausgabe von Unterlagen	209 295	4	31,90	-	1 780
<b>Gesamt</b>							
<b>Jährlicher Aufwand Wirtschaft (Gesamtkosten)</b>							<b>1 902</b>
<b>davon</b>							
<b>Sachaufwand</b>							<b>11</b>

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

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

Durch das in § 308 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E vorgesehene Verbot, den kaufrechtlichen Anspruch auf Aus- und Einbauleistungen sowie Wiederherstellungsleistungen in AGB abzubedingen, entsteht kein Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft. Grundsätzlich kann eine gesetzliche Anpassung der Vorschriften über die AGB Umstellungsaufwand in den Unternehmen auslösen. Da jedoch individuell ausgehandelte Vereinbarungen im Sinne der Vertragsfreiheit erhalten bleiben, fehlt eine gesetzliche Verpflichtung zur Anpassung der AGB. Dies bedeutet, dass bereits bestehende AGB auch hier in den meisten Fällen Bestand haben werden. Ein normenkonformes Verhalten der Unternehmen im Sinne des Erfüllungsaufwands ist hierbei Voraussetzung.

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

Entsprechendes gilt für das in § 309 Nummer 15 BGB-E vorgesehene Verbot, in AGB wesentlich von den gesetzlichen Regelungen zur Abschlagszahlung abzuweichen. Grundsätzlich kann eine gesetzliche Anpassung der Vorschriften über die AGB Umstellungsaufwand in den Unternehmen auslösen. Da jedoch individuelle ausgehandelte Vereinbarungen erhalten bleiben, fehlt eine gesetzliche Verpflichtung zur Anpassung der AGB. Dies bedeutet, dass bereits bestehende AGBs in den meisten Fällen Bestand haben werden. Im Sinne des Erfüllungsaufwands ist hierbei ein normenkonformes Verhalten der Unternehmen Voraussetzung.

- 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-, Einbau- und Wiederherstellungsleistungen 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 Gerichtshofs (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 Ein-, Ausbau- und Wiederherstellungsleistungen 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 Ausführungen zu § 439 Absatz 3 BGB, 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) weitergeben kann. Entsprechende Ansprüche stehen den übrigen Verkäufern in der Lieferkette gegen ihre Lieferanten zu (§ 445a Absatz 3 BGB). 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 Gerichtshofs (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 Gerichtshofs 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, 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 Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn verlangen, so dass sie insgesamt keine Verluste hinzunehmen haben.

- Anspruch des Unternehmers auf Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme (§ 650f BGB-E)

Nach § 650f Absatz 1 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 (§ 650i 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 (§ 650i Absatz 1 BGB-E). Dies bedeutet dass der Unternehmer in diesem Fall bei Verträgen mit Verbrauchern die letzten 10 Prozent der Vergütung erst nach Vollendung 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 nach 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.

Im Rahmen der Ermittlung des Erfüllungsaufwands werden nur die tatsächlich entstandenen Aufwendungen betrachtet, die unmittelbar zur Änderung von Kosten führen. Unmittelbar bedeutet, dass die Kosten in direkter Verbindung mit der Befolgung der jeweiligen Vorgabe stehen. Der Unternehmer kann die Teilabnahme verlangen, rechtlich ist er jedoch nicht dazu verpflichtet. Durch die Teilabnahme etwa entstehende Mehrkosten stellen daher keinen Erfüllungsaufwand dar.

- 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 eingeführt. Eine Inanspruchnahme des Architekten oder Ingenieurs auf Schadensersatz soll künftig erst zulässig sein, wenn der Besteller dem bauausführenden Unternehmer zuvor 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.

Für die Ermittlung des Erfüllungsaufwands sind allerdings nur die tatsächlich entstandenen Aufwendungen zu berücksichtigen, die unmittelbar zur Änderung von Kosten führen. Unmittelbar bedeutet, dass die Kosten in direkter Verbindung mit der Befolgung der jeweiligen Vorgabe stehen. Auch wenn das Prinzip Nacherfüllung vor den Schadensersatzansprüchen wahrscheinlich zu einer Verlagerung der Kosten aus der Mängelhaftung und zu einer Verringerung der insgesamt anfallenden Kosten führen wird, sind diese als kalkulatorische Kosten nicht dem Erfüllungsaufwand zuzuordnen (vgl. Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwands in Regelungsvorhaben der Bundesregierung, Bundesregierung, Oktober 2012, S. 12).

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

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

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

Für Bund, Länder und Kommunen entsteht kein zusätzlicher Vollzugaufwand.

## **5. Weitere Kosten**

In § 439 Absatz 3 BGB-E wird die Verpflichtung des Verkäufers vorgesehen, im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig Aus-, Einbau- und Wiederherstellungsleistungen 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 Kon-

kurrenzsituation auf den bestehenden Märkten. Herrscht beispielsweise auf einem Markt eine hohe Konkurrenzsdichte, 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 Verbraucherbauvertrag 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 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 Europäischen Gerichtshofs ergibt. Es kommt daher nicht in Betracht, die Geltung der Neuregelung auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken.

Eine Evaluierung der neuen Regelungen sollte frühestens fünf Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes vorgenommen werden. Dieser Zeitrahmen ist angemessen, um die Auswirkungen der neuen Regelungen auf den Markt beurteilen zu können.

## **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 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-, Einbau- und Wiederherstellungsleistungen 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-, Ausbau und Wiederherstellungsleistungen zu erbringen oder hierfür Aufwendungsersatz zu leisten, wird aufgrund der vorgeschlagenen Änderung grundsätzlich wegen un-

angemessener 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-, Einbau oder Wiederherstellung des veränderten Zustands der Kaufsache durch den Verweis auf § 439 Absatz 3 BGB-E, erscheint daher geeignet, um einerseits einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse an Vertragsfreiheit 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 § 650I 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 § 650I 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 § 650I 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 Ausnahmegvorschrift 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 246 Absatz 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) unterrichtet hat.

Im Interesse der Rechtssicherheit wird festgelegt, dass das Widerrufsrecht spätestens mit der ersten Abschlagszahlung des Verbrauchers oder zwölf Monate und 14 Tage nach dem Vertragsschluss erlischt.

Abschlagszahlungen können nach § 632a erst verlangt werden, wenn der Unternehmer bereits einen Teil der vertraglich vereinbarten Leistungen erbracht hat. Lässt der Verbraucher die Arbeiten auf seinem Grundstück zu und leistet schließlich auf die Aufforderung des Unternehmers hin eine erste Abschlagszahlung, gibt er damit auch zu erkennen, dass er an dem Vertrag festhalten will. Er soll in diesem Fall auch bei unterbliebener oder nicht ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung nicht mehr widerrufen können.

In Anlehnung an das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen (§ 356 Absatz 3 Satz 2) erlischt das Widerrufsrecht im Übrigen spätestens 12 Monate nach Ablauf der gesetzlichen Widerrufsfrist von 14 Tagen, auch hier 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 – verschuldensunabhängige – Verpflichtung des Verbrauchers auf Wertersatz für die erbrachte Leistung gegenüber dem Unternehmer. Bei der Berechnung dieses Wertersatzes ist nach § 357d Satz 2 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 Europäische Gerichtshof 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 Gerichtshofs 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 Gerichtshofs 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 E wird die Entscheidung des Gerichtshofs zu den Ein- und Ausbaurkosten für sämtliche Kaufvertragsverhältnisse und für beide Arten der Nacherfüllung nach § 439 Absatz 1 umgesetzt. Hinzu kommt eine Regelung für die vergleichbaren Fallkonstellationen, in denen der Käufer die mangelhafte Sache entsprechend ihrer im Vertrag vorausgesetzten Verwendung verändert hat.

### **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 liefernden 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 Gerichtshof 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 Schadensersatzanspruches 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 Gerichtshofs 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 verwendungszweckgemäße 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.

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

Veränderung der Kaufsache

Eine dem Einbau der Kaufsache vergleichbare Fallkonstellation besteht, wenn der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels verändert hat. Damit gemeint sind Fälle, in denen der Käufer beispielsweise eine Oberflächenbehandlung der Kaufsache dadurch vorgenommen hat, dass er diese lackiert, lasiert oder sonst veredelt hat. Ebenfalls gemeint sind Fälle, in denen der Käufer eine Kaufsache, die er beispielsweise in Einzelteilen als Bausatz erworben hat, montiert oder sonst fertiggestellt hat. In all diesen Fällen hat der Käufer Verwendungen auf die Kaufsache gemacht, die für den Fall einer Nacherfüllung erneut vorgenommen werden müssen. Hätte der Verkäufer seine Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache von vornherein vertragsgemäß erfüllt, würden diese nicht erneut anfallen. Es ist daher gerechtfertigt, neben einer Regelung zu den Ein- und Ausbauleistungen in § 439 Absatz 3 Satz 1 E auch eine Regelung zu Wiederher-

stellungsleistungen in § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E zu treffen. Nach dieser Vorschrift ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, den veränderten Zustand der Sache wiederherzustellen. Diese Verpflichtung umfasst die Wiederherstellung des Zustandes entweder der ursprünglichen – nachgebesserten – Kaufsache (bei Nachbesserung) oder der gelieferten mangelfreien Sache (bei Ersatzlieferung). Hat der Käufer beispielsweise ein unbehandeltes Brett eines erworbenen Regals vor Auftreten des Mangels lackiert und muss dieses wegen eines Mangels neu geliefert werden, muss der Verkäufer dafür sorgen, dass die Oberflächenveredelung im Rahmen der Nacherfüllung wiederhergestellt wird. Die bloße Lieferung eines mangelfreien aber unbehandelten Regalbretts reicht nicht aus. Hat der Käufer etwa den Bausatz eines Swimmingpools erworben und diesen vor Auftreten des Mangels montiert, reicht es für den Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung nicht aus, einen neuen, mangelfreien Bausatz zu liefern. Er muss vielmehr den – montierten – Zustand der Sache vor Auftreten des Mangels wiederherstellen.

#### Wahlrecht des Verkäufers

Auch bei § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E wird dem Verkäufer ein Wahlrecht eingeräumt, ob er die Wiederherstellung des veränderten Zustands selbst vornehmen (Alternative 1) oder ob er Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen leisten will (Alternative 2).

#### Veränderung gemäß der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung

Diese Regelung des § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E stellt eine starke Ausweitung der verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers dar. Um das Risiko, das der Verkäufer durch den Abschluss eines Kaufvertrags eingeht, für diesen kalkulierbar zu machen, soll der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung nicht für jedwede Art von Veränderungen an der Kaufsache verschuldensunabhängig haften. Der Anwendungsbereich des Satzes 2 ist im Verhältnis zu Satz 1 daher enger gefasst. Von § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E umfasst sind nur Veränderungen an der Kaufsache, die der Käufer gemäß der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung vorgenommen hat. Die Begrifflichkeit ist § 434 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 entlehnt und bestimmt sich an Hand subjektiver Kriterien. Vertraglich vorausgesetzt im Sinne von § 434 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 ist die nicht vereinbarte, aber von beiden Parteien übereinstimmend unterstellte Verwendung der Kaufsache, die von der gewöhnlichen Verwendung abweichen kann (vgl. Palandt / Weidenkaff, BGB, 74. Auflage, § 434, Rn. 21, 22; BGH, Urteil vom 16. März 2012 – V ZR 18/11, m.w.N.). Eine bestimmte Verwendung der Kaufsache muss daher im Vertrag beiderseits ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt werden. Bei Abschluss des Vertrags muss für den Verkäufer erkennbar geworden sein, dass der Käufer gerade diese Sache für eine bestimmte Verwendung erwerben will. Dies wird sich in der Regel ohne besondere Erklärung aus dem allgemeinen Verwendungszweck der Sache ergeben. Weicht die vom Käufer beabsichtigte Verwendung vom allgemeinen Verwendungszweck ab, ist erforderlich, dass der Käufer den Zweck des Kaufs der Sache dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis bringt und der Verkäufer dem ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt (vgl. Palandt / Weidenkaff, BGB, 74. Auflage, § 434, Rn. 21, 22). Veräußert der Verkäufer beispielsweise einen Rohling, muss er damit rechnen, dass der Käufer eine Oberflächenbehandlung vornehmen wird. Nimmt der Käufer eine Behandlung mit einer besonders kostenaufwendigen Veredelung vor, die für diese Sache nicht üblich ist oder veredelt der Käufer ein bereits endbehandeltes Teil weiter, muss der Verkäufer nur dann verschuldensunabhängig für die Wiederherstellung des veränderten Zustands der Sache vor Auftreten des Mangels haften, wenn dies für ihn bei Abschluss des Vertrags erkennbar war.

#### Sach- und fachgerechter Einbau bzw. Veränderung der Kaufsache

War der ursprüngliche Einbau der Kaufsache oder deren Veränderung vor Auftreten des Mangels nicht sach- und fachgerecht erfolgt, kann der Verkäufer sein Wahlrecht nach den Sätzen 1 und 2 dahingehend ausüben, dass er Aufwendungsersatz für die Aus-, Einbau- und Wiederherstellungskosten schuldet (§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 oder § 439

Absatz 3 Satz 2 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 oder durch die Wiederherstellung des veränderten Zustandes der Kaufsache ein sonstiger Mehrwert, kann dieser Umstand auf dem Wege der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden.

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

Die vom Gerichtshof 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 Ein-, Ausbau- und Wiederherstellungsfälle dergestalt anzuwenden, dass für eine Kenntnis des Käufers nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den Zeitpunkt des Einbaus oder der Veränderung 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 oder Veränderung 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 und 2 BGB-E gelten. Der Käufer, der eine Sache in Kenntnis eines Mangels verbaut oder verändert, ist hinsichtlich der dadurch erforderlich werdenden Aus-, Einbau- und Wiederherstellungsleistungen 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 oder verändert. Es besteht daher kein Anspruch nach Absatz 3 Satz 1 oder 2, wenn der Käufer den Mangel bei Einbau oder Veränderung der mangelhaften Sache kannte. Ist dem Käufer ein Mangel der Kaufsache bei ihrem Einbau oder ihrer Veränderung 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 (Änderung des § 440)**

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 (§§ 445a, 445b BGB-E)**

Aufgrund der Neuregelung des § 439 Absatz 3 Satz 1 und 2 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; so können etwa

die Kosten für den Ausbau einer mangelhaften und den Einbau der Ersatzsache leicht ein Vielfaches des Kaufpreises ausmachen. 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 Nachbesserung in Anspruch genommen wurde, gegen seinen Lieferanten einen Anspruch auf Ersatz der Nachbesserungsaufwendungen, 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.

#### **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 unselbständigen 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 sowie die Sonderbestimmungen für den Rückgriff des Unternehmers im Recht des Verbrauchsgüterkaufs nach § 478 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 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 Gerichtshofs 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 Gerichtshof – 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 Gerichtshof 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 schließt 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-, Einbau- und Wiederherstellungsleistungen besteht das beschränkte Leistungsverweigerungsrecht, wie sich aus der Angabe „§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 oder Satz 2 Alternative 2“ ergibt, allerdings nur für den Fall, dass der Verkäufer von seinem Wahlrecht nach § 439 Absatz 3 Satz 1 oder Satz 2 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 oder die Wiederherstellung des veränderten Zustands selbst vornehmen möchte (§ 439 Absatz 3 Satz 1 Alternative 1 oder Satz 2 Alternative 1), 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 oder Satz 2 Alternative 2 BGB-E wählt, wird der Rechtsprechung des Gerichtshofs Rechnung getragen. Stünde dem Verkäufer auch bei Wahl der Alternative 1 des § 439 Absatz 3 Satz 1 oder Satz 2 BGB-E ein beschränktes Leistungsverweigerungsrecht für den Fall unverhältnismäßiger Aus-, Einbau- oder Wiederherstellungskosten 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 Gerichtshof 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 oder Satz 2 Alternative 2), 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-, Einbau- oder Wiederherstellungsleistungen 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 Gerichtshof 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 in erster Linie an der Höhe der Aus- und Einbaukosten und in zweiter Linie am Kaufpreis orientieren muss. 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 oder Satz 2 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 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 Ein-, Ausbau- oder Wiederherstellungskosten nach § 439 Absatz 3 Satz 1 oder 2 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 Gerichtshof 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 Ein- und Ausbaubkosten 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 und 2 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 Verbrauchsgüter-

käufe abweicht, berufen. Der vormals in § 475 Absatz 1 enthaltene Katalog war um die neu eingefügten Rechte nach § 445a BGB-E und § 445b BGB-E zu ergänzen.

#### **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 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 (vgl. auch Änderung zu Nummer 3 Buchstabe a).

##### **Zu Buchstabe e**

Als Folge der vorstehenden Änderungen kann § 478 Absatz 5 und 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 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 Baurägervertrag 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.

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 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 Verbraucherverträgen hinnehmbar. Beispielsweise begrenzt § 650I Absatz 1 BGB-E bei Verbraucherverträgen 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 (§ 650I 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 eines 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. Hinsichtlich dessen, was in der Regel als angemessener Einbehalt anzusehen ist, bleibt es bei dem Verweis auf die Vorschrift des § 641 Absatz 3. 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.

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

### **Zu Buchstabe b 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 5 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 Ab-

lauf 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 Vollendung 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 Vollendung des Werks. Durch die Einführung dieses Kriteriums soll ein zu frühes Andienen des Werks unterbunden und damit ein missbräuchlicher Einsatz des Instruments der fiktiven Abnahme insbesondere gegenüber Verbrauchern verhindert werden.

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 Gründen 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 Gründen verweigernde 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 E ergänzt, der Regelungen zur Zustandsfeststellung und Gefahrtragung 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 (Änderung des § 643)**

Die Vorschrift regelt die Rechtsfolgen einer unterlassenen Mitwirkung des Bestellers gemäß § 642. Sie wird durch die Neuformulierung an die Konzeption des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes angepasst. § 643 sieht bisher vor, dass der Unternehmer dem Besteller eine Frist zur Nachholung der Handlung zu setzen hat, die mit einer Kündigungsandrohung verbunden ist und bei deren ergebnislosem Ablauf der Vertrag automatisch als aufgehoben gilt. In Übereinstimmung mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das in den §§ 281 und 323 bereits auf eine „Ablehnungsandrohung“ verzichtet, da sich diese als nicht praktikabel erwiesen hat, soll künftig auch im Fall der unterlassenen Mitwirkung eine Fristsetzung ohne Kündigungsandrohung genügen. Verstreicht die Frist erfolglos, steht dem Unternehmer anschließend ein Kündigungsrecht zu.

### **Zu Nummer 20 (§ 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 21 (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 22 (§ 649)**

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

### **Zu Nummer 23 (§ 648a BGB-E – Kündigung aus wichtigem Grund)**

Das Werkvertragsrecht des BGB gibt dem Besteller das Recht, bis zur Vollendung 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.

### **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 Vollendung 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 Verdienstaufschläge 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 InsO 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 Vollendung des Werks nicht gegeben sein wird und diese schon deshalb nicht in den Anwendungsbereich des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund fallen.

### **Zu Absatz 2**

Nach Absatz 2 Satz 1 ist bei einer Kündigung nach Absatz 1 § 314 Absatz 2 bis 4 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. Durch die Verweisung auf § 314 Absatz 4 wird klargestellt, dass die außerordentliche Kündigung die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, nicht berührt.

Absatz 2 Satz 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 „im Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung“ 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 „im Vertrag abgrenzbarer Teil der Leistung“ ist hierfür ausreichend.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 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 vergleichbare 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 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).

#### **Zu Absatz 4**

Absatz 4 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 4 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 Nummer 24 (§ 650)**

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

#### **Zu Nummer 25 (§ 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 26 (Kapitel 2 bis 4, Untertitel 2 und 3)**

Eingefügt werden die neuen Kapitel 2 – Bauvertrag –, Kapitel 3 – Verbraucherbaupvertrag – 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, und über die Gefahrtragung in derartigen Fällen 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, Wiederherstellung 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 oder den bestimmungsgemäßen Bestand des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung ist und die angebrachten oder eingebauten Teile mit dem Bauwerk fest verbunden werden. 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.

### **Zu § 650b BGB-E (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 VOB wurde diesem Bedürfnis bereits Rechnung getragen; § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B enthält entsprechende Regelungen.

Absatz 1 führt daher ein Anordnungsrecht des Bestellers ein. Dabei wird unterschieden zwischen einer Anordnung, mit der der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs erreichen will (Nummer 1) und der Anordnung von Leistungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind (Nummer 2). Letztere ist allerdings nur möglich, soweit die Planung des Bauwerks durch den Besteller selbst oder durch einen von ihm Beauftragten erfolgt ist. Liegt die Planungsverantwortung ausschließlich beim Unternehmer bedarf es keines Anordnungsrechts des Bestellers zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs.

Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs des Bauherrn soll allerdings nicht uneingeschränkt bestehen. Absatz 2 Satz 1 legt fest, dass der Unternehmer eine solche Anordnung nur ausführen muss, wenn ihm dies zuzumuten 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 Unzumut-

barkeit 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. Anordnungen des Bestellers nach Absatz 1 Nummer 1, die die Art der Ausführung der Bauleistung und die Bauzeit betreffen (Satz 3), sollen nur unter äußerst engen Voraussetzungen möglich sein, da es sich hierbei um besonders tiefe Eingriffe in die unternehmerische Freiheit handelt. Für derartige Anordnungen müssen schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen müssen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen.

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

Entsteht bei einer Anordnung zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Absatz 1 Nummer 1) Streit über die Zumutbarkeit der Anordnung, legt Absatz 3 fest, dass der Unternehmer die Anordnung erst dann ausführen muss, wenn sich die Parteien über die Zumutbarkeit geeinigt haben oder eine Entscheidung in einem Streitbeilegungsverfahren vorliegt. 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 2 Satz 2 nur dann die Beweislast für die Unzumutbarkeit, wenn er sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat.

Zusätzliche Leistungen zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs (Absatz 1 Nummer 2) können nur erforderlich werden bei einem Bauvertrag, der auf der Basis von Planungen des Bestellers oder seines Architekten abgeschlossen wurde, nicht dagegen, wenn der Besteller nur das Bauziel vorgegeben hat, d.h. dem Vertragsabschluss eine (rein) funktionale Ausschreibung vorausging. In diesen Fällen liegt die Planungsverantwortung ausschließlich beim Unternehmer. Entsprechende 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.

Stammt im Fall von Absatz 1 Nummer 1 die ursprüngliche Planung vom Unternehmer (funktionale Ausschreibung), erfolgt auch die Planung der geänderten Leistung in der Regel durch den Unternehmer. Im Übrigen bleibt es grundsätzlich dabei, dass der Besteller die aufgrund seines Änderungsverlangens erforderlichen Planungen vorzunehmen und dem Unternehmer entsprechende Leistungsvorgaben zu machen hat. Aufgrund der Planungen und gegebenenfalls einer ergänzten Leistungsbeschreibung gibt der Bauunternehmer dann ein Nachtragsangebot ab. Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung erfolgt nach der Maßgabe von § 650c BGB-E.

Absatz 4 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 Abwehr erheb-

licher 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. der Zivilprozessordnung) anlehnt, in bestimmten spezifischen Punkten aber von diesem abweicht. So sollen nicht nur präsente 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 aufkommen 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 1 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.

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

Ergänzend zu den Regelungen für ein Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b 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.

## **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, in Fortführung der bisher üblichen Berechnungsmethoden 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 daher Folgendes vorgesehen:

Die für die unveränderten Vertragsleistungen vereinbarten Preise bleiben unberührt. Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet. Dies gilt auch, wenn es in Folge von geänderten oder zusätzlichen Leistungen zu einer Verlängerung oder Verschiebung der Bauzeit kommt. Durch die Berechnung der Preise für diese Leistungen nach den tatsächlich erforderlichen Kosten werden Berechnungsspitzen gekappt und eine Spekulation der Vertragspartner mit möglichen Nachträgen verhindert. Im Übrigen ist der Ansatz der Ist-Kosten auch sachgerecht, weil die Preise für die weiteren Leistungen nicht im Wettbewerb erzielt worden sind. Eine Fortschreibung des Vertragspreises ist insoweit nicht gerechtfertigt. 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.

## **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 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, 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 unternehmensbezogenen 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.

Der Unternehmer kann die Kosten auch auf andere Weise schlüssig darlegen, wenn keine Urkalkulation existiert, bzw. diese keine plausiblen (schlüssigen) Angaben zur Höhe der tatsächlich erforderlichen Kosten enthält oder wenn er nach den tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen will. Für den Unternehmer ergibt sich also ein Wahlrecht, ob er „Nachträge“ auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen will. Um Spekulationen bei der Preisgestaltung zu verhindern, kann der Unternehmer das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben („Vergütung für den Nachtrag“).

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 ist, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führt. Stattdessen soll die im Wettbewerb für die Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden.

Die Parteien können einzelvertraglich eine andere Berechnungsmethode vereinbaren. Wird eine andere Berechnungsmethode in AGB vereinbart, unterliegt diese Klausel jedoch der Inhaltskontrolle des § 307.

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

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. 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 Sicherungshypothek 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 für das Absicherungsverlangen des Unternehmers eine Obergrenze von 20 Prozent der vereinbarten Vergütung eingeführt, wenn der Besteller Abschläge zu bezahlen hat. Ziel der Regelung ist es, die Absicherungspflicht des Bestellers auf das Vorleistungsrisiko des Unternehmers zu beschränken. Hat der Besteller Abschlagszahlungen zu bezahlen entspricht das Vorleistungsrisiko der nächsten Abschlagszahlung. Mit Blick auf die übliche Höhe der Abschlagszahlungen erscheint die pauschale Obergrenze von 20 Prozent der vereinbarten Vergütung angemessen. Damit ist dem Absicherungsbedürfnis des Unternehmers ausreichend Rechnung ge-

tragen (siehe hierzu die Ausführungen zu § 650l BGB-E). Zudem 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: 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 Bauprojekts 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.

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

Für Bauverträge wird die neue Regelung zur fiktiven Abnahme in § 640 Absatz 2 BGB-E durch § 650f BGB-E ergänzt, der in Absatz 1 eine Regelung zur Zustandsfeststellung für den Fall enthält, dass die Abnahme verweigert wird, und in Absatz 2 in Ergänzung zu § 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 kann der Unternehmer in diesen Fällen vom Besteller verlangen, an einer Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. In der Regel werden die Parteien den Zustand des Werks gemeinsam feststellen, aber auch eine einseitige Zustandsfeststellung ist möglich und löst grundsätzlich die in § 644 vorgesehenen Rechtsfolgen aus, soweit sie nicht rechtsmissbräuchlich vorgenommen wurde.

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.

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 oder der Besteller an der Zustandsfeststellung nicht mitwirkt und dem Unternehmer dadurch Mehrkosten, beispielsweise durch die Einbeziehung eines Sachverständigen, entstehen.

## **Zu Absatz 2**

Die in Absatz 1 geregelte Pflicht des Bestellers, nach Aufforderung des Unternehmers an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung des Werkes mitzuwirken, wird in Absatz 2 um eine Regelung zur Gefahrtragung ergänzt, die an Stelle der allgemeinen Gefahrtragungsregel des § 644 tritt. § 644 legt in Absatz 1 fest, dass bis zur Abnahme des Werks grundsätzlich der Unternehmer die Gefahr einer von keiner der Vertragsparteien zu vertretenden Beeinträchtigung des Werks trägt.

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 berechtigen, 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 nach § 644 Absatz 1 die Gefahr bis zur Abnahme des Werks trägt, hat er die Mangelfreiheit zum Zeitpunkt der Abnahme 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.

Um dieses Risiko zu Lasten des Unternehmers zu verringern, schränkt § 650f Absatz 2 BGB-E für Bauverträge die Gefahrtragung nach § 644 Absatz 1 für den Fall ein, dass eine gemeinsame Zustandsfeststellung durchgeführt wurde. Hierzu wird für den Fall, dass das Werk dem Besteller verschafft worden ist, eine Vermutung eingeführt, dass ein offenkundiger Mangel, der in der Zustandsfeststellung nicht angegeben wurde, nach der Zustandsfeststellung entstanden ist. Die Vermutung gilt jedoch nicht, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht sein kann, etwa wenn es sich um einen Materialfehler handelt oder der Bau nicht den Planungsvorgaben entspricht.

Um einen offenkundigen Mangel handelt es sich dann, wenn dieser 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.

## **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 Rechtsicherheit 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 Schriftfor-

merfordernis 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 – Verbraucherbaupertrag**

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

#### **Zu § 650h BGB-E (Verbraucherbaupertrag)**

Nach dem Entwurf sind Verbraucherbauperträge 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 Verbraucherbaupertrag 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 Bauperträge 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 Bauperträge 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 Verbraucherbauvertrag 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 Vollendungszeitpunkts 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 vorvertraglich dem Bauherrn übergebene Baubeschreibung auch zum Vertragsinhalt wird. 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 ergänzend 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 ergänzenden 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.

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 Baubeschreibungspflicht 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 Verbraucherbauvertrag verbindliche Regelungen zum Zeitpunkt der Vollendung des Werks 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 Vollendung, werden die in der nach § 650i BGB-E vorvertraglich zu übermittelnden Baubeschreibung enthaltenen Angaben zur Vollendung oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer nicht eingehaltenen Vereinbarung zum Vollendungszeitpunkt gelten grundsätzlich die allgemeinen Regelungen zum Schuldnerverzug. Für den Fall, dass bereits eine Teilleistung bewirkt, aber offensichtlich ist, dass das Vollendungsdatum 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 Verbraucherbauverträge 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 vor schnell 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 vor Abgabe von dessen Vertragserklärung gemäß Artikel 246 Absatz 3 EGBGB über sein Widerrufsrecht und Pflicht zum Wertersatz nach § 357d zu informieren. 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 (Artikel 246 Absatz 3 EGBGB) an bereits bestehenden Regelungen.

## **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 Abschlagszahlungen 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 (Bauhandwerkersicherung 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 nächsten 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. Da sich die Praxis an der Ratenaufteilung nach § 3 Absatz 2 der Makler- und Bauträgerverordnung orientiert und die Vergütung üblicherweise in fünf bis sieben Abschlagszahlungen aufgeteilt wird, deckt eine Absicherung in dieser Höhe in der Regel die jeweiligen Vorleistungen des Unternehmers zwischen den Abschlagszahlungen vollständig ab.

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, Herausgabe-

pflichten 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 zu erhalten.

Satz 1 verpflichtet den Unternehmer 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 einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Der Regelungsvorschlag soll es dem Besteller zum einen 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. Zum anderen benötigt der Besteller die Unterlagen für die spätere Unterhaltung und Instandsetzung des Bauwerks oder für einen etwaigen Umbau. Darüber hinaus kann sich für den Bauherren 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.

Nach Satz 2 treffen den Unternehmer entsprechende Pflichten, 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. 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 Satz 2 BGB-E verpflichtet sein, dem Besteller die erforderlichen Nachweise zu übergeben. Berechtigte Erwartungen werden unter anderem geweckt, wenn der Unternehmer unter Hinweis auf die Förderungsmöglichkeit durch die KfW für das Bauprojekt geworben hat.

#### **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 3 – 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. Danach 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 (Satz 1). In den Fällen, in denen diese Ziele noch nicht vereinbart sind, schuldet der Unternehmer in der Regel die Leistungen, die zu deren Konkretisierung notwendig sind (Satz 2).

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. In beiden Fällen sind von dem Architekten oder Ingenieur umfangreiche und komplexe Tätigkeiten geschuldet, auf die die Regelungen dieses Untertitels zugeschnitten sind.

Satz 2 enthält Vorgaben für die Fälle, 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 Vereinbarung über die Beschaffenheit des Erfolgs möglich ist. Hier ist es Aufgabe des Architekten oder Ingenieurs verschiedene Leistungen mit dem Ziel der Herbeiführung einer Konkretisierung zu erbringen, etwa die Wünsche des Bestellers zunächst genauer zu ermitteln oder Skizzen und Entwürfe zu erstellen.

Die Konkretisierung der Planung ist häufig ein längerer Prozess, der mit der Ermittlung der Vorstellungen des Bestellers beginnt und sich bis zur Detailplanung in der Schlussphase des Bauvorhabens oder der Außenanlage fortsetzt. Zur Konkretisierung des Erfolgs verpflichtet ist der Architekt oder Ingenieur, der Besteller hat hierbei mitzuwirken, indem er die notwendigen Vorgaben macht.

Die neue Definition beschreibt die Pflichtenstellung 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, können künftig nur noch über das Anordnungsrecht nach § 650b BGB-E geltend gemacht werden.

Auf eine Bezugnahme auf die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (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. Im Übrigen ist nicht auszuschließen, dass die HOAI nicht alle Leistungen abdeckt, 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)**

Die Vorschrift bestimmt, dass – entsprechend den einleitenden Ausführungen zu Nummer 18 – auf den Architekten- und Ingenieurvertrag die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1 – Werkvertragsrecht – grundsätzlich Anwendung finden, soweit nicht in Untertitel 2 etwas anderes bestimmt ist.

Zudem sollen einzelne Vorschriften des Kapitels 2 – im Einzelnen handelt es sich um die §§ 650d, 650e und § 650g BGB-E – anwendbar sein:

- § 650d BGB-E enthält die zuvor in § 648 Absatz 1 getroffene Regelung zur Bauhandwerkersicherungshypothek, die schon nach bisheriger Rechtsprechung auch auf die Sicherung des Honoraranspruchs des Architekten oder Ingenieurs anwendbar war. An der diesbezüglichen Rechtsprechung und den sich daraus ergebenden Anforderungen an die Leistung des Architekten soll sich nach der Verlagerung der Vorschrift in das Bauvertragsrecht nichts ändern.
- Bei § 650e BGB-E handelt es sich ebenfalls um eine in das Kapitel 2 – Bauvertragsrecht - verlagerte Vorschrift (bisher: § 648a), die nach bisheriger Auffassung auch auf Architekten und Ingenieure, die aufgrund eines Werkvertrages für den Besteller tätig waren, anzuwenden war. Auch sie soll weiterhin – mit der Konturierung, die sie durch die bisher dazu ergangene Rechtsprechung erhalten hat – auf Architekten- oder Ingenieurverträge anwendbar sein.
- 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 § 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 darüber hinaus auch auf Ingenieurverträge sowie auf Verträge zwischen Unternehmern (B2B-Verträge). Auch bei Ingenieurleistungen gibt es Verträge, die hinsichtlich der Beschreibung des Planungserfolgs noch konkretisierungsbedürftig sind und bei denen der Besteller nach der „Zielfindungsphase“ 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 beiden Vertragspartnern diese Lösungsmöglichkeit eröffnen.

### **Zu Absatz 1**

Absatz 1 sieht vor, dass der Architekt oder Ingenieur dem Besteller am Ende der Zielfindungsphase die von ihm erstellten Planungsgrundlagen zusammen mit einer Kosteneinschätzung zur Zustimmung vorlegen muss. Damit wird der Besteller in die Lage versetzt, eine fundierte Entscheidung zu treffen, ob er dieses Bauprojekt oder die Außenanlage mit diesem Planer realisieren möchte. Darüber hinaus kennt er die voraussichtlichen Kosten für seine Finanzierungsplanung. Satz 2 sieht vor, dass der Architekt oder Ingenieur die Vorlage der Unterlagen mit einer Fristsetzung verbinden kann, um so beiden Vertragspartnern nach Ablauf der Frist Rechtsicherheit zu geben.

Mit dieser Regelung soll gleichzeitig einer in der Praxis vielfach zu weitgehenden Ausdehnung der unentgeltlichen Akquise zu Lasten des Architekten entgegengewirkt werden. Durch die Einführung eines Kündigungsrechts zum Ende der „Zielfindungsphase“ 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.

Der Begriff „Zielfindungsphase“ bezeichnet die Phase, in der Architekt, Ingenieur und Bauherr gemeinsam die häufig noch vagen Vorstellungen des Bauherrn konkretisieren, um den geschuldeten Planungserfolg genau zu beschreiben. Der geschuldete Vertragserfolg in der Zielfindungsphase besteht darin, die Ziele und Grundlagen der geschuldeten Planungsleistungen nach den Vorgaben des Bestellers zu ermitteln und hierbei auch die Einschätzung der voraussichtlichen Kosten der geplanten Maßnahme vorzunehmen. Aufbauend auf den Ergebnissen der Zielfindungsphase ist der Besteller dann in der Lage, die Entscheidung zwischen einer Fortführung des Vorhabens oder einer Kündigung zu treffen.

### **Zu Absatz 2**

Absatz 2 regelt, dass der Besteller binnen zwei Wochen nach Vorlage der Planungsgrundlagen und der Kosteneinschätzung den Vertrag kündigen kann. 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 Behlungspflicht von Seiten des Unternehmers ernst genommen wird.

### **Zu Absatz 3**

Absatz 3 gibt dem Architekten oder Ingenieur unter bestimmten Umständen ebenfalls das Recht, sich vom Vertrag zu lösen. Der Entwurf sieht vor, dass dem Unternehmer dann ein Kündigungsrecht zustehen soll, wenn der Besteller nicht an der Fortführung der Planung mitwirkt, indem er die Zustimmung zu den übermittelten Planungsgrundlagen und der Kosteneinschätzung verweigert oder dazu innerhalb der ihm vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist keine Erklärung abgibt.

Die Einführung eines Kündigungsrechts des Unternehmers ohne rechtfertigende Gründe erscheint 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 4**

Absatz 4 legt fest, dass bei einer Kündigung nach Absatz 2 oder Absatz 3, 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 und Dokumentation (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.

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)**

Die Vorschrift sieht vor, dass der Architekt oder Ingenieur wegen Mängeln am Bauwerk im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer erst dann auf Schadensersatz nach den §§ 634 Nummer 4, 280, 281 in Anspruch genommen werden darf, wenn der Besteller dem bauausführenden Unternehmer zuvor 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.

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 vor, dass der Besteller den Architekten oder Ingenieur wegen Mängeln am Bauwerk im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem Bauunternehmer erst dann auf Schadensersatz nach § 634 Nummer 4 in Anspruch nehmen darf, wenn er den Bauunternehmer zuvor 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.

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 Mängelhaftungsan-

sprüche 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 passt die in § 650i BGB-E getroffene Regelung zur Baubeschreibung für Bauträgerverträge an. Im Hinblick auf die besondere Schutzbedürftigkeit von Verbrauchern im Zusammenhang mit dem Abschluss von Bauträgerverträgen ist diesen die Baubeschreibung schon bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen und nicht – wie in § 650i BGB-E vorgesehen – erst rechtzeitig vor der Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers zu übergeben. Auf diese Weise soll es den Verbrauchern ermöglicht werden, verschiedene Angebote einzuholen und die darin enthaltenen Baubeschreibungen zu vergleichen. Mit Blick auf dieses Ziel wird es auch als nicht ausreichend angesehen, sich an der Vorschrift des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nummer 2 des Beurkundungsgesetzes zu orientieren, der vorsieht, dass der Beurkundungstext dem Verbraucher einschließlich aller Anlagen zwei Wochen vor der Beurkundung des Rechtsgeschäfts zur Verfügung zu stellen ist. Diese Frist dient lediglich dem Schutz des Verbrauchers vor übereilten Beurkundungen, gibt diesem aber nicht ausreichend Zeit zur Einholung und zum Vergleich von Angeboten verschiedener Bauträger.

Absatz 3 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 Bauwerkserrichtung, 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 vertragstreuen 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.

Etwas anderes gilt beim Vorliegen eines wichtigen Grundes. § 648a E soll auf die Kündigung des werkvertraglichen Teils des Bauträgervertrags anwendbar sein. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes hat auch der BGH 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).

- 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.
- Die in § 650l Absatz 1 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 27 (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 § 650i 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 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 und verständlicher Weise darzustellen. Mit dieser Wortwahl wird auf eine Formulierung zurückgegriffen, die im geltenden Recht bereits für verschiedene vertragliche Informationspflichten gilt. Maßstab für die Verständlichkeit sind die Kenntnisse eines durchschnittlichen Verbrauchers über die zu vermittelnden Informationen zu dem Bauvorhaben.

Absatz 2 sieht vor, dass die Baubeschreibung nach Absatz 1 verbindliche Angaben über den Zeitpunkt der Vollendung 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 Vollendungszeitpunkts 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 Vollendungsdatum 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 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 „Verbraucherbaupvertrag“.

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, 650t Absatz 2 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 Kündigungsrecht des Bestellers am Ende der Zielfindungsphase (§ 650q Absatz 2 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 abzuschließen.