

# Neues Bauvertragsrecht: Was sich ab Januar 2017 alles ändert

Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung\*

Rechtsanwalt Dr. Alexander Zahn, Reutlingen

**Der Gesetzgeber hat das Baurecht auf neue Füße gestellt. Die Rechte der Verbraucher-Bauherrn werden gestärkt, zugleich werden die Beziehungen zwischen den am Bau beteiligten Unternehmern, Architekten und Ingenieuren neu geordnet. Die Reform bezieht sich vor allem auf das Werkvertragsrecht, regelt aber auch die kaufrechtliche Mängelhaftung neu und wird am 1. Januar 2018 in Kraft treten. Der Autor stellt die Reform aus Anwaltspraktikersicht vor. Der Beitrag ist zur Pflichtfortbildung für Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht im Selbststudium mit Erfolgskontrolle geeignet ([www.faocampus.de](http://www.faocampus.de)).**

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Der Bundestag hat am 9. März 2017 das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung verabschiedet<sup>2</sup>. Nach einem Verzicht des Bundesrates auf einen Einspruch gegen das Gesetz wird es wie vorgesehen am 1. Januar 2018 in Kraft treten. Es gilt für alle Verträge, die ab diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden.

Das Gesetz verfolgt mehrere Ziele. Einerseits sollen spezielle gesetzliche Regelungen für den Bauvertrag geschaffen werden, die es bislang nicht gibt. Nach geltendem Recht ist es Sache der Vertragsparteien durch eine Regelung im Vertrag spezielle zusätzliche Bestimmungen, die auf den Bauvertrag zugeschnitten sind, zu vereinbaren. Dies geschieht in der Praxis durch die Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag. Die neuen gesetzlichen Regelungen gelten auch ohne vertragliche Einbeziehung in den Vertrag und unterscheiden sich insoweit von den Regelungen der VOB/B. Neu mitaufgenommen wurden auch spezielle Regelungen für den Verbraucherbauvertrag sowie für den Architekten- und Ingenieurvertrag. Auch der Bauträgervertrag wurde gesetzlich geregelt.

Kernstück der Reform sind ein eigenes Kapitel zum Bauvertrag und ein weiteres Kapitel zum Verbraucherbauvertrag. In diesen Kapiteln finden sich spezielle Vorschriften des Werkvertragsrechts, die den Besonderheiten des Bauvertrags einerseits und des Verbraucherbauvertrags andererseits gerecht werden sollen.

## II. Kaufrechtliche Regelungen

Ein weiteres Kernstück ist die Änderung der kaufvertraglichen Haftung. Anlass für diese Gesetzesänderung war die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Verträgen zwi-

schen Unternehmern<sup>3</sup>, wonach ein Rückgriff des Bauunternehmers, der mangelhaftes Material erworben und eingebaut hat, nur bei Verschulden des Lieferanten möglich sein sollte. Der Unternehmer konnte in der Vergangenheit einen Anspruch auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten nur selten durchsetzen, da der Nachweis des Verschuldens schwer zu führen war. Der Unternehmer seinerseits musste seinem Vertragspartner, dem Bauherrn, im Rahmen der Nachbesserung entweder die Ein- und Ausbaurkosten erstatten oder – im Falle der Nachbesserung – eben diese Leistungen mitbringen. Dieses Ergebnis wird durch das Gesetz korrigiert. Nunmehr ist unter bestimmten Voraussetzungen ein verschuldensunabhängiger Rückgriff beim Lieferanten möglich.

Hierzu wurde die einschlägige kaufrechtliche gesetzliche Regelung geändert. Nach der Neuregelung ist der Verkäufer (Baustofflieferant) im Rahmen der Nacherfüllung gegenüber dem Käufer (Handwerker) im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, diesem die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. Geregelt sind also nicht nur die Fälle, in denen mangelhaftes Baumaterial in eine andere Sache eingebaut wird, sondern auch die Fälle, in denen mangelhaftes Baumaterial an einer anderen Sache angebracht wird (zum Beispiel bei Farbe/Putz).

## III. Werkvertragliche Regelungen

### 1. § 632a BGB Abschlagszahlungen

Nach der bisherigen Regelung des § 632a BGB konnten Abschlagszahlungen nur unter strengen Voraussetzungen verlangt werden, wenn ein Zahlungsplan nicht vereinbart war. Erforderlich war einerseits, dass ein Wertzuwachs im Vermögen des Bestellers vorlag und andererseits, dass kein wesentlicher Mangel vorlag. War ein wesentlicher Mangel vorhanden, entfiel der Anspruch auf Abschlagszahlung gänzlich. Der Unternehmer hatte in diesem Fall keinen Anspruch auf Abschlagszahlung. Vielmehr musste zunächst vorgeleistet und die gesamte Werkleistung erbracht werden. Erst dann trat Fälligkeit des Zahlungsanspruchs ein. Abschlagszahlungen konnten demgegenüber nur dann verlangt werden, wenn dies entweder ausdrücklich in einem Zahlungsplan vertraglich vereinbart war, die VOB/B in den Vertrag einbezogen

\* Dieser Beitrag ist zur Pflichtfortbildung für den Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht im Selbststudium mit Erfolgskontrolle geeignet (§ 15 FAO). DAV-Mitglieder können die Multiple-Choice-Fragen online unter [www.faocampus.de](http://www.faocampus.de) bis 31. Dezember 2018 beantworten. Bei Erfolg erhalten Sie für diese Beiträge eine Fortbildungsbescheinigung im Äquivalent von 90 Minuten.

1 Literatur: Stellungnahme des IBBF von Ende November 2015 ([www.ifbf.de](http://www.ifbf.de)); *Dauner-Lieb*, Geplante Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung NZBau 2015, 684; *Fuchs*, Regelungen des Architekten- und Ingenieurvertrags, NZBau 2015, 675; *Glöckner*, BGB-Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes Teil 1 VuR 2016, 123 und Teil 2 VuR 2016, 163; *Kimpele*, Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus Sicht des gewerblichen Unternehmers, NZBau 2016, 734; *Lanzen*, Reform des Werkvertrags- und Bauvertragsrecht, NZBau 2015, 658; *Messerschmidt*, Brauchen wir ein Architekten- und Ingenieurvertragsrecht im BGB? JM 2015, 453; *Omlor*, Aktuelle Gesetzgebungsvorhaben: Neukodifizierung des Bauvertragsrechts, JuS 2016, 967; *Orlowski*, Das gesetzliche Bauvertragsrecht- Übersicht und Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, ZfBR 2016, 419; *Pause/Vogel*, Vorschläge zum Verbraucherbau- und Bauträgervertrag, NZBau 2015, 667; *Schramke/Keilmann*, Das Anordnungsrecht des Bestellers und der Streit um die Vergütung, NZBau 2016, 333; *Schreiner/Pisal*, Der (verschuldensunabhängige) Regressanspruch des Werkunternehmers bei Materialmängeln – bald endlich geltendes Recht? BauR 2016, 181; *Voit*, Brauchen wir ein Bauvertragsrecht im BGB? JM 2015, 402; *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, Reform des Bauvertragsrechts ZRP 2016, 76.

2 BGBl. 2017 Teil I Nr. 23, 969.

3 Anders bei Verbraucherverträgen aufgrund zweier Entscheidungen des EuGH vom 16.6.2011 (C 65/09 und C 87/09).

war (§ 16 Abs. 1 VOB/B sieht einen Anspruch auf Abschlagszahlung vor) oder die strengen Voraussetzungen des alten § 632a BGB a.F. erfüllt waren.

Die Neuregelung erleichtert die Geltendmachung von Abschlagszahlungsansprüchen auch ohne Vereinbarung der VOB/B oder eines Zahlungsplanes also beim reinen BGB-Werkvertrag. Die Neufassung sieht vor, dass eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der vom Unternehmer erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangt werden kann. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller (Bauherr) die Leistung einer Abschlagszahlung nicht gänzlich zurückweisen. Vielmehr kann er (nur) die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Im Regelfall ist das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten angemessen. Klarstellend wurde in das Gesetz aufgenommen, dass die Beweislast für die vertragsgemäße Erbringung der Leistung bis zur Abnahme beim Unternehmer verbleibt.

## 2. § 640 Abs.2 BGB fiktive Abnahme

Auch nach bisheriger Rechtslage kann der Unternehmer/Handwerker dem Besteller (Bauherr) eine Frist setzen und ihn zur Abnahme auffordern. Voraussetzung für diese fiktive Abnahme ist nach herrschender Meinung in der Literatur und Rechtsprechung jedoch, dass der Besteller (Bauherr) zur Abnahme verpflichtet ist<sup>4</sup>, also die sogenannte Abnahmereife (Herstellung ohne wesentliche Mängel) eingetreten ist. Dieser Nachweis war vom Unternehmer zu führen. Der Unternehmer hatte also unter Umständen Jahre nach der Fristsetzung nachzuweisen, dass zum Zeitpunkt der Fristsetzung keine wesentlichen Mängel vorhanden waren. Der Bauherr konnte während dieses Zeitraumes neu aufgetretene Mängel „nachschieben“. Handelte es sich dabei um wesentliche Mängel, war trotz Fristsetzung keine Abnahmewirkung eingetreten.

Nach der Neuregelung gilt ein Werk als abgenommen, wenn der Unternehmer/Handwerker dem Besteller/Bauherr nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Die Fiktion tritt unabhängig davon nicht ein, ob es sich bei dem gerügten Mangel um einen wesentlichen oder unwesentlichen Mangel handelt<sup>5</sup>. Handelt es sich bei dem Bauherrn um einen Verbraucher, treten die vorbeschriebenen Rechtsfolgen nur dann ein, wenn der Unternehmer/Handwerker den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat. Der Hinweis muss in Textform (§ 126b BGB) erfolgen. Eine E-Mail genügt also.

Nach der Neuregelung ist Voraussetzung für die Fristsetzung zur Abnahme, dass das Werk *fertiggestellt* ist. Der Referentenentwurf hatte noch von „Vollendung“ des Werks gesprochen –; die Fertigstellung soll dann vorliegen, wenn die geschuldeten Leistungen abgearbeitet sind, unabhängig davon, ob Mängel vorliegen<sup>6</sup>. Der Begriff der Fertigstellung soll sich vom Begriff der Vollendung in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nummer 2 MaBV unterscheiden, der neben der Erbringung sämtlicher Arbeiten auch die Abnahmereife voraussetzt<sup>7</sup>. Die Fertigstellung kann deshalb vorliegen, auch wenn Abnahmereife noch nicht gegeben ist<sup>8</sup>. Verweigert der Besteller unter Angabe von Mängeln, die nicht vorhanden sind, die Abnahme, tritt nach dem Wortlaut die Abnahmefiktion nicht ein, weil der

Besteller sich ja formal rechtzeitig und unter Angabe „von Mängeln“ geweigert hat. Ausweislich der Begründung soll dieses Problem durch die Anwendung des § 242 BGB gelöst werden<sup>9</sup>.

## 3. § 648a BGB Kündigung aus wichtigem Grund

Neu ist die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, eine Kündigung aus wichtigem Grund auszusprechen. Allerdings entspricht diese Möglichkeit auch der bisherigen Rechtsprechung<sup>10</sup> (auch wenn es insoweit keine gesetzliche Grundlage im Werkvertragsrecht gab). Sowohl der Bauherr als auch der Unternehmer/Handwerker kann einen Vertrag aus wichtigem Grund kündigen. Eine freie Kündigung (Kündigung ohne wichtigem Grund) kann weiterhin nur der Bauherr ausprechen. Tut er dies, steht dem Unternehmer – wie auch nach bisheriger Rechtslage – ein Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung auch für den Teil der Leistung, die nicht mehr ausgeführt werden muss, zu. Er muss sich weiterhin lediglich die ersparten Aufwendungen und sogenannte „Füllaufträge“ anrechnen lassen.

Ein wichtiges Thema wird nicht ausdrücklich angesprochen, ob nämlich der Besteller bei Insolvenz des Unternehmers aus wichtigem Grund kündigen kann. Es hätte nahe gelegen, eine klare gesetzliche Regelung vorzusehen, zumal die Streitfrage um die Wirksamkeit des § 8 Abs. 2 VOB/B schon lange Jahre offen war, vom BGH aber zwischenzeitlich beantwortet worden ist<sup>11</sup>. Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf soll bei Insolvenz kein generelles Kündigungsrecht bestehen, weil ein solcher Ansatz nicht der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse Rechnung tragen würde. Auch bei Insolvenz sei die Weiterführung des Projekts nicht generell aussichtslos. Nach neuer Rechtslage wird also nicht darüber gestritten werden können, ob überhaupt ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bei Insolvenz besteht, sondern ob es im konkreten Fall angesichts der „Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse“ bestehen kann. Hierbei soll insbesondere zu berücksichtigen sein, ob der Insolvenzverwalter zeitnah erklärt, die Bauleistungen ohne wesentliche Unterbrechung fortzuführen und durch geeignete Unterlagen dokumentiert, dass er hierzu auch in der Lage ist. Eine Kündigungsmöglichkeit soll jedenfalls dann bestehen, wenn der Geschäftsbetrieb eingestellt wird. Das neue gesetzliche Kündigungsrecht dürfte den entgegenstehenden Regelungen aus der InsO vorgehen<sup>12</sup>.

4 Palandt/Sprau, 75. Aufl. § 640 Rd. 10.

5 Orlowski ZfBR 2016, 419, 421; Kimpel NZBau 2016, 734.

6 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 49.

7 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 49.

8 Orlowski ZfBR 2016, 419, 421.

9 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 48.

10 BGH ZfBR 2000, 472; BGH NJW 2000, 202.

11 BGH NJW 2016, 1945 = NZBau 2016, 422.

12 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 50.

In Abs. 3 wird auf § 314 Abs. 2 und 3 verwiesen. Sieht der Vertragspartner den wichtigen Grund in einer Pflichtverletzung, dann ist die vorherige *Fristsetzung zur Abhilfe* (Abmahnung) und der erfolglose Ablauf der Frist notwendig. Das sind die Normalfälle in Bau- und Architektensachen. Die Fristsetzung ist ausnahmsweise entbehrlich (§ 314 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 Nr. 1 und 2). Ferner ist die Kündigung nur innerhalb angemessener Frist nach Kenntniserlangung vom Kündigungsgrund möglich

Von erheblicher Bedeutung ist die Regelung, wonach auch eine Teilkündigung möglich sein soll. Während dies nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B für „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“ der Fall sein soll, wird die *Teilkündigung* hier auf einen „*abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks*“ bezogen. Dieses Merkmal soll ausweislich der Begründung<sup>13</sup> nicht so eng zu sehen sein, wie die in sich abgeschlossenen Teile der Leistung (meist: vollständiges Gewerk), sondern eventuell auch in größeren Gebäuden räumlich abgeschlossene Teile oder vertraglich festgelegte Lose erfassen<sup>14</sup>.

Wichtig ist eine Neuregelung im Zusammenhang mit der Kündigung aus wichtigem Grund: 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 in einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstands-Feststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fern bleibt, den sie nicht zu vertreten und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.

Diese Leistungsstands-Feststellung ist eine bedeutsame Möglichkeit im Falle der Kündigung. Bei einer Kündigung entsteht sehr häufig Streit darüber, wie weit die Leistungen im Kündigungszeitpunkt erbracht waren. Es ist unbedingt erforderlich – sollte eine Kündigung ausgesprochen werden – den Leistungsstand exakt zu dokumentieren. Ansonsten entstehen große Schwierigkeiten bei der späteren Geltendmachung der vertraglichen Vergütung, auch wenn nur die Vergütung für erbrachte Leistungen beansprucht wird.

Ist die VOB/B wirksam in den Vertrag miteinbezogen, sieht § 8 Abs. 6 eine vergleichbare Regelung vor. Nach dieser Vorschrift kann der Auftragnehmer, Aufmaß und Abnahme der von ihm ausgeführten Leistungen alsbald nach der Kündigung verlangen. Diese Regelung geht allerdings über die gesetzliche Neuregelung hinaus, da sie nicht nur im Fall der Kündigung aus wichtigem Grund gilt, sondern bei jeder Kündigung des Vertrags. Wenn der gesetzlichen Neuregelung Leitbildcharakter zukommt, was anzunehmen ist, stellt sich die Frage, ob § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B einer Inhaltskontrolle standhält, da dort strengere Voraussetzungen für die Teilkündigung als in der gesetzlichen Regelung vorgesehen sind.

#### 4. § 650a BGB Bauvertrag

Neu aufgenommen wurde eine Definition für den Bauvertrag. Bislang gab es nur allgemeine Regelungen zum Werkvertrag. Ein Bauvertrag ist nach der Neuregelung ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Der Abbruch ist mit dem Begriff „Beseitigung“ erfasst. Ausgenommen wurden lediglich kleinere Instandhaltungsmaßnahmen. Nach der Begründung sollen

nur Instandhaltungsmaßnahmen die Definition des Bauvertrages erfüllen, die auf eine längerfristige Zusammenarbeit angelegt sind<sup>15</sup>, beispielsweise bei Verträgen zu Inspektionen von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen. Bei derartigen Verträgen über kleinere Instandhaltungsmaßnahmen, liegt *kein* Bauvertrag vor. Für diese Verträge gelten nur die allgemeinen Regelungen des Werkvertragsrechts und nicht die speziellen Regelungen des Bauvertrags. Unklar ist, warum die Instandhaltung einer Außenanlage nicht von Abs. 2 erfasst sein soll. Im Hinblick auf den Begriff des „Bauwerks“ kann auf die Rechtsprechung zu § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB und im Hinblick auf den Begriff „Außenanlage“ auf die Rechtsprechung und Literaturmeinungen zu § 648a BGB a.F. zurückgegriffen werden.

Es ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass bei der ebenfalls neu aufgenommenen Definition des Verbraucherbauvertrages ein sehr viel engerer Begriff verwendet wurde. Ein Verbraucherbauvertrag kann nur vorliegen, wenn Gegenstand des Vertrages ein *Gebäude* ist. Im Unterschied hierzu kann ein „normaler“ Bauvertrag auch bei anderen Objekten vorliegen. Nach der gesetzlichen Neuregelung muss Gegenstand des Vertrages ein Bauwerk oder eine Außenanlage beziehungsweise jeweils ein Teil hiervon sein.

#### 5. § 650b BGB Änderungen des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Ein Kernstück der Neuregelung ist das Anordnungsrecht des Bestellers. Nach bisheriger Rechtslage<sup>16</sup> war es sehr umstritten, ob und in welchem Rahmen dem Bauherrn Anordnungsrechte zur Änderung der einmal vereinbarten Werkleistung bei einem reinen BGB-Werkvertrag zustehen. Ausgangspunkt war die Überlegung, dass eine bestimmte Werkleistung vertraglich vereinbart wurde genauso wie auch die hierfür vorgesehene Vergütung. Eine Änderung dieser vertraglich vereinbarten Werkleistung sollte nach der bisherigen Rechtslage nur durch eine entsprechende Abänderungsvereinbarung möglich sein. Ausnahmen werden nur unter besonderen Voraussetzungen zugelassen. Bei Vereinbarung der VOB/B § 1 Abs. 3 und § 1 Abs. 4 der VOB/B liege ein entsprechendes Anordnungsrecht des Auftraggebers vor. Unter den dort normierten Voraussetzungen muss der Unternehmer Änderungsanordnungen nachkommen.

Eine vergleichbare Regelung wurde nun in das BGB – Werkvertragsrecht – aufgenommen. Der Besteller kann zwei Arten von Änderungen anordnen:

- Eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder
- eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist.

13 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 51.

14 *Ebenso* hinsichtlich der Lose Langen NZBau 2011, 661.

15 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 53.

16 Nachweise bei von *Rintelen* in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5. Aufl., § 1 Rdn. 50.

Im zweiten Fall bleibt das Objekt, das Gegenstand der Werkleistung ist, im Wesentlichen gleich. Es sind nur zusätzliche Leistungen erforderlich, um das ursprünglich vereinbarte Objekt herstellen zu können. Häufig wird dies bei Planungsfehlern (vergessene Leistungsverzeichnis-Positionen) oder bei nachträglichen Forderungen der Baurechtsbehörde der Fall sein. Im Fall der ersten Art der Änderung wird das grundsätzlich vertraglich vereinbarte Objekt verändert. Es handelt sich insoweit um eine freiwillige Änderungsanordnung des Bauherrn, der inzwischen vielleicht andere Vorstellungen oder andere Wünsche hat.

Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Handelt es sich um eine Änderung im Sinne der oben zuerst beschriebenen Art (Änderung des vereinbarten Werkerfolgs), muss er ein Angebot allerdings nur unterbreiten, soweit ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Nach der Begründung soll das Zumutbarkeitskriterium beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers, aber auch betriebsinterne Vorgänge betreffen (und unterhalb der Schwelle des § 275 Abs. 2 und 3 BGB liegen)<sup>17</sup>. Bei betriebsinternen Vorgängen, mit denen die Unzumutbarkeit begründet wird, trifft den Unternehmer die Beweislast hierfür.

Trägt der Bauherr die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, hat er also einen Architekten/Ingenieur mit der Erbringung von Planleistungen beauftragt, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Bauherr die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.

Wenn Bauherr und Unternehmer nach Vorlage des Angebots keine Einigung über die Mehrvergütung und die Änderungsausführung erzielen können, kann der Bauherr nach Ablauf von 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer die Ausführung der Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist dann verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen. Er muss die Änderungen im oben zuerst beschriebenen Sinne (Änderung des vereinbarten Werkerfolgs) allerdings nur umsetzen, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Auf die Ausführung oben hierzu wird verwiesen.

Da die Übergabe des Angebots und auch die Ausführung der Änderungsanordnung als Vertragspflicht ausgestaltet sind (wenn nicht der Unzumutbarkeitseinwand zu Gunsten des Unternehmers eingreift), kann eine Verletzung dieser Pflichten zu Ansprüchen des Bauherrn und auch zur Kündigung<sup>18</sup> aus wichtigem Grund führen. Von besonderer Bedeutung ist, dass die Änderungsanordnung durch den Besteller in Textform erfolgen muss. Mündliche Änderungsanordnungen sind daher unerheblich. Ferner sind unerheblich auch Änderungsanordnungen von Personen, die nicht zur Abgabe der entsprechenden Änderungsanordnung bevollmächtigt sind. In der Praxis sollte hier unbedingt klargestellt werden, welche Personen (Architekt) bevollmächtigt sind, Änderungsanordnungen für den Bauherrn zu erteilen. Ferner sollte auch bei mündlichen Änderungsanordnungen darauf hingewiesen werden, dass die Ausführung dieser Änderungsanordnung voraussetzt, dass dieselbe in Textform (E-Mail reicht aus) erteilt wird.

Interessant ist, dass der ursprüngliche Referentenentwurf die Anordnung im Hinblick auf die Modalitäten der Bauaus-

führung und vor allem im Hinblick auf die *Bauzeit* vorgesehen hatte. Damit wäre die Streitfrage, ob solche Anordnungen betreffend die Bauzeit unter § 2 Abs. 5 VOB/B zu subsumieren sind, jedenfalls für das BGB geklärt gewesen. Der Regierungsentwurf enthielt die Bestimmung über die Bauzeit jedoch nicht mehr. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass Anordnungen betreffend die Bauzeit nicht unter § 650b fallen sollen<sup>19</sup>.

## 6. § 650c BGB Vergütungsanpassung bei Anordnung nach § 650b Abs. 2

Verlangt der Besteller eine Änderung der vertraglich vereinbarten Leistungen und einigen sich die Parteien nach den obigen Ausführungen auch auf die Änderungsvergütung, bleibt es hierbei. Kommt es nicht zu einer Einigung und wird die Erbringung der Änderungsleistung einseitig vom Bauherrn wirksam angeordnet, sieht § 650c BGB eine gesetzliche Regelung zur Ermittlung der Höhe der Vergütung für die geänderte Leistung vor.

Nach Absatz 1 dieser Regelung ist die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Änderungsanordnung vermehrten oder verminderten Aufwand nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Diese Neuregelung ist auf eine Empfehlung des 4. Baugerichtstages 2012 zurückzuführen<sup>20</sup>. Maßgeblich sind also nicht die kalkulierten Kosten und die kalkulierten Zuschläge. Maßgeblich sind nach dieser Regelung vielmehr die tatsächlich entstehenden Mehrkosten, die mit angemessenen Zuschlägen zu versehen sind. Abweichend von den Regelungen in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B wird also nicht die Urkalkulation herangezogen, soweit die Abrechnung nach Abs. 1 des § 650c erfolgt. Maßgeblich sind nicht die Kalkulationsansätze, weder für die Herstellungskosten noch für die Zuschläge<sup>21</sup>. Maßgeblich sind vielmehr die tatsächlichen Ist-Mehrkosten und angemessene Zuschläge. Eine Einschränkung ergibt sich durch das Wort „erforderlichen“.

Allerdings sieht das Gesetz in Absatz 2 eine zweite Möglichkeit vor, die Änderungsvergütung der Höhe nach zu ermitteln. Soweit eine Urkalkulation vereinbarungsgemäß (vertraglich vereinbart) hinterlegt wurde, kann auf die Ansätze in dieser Urkalkulation alternativ zur Abrechnung der Ist-Kosten nach Abs. 1 zurückgegriffen werden. Für diejenigen, welcher sich auf Abs. 2 beruft, streitet eine *widerlegliche Vermutung*, dass die in der Urkalkulation enthaltenen Ansätze den tatsächlich anfallenden Kosten entsprechen und die dort vorgesehenen Zuschläge weiterhin angemessen sind. Dem Unternehmer steht ein Wahlrecht zu. Er kann – für jeden Nachtrag gesondert – entscheiden, ob die Änderungsvergütung anhand der tatsächlichen Ist-Kosten mit angemessenen Zuschlägen nach Abs. 1 oder anhand der Urkalkulation und der dortigen Ansätze nach Abs. 2 ermittelt wird.

17 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 56.

18 Schramke/Keilmann, NZBau 2016, 333.

19 So auch Orłowski, ZfBR 2016, 419, 426

20 6. Empfehlung des AK I des Baugerichtstages 2012, BauR 2012, 1471, 1479.

21 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 56.

Steht dem Unternehmer ein Anspruch auf Abschlagszahlung zu, kann er nach Abs. 3 der vorliegenden Regelung eine Abschlagszahlung in Höhe von 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b genannten Mehrvergütung beanspruchen<sup>22</sup>, wenn keine anderslautende Einigung zur Höhe erfolgt. Wurde also nach Verlangen einer Änderung durch den Besteller vom Unternehmer ein Angebot unterbreitet, kann der Unternehmer nach Ausführung der Änderungsleistung zur Ermittlung einer Abschlagszahlung auf dieses Angebot zurückgreifen und 80 Prozent des darin ausgewiesenen Wertes verlangen. Stellt sich bei der Schlussabrechnung heraus, dass die Abrechnung überhöht erfolgt ist, da die tatsächlichen Ist-Kosten mit angemessenen Zuschlägen oder auch bei abschließender Ermittlung der Änderungsvergütung anhand der Urkalkulation zu einem niedrigeren Ansatz führt, muss der Unternehmer die zu viel erhaltenen Beträge nebst der Zinsen, die seit Erhalt der Abschlagszahlung entstanden sind, dem Bauherrn zurückzahlen.

### 7. § 650 d BGB Einstweilige Verfügung

Neu ist auch die Möglichkeit, bei Streitigkeiten über Änderungsanordnungen und die Vergütung für die Änderungsanordnungen eine beschleunigte gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Zukünftig sollen einstweilige Verfügungen erwirkt werden können. Hierbei wird es inhaltlich wohl um Fragen der Zumutbarkeit<sup>23</sup> der Durchführung einer Änderungsanordnung gehen, ferner auch um die Angemessenheit einer Abschlagszahlung nach Ausführung einer Änderungsanordnung. Nach einer Auffassung soll der Einwand der Vorwegnahme der Hauptsache in diesen Fällen komplett unbeachtlich sein<sup>24</sup>. Wäre dies nicht so, bliebe für einstweiligen Rechtsschutz in diesen Fällen nur wenig Raum übrig, was wiederum der Intention des Gesetzgebers widerspräche<sup>25</sup>.

### 8. § 650 e Sicherungshypothek und § 650 f BGB Bauhandwerkersicherung

Die Regelungen zur Sicherungshypothek sind gleich geblieben. Die Regelungen zur Bauhandwerkersicherung sind im Wesentlichen gleichgeblieben. Neu formuliert wurde die Ausnahmefallregelung in Abs. 6. Ein Anspruch auf Sicherheit besteht demnach nicht, wenn der Besteller Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbaupertrag handelt. Im Unterschied zur derzeitigen Rechtslage ist auch der Bau eines Mehrfamilienhauses privilegiert, sofern der Vertragspartner ein Verbraucher ist. Nicht von der Privilegierung erfasst sind zukünftig kleinere Umbaumaßnahmen, da diese nicht zu einem Verbraucherbaupertrag nach § 650i Abs. 1 führen.

### 9. § 650 g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

Es handelt sich um eine Neuregelung, die an die oben dargestellte fiktive Abnahme in § 640 Abs. 2 n. F. anschließt. Verweigert der Bauherr die Abnahme nicht unter Angabe zumindest eines Mangels, tritt die Abnahmewirkung nach § 640 Abs. 2 ein. Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, tritt die Abnahmewirkung (Abnahmefiktion) nicht ein. In diesem Fall kann der Unternehmer nach der vorliegenden Vorschrift verlangen, dass eine gemeinsame Feststellung des Zustands erfolgt und der Bauherr daran mitwirkt. Findet eine derartige gemeinsame Zustandsfeststellung statt, ist diese schriftlich anzufertigen und von beiden

Vertragsparteien zu unterschreiben und mit dem Tag der Anfertigung zu versehen.

Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, kann die Zustandsfeststellung einseitig vom Unternehmer vorgenommen werden. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fern bleibt, den er nicht zu vertreten und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat also die Möglichkeit, den Zustand der eigenen Werkleistung einseitig – ohne Mitwirkung des Bestellers – zu dokumentieren. Dies muss schriftlich geschehen. Auch dieses Dokument ist mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und vom Unternehmer zu unterschreiben. Dem Bauherrn ist eine Abschrift/Kopie dieser einseitigen Zustandsfeststellung zu übergeben.

Dieses Vorgehen kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn der Bauherr auf Fristsetzung durch den Unternehmer hin vor Ort nicht erscheint. Treffen sich Bauherr und Unternehmer vor Ort und können sie sich nicht auf eine gemeinsame Zustandsfeststellung inhaltlich einigen, kommt die vorliegende Vorschrift nicht zur Anwendung. Kommt es demgegenüber zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung oder zu einer einseitigen Zustandsfeststellung aufgrund des Fernbleibens des Bauherrn, kommen die Rechtsfolgen, die in der Neuregelung enthalten sind, zum Tragen: Ist das Werk dem Besteller verschafft, also in Benutzung genommen worden und ist in der Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt dann nicht, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht worden sein kann. Dies ist beispielsweise bei Verstößen gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik der Fall, bei denen die Ausführung von Anfang an so erfolgte, dass ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik vorlag.

Die Vorschrift versucht, ein Problem zu beseitigen, das darin liegt, dass der Unternehmer bis zur Abnahme der Werkleistung die Gefahr der Verschlechterung trägt. Ist die Werkleistung des Unternehmers abgeschlossen und werden Mängel (durch Folgehandwerker oder durch den Besteller aufgrund der Inbenutzungnahme selbst hervorgerufen), trägt vor der Abnahme der Unternehmer die Beweislast für die Mangelfreiheit und das Risiko einer Verschlechterung, wenn sich nicht die Verursachung durch den Bauherrn nachweisen lässt. Die Neuregelung sieht eine Beweislastleichterung zugunsten des Unternehmers vor. Wenn die Voraussetzung für

22 Ausdrücklich so gewollt: Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 57.

23 Vgl. *Glöckner* VuR 2016, 123, 131.

24 Vgl. *Glöckner* aaO.

25 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 54.

eine Zustandsfeststellung vorliegen, wird vermutet, dass ein nicht aufgeführter Mangel, der ohne weiteres hätte erkannt werden müssen – wäre er im Zeitpunkt der Zustandsfeststellung vorhanden gewesen – auch nicht vorhanden war. Insofern wird die Beweislast zugunsten des Unternehmers erleichtert. Nach der Amtlichen Begründung soll jede Partei die ihr aufgrund der Zustandsfeststellung entstehenden Kosten selbst tragen<sup>26</sup>.

Die Regelung enthält ferner ein weiteres Novum. Bislang war die Übergabe einer Schlussrechnung keine Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch im reinen BGB-Werkvertrag. Dies wird durch die Neuregelung geändert. § 650g Abs. 4 sieht vor, dass zusätzlich zur Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung die Übergabe einer prüfbareren Schlussrechnung tritt. Insofern erfolgt eine Anpassung der gesetzlichen Regelung an die Regelungen in der VOB/B. Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Wird vom Besteller nach übergebener Schlussrechnung keine Rüge erhoben, mit der die Prüfbarkeit (berechtigterweise) angegriffen wird, gilt die Schlussrechnung nach der Neuregelung als prüffähig, wenn der Bauherr nicht innerhalb von 30 Tagen begründete Einwendungen gegen die Prüfbarkeit erhoben hat.

#### 10. Schriftform der Kündigung (§ 650h BGB)

Im Unterschied zum Werkvertrag allgemein gilt für den Bauvertrag die Schriftform bei Kündigungserklärungen. Sie wird auch für Architekten- und Ingenieurverträge (§ 650p BGB) und für den Verbrauchervertrag übernommen.

#### 11. § 650i BGB Verbrauchervertrag

Neu eingefügt wurde eine Definition des Verbrauchervertrages. Liegen die Voraussetzungen dieser Definition vor, finden zusätzliche Regelungen – speziell zugeschnitten auf Verbraucherverträge – ergänzend Anwendung neben den werkvertraglichen und bauvertraglichen Vorschriften. Fast alle Regelungen zum Verbrauchervertrag sind – auch individualvertraglich – unanwendbar, § 650o BGB. Ein Verbrauchervertrag liegt vor, wenn der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird. Der Verbrauchervertrag bedarf zwingend der Textform. Mündliche Verträge sind daher formunwirksam. Zu beachten ist, dass ein Verbrauchervertrag nur dann vorliegt, wenn Inhalt des Vertrages der Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude ist. Leistungen im Hinblick auf andere Bauwerke oder auch Freianlagen/Außenanlagen führen von vorne herein nicht zur Annahme eines Verbrauchervertrages.

Im Hinblick auf die „erheblichen Umbaumaßnahmen“ ist zweifelhaft, ob ein wesentlicher Eingriff in entweder Konstruktion oder Bestand (vgl. § 2 Abs. 5 HOAI) notwendig ist. In der Literatur wird dies zum Teil verneint mit Hinweis darauf, dass sich der Entwurf auf europarechtliche Bestimmungen beziehe und nicht auf die HOAI<sup>27</sup>. Es spricht einiges dafür, die Rechtsprechung des BGH zur umfassenden Anwendung des Werkvertragsrechtes bei Sanierungsprojekten entsprechend anzuwenden<sup>28</sup>, was dann zur Heranziehung der §§ 650i BGB in diesen Fällen führen würde. Hierbei muss auch berücksichtigt werden, dass § 2 Nr. 1 Art. 249 EGBG den Umbau explizit erwähnt. Nach wohl derzeit herrschender

Meinung zum neuen Recht, fallen nur Verträge unter die Definition des Verbrauchervertrages, bei denen die gesamten Bauleistungen mit einem Vertrag beauftragt werden<sup>29</sup>, also zum Beispiel Generalunternehmerverträge oder Generalübernehmerverträge. Gegenstand des Vertrages müssen dann alle Leistungen sein zur Errichtung des neuen Gebäudes beziehungsweise zur Durchführung der erheblichen Umbaumaßnahmen. Umbaumaßnahmen müssen so ein Gewicht haben, dass sie vom Aufwand her einem Neubau vergleichbar sind. Bei Verträgen, die nur einzelne Gewerke zum Inhalt haben, liegt damit kein Verbrauchervertrag vor. Neu vom 6. Ausschuss aufgenommen wurde das Formelerfordernis in Absatz 2, das auf eine Prüfbite des Bundesrates zurückzuführen ist. Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Verbrauchervertrages für den Besteller führt der Gesetzgeber die obligatorische Textform ein.

#### 12. § 650j BGB Baubeschreibung (bei Verbraucherverträgen)

Bei einem Verbrauchervertrag hat der Unternehmer den Verbraucher vor Abschluss des Verbrauchervertrages über die zu erbringende Leistung aufzuklären. Die Baubeschreibung muss verschiedene Merkmale der Bauleistung beinhalten. Der Gesetzgeber hat hierfür eine Vorlage entwickelt. Sie ist in Artikel 249 des Einführungsgesetzes im Bürgerlichen Gesetzbuch abgedruckt. Die Angaben in der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung werden Inhalt des Vertrages (§ 650k BGB). Dies gilt nur dann nicht, wenn die Parteien im Vertrag etwas anderes vereinbaren.

Soweit die Baubeschreibung unklar oder unvollständig ist, hat zunächst eine Vertragsauslegung zu erfolgen. Hierbei werden alle anderen Merkmale, die vertraglich zur Leistungsbeschreibung vereinbart wurden, herangezogen. Hierdurch wird das Niveau betreffend die Komfort- und Qualitätsstandards ermittelt und auf die Lücken übertragen. Verbleiben insofern dann noch Zweifel, gehen diese zu Lasten des Unternehmers.

Der Verbrauchervertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Gleiches gilt für die vorvertraglich zu übergebene Baubeschreibung. Enthält der Vertrag keine Regelung hierzu, gelten die Regelungen in der vorvertraglich übergebenen Baubeschreibung.

26 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 60.

27 Pause/Vogel, NZBau 2015, 667 (668).

28 Pause/Vogel NZBau 2015, 667, 668.

29 Glöckner VuR 2016, 123, 126.

Das Gesetz schweigt sich darüber aus, welche Sanktion mit der Nichtvorlage/Nichtübergabe einer Baubeschreibung verknüpft ist. Da es sich um eine vorvertragliche „Pflicht“ des Unternehmers handelt, eine Baubeschreibung zu übergeben, kann eine Verletzung dieser Pflicht zu Schadensersatzansprüchen nach § 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB führen<sup>30</sup>. Ob neben der schadensrechtlichen Rückabwicklung eines Vertrages eine andere Art der Schadensermittlung in Betracht kommt, wird zu klären sein.

### 13. § 650l BGB Widerrufsrecht<sup>31</sup>

Dem Verbraucher steht bei Abschluss eines Verbraucherbaupertrages ein Widerrufsrecht zu. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Vertrag notariell beurkundet wurde. Der Unternehmer/Handwerker ist verpflichtet, den Verbraucher über das Bestehen und den Inhalt des Widerrufsrechtes zu belehren. Hierzu wurde vom Gesetzgeber ein Muster entwickelt, dass in Anlage 10 zu § 3 des Artikels 249 Einführungsgesetz im BGB abgedruckt ist. Der Verbraucherbaupertrag erfasst nicht Bauperträge über unerhebliche Umbaumaßnahmen (zum Beispiel Wintergärten oder kleinere Anbauten) sowie Handwerkerverträge zur Instandhaltung des Gebäudes. Vom Grundsatz her besteht insoweit kein Widerrufsrecht über die Vorschriften des Verbraucherbaupertrages und es muss auch keine Belehrung erfolgen.

Von besonderer Bedeutung ist jedoch, dass derartige Verträge, die nicht als Verbraucherbaupertrag zu qualifizieren sind, dann mit einem eigenständigen Widerrufsrecht versehen sind, wenn sie außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers oder im Fernabsatz mit Verbrauchern geschlossen werden. Sie unterliegen dann anderen zwingenden gesetzlichen Bestimmungen, die ein Widerrufsrecht vorsehen. Auch in diesen Fällen muss dann eine Belehrung des Verbrauchers über das Bestehen und die Ausübungsmöglichkeit des Widerrufsrechtes erfolgen.

Das Widerrufsrecht bei Abschluss eines Verbraucherbaupertrages muss innerhalb von 14 Tagen ausgeübt werden. Die Frist beginnt mit Vertragsschluss. Allerdings beginnt diese 14-tägige Frist nur dann zu laufen, wenn der Unternehmer/Handwerker den Verbraucher über das Bestehen und die Einzelheiten zum Widerrufsrecht aufgeklärt hat. Wird eine Aufklärung/Belehrung nicht vorgenommen, erlischt das Widerrufsrecht spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss, unabhängig davon ob eine ordnungsgemäße Belehrung erfolgt ist. Wird der Vertrag widerrufen, muss der Bauherr für die bereits erbrachten Bauleistungen Wertersatz gegenüber dem Unternehmer leisten.

### 14. § 650m BGB Abschlagszahlung

Die Vorschrift sieht eine spezielle Regelung für den Anspruch auf Abschlagszahlung vor, soweit es um einen Verbraucherbaupertrag geht. Abweichend von der „normalen“ Regelung für alle Werkverträge in § 632a BGB darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlung bei einem Verbraucherbaupertrag 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c (Vergütung bei Änderungsanordnung) nicht übersteigen. Zusätzlich muss noch – wie schon bisher – eine 5-prozentige Sicherheit gestellt werden, wenn der erste Abschlagszahlungsanspruch geltend gemacht wird.

Im Ergebnis steht dem Verbraucher als Bauherrn bei einem Verbraucherbaupertrag deshalb eine Sicherheit von 15 Prozent für die Vertragserfüllung zu. Mit anderen Worten:

Von berechtigten Abschlagszahlungsansprüchen muss der Verbraucher bei einem Verbraucherbaupertrag lediglich 85 Prozent effektiv vorausbezahlen. Der Rest wird dann mit der Schlussrechnung fällig.

### 15. § 650n BGB Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

Erfasst sind nur Unterlagen, welche im Vorfeld und nach Fertigstellung des Projekts nötig sind, entweder um gegenüber Behörden den Nachweis der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu führen oder einem Darlehensgeber nachweisen zu können, dass bestimmte Bedingungen eingehalten sind. Nicht erfasst sind daher Ausführungspläne<sup>32</sup> und Werkstattpläne, hydraulische Abgleiche und ähnliches, soweit nicht die zusätzlichen Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 bzw. 3 vorliegen. Ferner sind Unterlagen nicht erfasst, welche nach Abschluss des Projekts von Bedeutung sind: z.B. Revisionsunterlagen, Verträge mit am Bau Beteiligten, Prüfzeugnisse, Prüfprotokolle, Bedienungs- und Wartungsanleitungen, Revisions- und Bestandspläne usw.

### 16. Neuregelung betreffend Architekten- und Ingenieurverträge (§ 650p ff. BGB)

Neu ist die Aufnahme einer Definition des Architekten- und Ingenieurvertrages und die Aufnahme des durch die Rechtsprechung entwickelten Verbotes<sup>33</sup>, verfrüht bestimmte Architektenleistungen zu erbringen („Vorpreschen“), § 650p Abs. 1 BGB. Mit der Regelung in Absatz 2 sollen die Fälle erfasst werden, bei denen der Besteller noch keine Vorstellungen über die Leistungsziele, sondern nur vage Vorstellungen von dem zu planenden Bauvorhaben hat. Soweit die Leistungsziele „noch nicht vereinbart“ sind, sind Leistungen nur bis zur Konkretisierung dieser Ziele geschuldet (sogenannte „Zielfindungsphase“) (§ 650p Abs. 2 S. 2). Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt, sondern nach dem Wortlaut nur für „wesentliche“ Leistungsziele.

Ferner soll der Architekt in diesem Fall verpflichtet sein, eine „Planungsgrundlage“ („erste Skizze“<sup>34</sup>) zur Ermittlung der Planungs- und Überwachungsziele zu erstellen. Nach der Amtlichen Begründung soll dieser Begriff verdeutlichen, dass es sich insoweit nicht um die eigentliche Planung handelt. Der Architekt soll darüber hinaus dem Besteller auch eine *Kosteneinschätzung* „zur groben Einschätzung der zu erwartenden Kosten“ geben<sup>35</sup>. Flankiert wird die Regelung mit einem Sonderkündigungsrecht des Bestellers in § 650r BGB nach Abschluss der Zielfindungsphase. Wird nach dieser Vorschrift gekündigt, sind nur die erbrachten Leistungen zu vergüten.

30 *Orlowski* ZfBR 2016, 419.

31 Sehr ausführlich *Lenkeit*, *BauR* 2017, 454 ff. und 615 ff.

32 *Pause/Vogel*. *NZBau* 2015, 667, 670; *Orlowski* ZfBR 2016, 419, 433.

33 *Koebel* in *Locher/Koebel/Frik*, *HOAI* 13. Aufl. Einl. Rd. 79 ff; *BGH BauR* 2007, 1761, 1765 = *NZBau* 2007, 653.

34 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 67.

35 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016 – Begründung S. 67.

Mit § 650q BGB werden eine Reihe der vorangehenden Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt, beispielsweise die allgemeinen Vorschriften § 631–650, die Regelungen zum Anordnungsrecht und die sich anschließende Vergütungsregelung (vorrangig sollen bei Anwendbarkeit der HOAI die dortigen Vergütungsregelungen sein) sowie insbesondere die Regelung zur Schriftform der Kündigung.

Neu ist auch eine Regelung in § 650s BGB, die dem Architekten einen gesetzlichen Anspruch auf Durchführung einer Teilabnahme einräumt. Anknüpfungspunkt ist die „Abnahme der letzten Leistung“ des bauausführenden Unternehmers“. Bei Objekten mit mehreren Unternehmern dürfte es der letzte am Bau tätige Unternehmer sein. Ob die Außenanlagen dazugehören und eine Abnahme der Architektenleistung erst nach Ausführung der Freianlagen in Betracht kommt, wird zu klären sein. Ferner auch die Frage, auf welche Ausführungsleistungen bei den Sonderfachleuten (Ingenieure) abzustellen ist. Viel wichtiger ist, dass zum Zeitpunkt der Erbringung der letzten Bauleistung und deren Abnahme die Architektenleistungen aus Leistungsphase 8 noch mitten im Gange sind und keinesfalls abgeschlossen sind. Es folgen noch Teilleistungen in erheblichem Umfang (zum Beispiel gemeinsames Aufmaß, Rechnungsprüfung, Kostenfeststellung, Antrag auf behördliche Abnahmen und Teilnahme dabei, Übergabe des Objekts und Zusammenstellung von Unterlagen, Auflisten der Verjährungsfristen, Überwachung der Beseitigung der bei den Abnahmen festgestellten Mängel).

Nach der Neuregelung in § 650t BGB zur gesamtschuldnerischen Haftung zwischen dem bauüberwachenden (nicht planendem) Architekten und ausführenden Unternehmen ist die Inanspruchnahme des Architekten erst zulässig, wenn der Besteller dem Unternehmer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Mehr als diese Aufforderung zur Nacherfüllung und der *erfolglose Ablauf der Frist* ist nicht erforderlich, insbesondere bedarf es keiner gerichtlichen Schritte.

### 17. Neuregelung betreffend den Bauträgervertrag (§ 650u BGB) und Sonstiges

Der erste Absatz enthält eine Definition des Bauträgervertrages. Der Umbau ist von der Definition erfasst. Absatz 2 erklärt eine ganze Reihe der vorangehenden Vorschriften für nicht anwendbar. Geändert wurde auch das GVG: Bei den Landgerichten werden spezielle Kammern eingerichtet, die bei Streitigkeiten aus Bau-, Architekten- und Ingenieurverträgen zuständig sind.



#### Dr. Alexander Zahn, Reutlingen

Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner in der Kanzlei Rechtsanwälte Koeble, Fuhrmann, Locher, Zahn, Hüttinger in Reutlingen. Er ist Dozent der Deutschen Anwaltakademie.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).