



HECKER  
WERNER  
HIMMELREICH  
RECHTSANWÄLTE

## **Das neue Werk- und Bauvertragsrecht**

**von Rechtsanwalt Ulrich Dölle**

Am 9. März 2017 hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und der Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung beschlossen. Ein beeindruckendes Paket von rund 40 neuen oder wesentlich geänderten Vorschriften im BGB. So titelte die Legal Tribune Online am 14. März 2017: „Reform des Bauvertragsrechts, es bleibt kein Stein auf dem anderen“.

Es ist eine hohe gesetzgeberische Kunst, Regelungen so zu gestalten, dass sie in ihrer Abstraktheit für eine Vielzahl unterschiedlichster Fälle eine gerechte Konfliktlösung ermöglichen. So stellte das BGB im Werkvertragsrecht eine Reihe von Regelungen zur Verfügung, die sowohl für die Herstellung einer Zahnprothese als auch die Reparatur eines Kfz oder aber eben die Herstellung eines viele Millionen teuren Gebäudes mit einer Bauzeit von mehreren Jahren Geltung beanspruchten. Die Fachleute und nun auch der Gesetzgeber waren deshalb der Auffassung, dass das Werkvertragsrecht des BGB dabei den komplexen Eigenarten des Bauvertrages nicht gerecht wird und der Reform bedürfe. Der Gedanke ist nicht neu. Schon 1926 wurde die erste Fassung der VOB verabschiedet. Grund für die Schaffung der VOB war schon damals die Erkenntnis, dass die dürftigen Regelungen des Werkvertragsrechtes im BGB keine hinreichende Lösung für die Probleme baurechtlicher Streitigkeiten bieten.

Ob dieses Reformpaket wirklich der große Wurf ist, darf mit Fug und Recht bezweifelt werden. Manche Vorschrift erscheint schlicht überflüssig und viele Zweifelsfragen, mit denen sich die Praktiker herumschlagen, bleiben auch durch die Reform ungeklärt. Stattdessen entstehen neue Problemstellungen, die Rechtsprechung und Literatur in den nächsten Jahren hinreichend beschäftigen werden.

Wir wollen im Folgenden die wesentlichen Änderungen aufzeigen, die ab dem 1.1.2018 geltendes Recht sein werden:

Zunächst muss sich der Gesetzesanwender an eine neue Gliederungsstruktur im BGB gewöhnen: Bisher fanden sich im zweiten Buch des BGB „Besondere Schuldverhältnisse“ in Titel 9 die Regelungen über „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ mit den Untertiteln „Werkvertragsrecht“ und „Reisevertrag“. Nunmehr finden wir hier vier Untertitel nämlich „Werkvertrag“, „Architekten- und Ingenieurvertrag“, „Bauträgervertrag“ und „Reisevertrag“. Daraus ist allerdings nicht der Schluss zu ziehen, dass der Architektenvertrag nun etwa kein Werkvertrag mehr wäre. Vielmehr soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die gesondert in Untertiteln genannten Vertragstypen Besonderheiten aufweisen; ihrer Eigenheit soll Rechnung getragen werden. Die einzelnen Untertitel sind weiter in Kapitel untergliedert. Es ist hilfreich, diese Struktur vor Augen zu haben, da einzelne Vorschriften bei der Verweisung hierauf Bezug nehmen.

## **Untertitel 1 - Werkvertrag**

### **Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften**

in Kapitel 1, den allgemeinen Vorschriften, ist der Gesetzgeber mit seinen Reformanstrengungen noch sparsam umgegangen. Unverändert blieben zunächst die grundlegenden Vorschriften des § 631<sup>1</sup>, vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag und des § 632 Vergütung.

#### **1. Abschlagszahlungen**

Die erste Änderung findet sich **§ 632a (Abschlagszahlungen)**. Bisher galt, dass der Unternehmer vom Besteller (Auftraggeber) für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen konnte, in der der Besteller durch die Leistung einen **Wertzuwachs** erlangt hatte. Bei nur **unwesentlichen Mängeln** konnte die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. Nach der Neuregelung kann der Unternehmer Abschlagszahlungen **in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten Leistungen** unabhängig von einem Wertzuwachs beim Besteller fordern.

Eine wesentliche Änderung ist damit allerdings nicht verbunden. Auch bisher war das Gesetz nicht dahin zu verstehen, dass für jede Abschlagsforderung ein Gutachten über einen Wertzuwachs eingeholt werden müsste. Vielmehr erfolgte die Abrechnung nach den Vertragspreisen

---

<sup>1</sup> Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

und den erbrachten Mengen. Mit dem Abstellen auf den Wertzuwachs waren nur Abschlagszahlungen für solche Leistungen ausgeschlossen, die noch nicht endgültig beim Besteller verblieben. Gedacht war hier an Gutachter- oder Planungsleistungen. Im Übrigen gilt weiterhin, dass Abschlagszahlungen auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile verlangt werden können, 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.

Bedeutender ist die Änderung bezüglich der Pflicht, auch bei mangelhafter Werkleistung Abschlagszahlungen zu leisten. Nach der durch das Forderungssicherungsgesetz eingefügten Regelung mussten Abschlagszahlungen nicht geleistet werden, wenn wesentliche Mängel vorhanden war. Nunmehr sind **Abschlagszahlungen auch bei wesentlichen Mängeln** zu leisten. Hier steht dem Besteller allerdings jetzt ein **Leistungsverweigerungsrecht** gemäß § 641 Abs. 3 BGB zur Verfügung. Er kann das Doppelte der mutmaßlichen Nachbesserungskosten einbehalten.

Die früheren Abs. 2 und 3 des § 632a, die Regelungen über Abschlagszahlungen beim Bau-trägervertrag bzw. die Sicherheit für den Verbraucher enthielten sind an dieser Stelle entfallen. Entsprechende Neuregelungen finden sich nun in §§ 650v und 650m. Unverändert geblieben sind die Bestimmungen der §§ 633-639 BGB.

## 2. Abnahme

Die nächste Änderung findet sich in **§ 640 (Abnahme)**.

Die Neuregelung betrifft das Thema der **fiktiven Abnahme**. Nach bisherigem Recht steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Die Abnahmewirkung trat in diesem Fall im Übrigen auch dann ein, wenn Abnahme ausdrücklich, aber zu Unrecht verweigert wurde.

Nach der Reform (**§ 640 Abs.2**) tritt die Abnahmefiktion dann nicht ein, wenn der Besteller die Abnahme **innerhalb der vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist** unter **Angabe mindestens eines Mangels verweigert** hat. Es kommt insoweit nicht darauf an, dass die Abnahme wegen eines wesentlichen Mangels verweigert wird. Es muss nur irgendein Mangel genannt werden. Entscheidend ist auch nicht, ob der Mangel tatsächlich vorhanden ist. Ziel der gesetzlichen Neuregelung ist es, möglichst frühzeitig Klarheit darüber zu erhalten, ob eine

Abnahme vorliegt. Gegenüber dem Verbraucher tritt die Fiktion nur ein, wenn er vom Unternehmer auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen wird.

Verhindert der Auftraggeber die fiktive Abnahme, obwohl er wegen der Geringfügigkeit der von ihm behaupteten Mängel zur Abnahme verpflichtet war, so ist er in der Lage, in einem späteren Rechtsstreit wesentliche Mängel nachzuschieben, die ihm im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens des Unternehmers noch gar nicht bekannt waren. Bei Streit über die Frage, ob das Werk abnahmereif ist oder nicht, hilft dem Unternehmer künftig ein Verlangen nach Zustandsfeststellung gemäß § 650g, worauf noch zurückzukommen sein wird.

### **3. Unveränderte Vorschriften**

Fortbestehend ist die Regelung des § 641 (Fälligkeit der Vergütung). Für den Bauvertrag ist aber auf die spezielle Regelung des § 650g zu verweisen, der nun auch für den BGB- (Bau-) Vertrag in Abs. 4 die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung zur Fälligkeitsvoraussetzung bestimmt.

Die Regelung zur Mitwirkungspflicht des Bestellers § 642, die Kündigung bei unterlassener Mitwirkung § 643, die Gefahrtragung § 644, die Verantwortlichkeit des Bestellers § 645, die Vollendung statt Abnahme § 646 und das Unternehmerpfandrecht gemäß § 647 sind ebenso unverändert geblieben.

Nicht geändert hat sich auch das Kündigungsrecht des Bestellers nach dem bisherigen § 649. Die Vorschrift findet sich nun allerdings unter § 648.

Weiter sind die Bestimmungen zum Kostenanschlag (§ 649 n.F./§ 650 a.F.) sowie die Bestimmungen, die auf das Kaufrecht verweisen (§ 650 n.F./§ 651 a.F.), inhaltlich unverändert geblieben.

### **4. Kündigung aus wichtigem Grund**

Neu eingefügt ist die Bestimmung des **§ 648a (Kündigung aus wichtigem Grund)**.

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 Werkes nicht zugemutet werden kann.

Das ist im Grunde genommen nichts Neues. Der Gesetzgeber hat hier in das Gesetz aufgenommen was seit jeher ständige Rechtsprechung war. Die Rechtsprechung hat unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§242) den Vertragsparteien schon immer ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zugestanden.

Für den Bauvertrag ist nunmehr zu beachten, dass die **Kündigung in Schriftform** zu erfolgen hat (§ 650t).

Bedeutsam ist der Umstand, dass nach **§ 648a Abs. 2 eine Teilkündigung** möglich ist wenn sich diese auf einen „abgrenzbaren Teil des Werkes“ bezieht. Der Begriff ist weiter als der Begriff der „in sich abgeschlossenen Leistung“ nach der VOB/B § 8 Abs.3. In sich abgeschlossene Leistungen können nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht innerhalb eines Gewerks vorliegen. Bei der Frage ob ein abgrenzbarer Teil des Werkes vorliegt kommt es hingegen nur darauf an, dass eine klare Abgrenzung der von der Teilkündigung erfassten von der von einem anderen Unternehmer zu erbringenden Leistung möglich ist und der gekündigte Unternehmer die von ihm noch geschuldete Leistung ohne Beeinträchtigung erbringen kann. Durch die Rechtsprechung bleibt zu klären, ob die Neuregelung Leitbildcharakter hat. In diesem Fall stünde § 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 4 Abs. 7 VOB/ B auf dem AGB-Prüfstand, weil er die Teilkündigungsmöglichkeit beschränkt.

Das neue außerordentliche Kündigungsrecht ist dem Kündigungsrecht von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund gemäß § 314 nachgebildet. Auf dessen Abs. 2 und 3 verweist die Neuregelung. Das bedeutet, dass dann, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Vertragspflicht liegt, die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig ist. Hinsichtlich der Entbehrlichkeit der Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und für die Entbehrlichkeit der Abmahnung gilt wiederum § 323 Abs. 2 Nr. 1 und 2, also die Entbehrlichkeit bei Verzug und besonderem Interesse des Gläubigers an der fristgerechten Leistung oder bei besonderen Umständen, die den Rücktritt rechtfertigen. Grundsätzlich wird also eine Kündigung aus wichtigem Grund, der im Verzug oder in Mängeln der Leistung liegt, nur möglich sein, wenn auch die Voraussetzungen für einen Rücktritt gegeben sind.

Aus dem Verweis auf § 314 Abs. 3 folgt, dass die Kündigung aus wichtigem Grund nur innerhalb einer angemessenen Frist erklärt werden kann, nach dem der Kündigende die Kenntnis vom Kündigungsgrund erlangt hat.

Wirklich neu ist die Bestimmung des **§ 648a Abs. 4** wonach jede Vertragspartei **nach der Kündigung** von der anderen Partei verlangen kann, dass sie an einer **gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes** mitwirkt. Daran sollten eigentlich beide Vertragsparteien ohnehin ein vitales Interesse haben: Der **Auftraggeber** will möglicherweise Mehrkosten der Fertigstellung durch ein anderes Unternehmen geltend machen; der zunächst tätige **Unternehmer** möchte seinen Werklohn abrechnen. Trotz dieser Interessenlage wird bei einer außerordentlichen Kündigung nicht selten ein Zerwürfnis vorliegen, das die Parteien veranlasst, von der gemeinschaftlichen Feststellung des Leistungsstandes abzusehen. Der Gesetzgeber verschafft diesem Interesse Nachdruck: Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung an der gemeinsamen Feststellung oder bleibt sie einem vereinbarten Termin oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb angemessener Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandsfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Das gilt nur dann nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat. Es bleibt zu hoffen, dass die Sorge um die Beweislast die Parteien hier trotz Spannungen zu konstruktivem Zusammenwirken bewegt.

Im Fall der Kündigung aus wichtigem Grund ist der Unternehmer **nur** berechtigt, die **Vergütung** zu verlangen, die auf die **bis zur Kündigung erbrachten Teile des Werkes** entfällt (§ 648a Abs. 5). Es hätte nahegelegen, dem Unternehmer für den Fall, dass der Kündigungsgrund nicht aus seiner Sphäre stammt, Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu gewähren gemäß § 649 a. F. bzw. § 648 n. F.

Der Gesetzgeber hat sich dafür nicht entschieden sondern lediglich bestimmt, dass die Berechtigung Schadensersatz zu verlangen, durch die Kündigung nicht ausgeschlossen werde. Der Nachweis eines zum Schadensersatz verpflichtenden Verschuldens des Auftraggebers und der Nachweis eines eingetretenen Schadens stellen für den Unternehmer hohe Hürden dar, wenn er Ersatz für den entgangenen Werklohn/Gewinn für die nicht mehr erbrachten Leistungen haben will.

## Kapitel 2 – Bauvertrag

das Kapitel 2 des Untertitels 1 enthält das Herzstück der Reform. Hier werden die im alten Recht verstreuten Vorschriften, die sich speziell mit dem Bauvertrag befassten, zusammengeführt und um neue Vorschriften ergänzt. Selbstverständlich gelten die Bestimmungen des Kapitels 1 auch für den Bauvertrag, soweit in Kapitel 2 keine abweichenden Bestimmungen getroffen worden sind.

### 1. Legaldefinition des Bauvertrages

**§ 650a (Bauvertrag)** enthält eine Legaldefinition für diesen Vertragstyp. Die Definition orientiert sich an dem Begriff des Bauwerks, der von der Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg seine Prägung erhalten hat, geht aber noch darüber hinaus. Ein Bauvertrag liegt vor, wenn:

- es um die **Neuherstellung eines Bauwerks oder einer Außenanlage** oder eines Teils davon geht
- die **Wiederherstellung eines Bauwerks oder einer Außenanlage** oder eines Teils davon geschuldet wird,
- die **Beseitigung eines Bauwerks oder einer Außenanlage** oder eines Teils davon vorzunehmen ist,
- der **Umbau eines Bauwerks oder einer Außenanlage** oder eines Teils davon vorgenommen wird  
oder
- die **Instandhaltung eines Bauwerkes**, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von **wesentlicher Bedeutung** ist.

Die Legaldefinition geht insoweit über die von der Rechtsprechung entwickelte Definition hinaus, als nun auch Arbeiten zum Abbruch eines Bauwerks oder einer Außenanlage oder eines Teils davon Inhalt eines Bauvertrages sind. Nach der Rechtsprechung auf Grundlage des bisherigen Rechts stellten Abbrucharbeiten keine Arbeiten am Bauwerk dar, weil sie nicht zur Errichtung eines Bauwerks dienten.

### 2. Änderungs- und Anordnungsrecht des Auftraggebers (Bestellers)

Eine ganz zentrale Änderung der Rechtslage hat der Gesetzgeber mit den Vorschriften der **§§ 650b bis 650c und der Einführung eines Änderungs- und Anordnungsrechtes des**

**Bestellers** vorgenommen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens waren die Vorschriften heftig umstritten und sind verschiedentlich geändert worden. Es muss sich erweisen, ob sie die Bewährungsprobe in der Praxis bestehen. Anders als im VOB/B-Vertrag (§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B) kannte der BGB - Vertrag bisher keine Änderungsbefugnis des Auftraggebers. Der Auftragnehmer war also grundsätzlich (von Ausnahmen abgesehen) nicht verpflichtet, Änderungswünschen des Auftraggebers zu entsprechen. Das erschien dem Gesetzgeber zu Recht praxisfremd und entsprach nicht den Bedürfnissen bei der Abwicklung eines Bauvertrages.

Das Gesetz unterscheidet in **§ 650b Abs. 1** zwischen zwei verschiedenen Änderungen, die der Besteller begehren könnte, nämlich

1. einer **Änderung des vereinbarten Werkerfolges** oder
2. einer **Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig** ist.

Äußert der Besteller ein Änderungsbegehren der einen oder anderen Art, so „streben die Parteien“ nach dem Gesetzestext „Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr-oder Mindervergütung an“. Bis hierhin ist die Regelung banal. Selbstverständlich stand und steht es den Bauvertragsparteien frei, jederzeit einvernehmlich Änderungen des Vertrages zu vereinbaren. Das geschieht ja auch tagtäglich an zahllosen Baustellen.

Der Gesetzgeber regelt aber nun das weitere Procedere zu einem solchen Einvernehmen, wenn es denn erzielt werden kann. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, für den Fall, dass es um eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs geht, jedoch nur dann, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Aus der Gesetzesbegründung ist ersichtlich, dass bei der Feststellung der Zumutbarkeit eine Abwägung erfolgen soll, bei der in einem abgewogenen Verhältnis die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen sind. Es heißt in der Begründung ausdrücklich, dass die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung unterhalb der Schwelle für ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht (§ 275 Abs. 2 und Abs. 3) liegen soll. Die Schwelle dafür ist ja davon gekennzeichnet, dass dem Schuldner die Leistung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, weil der Aufwand in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht. So arg muss es also nicht sein, damit der Unternehmer sich auf die Unzumutbarkeit einer Leistungsänderung berufen kann.

Geht es um eine Änderung, die eine zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendige Änderung beinhaltet, so soll es auf die Zumutbarkeit nicht ankommen, bis die Schwelle des § 275 Abs. 2 bzw. Abs. 3 erreicht ist. Die Beweislast für die Zumutbarkeit der Änderung



liegt grundsätzlich beim Besteller. Anderes gilt nach § 650b Abs. 1 S. 3 dann, wenn der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung geltend macht.

Der Unternehmer muss (selbstverständlich) nur dann ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung erstellen, wenn ihm der Besteller eine entsprechende Planung des Bauwerks oder der Außenanlage vorlegt, es sei denn der Unternehmer ist ausnahmsweise auch mit der Planung beauftragt (§ 650b Abs.1 S.4).

Gemäß § 650b Abs. 1 S. 5 gilt für den Fall, dass der Besteller eine Änderung begehrt, für die dem Unternehmer nach § 650c Abs. 1 S. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, dass die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung anstreben; S. 2 (Verpflichtung zur Erstellung eines Angebotes) findet in diesem Fall keine Anwendung. Keinen Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand soll der Unternehmer gemäß § 650c Abs. 1 S. 2 haben, wenn seine Leistungspflicht auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlagen umfasst und die Änderungsanordnung eine Änderung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs darstellt (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2). Das überrascht und entspricht keineswegs der bisherigen Rechtslage. Ob der Gesetzgeber sich tatsächlich bewusst war, dass er hier die Rechtslage ändert, erscheint zweifelhaft. Bislang war es nämlich keineswegs geltendes Recht, dass der Unternehmer zusätzliche Leistungen, die sich zur Erreichung des Werkerfolgs als notwendig erwiesen, für den Auftraggeber in jedem Fall kostenfrei zu erbringen hatte. Das hing stets von der Frage ab, welche Leistung von der vereinbarten Vergütung erfasst war. Bei einem Pauschalvertrag lag das Risiko in der Regel auch bisher beim Unternehmer. Bei einem Einheitspreisvertrag, bei dem Einzelleistungen im LV vergessen wurden, waren die Leistungen von der Preisvereinbarung nicht umfasst und zusätzlich zu vergüten. Das galt gleichermaßen für den Fall, dass das Leistungsverzeichnis vom Planer des Auftraggebers wie für den Fall, dass es vom Unternehmer erstellt worden ist. Es ist auch kein Grund dafür ersichtlich, warum der Auftraggeber eine Leistung kostenfrei erhalten soll, nur weil sie bei Vertragsschluss vergessen oder ihre Notwendigkeit verkannt worden ist. Wenn die Rechtsprechung das nicht korrigiert, droht hier für den Unternehmer eine ganz gefährliche Falle.

Nach **§ 650b Abs. 2** gilt, dass dann, wenn die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Abs. 1 erzielt haben, der Besteller die **Änderung in Textform anordnen** kann. Der Unternehmer ist dann verpflichtet der Anordnung des Bestellers nachzukommen, bei einer Anordnung zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Hinsichtlich der Beweislast bezüglich der Unzumutbarkeit gilt das vorstehend ausgeführte.

Die Regelungen des § 650b lassen viele Fragen offen. Der hier beschriebene Idealfall des Geschehensablaufs wird sich in der Praxis oft genug so nicht wiederfinden. Es wird Streit über die Frage geben, ob die vom Auftraggeber verlangte Leistung nicht ohnehin nach dem Vertrag geschuldet war. Es wird Streit darüber geben, ob das Angebot über Mehr- und Minderkosten prüfbar ist. Es wird ferner Streit darüber geben, ab wann denn ein Änderungsbegehren vorgelegen hat und ob die 30 Tage Frist verstrichen war. Ungeklärt ist auch die Frage, wer die Kosten einer Bauverzögerung trägt, die gegebenenfalls mit der 30-tägigen Prozedur verbunden ist, und vieles mehr.

Für die **Höhe des Vergütungsanspruchs** für den **infolge** einer **Anordnung** des Bestellers nach § 650b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand bestimmt **§ 650c (Vergütungsanpassung bei Anordnung nach § 650b Abs. 2) Abs. 1**, dass diese nach den **tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn** zu ermitteln ist. Die Bestimmung gilt also nur für den Fall der Anordnung durch den Besteller, nicht für die Frage, wie und auf welcher Grundlage ein Angebot nach § 650b Abs. 1 zu erstellen ist. Maßgeblich sind die **tatsächlichen Kosten** zuzüglich **Zuschlägen** für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn. Letztere **müssen angemessen** sein. Der Gesetzgeber hat also dem Satz „guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ keine Geltung verschafft. Auf die Kalkulation des Vertragspreises oder vergleichbarer Partnervertragspreise kommt es **zunächst** nicht an. Auch für die Bestimmung der Höhe der Zuschläge kann der Unternehmer im Rahmen von Abs. 1 nicht auf die Urkalkulation verweisen. Es ist auch gleichgültig, ob der so ermittelte Preis der üblichen Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 entspricht.

Als **Alternative zur Berechnung gemäß Abs. 1** stellt das Gesetz in **Abs. 2** dem Unternehmer die Möglichkeit zur Verfügung, zur **Berechnung** der Vergütung für den Nachtrag auf die **Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation** zurückzugreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht. Es muss sich also um eine entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen hinterlegte Urkalkulation handeln. Eine Urkalkulation, die der Unternehmer erst anlässlich der Diskussion über den Nachtrag präsentiert ist für eine Berechnung gemäß Abs. 2 ungeeignet. Der Weg über Abs. 2 ist dem Unternehmer auch nur dann eröffnet, wenn die hinterlegte Kalkulation hinreichend aufgeschlüsselt ist, um aus ihr den Preis für die geänderte Leistung zu bestimmen. Das könnte den Unternehmer anhalten, eine hinreichend aussagekräftige Urkalkulation zu hinterlegen.

Um dem Unternehmer zu ermöglichen, auch Abschlagszahlungen für Mehrvergütungen verlangen zu können, gibt **§ 650c Abs. 3** ihm die Möglichkeit, bei vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten **Abschlagszahlungen 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 genannten Mehrvergütung** anzusetzen, 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 des § 650c geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Abschlagszahlungen, die die nach Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller dann zurück zu gewähren. Die Überzahlung ist zu verzinsen, wobei die Zinssätze für den Verzug gelten.

Schließlich sah sich der Gesetzgeber veranlasst, in § 650d (einstweilige Verfügung) anzuordnen, dass es zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650c nach Beginn der Bauarbeiten nicht erforderlich ist, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird. Die Formulierung entspricht derjenigen in § 885 Abs. 1 S. 2, Einstweilige Verfügung zur Erlangung einer Vormerkung (z.B. für eine Bauhandwerkersicherungshypothek) und wird als gesetzliche Vermutung verstanden. Bekanntlich bedarf es zum Erlass einer einstweiligen Verfügung sowohl eines Verfügungsanspruchs als auch eines Verfügungsgrundes. Insbesondere ein Verfügungsgrund war regelmäßig nicht darstellbar, um Zahlungsansprüche zu verfolgen. Die dafür von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen lagen regelmäßig nicht vor. Der Unternehmer konnte darauf verwiesen werden, im ordentlichen Verfahren seinen behaupteten Werklohnanspruch zu verfolgen. Hier soll die Neuregelung helfen. Es erscheint allerdings mehr als fraglich, ob dies gelingt. Der im Rahmen einer einstweiligen Verfügung in Anspruch genommene Auftraggeber etwa wird vorbringen, dass die Leistung Bestandteil schon des ursprünglichen Auftrages gewesen sei, er das Nachtragsangebot nicht erhalten oder dieses nicht nachvollziehbar gewesen sei, die Leistung nicht ordnungsgemäß wie abgerechnet erbracht oder insbesondere mangelhaft sei. Im Grunde müsste also im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens ein vollständiger Baurechtsstreit geführt werden. Das ist nicht realistisch. Eher könnte die Frage im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens geklärt werden, ob eine Änderungsanordnung zumutbar ist.

Nach einer Neuregelung des Gerichtsverfassungsgesetzes (**§ 71 Abs. 2 Ziffer 5 GVG**) sind im Übrigen die **Landgerichte unabhängig vom Streitwert** für Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b) oder die Höhe des Vergütungsanspruchs infolge einer solchen Anordnung (§ 650c) **zuständig**.

### 3. Sicherungshypothek, Bauhandwerkersicherung

In **§ 650e (Sicherungshypothek des Bauunternehmers)** findet sich nun unverändert die Vorschrift des § 648 a. F.

In **§ 650f (Bauhandwerkersicherung)** findet sich die Regelung des bisherigen § 648a a. F. ohne wesentliche inhaltliche Änderung. **Geändert** hat sich allerdings der **Verbraucherschutz**. Während bisher von der Regelung des § 648a a.F. Verträge über die Herstellung und Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausgenommen waren, gilt nun, dass die Bestimmungen der Abs. 1-5 keine Anwendung finden, wenn der Besteller Verbraucher ist und es sich um einen **Verbraucherbauvertrag** nach **§ 650i** oder um einen **Bau-trägervertrag nach § 650u** handelt. Damit gilt der Schutz des Verbrauchers unabhängig von der Art des Gebäudes (auch Mehrfamilienhaus), umfasst ist aber nicht mehr die Instandhaltung. So kommt auch an dieser Stelle der Frage, wann ein Verbraucherbauvertrag vorliegt, erhebliche Bedeutung zu. Liegt ein solcher Vertrag nur dann vor, wenn er die nahezu vollständige Errichtung eines Hauses zum Gegenstand hat (Generalunternehmervertrag), dann sind die Sicherungsrechte des § 650f Abs. 1-5 n. F. auf den Verbraucher anzuwenden, wenn er das Haus in Einzelgewerkvergabe errichten lässt (siehe dazu unten § 650i). Das wäre ein deutlicher Rückschritt im Verbraucherschutz.

Offen ist die Frage, ob der Architekt vom Verbraucher Sicherheit nach den Abs. 1-5 des § 650f verlangen kann. Nach § 650q gilt § 650f für den Architekten entsprechend, so dass er grundsätzlich Anspruch auf Sicherheit hat. Offen bleibt aber, ob die **entsprechende** Anwendung dazu führt, dass der Architekt vom Verbraucher keine Sicherheit verlangen kann, wenn das Objekt mittels eines Verbraucherbauvertrag errichtet werden soll, denn der Architekt selbst schließt einen solchen Vertrag ja mit dem Verbraucher nicht ab.

### 4. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme

Gänzlich neu ist das in **§ 650g** geschaffene Rechtsinstitut der „**Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme**“. Für den Fall, dass die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert worden ist, kann der Unternehmer verlangen, dass der Besteller an einer gemeinsamen Feststellung des Zustandes des Werkes mitwirkt. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben. Nach § 650g Abs. 2 kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen, wenn der Besteller einem vereinbarten oder vom Unternehmer innerhalb angemessener Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fernbleibt. Das gilt

jedoch 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 zu stellen.

Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Abs. 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, so wird gemäß § 650g Abs. 3 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.

Auch die Regelung des § 650g geht von einem idealtypischen Fall aus. Es steht ja keineswegs fest, dass die Parteien im Rahmen einer gemeinschaftlichen Zustandsfeststellung übereinstimmend den Zustand des Werkes bewerten. Das Gegenteil wird häufig der Fall sein. Sonst wäre der Unternehmer kaum der Auffassung, dass sein Werk abnahmereif ist, wohingegen der Besteller die Abnahme gerade unter Hinweis auf mindestens ein Mangel verweigert hat. An einem solchen Konflikt kann die gemeinsame Zustandsfeststellung durchaus scheitern. Man wird den Parteien raten müssen, einen vom Besteller gerügten Mangel im Zustandsfeststellungsprotokoll zu vermerken mit dem Hinweis, dass der Unternehmer die Ausführung nicht für mangelhaft hält. Der so dokumentierte Streit hindert aber dann jedenfalls die gesetzliche Vermutung gemäß Abs. 3, denn es ist nur Voraussetzung, dass der Mangel angegeben ist, nicht dass er von beiden Seiten als solcher anerkannt wurde.

## 5. Fälligkeit der Vergütung

An dieser Stelle überraschend befindet sich in **§ 650g Abs. 4** eine Regelung über die **Fälligkeit der Vergütung**. Die Vergütung ist danach fällig, wenn das Werk abgenommen ist oder die Abnahme nach § 641 Abs. 2 entbehrlich ist. Insoweit ist die Vorschrift, die ja in Ergänzung zu den allgemeinen Vorschriften gilt, überflüssig. Darüber hinaus wird verlangt, dass der Unternehmer dem Besteller eine **prüffähige Schlussrechnung** erteilen muss, damit der Werklohnanspruch fällig wird. 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.

Leider lässt die Regelung offen, ob die Pflicht, eine Schlussrechnung vorzulegen, auch dann gilt, wenn das Werk nicht abgenommen wurde oder eine Abnahme nicht entbehrlich ist, aber weitere Leistungen nicht mehr erbracht werden sollen, etwa bei einer endgültigen Abnahmeverweigerung. Das dürfte zu bejahen sein. Wie schon im VOB-Vertrag dürfte auch hier in Zukunft mit einigem Streit darüber zu rechnen sein, ob eine Rechnung prüffähig ist oder nicht. Besondere Bedeutung hat die Regelung aber vor allem auch im Hinblick auf die Verjährung der Werklohnforderung. Wenn die Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung ist, so beginnt die Verjährung erst am Ende des Jahres, in dem die Rechnung gestellt wurde. Unter Umständen ist diese Voraussetzung erst Jahre nach der Abnahme erfüllt. Damit der Unternehmer nun nicht den Beginn der Verjährung beliebig lange hinauszögern kann, wird man dem Besteller das Recht einräumen müssen, dem Unternehmer eine Frist zur Vorlage der Schlussrechnung zu setzen. Läuft diese Frist fruchtlos ab, so muss die Verjährung am Ende des Jahres, in dem die Frist verstrichen ist, beginnen. Auch zu dieser Thematik verhält sich die neue Regelung leider nicht.

## **6. Schriftform der Kündigung**

Das Gesetz schreibt nun in **§ 650h** für die **Kündigung des Bauvertrages** - gleich aus welchem Grund sie erfolgt - die **Schriftform** vor. Das ist zu begrüßen. Einerseits wird so übereilten und möglicherweise später bereuten Handlungen der Vertragsparteien vorgebeugt und andererseits schafft das Formerfordernis Rechtssicherheit.

## **Kapitel 3 – Verbraucherbaupvertrag**

Jeder Vertrag zwischen einem Verbraucher (§ 13) und einem Unternehmer (§ 14) über eine entgeltliche Leistung (§§ 310 Abs. 3, 312 Abs. 1) ist ein Verbrauchervertrag.

*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.*

*Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.*

Folglich kann auch eine Werkleistung (Bauleistung) Gegenstand eines Verbrauchervertrages sein.

Für Verbraucherverträge gilt eine Vielzahl von Schutzvorschriften für den Verbraucher, die seine Rechtsstellung im Geschäftsverkehr stärken sollen, wie z.B.:

- Ausschluss oder Einschränkung von für den Verbraucher nachteiligen gesetzlichen Regelungen
- Verbote, zum Nachteil des Verbrauchers von gesetzlichen Bestimmungen abweichende Vereinbarungen zu treffen
- Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers
- Informationspflichten für den Unternehmer
- Widerrufs- und Rückgaberechte

Die Bestimmungen finden sich z. T. jeweils bei den Vorschriften zu bestimmten Vertragsarten, wie Kaufvertrag, Werkvertrag (z.B. Hinweispflicht auf die fiktive Abnahme § 640 Abs. 2) oder Darlehnsvertrag.

Z. T. knüpfen die Schutzvorschriften aber auch losgelöst vom Vertragsgegenstand an die Umstände an, unter denen der Vertrag zustande gekommen ist. Dazu zählt das früher so genannte Haustürgeschäft, das heute die Verträge umfasst, die außerhalb von Geschäftsräumen (z.B. in der Wohnung des Auftraggebers) geschlossen worden sind (§ 312b). Ferner gehören hierzu die sogenannten Fernabsatzverträge, d.h. Verträge, bei denen die Vertragsverhandlung und der Vertragsschluss ausschließlich über Fernkommunikationsmittel (vom Telefon bis zur E-Mail) erfolgt sind (§ 312c).

Die Schutzvorschriften, die an die Umstände des Vertragsschlusses anknüpfen, finden sich im allgemeinen Teil des Schuldrechts unter §§ 312 ff. Hier ist u.a. auch ein Widerrufsrecht für den Verbraucher geregelt (§ 312g). Die §§ 312 ff. gelten mit geringen Ausnahmen aber ausdrücklich nicht für den Verbraucher**bau**vertrag.

Mit den Bestimmungen des neuen Kapitels 3, **§§ 650i ff.**, sollte die dadurch gegebene Gesetzeslücke geschlossen werden. Ein Verbraucherbauvertrag ist keineswegs jeder Vertrag eines Verbrauchers mit einem Unternehmer über die Ausführung von Bauleistungen. Vielmehr hatte der Gesetzgeber den Umstand im Blick, dass nach § 312 Abs. 2 Ziffer 3 a. F. für Verträge über die Errichtung neuer Gebäude oder erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 312 ff. (mit Ausnahme von § 312 Abs. 1, 3, 4 und 6) nicht gelten.

Die Vorschrift sollte wegen ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen sein und nur Verträge erfassen, bei denen durch einen Vertragspartner (Generalunternehmer) alle Leistungen, und nicht die bloße Ausführung von einzelnen Gewerken zu erbringen war. Entsprechendes gilt für den Begriff „erhebliche Umbaumaßnahmen“. Daraus folgt, dass Verbraucherbauverträge im Sinne von § 650i nur solche Verträge sind, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird, wenn der Vertrag alle wesentlichen Leistungen dazu umfasst.

Daraus wiederum folgt, dass die Privilegierung des Verbrauchers im Rahmen der Bauhandwerkersicherung gemäß § 650f Abs. 6 für Verträge nicht gilt, bei denen die Neuerrichtung eines Gebäudes oder eine wesentliche Umbaumaßnahme in Rede steht, welche aber durch Einzelgewerkevergabe realisiert werden soll. Es erscheint zweifelhaft, ob das tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entsprach.

§ 312 Abs. 2 Ziffer 3 n.F. nennt nun als die von den Regelungen der §§ 312 ff. (im Wesentlichen) ausgeschlossenen Verträge nicht mehr solche über „den Bau neuer Gebäude oder erheblicher Umbaumaßnahmen“, sondern ausdrücklich den Verbraucherbauvertrag nach § 650i Abs. 1. Der Verbrauchervertrag (über Bauleistungen) und der Verbraucher**bau**vertrag sind also nicht dasselbe, sondern schließen sich wechselseitig aus. Die Vorschriften über den Verbraucherbauvertrag gelten nicht für den Verbrauchervertrag über Bauleistungen und umgekehrt.

Dabei dürfte der (neue) Verbraucher**bau**vertrag der weitaus seltenere sein.

Nach § 650i Abs. 2 bedarf der **Verbraucherbauvertrag der Textform**.

## **1. Baubeschreibung**

**§ 650j (Baubeschreibung)** schreibt vor, dass der Unternehmer den Verbraucher über die sich aus Art. 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten hat, es sei denn, der Verbraucher oder ein von ihm beauftragter macht die wesentlichen Planungsvorgaben.

**Art. 249 EGBGB** regelt also im Einzelnen die **Informationspflichten** des Unternehmers bei Verbraucherbauverträgen.



*In § 1, Informationspflichten bei Verbraucherbauverträgen, ist bestimmt, dass der Unternehmer dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen hat.*

*§ 2 definiert den Inhalt dieser Baubeschreibung näher:*

*Nach § 2 Abs. 1 sind in der Baubeschreibung die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Die Baubeschreibung muss mindestens folgende Informationen enthalten:*

- 1. Allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, gegebenenfalls Haustyp und Bauweise,*
- 2. Art und Umfang der angebotenen Leistungen, gegebenenfalls der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,*
- 3. Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte,*
- 4. gegebenenfalls Angaben zum Energie-, zum Brand- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,*
- 5. Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktion aller wesentlichen Gewerke,*
- 6. gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus,*
- 7. gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen*
- 8. Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss,*
- 9. gegebenenfalls Beschreibung der Sanitärobjekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.*

*Nach § 2 Abs. 2 hat die Baubeschreibung verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werkes zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.*

Bei alledem bleibt unverständlich, weshalb der Gesetzgeber bei den Informationspflichten im Rahmen des Verbraucherbauvertrages hinter den Informationspflichten für Verbraucherverträge (§§ 312, 312a) weit zurückbleibt. Hierfür gilt nämlich gemäß Art. 246 EGBGB:

*(1) Der Unternehmer ist, sofern sich diese Informationen nicht aus den Umständen ergeben, nach § 312a Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichtet, dem Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung folgende Informationen in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung zu stellen:*

- 1. die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen in dem für den Datenträger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang,*
- 2. seine Identität, beispielsweise seinen Handelsnamen und die Anschrift des Ortes, an dem er niedergelassen ist, sowie seine Telefonnummer,*
- 3. den Gesamtpreis der Waren und Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben oder in den Fällen, in denen der Preis auf Grund der Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Versandkosten und alle sonstigen Kosten oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können,*
- 4. gegebenenfalls die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, den Termin, bis zu dem sich der Unternehmer verpflichtet hat, die Waren zu liefern oder die Dienstleistungen zu erbringen, sowie das Verfahren des Unternehmers zum Umgang mit Beschwerden,*
- 5. das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts für die Waren und gegebenenfalls das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienstleistungen und Garantien,*

6. *gegebenenfalls die Laufzeit des Vertrags oder die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge,*
7. *gegebenenfalls die Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte, und*
8. *gegebenenfalls, soweit wesentlich, Beschränkungen der Interoperabilität und der Kompatibilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software, soweit diese Beschränkungen dem Unternehmer bekannt sind oder bekannt sein müssen.*

Davon hätte manches sicherlich auch zu einem Verbraucherbaupvertrag gepasst.

Nach der Gesetzesbegründung soll die Baubeschreibung dem Auftraggeber einen Leistungsvergleich ermöglichen. Der Unternehmer soll verpflichtet sein, auch Qualitäten, die im Vergleich zu anderen Produkten schlechter sind, anzugeben. Zudem soll der Unternehmer verpflichtet sein, in der Baubeschreibung zum Ausdruck zu bringen, wenn er Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt hat und diese mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind. Als Beispiel wird die Beschaffenheit des Baugrundes genannt. Das lässt sich dem Gesetzeswortlaut kaum entnehmen und es bleibt abzuwarten, wie viel davon letztlich in der Rechtsprechung wiederzufinden sein wird. Das gilt umso mehr, als der Unternehmer schwerlich über mehr als über die Risiken aufklären kann, die auch für ihn erkennbar sind. Die Verletzung der hier dem Unternehmer auferlegten Pflichten ist aber ohne weiteres geeignet, Schadensersatzansprüche des Auftraggebers auszulösen. Dem Unternehmer ist also zu raten, seine Pflichten in diesem Zusammenhang ernst zu nehmen.

Mit den Informationspflichtenpflicht nach Art. 249 EGBGB § 2 Abs. 1 und 2 korrespondiert die gesetzliche Regelung des **§ 650k (Inhalt des Vertrages)**. Danach (Abs. 1) werden die Angaben der **vorvertraglich** zur Verfügung gestellten **Baubeschreibung** in Bezug auf die Bauausführung **Inhalt des Vertrages**, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

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

Abs. 3 muss der Bauvertrag verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages 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 Vertrages.

Das Gesetz schweigt zu der Frage, was geschieht, wenn weder der Vertrag noch die vorvertragliche Baubeschreibung Angaben zur Fertigstellung des Werkes oder zur Dauer der Bauausführung enthält. Das bedeutet zwar eine Pflichtwidrigkeit des Unternehmers (die aber kaum zu Ansprüchen des Auftraggebers führen dürfte), ändert aber schließlich nichts daran, dass für den Vertrag eben keine Erfüllungsfrist vorgesehen ist. Es gilt daher, dass der Unternehmer das Werk nach Auftragsvergabe alsbald zu beginnen und in angemessener Zeit fertig zu stellen hat.

## **2. Widerrufsrecht**

Gemäß **§ 650I** steht dem Verbraucher konsequenterweise ein **Widerrufsrecht gemäß § 355** zu, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des **Artikels 249 § 3 EGBGB über das Widerrufsrecht zu belehren:**

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

- 1. Einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,*
- 2. einen Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf,*
- 3. den Namen, die ladungsfähige Anschrift und die Telefonnummer desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, gegebenenfalls seine Telefaxnummer und E-Mail-Adresse,*

4. *einen Hinweis auf die Dauer und den Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung des Widerrufserklärung genügt, und*
5. *einen Hinweis darauf, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d des Bürgerlichen Gesetzbuches schuldet, wenn die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.*

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

(Von einer Wiedergabe wird hier abgesehen)

Gemäß **§ 356e, Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen**, beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher gemäß Art. 249 § 3 EGBGB über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Das **Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage** nach dem in § 355 Abs. 2 S. 2 genannten Zeitpunkt, also dem Vertragsschluss.

Die **Rechtsfolgen des Widerrufs** bei Verbraucherbauverträgen regelt **§ 357d**. Ist wie regelmäßig die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen. Ist die vereinbarte Vergütung unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz auf Grundlage des Marktwertes der erbrachten Leistung zu berechnen.

Gerade die letztgenannte Vorschrift gebietet es, den Verbraucher vor der Ausübung des Widerrufsrechts zu warnen. Er hat grundsätzlich nach den Vertragspreisen die erbrachte Leistung zu vergüten. Der Auftraggeber erhält keine Mehrkosten erstattet, die ihm bei der Fertigstellung durch einen anderen Unternehmer entstehen könnten. Er erhält vor allen Dingen aber auch keine Mängelrechte. Eine Berücksichtigung wertmindernder Mängel bei der Ermittlung des Wertersatzanspruchs setzt voraus, dass die Mängel dem Auftraggeber auch bekannt sind.

### **3. Abschlagszahlungen, Sicherheit**

Mit **§ 650m (Abschlagszahlungen; Absicherung des Vergütungsanspruchs)** regelt das neue Gesetz (nur!) für den Verbraucherbauvertrag (und teilweise für den Bauträgervertrag) die

Grenzen für Abschlagszahlungen einerseits und Zahlungssicherheiten für den Unternehmer andererseits.

Gemäß **§ 650m Abs. 1** darf der Unternehmer **Abschlagszahlungen** nach § 632a nur bis zu einem Gesamtbetrag von **90 % der vereinbarten Gesamtvergütung** einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c verlangen.

Daneben gilt gemäß **§ 650m Abs. 2** (auch für den Bauträgervertrag; siehe § 650u Abs. 2), dass dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung eine **Sicherheit** für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel i.H.v. **5 % der vereinbarten Gesamtvergütung** zu leisten ist. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge einer Anordnung des Verbrauchers nach den §§ 650b und 650c oder infolge sonstiger Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages 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 der Gestalt zu erbringen, dass der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

Die Vorschrift betrifft nur noch Verträge über den Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude. Die Regelung gilt nicht bei Verbraucherverträgen über unerhebliche Umbaumaßnahmen oder über die Errichtung von mit Gebäuden vergleichbaren Bauwerken (wie das bisher gemäß § 632a Abs. 3 a. F. der Fall war) und wie bisher nicht für Instandsetzungen oder Renovierungen.

Da die Regelungen des Abs. 1 und 2 neben einander stehen, erhält der Verbraucher insgesamt eine Sicherheit von 15 %.

Die Unabdingbarkeitsregelung des § 650o umfasst § 650m nicht. Abweichende Vereinbarungen sind also möglich. Um eine Aushöhlung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verhindern, ist § 309, Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, um Ziffer 15 ergänzt worden. Danach ist eine Bestimmung unwirksam, nach der der Verwender bei einem Werkvertrag

- a) für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die wesentlich höher sind, als die nach § 632a Abs. 1 und § 650m Abs. 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, oder

b) die Sicherheitsleistung nach § 650m Abs. 2 nicht oder nur in geringerer Höhe leisten muss.

Gemäß § 650m Abs. 3 kann der Auftragnehmer Sicherheiten nach Abs. 2 auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers leisten.

Schließlich begrenzt **§ 650m Abs. 4** umgekehrt für den Unternehmer die Möglichkeit seinerseits **Sicherheitsleistung vom Verbraucher für die vereinbarte Vergütung zu verlangen**. Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen gemäß § 632a oder vereinbaren die Parteien Abschlagszahlungen, so darf die vom Unternehmer für die vereinbarte Vergütung vom Verbraucher verlangte Sicherheit die nächste Abschlagszahlung oder 20 % der vereinbarten Vergütung nicht übersteigen. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist unwirksam.

#### **4. Erstellung und Herausgabe von Unterlagen**

Mit **§ 650n (Erstellung und Herausgabe von Unterlagen)** hat sich der Gesetzgeber einer in der Praxis durchaus bedeutsamen Problematik angenommen. Vielfach beklagen Verbraucher sowohl beim Generalunternehmervertrag (Verbraucherbauvertrag) als auch beim Bauträgervertrag, dass ihnen der Vertragspartner gewünschte Unterlagen zum Bauvorhaben nicht zur Verfügung stellt. Hier schafft das neue Recht wenigstens zum Teil Abhilfe.

Nach **§ 650n Abs. 1** hat der Unternehmer rechtzeitig **vor Beginn** der Ausführung einer geschuldeten Leistung 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 hat.

Leider ist diese Pflicht beschränkt auf Unterlagen, die der Verbraucher benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis der ordnungsgemäßen Ausführung führen zu können. Nicht umfasst sind andere Unterlagen, an denen der Verbraucher aber gleichwohl ein legitimes Interesse haben kann. So werden ihm weder Ausführungspläne, Werkpläne, Revisionspläne oder Bestandspläne geschuldet noch sind Wartungsanleitungen oder Prüfzeugnisse vorzulegen, wenn sie nicht Behörden vorzulegen sind.

Diese Lücke schließt auch **§ 650n Abs. 2** nicht. Nach dieser Vorschrift sind spätestens mit der **Fertigstellung** des Werkes 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. Wiederum ist Maßstab nur die Frage, ob die Unterlagen zur Vorlage bei Behörden benötigt werden.

Die Abs. 1 und 2 gelten gemäß Abs. 3 entsprechend, wenn ein Dritter, etwa ein Darlehensgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt und wenn der Unternehmer die berechtigte Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten. Gedacht ist hier ersichtlich an Darlehen, wie sie etwa von der KfW vergeben werden. Hier ist die Auszahlung von Darlehen davon abhängig, dass bestimmte Vorgaben (z.B. Förderungsbedingungen zur Energieeffizienz) des Darlehensvertrages nachgewiesen werden.

## **Kapitel 4 – Unabdingbarkeit**

Der Gesetzgeber widmet ein eigenes Kapitel einer Bestimmung, **§ 650o**, in der er festlegt, welche Vorschriften für den Verbraucherbauvertrag zwingendes Recht, also der Dispositionsfreiheit der Parteien entzogen, sind. Zum Nachteil des Verbrauchers kann von den §§ 640 Abs. 2 S. 2 (keine Abnahmefiktion bei Verbrauchern ohne Belehrung), 650i bis 650l und 650n nicht abgewichen werden. Damit bleibt für den Verbraucherbauvertrag nur die Regelung des § 650m (Abschlagszahlungen; Absicherung des Vergütungsanspruchs), bei dem abweichende individuelle Vereinbarungen möglich sind. Die Regelungen zu Abschlagszahlungen sind allerdings AGB-fest (§ 309 Nr. 15 n. F.).

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

In einem eigenen Untertitel regelt der Gesetzgeber den Architekten- und Ingenieurvertrag. In **§ 650p Abs. 1 (vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen)** findet sich zunächst eine Legaldefinition: Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer (gemeint ist der Architekt bzw. Ingenieur) 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.



Nach der Gesetzesbegründung soll mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht werden, dass Architekten- und Ingenieurverträge typischerweise eine Reihe verschiedener Pflichten umfassen und zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Leistungsschritten zu unterscheiden ist. Wenn es heißt, dass die Leistungen zu erbringen sind, die „erforderlich sind“, so ist damit allerdings keineswegs ausgeschlossen, dass auch Leistungen vereinbart und damit zu erbringen sind, die nicht erforderlich sondern nur nützlich oder eben auch nur gewünscht sind. Geschuldet werden aber jedenfalls die erforderlichen Leistungen, die notwendig sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen. Das betont den werkvertraglichen Charakter des Architekten- und Ingenieurvertrages, den Werkerfolg.

## 1. Vertragsgrundlagen

Für den in der Praxis eher seltenen Fall, dass wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, muss nach der neuen Gesetzeslage **§ 650p Abs. 2** nicht von einem vorvertraglichen, vertragslosen Zustand ausgegangen werden. Vielmehr hat der Unternehmer (Architekt bzw. Ingenieur) 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. Es soll Aufgabe des Architekten bzw. des Ingenieurs sein, den Erfolg in seiner Definition zu konkretisieren. Der Besteller hat hierbei eine Mitwirkungspflicht; er muss die notwendigen Vorgaben machen. Was genau unter einer Kosteneinschätzung zu verstehen ist, hat das Gesetz nicht näher definiert. Jedenfalls soll diese Einschätzung hinreichende Grundlage für eine Finanzierungsplanung sein.

In **§ 650q (anwendbare Vorschriften)** bestimmt Abs. 1 für Architekten- und Ingenieurverträge, dass die Vorschriften des Kap. 1 des Untertitels 1 sowie die §§ 650b und 650e bis 650h entsprechend gelten, soweit sich aus dem Untertitel 2 (Architektenvertrag und Ingenieurvertrag) nichts anderes ergibt. Damit sind zunächst die allgemeinen Vorschriften zum Werkvertrag gemäß §§ 631-650 auf den Architekten- und Ingenieurvertrag anwendbar. Ferner gilt aus Kapitel 2 - Bauvertrag § 650b (Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers), also die Befugnis zur Änderung des werkvertraglichen Erfolgs bzw. der dazu zu erbringenden Leistungen. Es gilt jedoch nicht § 650c (Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2). Dafür enthält § 650q Abs. 2 eine gesonderte Regelung. Anwendbar sind hingegen die Vorschriften zur Sicherungshypothek § 650e, zur Bauhandwerkersicherung § 650f, zur Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme § 650g und die zur Schriftform der Kündigung §

650h. Damit ändert sich also gegenüber der bisherigen Rechtslage bzw. der neuen Rechtslage, wie sie für das Vertragsverhältnis zum ausführenden Unternehmen gilt, für den Architekten- und Ingenieurvertrag nichts Wesentliches.

Dass in § 650q nicht die Geltung des § 650d (einstweilige Verfügung) für den Architektenvertrag genannt ist, wird überwiegend als Redaktionsversehen angesehen. Ob die Rechtsprechung das korrigiert, bleibt abzuwarten.

## **2. Geltung der HOAI für die Vergütung**

Zu beachten ist aber, dass in § 650q Abs. 2 für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Abs. 2 ausdrücklich auf die Entgeltberechnungsregelungen der HOAI in der jeweils geltenden Fassung verwiesen wird, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der HOAI erfasst werden. Im Übrigen ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand aufgrund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Vertragsparteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c (Ermittlung aufgrund tatsächlicher Kosten und Zuschläge) entsprechend.

## **3. Sonderkündigungsrecht**

Gänzlich neu ist das **Sonderkündigungsrecht gemäß § 650r**. Nach dessen Abs. 1 soll nach Vorlage der Unterlagen gemäß § 650p Abs. 2 (Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung) der Besteller den Vertrag kündigen können. 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. Zu beachten ist, dass dann, wenn die Unterrichtung des Verbrauchers über sein Kündigungsrecht unterbleibt, keine Möglichkeit bestehen soll, die Unterrichtung später nachzuholen, um die Zweiwochenfrist in Gang zu setzen. Das Sonderkündigungsrecht bleibt dann über die gesamte Vertragsdauer erhalten. In der Gesetzesbegründung wird die Erstellung der Unterlagen gemäß § 650b Abs. 2 Zielfindungsphase genannt. Das Kündigungsrecht soll den Auftraggeber, insbesondere einen Verbraucher vor den Rechtsfolgen eines übereilt geschlossenen umfassenden Architektenvertrages schützen, der gegebenenfalls alle neun Leistungsphasen des § 34 HOAI beinhaltet. Ob dafür im unternehmerischen Geschäftsverkehr tatsächlich Bedarf bestand, erscheint durchaus zweifelhaft. In der bisherigen Rechtspraxis sind die Parteien mit einer stufenweisen Beauftragung der Problematik durchaus gerecht geworden. Die Regelung wirft auch nicht gerade wenige Zweifelsfragen auf. So ist es keineswegs eindeutig, wann wesentliche Planungs-

und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind. Ein Bauherr wird stets eine gewisse Vorstellung davon haben, welches Bauwerk eher auf welchem Grundstück zu welchem Zweck errichten will. Damit ist die Frage schon offen, wann es einer Zielfindungsphase bedarf. Damit ist aber auch die Frage offen, ob und nach Vorlage welcher Unterlagen im konkreten Fall ein Kündigungsrecht entsteht. Um dieser Problematik zu entgehen, kann man den Parteien nur raten, eine Leistungsphase Null (Zielfindungsphase) ausdrücklich zu vereinbaren.

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

Für den Fall der Kündigung bestimmt § 650r Abs. 3, dass der Unternehmer nur berechtigt ist, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt. Ihm steht also nicht der Anspruch gemäß § 648 n. F. bzw. § 649 a. F. (vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen) zu.

#### **4. Teilabnahme**

Eine wirkliche Verbesserung hat sich für Architekten und Ingenieure durch die Einführung der **Teilabnahme gemäß § 650s** ergeben: Der Unternehmer (Architekt oder Ingenieur) kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen. Bislang begann die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gegen den Architekten (entsprechend auch immer für den Ingenieur) erst mit Abnahme seiner Leistung. Die Abnahme der Leistung kam erst infrage, wenn die Gesamtleistung erbracht war. War auch die Leistungsphase 9 des § 34 HOAI i.V.m. Anlage 10 in Auftrag gegeben, so begann die Verjährungsfrist erst, nachdem die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gegen den ausführenden Unternehmer abgelaufen war. Das führte regelmäßig dazu, dass der Architekt im Rahmen seiner gesamtschuldnerischen Haftung keinen Rückgriff beim Unternehmer mehr nehmen konnte. In der Vergangenheit haben zahlreiche Versuche, durch einschlägige vertragliche Gestaltungen einen Anspruch auf Teilabnahme zu begründen, letztlich versagt. Hier hilft nun der Gesetzgeber. Dem Architekten kann nur dringend empfohlen werden, von dieser Möglichkeit künftig Gebrauch zu machen und dafür Sorge zu tragen, dass ihm der Auftraggeber eine entsprechende Teilabnahme erklärt. Damit wird wenigstens ein gewisser Gleichlauf der Verjährungsfristen, die für ausführende Unternehmer gelten, und der Verjährungsfristen für die Mängelhaftung der Architekten und Ingenieure geschaffen.

## 5. Gesamtschuldnerische Haftung

Weniger dramatisch ist die neue Regelung in **§ 650t (gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer)**. Nimmt der Besteller den Unternehmer (Architekt) wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer (Architekt) 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. Die Wohltat, die der Gesetzgeber hier scheinbar dem Architekten zugutekommen lässt, ist von begrenztem Wert. In aller Regel dürfte es zum Aufgabenkreis des Architekten gehören, Mängel beim ausführenden Unternehmer unter Fristsetzung zu rügen. Insoweit sollte bereits bisher der Architekt ein eigenes Interesse daran haben, dieser Aufgabe auch nachzukommen. Nur die erfolglose Fristsetzung schafft einen Zahlungsanspruch gegen den ausführenden Unternehmer. Letztlich wird das Leistungsverweigerungsrecht, welches ihm die gesetzliche Neuregelung an dieser Stelle gibt, dem Architekten nicht weiterhelfen, wenn der Bauherr ihn auffordert, eben die Mängelrüge mit Fristsetzung auszusprechen. Das Recht zur Mängelrüge mit Fristsetzung ist nach h. M. von der originären Vollmacht des Architekten umfasst.

### Untertitel 3 – Bauträgervertrag

Mit **§ 650u (Bauträgervertrag; anwendbare Vorschriften)** befasst sich der Gesetzgeber erstmals (abgesehen von der Regelung zu Abschlagszahlungen in § 632a Abs. 2 a. F.) im BGB mit diesem besonderen Vertragstyp. Abs. 1 enthält zunächst wieder eine Legaldefinition. Danach ist ein Bauträgervertrag 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. Der Gesetzgeber macht sich dann die rechtliche Einordnung dieses Vertragstyps als typengemischter Vertrag, wie sie in der Rechtsprechung seit Jahrzehnten vorgenommen wird, zu Eigen. Hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus finden die Vorschriften des Untertitels 1 (also grundsätzlich alle Vorschriften des Werkvertragsrechts ohne die Regelungen über den Architekten- und Ingenieurvertrag) Anwendung, soweit sich aus den weiteren 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. Noch im Rahmen der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber im Hin-

blick auf die Angleichung des Gewährleistungsrechts bei Kauf- und Werkvertrag darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung den Bauträgervertrag nunmehr dem Kaufrecht unterstellen könne. Dem ist die Rechtsprechung bekanntlich nicht gefolgt. So fügt sich nun der Gesetzgeber der Rechtsprechung.

Gemäß § 650u Abs. 2 finden die Vorschriften der §§ 648, 648a, 650b-650e, 650k Abs. 1 sowie die 650 l und 650m Abs. 1 keine Anwendung. Das bedeutet im Einzelnen:

Es bleibt bei der bisherigen Rechtslage, wonach beim Bauträgervertrag kein freies Kündigungsrecht gemäß § 648 n. F. (§ 649 a. F.) besteht. Das gilt auch entgegen dem ursprünglichen Referentenentwurf für das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 648a. Das ist bedauerlich. Die Rechtsprechung hatte die Kündigung des werkvertraglichen Teils des Bauträgervertrages schon einmal anerkannt. Ein solches Kündigungsrecht erscheint auch bei mancher Fallgestaltung (z.B. Insolvenz des Bauträgers) als geeignetes Instrumentarium.

Die Vorschriften über das Anordnungsrecht des Auftraggebers (§ 650b, § 650c und § 650d) sind auf den Bauträgervertrag ebenfalls nicht anzuwenden. Hier sah der Gesetzgeber zu viele rechtliche und tatsächliche Probleme. Verwiesen wurde insbesondere auf den Geschosswohnungsbau. Hier könne das Anordnungsrecht, selbst wenn es auf das Sondereigentum beschränkt worden wäre, zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Stets seien Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum zu befürchten mit der Folge, dass der Bauträger die Änderung nur nach entsprechenden Vertragsänderungen im Verhältnis zu anderen Wohnungseigentümern umsetzen könne.

Die Bestimmung über die Sicherungshypothek § 650e ist schon denknotwendig nicht anwendbar. Das Baugrundstück steht ja beim Bauträgervertrag nicht im Eigentum des Bestellers, sondern des Bauträgers.

Der Regelung des § 650k, wonach der Inhalt der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung zum Inhalt des Vertrages wird, bedarf es beim Bauträgervertrag schon deshalb nicht, weil die Baubeschreibung mit zu beurkunden ist (§ 311b Abs. 1 S. 1) und damit ohnehin unmittelbar Vertragsinhalt wird.

Das Widerrufsrecht gemäß § 650l erscheint im Hinblick auf die Beurkundungsbedürftigkeit des Bauträgervertrages, die damit verbundene Belehrungspflicht des Notars sowie die Prüfungszeit gemäß § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG entbehrlich.

Schließlich konnte die Obergrenze für Abschlagszahlungen gemäß § 650m Abs. 1 für den Bauträgervertrag nicht gelten, weil die Bestimmung mit der in § 3 Abs. 2 Makler- und Bauträgerverordnung enthaltenen Regelung über die Zahlung von Teilbeträgen je nach Baufortschritt nicht vereinbar gewesen wäre.

Mit der Vorschrift des **§ 650v (Abschlagszahlungen)** hat der Gesetzgeber die bisherige Vorschrift des §§ 632a Abs. 2 über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen aus systematischen Gründen inhaltlich unverändert hierhin übernommen.

### **Schlusswort**

Ob bei der Neugestaltung des Werkvertrags- und Baurechts wirklich „kein Stein auf dem anderen“ geblieben ist, mag man unterschiedlich beurteilen. An die neue Nummerierung der Paragraphen mit zahllosen „kleinen Buchstaben“ wird man sich gewöhnen. Inhaltlich ist manches wohl eher Kosmetik. Das gilt nicht zuletzt für den Verbraucherschutz. Die größte Gefahr für den Verbraucher in der Rolle des Bauherren, nämlich Baumängel und Insolvenz des Unternehmers, ist nicht gebannt. Viele Rechtsstreitigkeiten werden auch unter dem neuen Recht nicht anders zu entscheiden sein, als nach dem bisherigen. Eines aber ist sicher: Der Gesetzgeber hat zahlreiche neue juristische Baustellen geschaffen, an denen die Rechtsprechung zu arbeiten haben wird.