

BauVG

Das neue Recht nach dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes (BauVG)

von Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D. Prof. Dr. Rolf Kniffka und Vorsitzender Richter am Kammergericht Björn Retzlaff

1. Einführung

Der Bundestag hat am 09.03.2017 das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren verabschiedet (hier abgekürzt mit BauVG). Der Bundesrat hat am 31.03.2017 auf einen Einspruch gegen das Gesetz verzichtet. Das Gesetz ist am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden.¹ Es tritt am 01.01.2018 in Kraft, Art. 10 BauVG, und **wird für alle Verträge gelten, die ab diesem Zeitpunkt geschlossen werden**, Art. 2 Nr. 1 BauVG.

1. Entwicklung

Das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts ist ein **Meilenstein in der Entwicklung des Bauvertragsrechts**. Bisher wurde der Bauvertrag gesetzlich allein im Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches abgebildet. Die Regelungen des Werkvertragsrechts sind jedoch nicht geeignet, die Komplexität eines Bauvertrages zu erfassen. Es bedarf spezieller Regelungen, die Leitbilder für die besonderen Probleme des Bauvertrages darstellen. Auf dem ersten Deutschen Baugerichtstag im Jahre 2006 hat die Arbeit daran begonnen, Empfehlungen für ein neues Bauvertragsrecht auszusprechen. In vielen **Arbeitskreisen des Deutschen Baugerichtstags** haben hoch spezialisierte Baurechtler an der weiteren Entwicklung gearbeitet. Die veröffentlichten Berichte über die Deutschen Baugerichtstage belegen das eindrucklich.² Das Bundesministe-

rium der Justiz hat die Initiativen aufgegriffen und 2010 einen Arbeitskreis Bauvertragsrecht gegründet. Dieser hat in einer Vielzahl von Sitzungen die Möglichkeiten einer Reform des Bauvertrages beraten. Im **Abschlussbericht dieses Arbeitskreises** vom 18.06.2013 wird ein Bauvertragsgesetz empfohlen und es werden dazu auch Empfehlungen ausgesprochen.³ Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat am 24.09.2015 einen **Referentenentwurf** vorgelegt.⁴ Diesem folgte am 02.03.2016 ein modifizierter **Regierungsentwurf**.⁵ Der **Bundesrat** hat dazu am 12.04.2016 neue Vorschläge eingebracht,⁶ zu denen die Bundesregierung eine **Gegenäußerung** abgegeben hat.⁷ Das Gesamtpaket für die Bundestagsberatung in erster Lesung ist am 18.05.2016 vorgelegt worden. Nach Überweisung an den Rechtsausschuss hat am 22.06.2016 eine Anhörung von Sachverständigen stattgefunden. Dem folgte eine intensive politische Auseinandersetzung, die zu Verzögerungen im weiteren Verlauf geführt hat. Der **Rechtsausschuss**

1 BGBl. I 2017, S. 969 ff.

2 1. DGBT, BauR 2006, 1535 ff.; 2. DBGT, BauR 2008, 1677 ff.; 3. DBGT, BauR 2010, 1287; 4. DBGT, BauR 2012, 1443 ff.; 5. DBGT, BauR 2014, 1525 ff.; 6. DBGT, BauR 2016, 1533 ff.

3 Abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht.html.

4 Abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

5 BT-Drucks. 18/8486, S. 1 bis 75.

6 BT-Drucks. 18/8486, S. 81 bis 94.

7 BT-Drucks. 18/8486, S. 104 bis 101.

hat schließlich eine modifizierte Empfehlung ausgesprochen,⁸ die letztlich Gesetz geworden ist.

2. Gesetzeszweck

Das Gesetz verfolgt mehrere Ziele. Zum einen sollen grundlegende gesetzliche Regelungen für den Bauvertrag geschaffen werden, die den komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Verträgen Rechnung tragen. Verschiedene Vorschriften wurden vereinfacht oder effektiver ausgestaltet. **So sollen kostenintensive Konflikte und eine Störung des Liquiditätsflusses der Bauunternehmen vermieden werden.**⁹ Des Weiteren soll den **Besonderheiten des Verbraucherbauvertrages** Rechnung getragen werden. Weiterhin werden **spezielle Regelungen für den Architekten- und Ingenieurvertrag** entwickelt. Das Gesetz erfasst den **Bau-trägervertrag** nunmehr im Ansatz auch als eigenen Vertragstypen. Schließlich soll der **zivilrechtliche Rechtsschutz** gestärkt werden, ein Ziel, das erst über die Initiative des Rechtsausschusses Eingang in das Gesetzgebungsverfahren gefunden hat.

Ein weiteres Kernstück ist die **Änderung der kaufvertraglichen Haftung**. Diese Änderung ist bedingt durch eine Änderung der Rechtsprechung in den Fällen, in denen ein Werkunternehmer Baustoffe in das Bauwerk einbaut, die mangelhaft geliefert worden sind. Dieser Einbau führt in aller Regel zu einem Mangel des Bauwerks, für den der Unternehmer verschuldensunabhängig haftet. Er ist verpflichtet, den Mangel zu beseitigen, was in aller Regel dadurch geschieht, dass der mangelhafte Baustoff ausgebaut und ein mangelfreier Baustoff eingebaut wird. Die gesamten Kosten des Ein- und Ausbaus muss der Unternehmer tragen. Für den Unternehmer kommt es darauf an, ob er den Lieferanten des mangelhaften Baustoffes verschuldensunabhängig auf die Ein- und Ausbaurkosten in Anspruch nehmen kann. Das ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht möglich.¹⁰ Die Rechtsprechung hat in eigenartiger, vermeintlich durch Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs erzwungener Differenzierung nur dem Verbraucher einen verschuldensunabhängigen Rückgriff gegen den Lieferanten gestattet, nicht jedoch dem Unternehmer. Der Unternehmer kann nach geltender Rechtslage den Lieferanten wegen der Ein- und Ausbaurkosten nur auf Schadensersatz, d.h. verschuldensabhängig, in Anspruch nehmen. Da dem Lieferanten eine verschuldete Pflichtwidrigkeit selten zur Last fällt, weil er in aller Regel

nicht erkennen kann, dass das gelieferte Produkt mangelhaft ist, kann der Unternehmer sich in der Praxis häufig nicht schadlos halten, eine Rechtslage, die zu Recht als unbefriedigend befunden wird. Das hat das Gesetz korrigiert. Nunmehr ist ein verschuldensunabhängiger Regress beim Lieferanten unter genau bezeichneten Voraussetzungen möglich.

3. Systematik

Gesetzestechisch ist der Gesetzgeber wie folgt vorgegangen: Der Titel 9 des Bürgerlichen Gesetzbuches „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ bestand bisher nur aus den Untertiteln „Werkvertragsrecht“ und „Reisevertrag“. Nunmehr besteht er aus den vier Untertiteln „Werkvertrag“, „Architekten- und Ingenieurvertrag“, „Bau-trägervertrag“ und „Reisevertrag“. Der Untertitel 1 „Werkvertrag“ enthält vier Kapitel: „Allgemeine Vorschriften“, „Bauvertrag“, „Verbraucherbauvertrag“ und „Unabdingbarkeit“.

Aus dieser Systematik wird deutlich: Der Bauvertrag ist seinem Vertragstyp nach ein Werkvertrag, ebenso wie der Verbraucherbauvertrag, Architekten- und Ingenieurvertrag sowie Bau-trägervertrag stehen als eigenständige Vertragstypen neben dem Werkvertrag. Es handelt sich um dem Werkvertrag ähnliche Verträge. Der Gesetzgeber wollte damit nicht den Charakter des Architekten- und Ingenieurvertrages, der in der Rechtsprechung weitgehend als Werkvertrag angesehen wird, ändern. Er wollte vielmehr zum Ausdruck bringen, dass diese beiden Vertragstypen Besonderheiten enthalten, die es nicht rechtfertigen, ihn auf die gleiche systematische Stufe zu stellen, wie den Bauvertrag.

4. Würdigung

Das Gesetz muss schon deshalb begrüßt werden, weil es erstmals den Besonderheiten des Bauvertrages und auch des Architekten- und Ingenieurvertrages gerecht werden will. Die bisherigen punktuellen und von wenig Sachkunde getragenen Bemühungen im Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen,¹¹ im Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts¹²

8 BT-Drucks. 18/11437.

9 BT-Drucks. 18/8486.

10 BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BauR 2013, 239; Beschl. v. 16.04.2013 – VIII ZR 375/11, IFR 2013, 593; Urt. v. 02.04.2015 – VIII ZR 46/13, BauR 2014, 1295.

11 BGBl. I 2000, S. 330; zur Entstehungsgeschichte Kniffka, ZfBR 2000, 227.

12 BGBl. I 2001, S. 3138.

und im Forderungssicherungsgesetz,¹³ diesen Besonderheiten im Untertitel „Werkvertragsrecht und ähnliche Verträge“ Rechnung zu tragen, sind weitgehend gescheitert. Das Gesetz packt einige der praktisch bedeutsamen Fragen an. Dazu gehören **Verbesserungen bei den Voraussetzungen für Abschlagszahlungen** und bei der **fiktiven Abnahme** im Werkvertrag. Das **Anordnungsrecht und der korrespondierende Vergütungsanspruch** im Bauvertrag wurden geregelt. Die Rechte des einen Bauvertrag schließenden Verbrauchers wurden deutlich gestärkt. Bei den Besonderheiten des Architektenvertrages wurde die **Zielfindungsphase mit einem eigenen Kündigungsrecht** geregelt und zudem dem Architekten Erleichterungen bei der **Teilabnahme** und durch Einführung einer **Art sekundäre Haftung** verschafft. Die Regelung des Bau-trägervertrages enthält im Wesentlichen nichts Neues, ist aber als Platzhalter für eine erhoffte und in einem Arbeitskreis des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz behandelten grundlegenden Reform des Bau-trägervertragsrechts vorgesehen.

Die Reform des Baurechts ist eingeleitet worden durch die Diskussionen auf den Deutschen Baugerichtstagen. Der Deutsche Baugerichtstag e.V. ist mit dem Ziel gegründet worden, die rechtlichen Rahmenbedingungen für das Bauen zu verbessern und spezielle Regelungen zu schaffen, die den Besonderheiten des Bauvertrages gerecht werden.¹⁴ Im Deutschen Baugerichtstag ist die Diskussion öffentlich geführt worden und es hat sich alsbald herausgestellt, welche tiefen Interessengegensätze zwischen Auftragnehmer- und Auftraggeberseite bestehen. Wie nicht anders zu erwarten war, hat auch das Bestreben eine große Rolle gespielt, die Bedeutung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen nicht zu schwächen, die zwingend vom öffentlichen Auftraggeber vereinbart werden muss. Eine Diskussion darüber, ob die VOB/B nicht in Teilen Ursache für die Fehlentwicklungen im Bauvertragsrecht sind, hat jedoch nicht stattgefunden. Wie bekannt ist, hat es in den letzten Jahrzehnten trotz dieser Fehlentwicklungen keine grundlegende Überarbeitung der VOB/B gegeben. Diese hat sich vielmehr größtenteils darauf beschränkt, unreflektiert Entscheidungen der Rechtsprechung umzusetzen. Dabei wurde durchweg verkannt, dass die Entscheidungen auf der Grundlage der geltenden VOB/B bzw. der geltenden Rechtslage ergingen und deshalb eine unreflektierte Umset-

zung auch dazu führen kann, die Schwächen der VOB/B noch zu vertiefen.¹⁵

Es kann allerdings vorausgesetzt werden, dass sich die VOB/B im Grundsatz bewährt hat. Gleichwohl hat sie auch schwache Regelungen, zu denen insbesondere das wichtige Vergütungsrecht gehört.¹⁶ Gerade die Schwächen der Regelung des Vergütungsrechts haben dazu geführt, dass viel Rechtsunsicherheit herrscht. Sie haben auch dazu geführt, dass sich Rechtsgrundsätze fern ab von der eigentlichen Grundhaltung der VOB/B entwickelt haben, wie „guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“, ein Grundsatz der einerseits die Spekulation fördert und andererseits empfindliche Störungen des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses mit sich bringen kann. Das führt sogar so weit, dass der Auftraggeber in der Preisentwicklung von Nachträgen an ihm nicht bekannte, willkürliche Urkalkulationen gebunden sein soll, eine Hypothese, für die es keine Grundlage und vor allem auch keine Rechtfertigung gibt.¹⁷ Die vielen Interpretationsspielräume der VOB/B sind deren Makel, der zu einer kaum überschaubaren Interpretationsliteratur mit divergierenden Grundsätzen und ebenso divergierenden Ausnahmetatbeständen und zu Gerichtsentscheidungen geführt hat, die beim besten Willen nicht in Übereinstimmung zu bringen sind.

Letztlich hat sich der Gesetzgeber in vielen Punkten nicht von teilweise über die Jahre fehlinterpretierten Regelungen der VOB/B, sondern von Lösungsvorschlägen motivieren lassen, die aus seiner Sicht **die Kooperation der Bauvertragsparteien fördern**. Das betrifft nicht nur das Nachtragswesen. Beispielhaft sind die Regelungen zur Behandlung von **Mängeln bei Abschlagsforderungen, zur Leistungsstandfeststellung bei der Kündigung, zur Zustandsfeststellung bei verweiger-**

13 BGBl. I 2008, S. 2022, zur Entstehungsgeschichte und Kritik: Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., Einf. vor § 631 Rdnr. 8.

14 Kniffka, BauR 2006, 1549.

15 Beispielhaft die Umsetzung der Rechtsprechung zum Verlust des Einwands der fehlenden Prüffähigkeit nach dreißig Tagen, die nunmehr sogar in das Gesetz Einzug gehalten hat. Das Urübel ist es, die Prüffähigkeit zur Fälligkeitvoraussetzung zu erheben, weil damit neues Konfliktpotential geschaffen wird, ohne dass dies der Sache wirklich dienlich ist. Letztlich geht es immer um die Frage, ob eine Vergütungsforderung berechtigt ist und nicht darum, wie die Rechnung beschaffen ist.

16 Vgl. Kniffka, BauR 2012, 411 ff.

17 Vgl. Kniffka/Koebke, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 5. Teil Rdnr. 138 ff.

ter **Abnahme**. Auch wenn es nicht auf den ersten Blick klar wird, ist der **Kooperationsgedanke auch im Anordnungs- und Vergütungsrecht für Nachträge ein wesentliches Element**. Das feine Zusammenspiel der Regelungen, zu denen auch die Möglichkeit der Herbeiführung einer **Eilentscheidung** gehört, soll dazu führen, dass Drohszenarien bei Streitigkeiten über Nachträge und Abschlagsforderungen weitgehend vermieden werden.

Das sind gute Ansätze und auch deshalb muss das Gesetz begrüßt werden. Gleichzeitig muss auch angesichts einiger bereits vorhandenen Veröffentlichungen¹⁸ davor gewarnt werden, das Gesetz schlecht zu reden. Natürlich ist einiges weniger gelungen und gibt es Korrekturbedarf. Selbstverständlich wird sich erst in der Praxis zeigen, ob der Wille des Gesetzgebers in den vielen Einzelfällen zu realisieren ist. Es wird aber darauf ankommen, diesem Willen Geltung zu verschaffen und nicht in kleinlicher Wortinterpretation die Ziele des Gesetzgebers aus den Augen zu verlieren. **Die Gerichte sind in einer ganz besonderen Verantwortung**, weil es viele Auslegungsfragen gibt, wie bei einem neuen Gesetz nicht anders zu erwarten ist und wie es auch nicht verhindert werden kann. Die Gerichte müssen sich vor allem davor hüten, in alten Kategorien zu denken und mit Macht das Bisherige bewahren zu wollen. Es geht in dem neuen Gesetz auch darum, neue Wege zur Kooperation zu finden und dafür die Grundlagen zu legen. Deshalb soll an dieser Stelle der ausdrückliche Wunsch an die entscheidenden Richterinnen und Richter stehen, sich für die Entscheidungen zum neuen Recht Zeit zu nehmen, sich sachkundig zu machen und den Weg des Gesetzgebers mitzutragen. Nur verständige Entscheidungen verhindern eine Fehlentwicklung.

5. Reformbedarf

Die Reform hat viele der dringenden Probleme des Bauvertragsrechts nicht gelöst. Dazu gehört vorrangig die **strukturelle Anpassung des geschriebenen Rechts an den funktionalen Herstellungsbegriff**. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Regelung des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB so zu verstehen ist, dass zur vereinbarten Beschaffenheit auch die nach dem Vertrag vereinbarte oder vorausgesetzte Verwendung gehört.¹⁹ Das ist unproblematisch, wenn die sonstige Beschaffenheitsvereinbarung, meist in Form einer Baubeschreibung oder eines Leistungsverzeichnisses, geeignet ist, die vereinbarte oder vorausgesetzte Verwendung zu bewirken, also

funktional unbedenklich ist. Ist das jedoch nicht der Fall, kann also über die Baubeschreibung oder das Leistungsverzeichnis usw. das Werk nicht die vereinbarte oder vorausgesetzte Funktion erfüllen, so wird nach der Rechtsprechung die Widersprüchlichkeit des Vertrags dahin aufgelöst, dass der Unternehmer verpflichtet bleibt, die vereinbarte oder vorausgesetzte Funktion zu erfüllen und der Baubeschrieb entsprechend anzupassen bzw. zu verändern ist.²⁰ Der Wortlaut des Gesetzes ist insoweit missverständlich. Eine Anpassung ist dringend geboten, damit deutlich geklärt wird, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch vom gesetzgeberischen Willen getragen wird. Damit könnte der ständigen Diskussion in streitigen Auseinandersetzungen ein Ende gesetzt werden, in denen der Unternehmer die Auffassung vertritt, er schulde keine funktionsfähige Leistung, sondern nur die Abarbeitung des vertraglichen Leistungsverzeichnisses. Dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch weiterhin adaptiert, ergibt sich allerdings mittelbar aus den Regelungen des Anordnungsrechts. Zum rechtlichen Umfeld des funktionalen Herstellungsbegriffs gehört sowohl die Vertragsanpassung durch Änderungsanordnungen, also die Vermeidung eines Sachmangels, als auch die Haftung für den Fall, dass nach Ausführung der Leistung die Funktion durch falsche Leistungsbeschreibung usw. verfehlt wird. Dazu gehört auch die in der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit der Enthftung durch die Erfüllung der Bedenkenhinweispflicht und in engem Zusammenhang damit die Mitwirkung des Bestellers. Auch insoweit bedarf es eines gesetzlichen Leitbildes, eine Aufgabe, die der Gesetzgeber im Bauvertragsrecht noch vor sich hat.²¹

Wünschenswert wäre es auch, wenn der Gesetzgeber eine **Leitlinie zur Behandlung von Bauverzögerungen** schaffen würde. Eine Heerschaar von Juristen beschäftigt sich täglich mit der Bearbeitung von Bauzeitnachträgen, ohne dass es insoweit klare rechtliche Voraussetzungen gäbe. Gerade in diesem meist kostenträchtigen Bereich wäre es wichtig, Pfeiler einzuschlagen, die den Weg für eine Durchsetzung von Ansprüchen aus Bauzeitverzögerungen schafft. Dazu gehört auch die Überarbeitung des § 642 BGB, der möglicherweise jedenfalls vom

18 Beispielhaft Deckers, ZfBR 2017, 523 ff.

19 BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344.

20 Kniffka/Koebler, a.a.O., 6. Teil Rdnr. 18.

21 Vgl. Abschlussbericht S. 19.

Wortlaut her die Problematik der Bauverzögerung nicht vollständig erfasst.

Ebenso wünschenswert wären auch **Leitlinien für Sicherungsvereinbarungen**. Denn nach der rigiden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelingt es kaum noch wirksame Sicherungsvereinbarungen zu schließen. Das liegt zum einen daran, dass Auftraggeber ihr Sicherheitsbedürfnis überbewerten und auf die Interessen des Auftragnehmers keine ausreichende Rücksicht nehmen. Es liegt auch daran, dass die Sicherungsvereinbarungen ohne großen Sachverstand formuliert werden und die Vorgaben der Rechtsprechung nicht durchdacht und auch nicht bedacht werden. Es kann aber auch daran liegen, dass der Maßstab für die unangemessene Überverteilung bisher nicht gesetzlich definiert ist. Das mag in finanziell weniger wichtigen Bereichen hinnehmbar sein. Bei den Sicherungsvereinbarungen führt dies jedoch dazu, dass Auftraggeber mit ihren Sicherungen reihenweise ausfallen, ein Zustand der wirtschaftlich jedenfalls sehr unerfreulich ist.

Schließlich sollte der Gesetzgeber sich auch der **Mängelrechtproblematik** annehmen. Dabei ist einerseits die **Verjährung und Mängelhaftung vor der Abnahme**²² und andererseits die **Schadensersatz- und Minderungsproblematik** im Blick. Zur Mängelhaftung vor der Abnahme gibt es zwar mittlerweile diese grundsätzlich ablehnende Entscheidungen.²³ Ob damit eine vernünftige, praxistaugliche Regelung erzielt ist, scheint jedoch unklar. In der Sache ist es jedenfalls nicht gut nachvollziehbar, dass der Besteller auch dann keine speziellen Mängelansprüche hat, wenn der Unternehmer mangelhaft gearbeitet hat und keine weiteren Leistungen mehr erbringen will. Der Besteller müsste das mangelhafte Werk abnehmen, um in den Vorteil der Mängelrechte zu kommen. Das ist wenig einleuchtend.

Die zaghaften und auch wenig konsistenten Versuche des Bundesgerichtshofs mit einer normativen Betrachtungsweise die teilweise mögliche Überkompensation durch den von der herrschenden Meinung getragenen Schadensbegriff abzubauen,²⁴ verdienen ebenfalls eine gesetzgeberische Initiative, die dafür sorgt, dass Besteller sich an Mängeln nicht bereichern.

In diesem Zusammenhang lohnt sich durchaus ein Blick auf die Systematik des Mängelrechts. Dieses ist im Prinzip einfach strukturiert, hat jedoch mit Hilfe der Rechtsprechung seine Konturen verloren.

Denn der Gesetzgeber gibt zunächst dem Nacherfüllungsanspruch den Vorrang, mit dem das Recht des Unternehmers zur zweiten Andienung korrespondiert. Wird nicht nacherfüllt, kann der Besteller Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten oder Aufwendungsersatz verlangen. Daneben ist er berechtigt, die weiteren Schäden geltend zu machen. Damit sind alle Nachteile des Bestellers kompensiert. Durcheinander geraten ist diese Systematik dadurch, dass mit dem Schadensersatzanspruch auch die Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden können, was notwendig ist, wenn der Anspruch auf Vorschuss oder Aufwendungsersatz durch das Verlangen nach Schadensersatz verloren gegangen ist. Dass dies so ist, ist aber nicht geboten. Allein die Fehlschaltung – sei es durch den Gesetzgeber oder durch die Rechtsprechung – diese Ansprüche gingen mit dem Schadensersatz statt der Leistung verloren, führt zu der unbefriedigenden Lösung, nach der ein Mangelschaden auch mit den Mängelbeseitigungskosten liquidiert werden kann, wenn der Mangel gar nicht beseitigt wird. Das wiederum führt dazu, dass angesichts einer sehr strengen Rechtsprechung zur Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten Besteller in vielen Fällen einen Schaden in Höhe von Mängelbeseitigungskosten liquidieren, der mit ihren tatsächlichen wirtschaftlichen Nachteilen nicht in Übereinstimmung zu bringen ist. Da eine Änderung der Rechtsprechung wohl nicht zu erwarten ist, sollte der Gesetzgeber erwägen, ob er zu dem einfachen Lösungsmuster zurückkehrt und Mängelbeseitigungskosten nur gewährt, wenn die Mängel auch beseitigt werden. Ansonsten muss der Schaden nach einer Wertminderung bewertet werden, die sich am Verkehrswert orientiert.

Damit ist nur ein grober Rahmen für weitere Reformen des Bauvertragsrechts abgesteckt. **Der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht enthält eine Vielzahl von weiteren Empfehlungen**. Bauvertragsrechtliche Einbindung aller Baubeteiligten durch sinnvolle Änderung der Streitverkündungsregeln, Erleichterung des Teilurteils, Entschlackung des selbständigen Beweisverfahrens sind einige Stichworte. Auch die besonderen Probleme des Architekten- und Ingenieur-

22 Abschlussbericht S. 41.

23 BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 193/15, BauR 2017, 879 und 301/13, BauR 2017, 875; VII ZR 235/15, BauR 2017, 1024.

24 Vgl. dazu Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rdnr. 252.

vertrags sind nicht vollständig angegangen worden. Das Bauträgervertragsrecht ist noch in Bearbeitung. Diese Arbeiten in einer Arbeitsgruppe des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz münden hoffentlich in eine Reform dieses eigenen Vertragstyps, der bekanntlich Elemente des Werk-, Kauf- und Geschäftsbesorgungsvertrages enthält.

Die geregelten Bereiche werfen eine Vielzahl von neuen Fragen auf. Davon liegen einige auf der Hand, andere werden sich erst in der praktischen Anwendung zeigen. Auch insoweit wird sich ein Überarbeitungsbedarf ergeben.²⁵ Der vorliegende Beitrag wird in einem Überblick versuchen, die Reform vorzustellen, die einzelnen Vorschriften zu erläutern und zudem praktisch relevante Fragen zu beantworten. Dazu gehört auch ein Vergleich mit Regelungen der VOB/B und auch die Frage, ob diese angesichts des neuen gesetzlichen Leitbilds der Inhaltskontrolle standhalten, soweit diese stattfindet. Maßstab ist die VOB/B in der augenblicklichen Fassung. Wie lange diese noch Bestand hat, ist ungeklärt. Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DAV) hat mitgeteilt, es sei einstimmig beschlossen worden, die VOB/B unter Einbeziehung des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts weiterzuentwickeln. Die VOB/B solle praxisorientiert weiterentwickelt werden. Dabei sollten auch die Überlegungen des Gesetzgebers zur Einführung eines Bauvertragsrechts berücksichtigt werden.²⁶ Bei einem derartig ambitionierten Programm droht eine längere Auseinandersetzung innerhalb der Arbeitsgruppe, mit der möglicherweise die grundlegend gegenseitigen Positionen im Gesetzgebungsverfahren wieder eingenommen werden. Es scheint ungewiss, zu welchem Zeitpunkt welches Ergebnis präsentiert werden kann.

6. Überblick

Dem Leser soll insgesamt ein **prägnanter Überblick**²⁷ über die Reform gegeben werden. Das erfolgt zunächst mit einer Wiedergabe der neuen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Andere für das Bauvertragsrecht maßgebliche neue Regelungen werden im Zusammenhang mit der Kommentierung vorgestellt. Diese erfolgt im Anschluss an den Gesetzestext und folgt der Systematik des Gesetzes zum Recht des Bauens. Im Anschluss daran erfolgt die Kommentierung zu den Änderungen des Kaufrechts und des Prozessrechts.

Neues Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches

Titel 9 Werkvertrag und ähnliche Verträge

Untertitel 1 Werkvertrag

Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften

§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

§ 632 Vergütung

(1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

(3) Ein Kostenanschlag ist im Zweifel nicht zu vergüten.

§ 632a Abschlagszahlungen

(1) 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. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

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

25 Z.B. muss die viel zu weitgehende und deshalb zu falschen Ergebnissen führende Regelung des § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB geändert werden.

26 IBR 2017, ibr-online: Ausgewählte News.

27 Aus diesem Grund beschränken sich die Verfasser bei den Zitierungen der vorhandenen Kommentarliteratur im Wesentlichen auch auf die Werke, an denen sie mitwirken.

§ 633 Sach- und Rechtsmangel

(1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst

2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

(3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

§ 634 Rechte des Bestellers bei Mängeln

Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 635 Nacherfüllung verlangen,
2. nach § 637 den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen,
3. nach den §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 638 die Vergütung mindern und
4. nach den §§ 636, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

§ 634a Verjährung der Mängelansprüche

(1) Die in § 634 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Ansprüche verjähren

1. vorbehaltlich der Nr. 2 in zwei Jahren bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht,

2. in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, und

3. im Übrigen in der regelmäßigen Verjährungsfrist.

(2) Die Verjährung beginnt in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 und 2 mit der Abnahme.

(3) Abweichend von Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Abs. 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Im Fall des Abs. 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) Für das in § 634 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. Der Besteller kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung der Vergütung insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Unternehmer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 634 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Abs. 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.

§ 635 Nacherfüllung

(1) Verlangt der Besteller Nacherfüllung, so kann der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen.

(2) Der Unternehmer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Unternehmer kann die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.

(4) Stellt der Unternehmer ein neues Werk her, so kann er vom Besteller Rückgewähr des mangelhaften Werkes nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

§ 636 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen der § 281 Abs. 2 und 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gem. § 635 Abs. 3 verweigert oder wenn die Nacherfüllung fehlerhaft oder dem Besteller unzumutbar ist.

§ 637 Selbstvornahme

(1) Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert.

(2) § 323 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung. Der Bestimmung einer Frist bedarf es auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung fehlerhaft oder dem Besteller unzumutbar ist.

(3) Der Besteller kann von dem Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen.

§ 638 Minderung

(1) Statt zurückzutreten, kann der Besteller die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Bestellers oder auf der Seite des Unternehmers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.

(3) Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

(4) Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Unternehmer zu erstatten. § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

§ 639 Haftungsausschluss

Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder

beschränkt werden, kann sich der Unternehmer nicht berufen, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit des Werkes übernommen hat.

§ 640 Abnahme

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

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

(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Abs. 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

§ 641 Fälligkeit der Vergütung

(1) Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

(2) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,
1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,
2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt oder
3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat. Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werks Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller entsprechende Sicherheit leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

(4) Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

§ 642 Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

§ 643 Kündigung bei unterlassener Mitwirkung

Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablauf der Frist erfolgt.

§ 644 Gefahrtragung

(1) Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.

(2) Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung.

§ 645 Verantwortlichkeit des Bestellers

(1) Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne dass ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Das Gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird.

(2) Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt.

§ 646 Vollendung statt Abnahme

Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt in den Fällen des § 634a Abs. 2 und der §§ 641, 644 und 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.

§ 647 Unternehmerpfandrecht

Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

§ 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.

§ 648 Kündigungsrecht des Bestellers

Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

§ 648a Kündigung aus wichtigem Grund

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

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

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

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

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

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

§ 649 Kostenanschlag

(1) Ist dem Vertrag ein Kostenanschlag zugrunde gelegt worden, ohne dass der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, und ergibt sich, dass das Werk nicht ohne eine

wesentliche Überschreitung des Anschlags ausführbar ist, so steht dem Unternehmer, wenn der Besteller den Vertrag aus diesem Grund kündigt, nur der im § 645 Abs. 1 bestimmte Anspruch zu.

(2) Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen.

§ 650 Anwendung des Kaufrechts

Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.

Kapitel 2 Bauvertrag

§ 650a Bauvertrag

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

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

§ 650b Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 2) oder
 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,
- streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Abs. 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Abs. 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2

(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

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

(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gem. § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.

§ 650d Einstweilige Verfügung

Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gem. § 650b oder die Vergütungsanpassung gem. § 650c ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.

§ 650e 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.

§ 650f 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 % 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 % für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

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

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Abs. 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 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

(6) Die Abs. 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 § 650i oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u handelt.

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

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

§ 650g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

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

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

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

(4) Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Abs. 2 entbehrlich ist, und
2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung übergeben hat.

Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

§ 650h Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrags bedarf der schriftlichen Form.

Kapitel 3 Verbraucherbaupvertrag

§ 650i Verbraucherbaupvertrag

(1) Verbraucherbaupträge 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) Der Verbraucherbaupvertrag bedarf der Textform.

(3) Für Verbraucherbaupträge gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

§ 650j 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.

§ 650k Inhalt des Vertrags

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

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

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

§ 650l Widerrufsrecht

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

§ 650m Abschlagszahlungen; Absicherung des Vergütungsanspruchs

(1) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 % 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 i.H.v. 5 % 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 %, ist dem Verbraucher bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit i.H.v. 5 % 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 Abs. 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, die den Verbraucher zu einer Sicherheitsleistung für die vereinbarte Vergütung verpflichtet, die die nächste Abschlagszahlung oder 20 % der vereinbarten Vergütung übersteigt. Gleiches gilt, wenn die Parteien Abschlagszahlungen vereinbart haben.

§ 650n Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

- (1) Rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung hat der Unternehmer diejenigen Planungsunterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird. Die Pflicht besteht nicht, soweit der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.
- (2) Spätestens mit der Fertigstellung des Werks hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist.
- (3) Die Abs. 1 und 2 gelten entsprechend, 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.

Kapitel 4 Unabdingbarkeit

§ 650o Abweichende Vereinbarungen

Von § 640 Abs. 2 Satz 2, den §§ 650i bis 650l und § 650n 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

§ 650p Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

(1) Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung

und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

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

§ 650q Anwendbare Vorschriften

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

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

§ 650r Sonderkündigungsrecht

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

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

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

§ 650s Teilabnahme

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

§ 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

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

Untertitel 3 Bauträgervertrag

§ 650u Bauträgervertrag; anwendbare Vorschriften

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

(2) Keine Anwendung finden die §§ 648a, 650b bis 650e, § 650k Abs. 1 sowie die §§ 650l und 650m Abs. 1.

§ 650v 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.

II. Untertitel 1 Kapitel 1 Werkvertragsrecht

1. § 632a BGB Abschlagszahlungen

(1) 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. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

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

a) Überblick

Bereits nach geltender, zuletzt durch das Forderungssicherungsgesetz²⁸ modifizierter Rechtslage hat der Unternehmer einen gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlungen. Die entsprechende Regelung lautet:

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend.

Dieser Teil des Gesetzes ist grundlegend geändert. Die Änderung betrifft zum einen die Berechnungsgrundlage der Abschlagsforderung und zum einen die Bedeutung von Mängeln. Während nach bisheriger Rechtslage die Abschlagszahlung nach

²⁸ Vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2022.