

Kartäuserstr. 49
79102 Freiburg im Breisgau

Tel. 07 61/3 69 85 (Di 10 - 16 h)
Fax 07 61/28 97 30
E-Mail: info@ifbf.de
Web: www.ifbf.de

**Stellungnahme des Instituts für Baurecht Freiburg e.V.
zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des
Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung***

*I. Vorbemerkung zur Notwendigkeit bauvertraglicher Regelungen im
Bürgerlichen Gesetzbuch*

Das Institut für Baurecht Freiburg e.V. begrüßt die im Referentenentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts enthaltenen Vorschläge zur Änderung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) sowie des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) ausdrücklich. Sie schließen eine in den letzten Jahren zunehmend als schmerzlich empfundene Regelungslücke, die nicht allein die Rechtsanwendung erschwert, sondern zugleich die Praxis mit – jedenfalls in dieser Form und diesem Umfang – überflüssigen und kostspieligen Rechtsstreitigkeiten belastet hat und fortwährend belastet. 1

Bis heute ist die Entscheidung des historischen Gesetzgebers wegleitend geblieben, in das Werkvertragsrecht des BGB nur ganz punktuell Sondervorschriften für Bauverträge aufzunehmen, obgleich Bauverträge vor allem wegen der zeitlichen Streckung und spezifischer Risiken der Durchführung nach Sonderregelungen verlangen. Diesem Bedürfnis trug über Jahrzehnte vornehmlich die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Rechnung, die in drei Teilen Bauverträge von der Vergabeentscheidung insbesondere öffentlicher Auftraggeber (Teil A; VOB/A) über eine Ersatzrechtsordnung für den geschlossenen Bauvertrag (Teil B; VOB/B) bis hin zu technischen Vorgaben (Teil C; VOB/C) begleitet. Die ganz herrschende Meinung weist der in der VOB/B enthaltenen Ersatzrechtsordnung den Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu¹. Die Version der 2

* Die Stellungnahme wurde auf der Grundlage des Auftrages der Mitgliederversammlung vom 18.09.2015 von Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA), Vorstand, Prof. Dr. Petra Kirberger, Vorstand, Dr. Andreas Dingler, Bernhard Klein, Olaf Lenkeit und Dr. Matthias Orłowski erarbeitet. Dem Auftrag entsprechend wird nachfolgend allein zu den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts Stellung genommen.

¹ Vgl. nur *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 631 Rn. 152 m.w.N.

VOB/B von 2012 umfasst auf zahlreichen eng beschriebenen Druckseiten in 18 Paragraphen detaillierte Regelungen der Rechte und Pflichten der Parteien eines Bauvertrages. Zahlreiche Kommentare erläutern ihre Regelungen auf tausenden von Seiten. Generationen von deutschen Baujuristen wurden durch die VOB/B und die Arbeit mit ihr geprägt.

Die Bedeutung der VOB/B ist jedoch nach der Jahrtausendwende erheblich zurückgegangen. In den letzten 15 Jahren sind die in der VOB/B enthaltenen Regelungen vor allem durch die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle massiv unter Druck geraten. Der zentrale Grund dafür dürfte in der mangelnden Anpassung der VOB/B auf die mit der Schuldrechtsmodernisierung 2002 einhergehenden Veränderungen des regulatorischen Umfelds zu erkennen sein. Auf diese Weise entfernte die VOB/B sich weiter vom Leitbild des modernisierten Schuldrechts, als es Einzelregelungen, wie etwa die Verkürzung der Verjährungsfrist bei Werkmängeln auf vier Jahre in § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B, vermuten lassen.

Der Gesetzgeber gab im Forderungssicherungsgesetz 2008 überdies die bis dahin in den §§ 308, 309 BGB enthaltenen Privilegierungen bestimmter Klauseln der VOB/B auf und setzte an ihre Stelle eine eingeschränkte Inhaltskontrolle der VOB/B, wenn diese gegenüber Unternehmen als Ganzes verwendet wird, vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB. In der Konsequenz sind heute alle Klauseln der VOB/B an den §§ 307 ff. BGB zu messen, wenn die VOB/B vom Unternehmer gegenüber Verbrauchern („B2C“) in den Bauvertrag eingeführt wird. Das Abweichen vom gesetzlichen Leitbild des BGB führt zur Unwirksamkeit zahlreicher Klauseln der VOB/B², jedenfalls aber zu erheblicher Rechtsunsicherheit³. So ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass die VOB/B bei Verbraucherbauverträgen praktisch bedeutungslos geworden ist. Doch selbst bei Unternehmerverträgen („B2B“) kann die VOB/B im Hinblick auf drohende Regresslücken bzw. Haftungsfallen stets dann nicht mehr wirtschaftlich sinnvoll einbezogen werden, wenn möglicherweise Verbraucheransprüche in der Unternehmerkette abgewickelt werden müssen.

Bereits nach der Jahrtausendwende erkannte das Institut für Baurecht Freiburg e.V. ein Bedürfnis nach einer Verankerung des Bauvertragsrechts im BGB und erarbeitete im Jahr 2001 einen „Baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“⁴, der aber bei der Schuldrechtsmodernisierung – dem Vernehmen nach, um dieses ehrgeizige Projekt nicht zu überfrachten – nicht mehr aufgenommen wurde. Der Bedeutungsverlust der VOB/B sowie allgemein wahrgenommene Missstände bei der Anwendung ihrer Regelungsstrukturen im Dreieck aus Vergabeverfahren, Nachträgen und Nachtragsvergütung⁵ führten in der Folge zur Konstituierung eines Deutschen Baugerichtstags⁶, der seit 2006 zweijährlich zusammenkommt und dessen größter Arbeitskreis sich mit der Reform des Bauvertragsrechts beschäftigt.

² BGH v. 10.05.2007 – VII ZR 226/05, NJW-RR 2007, 1317; BGH v. 24.07.2008 – VII ZR 55/07, BauR 2008, 1603.

³ BGH v. 20.08.2009 – VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736, zu § 16 Nr. 5 VOB/B; OLG Dresden v. 13.12.2007 – 12 U 1498/07, IBR 2008, 94, zu § 17 Nr. 8 Satz 2 VOB/B; OLG Dresden v. 12.01.2012 – 9 U 165/11, BauR 2012, 840, zu § 16 Nr. 3 VOB/B; LG Potsdam v. 02.10.2009 – 1 O 118/09, BauR 2010, 664, zu § 13 Nr. 4, 5 VOB/B.

⁴ <<http://ifbf.de/downloads/arbeitskreis.pdf>>, site zul. besucht am 25.11.2015.

⁵ Vgl. insoweit *Kniffka*, Reformbedarf im Bauvertragsrecht, BauR 2010, 1306.

⁶ Vgl. <<http://www.baugerichtstag.de/>>, site zul. besucht am 25.11.2015.

Auch in der Politik wurden die gesetzlichen Regelungen des Bauvertragsrechts als Problem erkannt: Nach der Koalitionsvereinbarung zwischen den Regierungsparteien aus dem Jahr 2009 sollte noch in der vergangenen Legislaturperiode geprüft werden, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet sei⁷. Dazu bildete das Bundesministerium der Justiz im Januar 2010 eine Arbeitsgruppe, in der die wichtigsten der mit Fragen des Baus und des Bauvertragsrechts befassten Gruppen vertreten waren. Ihr gehörte auch das Institut für Baurecht Freiburg an. Am 18. Juni 2013 wurde der Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz (nachfolgend: Abschlussbericht) veröffentlicht.⁸

In weitgehender Umsetzung der im Abschlussbericht dargestellten Ergebnisse der Arbeitsgruppe wurde der nun veröffentlichte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (nachfolgend: Begr. RefE) erarbeitet.⁹ Im Hinblick auf die Repräsentanz des Instituts für Baurecht in der Arbeitsgruppe und die von ihm getragenen Ergebnisse im Abschlussbericht, wird nachfolgend auf vertiefende Ausführungen zu Vorschlägen, die auf den Ergebnissen des Abschlussberichts gründen, verzichtet und schwerpunktmäßig auf Abweichungen des Referentenentwurfs vom Abschlussbericht bzw. Umsetzungsfragen eingegangen. Konkrete Anregungen sind durch die Verwendung von Pfeilen und Einrückungen gekennzeichnet.

II. Strukturen der Regelungsvorschläge

1. Systematik und Gesetzgebungstechnik

Bereits innerhalb der Arbeitsgruppe wurde die Annahme zugrundegelegt, dass eine Umsetzung der zu erarbeitenden Vorschläge weder die Regelungsstrukturen des BGB noch seinen Charakter angreifen solle.

In der Form folgt der Referentenentwurf daher zu Recht nicht dem Vorbild der VOB/B, breit ausformulierte und am Ablauf des Bauvorhabens orientierte Regelungen zu schaffen, sondern lässt es bei knappen Regelungen bewenden, die von Wissenschaft und Praxis auszufüllen sein werden. Allein der Inhalt der vorgeschlagenen obligatorischen Baubeschreibung wird im Hinblick auf die zu fordernde Rechtssicherheit detaillierter beschrieben. Auch insoweit wird aber einem inzwischen bewährten Regelungsmodell (vgl.

⁷ Wachstum, Bildung, Zusammenhalt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile>, site zul. besucht am 25.11.2015, S. 43 („Bauvertragsrecht – Wir werden prüfen, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet ist“).

⁸ <http://www.oberthuer.de/fileadmin/user_upload/Thumbnails/Thumbs_Aktuelles/Abschlussbericht_AG_Bauvertragsrecht_BMJ.pdf>, site zul. besucht am 25.11.2015.

⁹ <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2>, site zul. besucht am 25.11.2015.

etwa §§ 312a Abs. 2, 312d Abs. 1, 312i Abs. 1 Nr. 2, 491a Abs. 1 BGB) gefolgt, indem der Inhalt der Baubeschreibung in eine Regelung im EGBGB „ausgelagert“ wird.

In der Sache ist die Einbindung der (verbraucher-)bauvertraglichen Regelungen als Kapitel unter dem Untertitel 1 „Werkvertragsrecht“ strukturell sinnvoll und spiegelt die seit jeher zugrundegelegte Qualifikation von Bauverträgen als Werkverträgen wider (Begr. RefE, S. 22).

- Der nach der Begründung (Begr. RefE, S. 56) nahegelegte Gegenschluss, dass die für Bauverträge geltenden Sonderregelungen für andere Werkverträge nicht anwendbar seien, griffe jedoch zu kurz. Richtig ist allein, dass eine Verallgemeinerung der vorgeschlagenen Regelungen auf alle Werkverträge nicht sinnvoll ist. Es mag aber durchaus andere Werkverträge als Bauverträge geben, bei denen *in concreto* die Annahme eines Anordnungsrechts des Bestellers gem. § 650b BGB-RefE sowie daran anknüpfend die Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB-RefE gleichwohl angemessen erscheinen.¹⁰ Ein diesbezüglicher Hinweis in der Begründung des Regierungsentwurfes würde diesen Zusammenhang klarstellen und erscheint wünschenswert.

Detailkritik ruft auch die Definition des Bauvertrages in § 650a Abs. 2 BGB-RefE hervor. Während die Anlehnung an § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB (Begr. RefE, S. 56) und die dazu entwickelten Strukturen als Ausgangspunkt sinnvoll erscheint, stellt die gesetzliche Anknüpfung an das zwingende Erfordernis einer festen Verbindung angebrachter oder eingebauter Teile mit dem Bauwerk eine weder geforderte noch sinnvolle Einengung dar: Die „feste Verbindung“ stammt aus dem Sachenrecht, vgl. § 94 Abs. 1 BGB. Sie fand ihren Weg ins Baurecht wohl vor allem über die früher erforderliche Abgrenzung von Werklieferungsverträgen gem. § 651 Abs. 1 BGB a.F., da es in den Fällen der Grundstücksverbindung keiner Übereignungspflicht des Unternehmers bedurfte. Die Heranziehung sachenrechtlicher Wertungen zur Begründung des schuldrechtlichen Leistungsprogramms ist wertungsmäßig indes problematisch.¹¹

- Eine Festschreibung im Gesetzestext sollte jedenfalls vermieden werden.

2. *Stufenverhältnis Bau-, Verbraucherbauvertrag, § 650a BGB-RefE*

Einer bereits etablierten Regelungstechnik des BGB entspricht es, auf die allgemeineren Vorschriften für Bauverträge besondere – und besonders geschützte – Vorschriften für Verbraucherverträge folgen zu lassen.

In der Sache wird diese Regelungsstruktur vor allem durch den Umstand nahegelegt, dass bei Bauverträgen – ähnlich wie bei Kauf- oder Darlehensverträgen und anders als etwa bei Pauschalreiseverträgen oder Verträgen über den Erwerb von Teilzeit-Wohnrechten – keine

¹⁰ Als Beispiel mag die Anordnung an einen Taxifahrer genannt werden, doch erst ins Hotel anstatt zum Tagungsort zu fahren. Dem Interesse des Taxibetreibers wird durch die nach dem Taxameter bemessene Vergütung Rechnung getragen.

¹¹ Vgl. bereits v. *Craushaar*, Bauwerksleistungen im Sinne von § 638 BGB, NJW 1975, 993, 995; dem folgend BGH v. 10.06.1991 - VII ZR 305/90, BauR 1991, 741; BGH v. 03.12.1998 - VII ZR 109/97, BauR 1999, 670, juris-Rn. 14, zur Verjährungsregelung.

typische Rollenverteilung im Hinblick auf wirtschaftliche Macht oder informationelle Überlegenheit feststellbar ist. Während vor allem Bauherren und Besteller i.S. des § 631 BGB, die nicht zu gewerblichen Zwecken Verträge schließen („private Bauherren“ und Verbraucher-Erwerber beim Bauträgermodell), strukturell, informationell und nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit den Unternehmern eher unterlegen sein werden, werden große Bauunternehmen, die als Generalunternehmer gegenüber ihren Subunternehmern selbst als Besteller auftreten, eher überlegen sein. Bestimmte Bauherren werden sich als Nachfrager gar im Bereich der Marktstärke gem. § 20 Abs. 1 GWB oder der marktbeherrschenden Stellung gem. §§ 18, 19 GWB bewegen. Vor diesem Hintergrund ist die Entwicklung eines Regelungssystems aufgegeben, das allen wirtschaftlichen Bedürfnissen ausreichend Raum lässt, die privatautonome Gestaltung durch die Parteien – insbesondere unternehmerische Parteien – nicht übermäßig einschränkt und zugleich eine Grundlage für effektiven Verbraucherschutz bietet. Dem tragen die vorgeschlagenen Regelungsstrukturen Rechnung. Ausdrücklich begrüßt werden soll an dieser Stelle die Entscheidung, keine isolierten Regelungen über den Verbraucherbauvertrag zu schaffen, sondern diese in eine Gesamtlösung des Bauvertragsrechts einzubetten.

Zu beachten ist jedoch, dass der Anwendungsbereich der Regelungen über Verbraucherbauverträge keineswegs alle zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu privaten Zwecken geschlossenen Bauverträge erfasst: Wegen des Anspruchs der Verbraucherrechtlicherichtlinie¹² auf Totalharmonisierung (vgl. deren EGr. 2, Art. 4) und dem in deren Art. 3 Abs. 3 lit. f eingeräumten begrenzten mitgliedstaatlichen Regelungsvorbehalt lehnt die Definition des Verbraucherbauvertrages in § 650h Abs. 1 BGB-RefE sich zu Recht sprachlich unmittelbar an diese Vorschrift an, um eine Verletzung des Unionsrechts auszuschließen. Konsequenz dessen ist, dass allein „große“ Bauverträge von den Sonderregelungen in §§ 650a ff. BGB-RefE erfasst werden: Die Formulierung „zum Bau eines neuen Gebäudes“ ließe sich zwar sprachlich auch – ähnlich wie etwa die Formulierung „bei einem Bauwerk“ in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB – weit interpretieren, wodurch sämtliche Bauverträge über Leistungen im Zuge der Errichtung neuer Gebäude¹³ erfasst würden. Der europäische Gesetzgeber hat durch seine Ausführungen zu erheblichen Umbaumaßnahmen, vgl. EGr. 26 S. 3 VerbraucherrechteRL, indes zu verstehen gegeben, dass er lediglich besonders bedeutende Bauverträge vom Anwendungsbereich der Verbraucherrechtlicherichtlinie ausschließen wollte. Verträge „zum Bau eines neuen Gebäudes“ ist daher in der Weise eng zu interpretieren, dass das neue Gebäude als Ganzes den Vertragsgegenstand bilden muss. Erfasst wird somit allein das „Bauen aus einer Hand“, d.h. insbesondere der Generalunter- und -übernehmervertrag sowie der Fertighausvertrag mit Errichtungsverpflichtung.

Auf diese Weise gelingt zum einen eine bündige Abgrenzung der – alle Verbraucherverträge treffenden – allgemeinen Informationspflicht gem. § 312a Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB von der Pflicht zur Baubeschreibung gem. § 650i BGB-RefE i.V.m. Art. 249 § 2 EGBGB-RefE. Zum anderen erscheint eine Beschränkung des besonderen

¹² Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 Nr. L 304/64.

¹³ Vgl. MüKo-BGB/*Busche*, § 634a Rn. 19.

Verbraucherschutzes, insbesondere des Widerrufsrechts, auf solche „großen“ Bauverträge angemessen, um einerseits einen Wertungsgleichlauf mit der Pflicht zur notariellen Beurkundung von Bauträgerverträgen herzustellen und andererseits die Praxis nicht übermäßig zu belasten.

Dass der Anwendungsbereich der Regelungen über Verbraucherbauverträge auf diese Weise nicht alle zwischen Unternehmern und Verbrauchern geschlossenen Bauverträge umfasst, ist für die Rechtsordnung kein Novum: So gelten die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht für den Kauf unbeweglicher Sachen.

- Begrifflich erscheint die Verwendung des Terminus „Bauvertrag“ in einem engen und einem weiten Sinne allerdings nicht optimal. So wird auch im Kaufrecht nicht vom „Verbraucherkaufvertrag“, sondern zu Recht vom „Verbrauchsgüterkaufvertrag“ gesprochen. Im Hinblick auf die maßgebliche Zielrichtung des Art. 3 Abs. 3 lit. f VerbraucherrechteRL könnte treffender – *pars pro toto* – von einem „*Verbrauchergebäudeerrichtungsvertrag*“ gesprochen werden. Zuletzt sollte in der Definition auch sprachlich zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Verbraucher einen Unternehmer nicht einseitig verpflichten kann. Vorgeschlagen wird:

„§ 650h Verbrauchergebäudeerrichtungsvertrag

(1) Verbrauchergebäudeerrichtungsverträge sind Verträge, durch die der Unternehmer sich gegenüber einem Verbraucher ... verpflichtet.

...“

III. Leistungsprogramm von Unternehmer und Besteller

1. Anordnungsrecht des Bestellers, § 650b BGB-RefE

Mit der gegebenen Begründung und in der vorgeschlagenen Differenzierung handelt es sich beim Anordnungsrecht um eine für die Praxis sinnvolle und dogmatisch stimmige Regelung.

a) Anordnung von Leistungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB-RefE

Dass auf die im Abschlussbericht (S. 11 ff.) noch empfohlenen Regelungen zur Art und zum Umfang der geschuldeten Leistung und zum Mangelbegriff verzichtet wurde, ist zwar bedauerlich, doch insoweit immerhin unschädlich, als diese Regelungen die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits entwickelten Grundsätze¹⁴ kodifiziert hätten.

Im Fall von Anordnungen von Leistungen, die auf der Grundlage der Rechtsprechung zum funktionalen Mangelbegriff zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB-RefE), bewegen sich die Anordnungen des Bestellers innerhalb

¹⁴ BGH v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05, BauR 2008, 344.

dessen, was der Unternehmer ohnehin schuldet. Sie führen aus Sicht des Unternehmers lediglich zu einer Klärung der Vergütungsfrage bzw. einer Enthftung im Hinblick auf mögliche Mängelansprüche, belasten ihn hinsichtlich seiner Erfüllungspflicht aber nicht weitergehend. Einer besonderen Rücksichtnahme bedarf es daher nicht.

- Der Formulierung in § 650b Abs. 2 S. 1 BGB-RefE könnte allerdings im Umkehrschluss entnommen werden, dass die Einrede der Unzumutbarkeit gem. §§ 275 Abs. 2, 3 BGB in diesen Fällen ausgeschlossen werden soll. Das wäre indes unzutreffend; die Einrede der Unzumutbarkeit gem. §§ 275 Abs. 2, 3 BGB bleibt auch in diesen Fällen erhalten, wie die Begründung (Begr. RefE, S. 57) zu Recht klarstellt. Die Sprache des Gesetzes sollte diesem Umstand Rechnung tragen.

24

b) Anordnungen von Änderungen des Werkerfolges, § 650 Abs. 1 Nr. 2 BGB-RefE

Auch das Anordnungsrecht des Bestellers im Hinblick auf Änderungen des Werkerfolges (§ 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB-RefE) ist zu begrüßen. In zahlreichen Fällen erscheint es ausgeschlossen oder zumindest ökonomisch unzweckmäßig, den Besteller am Stand seiner Planung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses festzuhalten. Eine solche Bindung schüfe ein nicht gerechtfertigtes Erpressungspotential zugunsten des Unternehmers. Der historische Gesetzgeber hat in § 649 BGB ein Wertungsmodell zugrundegelegt, nach dem beim Werkvertrag das wirtschaftliche Interesse des Bestellers sogar eine vollständige Kündigung des Vertrages rechtfertigt. Dem Interesse des Unternehmers wird allein auf der Vergütungsseite Rechnung getragen. Dieses Regelungsmodell denken die vorgeschlagenen Regelungen fort:

25

Im Fall von Anordnungen, durch welche der Werkerfolg geändert wird, gestattet das in der Begründung des Regierungsentwurfs zu konkretisierende (vgl. bereits Begr. RefE, S. 56) besondere (vgl. o. Rn. 24) Zumutbarkeitserfordernis gem. § 650b Abs. 2 S. 1 BGB-RefE alle Umstände zu berücksichtigen, die ein schutzwürdiges Interesse des Unternehmers begründen, von einer Vertragsänderung verschont zu werden.

26

Aus § 650b Abs. 2 S. 3 BGB-RefE erschließt sich, dass Anordnungen von „Änderungen des Werkerfolges“ i.S.d. § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB-RefE auch die „Art der Ausführung der Bauleistung oder die Bauzeit“ betreffen können. Der Begriff „Werkerfolg“ wird jedenfalls von § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB-RefE im technischen Sinne, d.h. bezogen auf den gem. § 631 Abs. 2 BGB geschuldeten Erfolg verwendet. Dieser Erfolg wird durch die Bauzeit allein in den Fällen des absoluten Fixgeschäfts berührt; die Art der Ausführung, die sich nicht in dem schlussendlich abgenommenen Werk niederschlägt, betrifft niemals den Werkerfolg im technischen Sinne.

27

- Hier sollte der Gesetzeswortlaut jedenfalls sprachlich differenzieren. Vorgeschlagen wird

28

In § 650b Abs. 1 BGB-RefE wird als Nummer 3 aufgenommen:

29

3. „Anordnungen zur Art der Ausführung der Bauleistung oder zur Bauzeit treffen.“

§ 650b Abs. 2 S. 3 BGB-RefE könnte dann knapp darauf bezogen werden:

„Anordnungen nach Absatz 1 Nummer 3 muss der Unternehmer nur befolgen, ...“.

In der Sache überzeugt das Anordnungsrecht zur Art der Ausführung der Bauleistung uneingeschränkt, da es die schutzwürdigen Interessen des Unternehmers durch das besondere Erfordernis eines deutlich überwiegenden Interesses gem. § 650b Abs. 2 S. 3 BGB-RefE berücksichtigt. Dieser besonders strenge Maßstab rechtfertigt auch die Einräumung des noch weiter in die unternehmerische Disposition eingreifenden bauzeitbezogenen Anordnungsrechts. 30

- Die Begründung des Regierungsentwurfs sollte die hohen Anforderungen an die Zulässigkeit bauzeitbezogener Anordnungen noch deutlicher zum Ausdruck bringen. 31

2. Vergütungsanpassung, § 650c BGB-RefE

Auch dem Regelungsvorschlag zur Vergütungsanpassung ist in der Sache zuzustimmen. Durch diese Vorschrift wird zum einen sichergestellt, dass das weitgehende Anordnungsrecht gem. § 650b BGB-RefE sich nicht wirtschaftlich einseitig zulasten des Unternehmers auswirkt. Das zugrundegelegte Berechnungsmodell nimmt zum anderen beiden Parteien weitgehend den Anreiz, spekulative Elemente in die Vertragsverhandlungen einzuführen, und mindert damit zugleich das Konfliktpotential bei der Vertragsdurchführung. 32

Berücksichtigt wird dabei auf der einen Seite, dass der zwischen den Parteien geschlossene Bauvertrag bei beiden Arten von Anordnungen jedenfalls keine Vereinbarungen über die Vergütung der angeordneten Arbeiten enthält. Auf der anderen Seite gestattet die Vermutungsregel, in prozessökonomischer Weise auf vorhandene Vereinbarungen der Parteien über die Vergütung bestimmter Elemente angeordneter Arbeiten zurückzugreifen, § 650c Abs. 2 BGB-RefE. Bei spekulativen Einheitspreisen wird die Vermutung widerlegt werden können. 33

- Gleichsam in technischer Hinsicht sollte allerdings in Absatz 1 vorrangig zum Ausdruck gebracht werden, dass als zwingende Folge von zulässigen Anordnungen überhaupt eine Zusatzvergütung geschuldet wird. Erst darauf sollte die Regelung folgen, dass diese Vergütung nicht allein erforderliche Kosten, sondern auch angemessene Zuschläge für Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn umfasst. Damit wird zugleich verdeutlicht, dass die Bemessung allein anhand der Regelung in Absatz 2 erfolgt. 34

Die Regelung in Absatz 2 Satz 1, die von einem „Rückgriff des Unternehmers auf die Urkalkulation“ ausgeht, konstituiert ein entsprechendes Wahlrecht des Unternehmers (vgl. bereits Abschlussbericht, S. 27 u.). Die einseitige Ausgestaltung kompensiert zunächst das ebenfalls einseitige Anordnungsrecht des Bestellers. Zu einer übermäßigen Belastung wird sie dennoch nicht führen, da der Unternehmer das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur einmal ausüben kann und so Spekulationen ausgeschlossen werden (Abschlussbericht S. 27 u.). 35

3. Durchsetzung, § 650b Abs. 4 BGB-RefE

Der Abschlussbericht hatte – gleichsam als Schlussstein des neuen Regelungsgewölbes – die Notwendigkeit anerkannt, einen schnellen und effizienten Streitbeilegungsmechanismus einzuführen, mit dem den Bauablauf störende Auseinandersetzungen über die Reichweite des 36

Anordnungsrechts sowie die Höhe der Vergütungsanpassung vorläufig beigelegt und Baustillstände vermieden werden sollten (Abschlussbericht, S. 28 ff.) Zugleich hatte der Abschlussbericht vorgeschlagen, in der ZPO eine besondere Form des beschleunigten Erkenntnisverfahrens („Bauverfügung“) zu schaffen, die an das Verfahren zum Erlass einstweiliger Verfügungen angelehnt, doch verschiedentlich modifiziert werden sollte.

Der Referentenentwurf sieht an dieser Stelle zum einen ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers in denjenigen Fällen vor, in denen Anordnungen auf eine Änderung des Werkerfolges gerichtet sind, § 650b Abs. 3 BGB-RefE. Zum anderen ist die Begründung einer „Dringlichkeitsvermutung“ in § 650b Abs. 4 BGB-RefE geblieben.

Die weitgehende Regelungsabstinenz rechtfertigt der Referentenentwurf mit Zweifeln an der Erforderlichkeit eines solchen Verfahrens, die durch die Ergebnisse einer Umfrage gestützt worden seien, wonach bei VOB-Bauverträgen in der Regel trotz erheblicher Differenzen über Anordnungen nach § 1 Abs. 3, 4 VOB/B kein gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen und der Streit erst im Zusammenhang mit der Schlussabrechnung ausgetragen werde (Begr. RefE, S. 58).

Diese Argumentation überzeugt nicht vollständig: In der Praxis wird derzeit bei Streitigkeiten um verlangte Leistungen und Nachträge schon wegen der Länge der gerichtlichen Verfahren gerichtlicher Rechtsschutz nicht baubegleitend in Anspruch genommen; einstweiliger Rechtsschutz ist in der Praxis nicht erreichbar. Die tatsächlich fehlende Inanspruchnahme der Gerichte lässt sich daher wohl kaum auf ein fehlendes Bedürfnis der Baupraxis stützen. Dass die Parteien mit der Auseinandersetzung über die Berechtigung von Anordnungen und die Höhe der geschuldeten Zusatzvergütung bis zur Schlussrechnung abwarten, kann ebenso mit den Schwächen des bestehenden Systems gerichtlichen Rechtsschutzes erklärt werden. Allein zahlenmäßige Belege für den Umfang auseinandersetzungsbeförderter Baustillstände, die Folgekosten auslösen, wären im Hinblick auf die Notwendigkeit eines schnellen Streitbeilegungsverfahrens aussagekräftig.

- Das vorgesehene Leistungsverweigerungsrecht ist gleichfalls problembehaftet: Für den Unternehmer ist es in aller Regel riskant, da er im Fall mangelnder Berechtigung ein hohes Haftungsrisiko zu gewärtigen hat. Das Ausweichen auf das Verlangen einer Sicherheit gem. § 648a BGB ist insbesondere gegenüber wirtschaftlich sehr starken Auftraggebern nicht möglich oder nicht sinnvoll. Bei anderen Machtverhältnissen wird sich das Leistungsverweigerungsrecht dagegen als Druckmittel zugunsten des Unternehmers auswirken. In beiden Fällen wird jedenfalls eine konfrontative Streitbeilegung mit drohenden Baustillständen eher gefördert als verhindert.
- Das Fehlen von Sonderregelungen zur Durchsetzung wird die Etablierung von Anordnungs- und Zusatzvergütungsrecht daher in erheblichem Umfang belasten.

Es erscheint jedoch immerhin denkbar, mit geringen Rechtsänderungen die gegenwärtig problembehaftete rasche Durchsetzung des Anspruchs auf Zusatzvergütung mit den zur Verfügung stehenden Instrumenten – insbesondere der einstweiligen Verfügung gem. § 935 ZPO – zu ermöglichen: Die im Abschlussbericht (S. 29) vorgeschlagenen Änderungen lassen sich in erheblichem Umfang (insb. mündliche Verhandlung innerhalb von zwei Wochen unter Einbeziehung von Sachverständigen) und ohne Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit

durch die Gerichtspraxis umsetzen; allein die das Verfahren verkürzende Einschränkung des Instanzenzuges (Abschlussbericht, S. 29) bedürfte einer Rechtsänderung.

Auf dieser Grundlage erscheint es prozessual immerhin möglich, während der Durchführung des Bauvertrages im Anschluss an eine Anordnung des Bestellers im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht allein über die Wirksamkeit der Anordnung zu streiten, wie es § 650b Abs. 4 BGB-RefE vorsieht, sondern auch über die Höhe der dafür geschuldeten Vergütung. Um den an Leistungsverfügungen gestellten besonderen Anforderungen zu entgegenen, kann der Unternehmer einen Antrag auf vorläufige Feststellung der Zusatzvergütung stellen. Eine solche feststellende Verfügung¹⁵ ist nicht selbständig vollstreckbar und begründet für den Unternehmer auch nicht das Risiko der Haftung aus § 945 ZPO, sie kann aber als Anknüpfungspunkt der Berechnung der Ansprüche des Unternehmers auf Abschlagszahlungen gem. § 632a BGB sowie auf Sicherheitsleistung gem. § 650e Abs. 1 BGB-RefE dienen. Dem schutzwürdigen Interesse des Unternehmers an Liquiditätssicherung ist damit Rechnung getragen. Über die Höhe der tatsächlich geschuldeten Zusatzvergütung kann im Hauptsacheverfahren aus Anlass der Schlussrechnung gestritten werden.

- Für die Durchführung eines solchen Verfahrens scheint die Bereitstellung einer Dringlichkeitsvermutung ebenfalls sinnvoll. Die Reichweite der in § 650b Abs. 4 BGB-RefE vorgeschlagenen Dringlichkeitsvermutung ist unklar. Die systematische Auslegung spricht aufgrund der Einordnung in § 650b BGB-RefE für eine Beschränkung auf Streitigkeiten um das Bestehen und die Reichweite eines Anordnungsrechts. Der Wortlaut ist jedoch offen und die Ausführungen in der Begründung (Begr. RefE, S. 58) legen nahe, auch den Streit um die Vergütungsanpassung einer summarischen Klärung im Verfügungsverfahren zugänglich zu machen und zu diesem Zweck die Dringlichkeitsverfügung heranziehen zu können. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in § 650c BGB-RefE wird daher vorgeschlagen.

4. *Mängelrechte vor Abnahme*

Der Abschlussbericht hatte sich für eine vorsichtige Begründung von Mängelansprüchen bereits vor Fälligkeit bzw. Abnahme in den Grenzen des § 323 Abs. 4 BGB, d.h. bei offensichtlicher Gefährdung der Erfüllung, ausgesprochen (Abschlussbericht, S. 41 f., 42). Der Referentenentwurf verzichtet auf eine diesbezügliche Klärung – wohl im Zusammenhang des noch insgesamt fehlenden Abschnitts über Mängelrechte im Werk- und Bauvertragsrecht (vgl. Abschlussbericht, S. 41 ff.) – ganz.

- Dies erscheint unglücklich. Die Praxis zeigt das Bedürfnis nach einem Mittel zur Intervention des Bestellers vor dem vertraglich festgelegten Fertigstellungszeitpunkt. Das System des bürgerlich-rechtlichen Leistungsstörungsrechts steht dem bei Erfüllung der von § 323 Abs. 4 BGB gestellten hohen Anforderungen nicht entgegen.

¹⁵ Vgl. dazu etwa *Drescher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., 2012, § 938 Rn. 44.

- Vor diesem Hintergrund wäre eine gesetzgeberische Klärung sinnvoll gewesen, zumal der dazu erforderliche gesetzgeberische Aufwand überschaubar bleibt. Die Praxis wäre dann nicht darauf angewiesen, sich mit Mängelansprüchen vor dem vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt in Analogie zu § 323 Abs. 4 BGB zu behelfen. Vorgeschlagen wird

„1. § 634 wird § 634 Abs. 1

48

2. Eingefügt wird folgender Abs. 2:

(2) Der Besteller kann die im vorstehenden Absatz unter Nr. 1 und 2 genannten Rechte unter den Voraussetzungen des § 323 Absatz 4 bereits vor dem vereinbarten Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks geltend machen.“

Dadurch würde einerseits die von der Praxis gewünschte und auf der Grundlage von § 4 Abs. 7 VOB/B sogar in weitergehendem Umfang bewährte Möglichkeit der frühzeitigen Intervention des Bestellers geschaffen, andererseits an die engeren Anforderungen des § 323 Abs. 4 BGB geknüpft und die Befugnis des Unternehmers, primär selbst ein mangelfreies Werk zu erstellen, geschützt.

49

IV. Durchführung des Bauvertrages

1. Abnahmeregelungen, § 640 Abs. 2 BGB-RefE

Die Änderung, mit welcher dem Besteller die Möglichkeit genommen wird, ohne substantiierte Begründung der Abnahmeverweigerung die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers zu verhindern, ist zu begrüßen. Vom Besteller kann nach Treu und Glauben erwartet werden, zu begründen, weshalb er die Abnahme verweigert. Seine schutzwürdigen Interessen werden hinreichend durch die Zugrundelegung der sog. „Symptomrechtsprechung“ berücksichtigt (Begr. RefE, S. 51). Da es sich insoweit um keine bauspezifische Begründung handelt, ist die Verortung im Rahmen der allgemeinen Regelungen der Abnahme sinnvoll. Zum Verbraucherschutz vgl. u. Rn. 86 f.

50

2. Zustandsfeststellung, § 650f BGB-RefE

In der Konsequenz der typischen Einbettung von Bauverträgen liegt es allerdings, dass zum Zeitpunkt der Abnahme eines Bauwerks bestimmte Einzelleistungen schon seit längerem (vertragsgemäß) erbracht und möglicherweise nach der Vollendung schon wieder beschädigt wurden. Insoweit besteht ein anerkanntes Interesse der (Bau-)Unternehmer, die Vertragsgemäßheit ihrer Leistung festzustellen und den Gefahrübergang herbeiführen zu können. Dem dienen die neuen Vorschriften zur Zustandsfeststellung in § 650f BGB-RefE.

51

Dabei geht die Sonderregelung des Gefahrübergangs in § 650f Abs. 2 BGB-RefE etwas über die Vorschläge des Abschlussberichts (S. 40) hinaus. Allerdings ist nachvollziehbar, dass bereits die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht von einer Folgewirkung im Hinblick auf die Gefahrtragung ausgegangen ist (vgl. Arbeitsbericht, S. 40: „... soll der Risikoverschiebung Rechnung getragen werden ...“). Im Hinblick auf die Begrenzung der Vermutungswirkung auf offenkundige Mängel sowie den Zeitpunkt ihres Eintritts werden die Interessen des Bestellers ausreichend gewahrt.

52

3. Abschlagszahlungen, § 632a BGB-RefE

Wie die bisherige Regelung dient § 632a BGB-RefE dazu, die aus § 641 Abs. 1 S. 1 BGB folgende Vorleistungspflicht des Unternehmers abzumildern. Zur Bemessung der Abschlagszahlungen wird allerdings nicht mehr auf den Wertzuwachs im Vermögen des Bestellers, sondern auf den im Regelfall nach den vertraglichen Vereinbarungen zu bemessenden Verkehrswert der Leistungen des Unternehmers abgestellt. Dadurch wird die Abwicklung erheblich erleichtert. Den schutzwürdigen Interessen des Bestellers kann einfacher durch Sicherheiten Rechnung getragen werden. Zum Verbraucherschutz vgl. u. Rn. 88 ff.

53

Auch wesentliche Mängel, über die sich in der Praxis trefflich streiten lässt, sollen künftig kein Leistungsverweigerungsrecht mehr begründen. Dem Schutz der Interessen des Bestellers genügt ein Einbehaltsrecht unter Einbeziehung des in § 641 Abs. 3 BGB vorgesehenen Druckzuschlags.

54

V. Kündigungsrecht

1. Kündigung bei unterlassener Mitwirkung, § 643 BGB-RefE

Durch die Änderung, mit welcher die Vertragsbeendigung nicht mehr automatisch mit Fristablauf eintritt, wird das werkvertragliche Instrumentarium bei Obliegenheitsverletzungen lediglich an die Strukturen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts angepasst. Die Änderung ist uneingeschränkt zu begrüßen.

55

2. Kündigung aus wichtigem Grund, § 648a BGB-RefE

Die Regelung ist gleichfalls zu begrüßen. Soweit das außerordentliche Kündigungsrecht bei bestimmten Typen von Werkverträgen bereits gewährt wurde, folgt die Regelung einer anerkannten Praxis. Im Übrigen sorgt sie für Rechtssicherheit und schafft ein sinnvolles Konfliktlösungsinstrument für alle Werkverträge: Die Existenz eines außerordentlichen Kündigungsrechts kann *a maiore ad minus* der bestehenden Regelung der freien Kündigung in § 649 BGB entnommen werden.

56

Die Definition des wichtigen Grundes in § 648a Abs. 1 S. 2 BGB-RefE bleibt zwar abstrakt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe genießen aber durch die sprachliche Anlehnung an § 314 Abs. 1 S. 2 BGB bereits weitreichende Konkretisierung durch Wissenschaft und Praxis.

57

- Redaktionell wäre zu erwägen, § 648a Abs. 1, 2 Satz 1 BGB-RefE durch eine pauschale Verweisungsnorm zu ersetzen. Vorgeschlagen wird:

58

„(1) Beide Parteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. § 314 BGB gilt entsprechend. Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung beziehen.“

59

Probleme werden regelmäßig erst bei der Bemessung der Vergütung entstehen. Der Vorschlag entspricht insoweit der etablierten Praxis. Bedenken gegen die Berechnung nach dem bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks können allenfalls in Fällen vorgebracht werden, in denen der wichtige Grund aus dem Verantwortungsbereich einer Partei stammt

60

und von dieser zu vertreten ist. In diesen Fällen muss auf der Rechtsfolgenseite eine Abstimmung mit den Normen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts (Fristsetzungs- bzw. Abmahnungserfordernis, vgl. dazu § 314 Abs. 2 BGB; konkurrierende Schadensersatzansprüche, vgl. dazu § 314 Abs. 4 BGB) vorgenommen werden.

- Insoweit erscheint die vorgeschlagene Regelung etwas zu eng.

61

3. Kündigung wegen Insolvenz

Anders als der Abschlussbericht vorgeschlagen hatte (S. 48 ff.), sieht der Referentenentwurf die Insolvenz nicht *per se* als wichtigen Grund vor. Wichtig erscheint immerhin, dass die gewählte Begründung die Insolvenz als wichtigen Grund auch nicht ausschließt und damit von der grundsätzlichen Berücksichtigungsfähigkeit der Insolvenz ausgeht (Begr. RefE, S. 53). Damit und den Hinweisen, dass jedenfalls die Insolvenz verbunden mit der Einstellung des Geschäftsbetriebs die Kündigung aus wichtigem Grund tragen kann, ist der Praxis bereits hinreichend gedient, da vor diesem Hintergrund von der Wirksamkeit entsprechender vertraglicher Regelungen des wichtigen Grundes ausgegangen werden kann.

62

4. Schriftform, § 650g BGB-RefE

Das für die Kündigung von Bauverträgen vorgesehene Schriftformerfordernis ist zu begrüßen, da auf diese Weise insbesondere emotionsgetragene Äußerungen „auf der Baustelle“ von der Warnfunktion des Formerfordernisses erreicht werden.

63

VI. Sicherung

1. Sicherung des Bestellers

In Verträgen zwischen Unternehmern scheint die vertraglich vereinbarte Absicherung des Bestellers die Regel zu sein (vgl. Abschlussbericht, S. 35). Zu Verbraucherbauverträgen vgl. u. Rn. 88 ff.

64

2. Sicherung des Unternehmers

a) „Umzug“ der §§ 648, 648a BGB

Eine der Konsequenzen der Neustrukturierung ist die Verschiebung der bisherigen §§ 648, 648a BGB in die Regelungen für Bauverträge in §§ 650d, 650e BGB-RefE. Angesichts des seit jeher beschränkten Anwendungsbereichs der Regelungen ist die Verschiebung sinnvoll.

65

b) Anpassung der Regelungen, §§ 650d, 650e BGB-RefE

Mit der Verschiebung des Anwendungsbereichs – nun bezogen auf alle Bauverträge

66

i.S.d. § 650a Abs. 1 BGB-RefE – ist eine Erweiterung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek auch für Forderungen aus der Errichtung von Außenanlagen verbunden. Dies ist zu begrüßen.

Hinzu kommt eine signifikante Änderung des Anspruchs auf Bauhandwerkersicherung gem. § 650e BGB-RefE, wenn der Besteller Abschlagszahlungen zu entrichten hat: Dann kommt die in § 650e Abs. 4 BGB-RefE vorgesehene Höchstgrenze von 20 % zum Tragen, da die Sicherungspflicht sich auf das aus der Vorleistungspflicht des Unternehmers entstehende Rückforderungsrisiko begrenzt. Die pauschalierende Regelung wird die Handhabung erleichtern und schützt die Interessen von Unternehmer und Besteller angemessen.

- Die Vorschrift vernachlässigt allerdings in ihrer rigiden Formulierung, dass das Vorleistungsrisiko des Unternehmers dann höher sein kann als die pauschalieren 20 % der vereinbarten Vergütung, wenn der Unternehmer zwar Abschlagszahlungen verlangt, der Besteller bereits fällige Abschlagszahlungen für erbrachte Leistungen aber noch nicht erbracht hat. Für diesen Fall sollte es selbstverständlich möglich bleiben, dass der Unternehmer gleichsam als minus zu fälligen Abschlagszahlungen denselben Betrag als Sicherheit zuzüglich der 20 % der vereinbarten Vergütung verlangen kann.

Zu Verbraucherbauverträgen vgl. u. Rn. 91 ff.

VII. Schutz von Verbraucherinteressen

Immobilien werden nicht im eigentlichen Sinne konsumiert. Anders als typische Verbrauchsgüter werden sie nicht durch den Gebrauch oder gar die bloße Ingebrauchnahme entwertet, sondern bleiben zumindest werthaltig oder steigen gar im Wert. Verträge, die auf den Erwerb von Immobilien oder die Errichtung von Bauwerken gerichtet sind, sind daher latent investiv.

Dennoch ist die Notwendigkeit besonderen Verbraucherschutzes auch bei Bauverträgen unbestritten. Als maßgebliches Abgrenzungskriterium kann der Abschluss eines Vertrages zu anderen Zwecken als gewerblichen oder selbständig beruflichen, vgl. § 13 BGB, herangezogen werden. Insoweit greifen zunächst verschiedene vertikale oder horizontale Instrumente zum Verbraucherschutz, insbesondere die Regelungen über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (vgl. § 312b BGB) oder Fernabsatzverträge (vgl. §§ 312c BGB) sowie die allgemeine Informationspflicht (vgl. § 312a BGB) und die AGB-Kontrolle (vgl. §§ 305 ff., 310 Abs. 3 BGB), ein.

Eine besondere Schutzbedürftigkeit der Verbraucher resultiert vor allem aus der besonderen Enge des Marktes, die einen für den individuellen Verbraucher hilfreichen Wettbewerb stark einschränkt, der informationellen Unterlegenheit von Verbrauchern, die häufig nur einmal in ihrem Leben einschlägige Verträge abschließen, sowie schließlich den für Verbraucher typischerweise ganz ungewöhnlich hohen wirtschaftlichen Vertragsvolumina (Begr. RefE, S. 65), die zum einen ein sehr hohes Klumpenrisiko, zum anderen die besondere (rechtliche) Komplexität des Finanzierungsbedürfnisses entstehen lassen. Vor diesem Hintergrund sollen weitergehende Vorschriften zum Verbraucherschutz geschaffen werden:

1. Baubeschreibung

a) Pflicht und Inhalt, § 650i BGB-RefE

Bereits angesprochen wurde das Zusammenspiel der zu schaffenden Baubeschreibungspflicht gem. § 650i BGB-RefE, Art. 249 § 2 EGBGB-RefE mit der allgemeinen, für alle Verbraucherverträge geltenden Informationspflicht gem. § 312a Abs. 2 BGB, Art. 246 EGBGB.

Die vorgeschlagene Regelung fügt sich in den mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiraum, den Art. 3 Abs. 3 lit. f VerbraucherrechteRL lässt. Insbesondere die Ausführungen in der Begründung (Begr. RefE, S. 63) zu EGr. 26 S. 3 VerbraucherrechteRL (vgl. dazu bereits o. Rn. 16) machen deutlich, dass die Begriffe richtlinienkonform auszulegen sind.

Inhaltlich schließt die Regelung die Lücke des Verbraucherschutzes, die § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB für Verträge über den Bau von neuen Gebäuden oder erheblichen Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden geschaffen hat. Die Regelung ist bereits deshalb zu begrüßen, weil die Rechtsordnung ohne sie in erheblichem Maße inkohärent würde, wenn bei wirtschaftlich unbedeutenderen Verträgen mehr Informationspflichten zum Schutz wirtschaftlicher Verbraucherinteressen beständen als bei den besonders bedeutsamen Verträgen (Begr. RefE, S. 63).

Die gem. Art. 249 § 2 EGBGB-RefE zu verschaffenden Informationen konkretisieren zunächst wesentliche Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, über die auch bei „einfachen“ Verbraucherverträgen zu informieren ist, vgl. § 312a Abs. 2 S. 1 BGB, Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB. Für den Besteller erleichtern sie die Vergleichbarkeit und fördern so in wünschenswerter Weise den Wettbewerb. Doch auch für die Unternehmer ist die Vorgabe einer „Checkliste“ hilfreich, um dem äußerst unbestimmten Rechtsbegriff der Wesentlichkeit Konturen zu verleihen.

- Vor dem Hintergrund des wahrnehmbaren *information overload* erscheint indes die Charakterisierung der Angaben des Art. 249 § 2 Abs. 1 S. 2 EGBGB-RefE als Mindestangaben als überschießend. Dem Unternehmer sollte die Möglichkeit erhalten bleiben, erkennbar unpassende bzw. nicht anwendbare Elemente der Information schlicht wegzulassen. Die Charakterisierung als Mindestinformationen, die aber nur „gegebenenfalls“ zu erteilen sind (Art. 249 § 2 Abs. 1 Nr. 2, 4, 6, 7, 9 EGBGB-RefE), erscheint gegenüber der im Abschlussbericht (S. 13) gewählten Technik der Einordnung als „Regelangaben“ als Rückschritt.

b) Rechtsfolgen, § 650j Abs. 1, 2 BGB-RefE

Demgegenüber liegt die Regelung in § 650j Abs. 1 BGB-RefE, wonach der Inhalt der Baubeschreibung regelmäßig Vertragsbestandteil wird, auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre nahe. Ähnliches ordnet bereits § 312d Abs. 1 S. 2 BGB für Informationen bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen an (vgl. Begr. RefE, S. 64). Die Regelung ist daher uneingeschränkt zu begrüßen.

Dasselbe gilt für die Auslegungsregel in § 650j Abs. 2 BGB-RefE, die im Hinblick auf unklare Baubeschreibungen den AGB-rechtlichen Grundsatz der verwendungsgegnerefreundlichen Auslegung in § 305c Abs. 2 BGB sinnvoll ergänzt.

- Der Verweis auf die allgemeinen Regelungen des Leistungsstörungenrechts im Fall eines völligen Fehlens einer Baubeschreibung (Begr. RefE, S. 65) ist dogmatisch zwar unangreifbar, lässt aber erheblichen Auslegungsspielraum bei den Rechtsanwendern, insbesondere wenn die Erfordernisse von Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen – meist unstreitiger – Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden streitig sind.

80

2. *Inhalt des Verbraucherbauvertrages, § 650j BGB-RefE*

a) *Auslegung*

Über eine Regelung der Rechtsfolgen unzulänglicher Baubeschreibungen hinaus geht bereits der zweite Teil der in § 650j Abs. 2 BGB-RefE getroffenen Regelung, wonach der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards ergänzend auszulegen ist. Auch insoweit soll die verbraucherfreundliche Auslegung maßgeblich sein.

81

Mit dieser Kodifizierung einer in der Rechtsprechung bisher nur selten so klar ausgesprochenen¹⁶ Auslegungsdirektive handelt es sich dabei wohl um den deutlichsten und wichtigsten Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Bauverträgen.

82

b) *Vereinbarungen über die Leistungszeit als Mindestinhalt*

Im selben Kontext steht die in § 650j Abs. 3 BGB-RefE getroffene Regelung über verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Vollendung des Werks. Fraglich ist jedoch, ob die vorgesehenen Rechtsfolgen zur Problemlösung geeignet sind. Unbestreitbar ist ein Bedürfnis der Praxis nach Flexibilität. Das gilt auch für Unternehmer, die u.U. rechtlich bindende Verträge benötigen, um größere Bauvorhaben umzusetzen. Sie werden zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses häufig noch keinen verbindlichen Zeitpunkt der Vollendung nennen können. Fehlt daher eine Leistungszeitbestimmung im Vertrag und hat der Unternehmer auch in der Baubeschreibung gem. Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB-RefE lediglich eine voraussichtliche Dauer der Bauausführung genannt, hat es dabei sein Bewenden.

83

3. *Widerrufsrecht, § 650k BGB-RefE*

Das in § 650k BGB-RefE vorgeschlagene Widerrufsrecht folgt dem Regelungsvorschlag der Arbeitsgruppe. Es darf nicht verkannt werden, dass auch diesem Widerrufsrecht – ähnlich dem in § 312g Abs. 1 BGB niedergelegten – zunächst der Zweck des Übereilungsschutzes

84

¹⁶ BGH v. 14.06.2007 – VII ZR 45/06, BauR 2007, 1570 Rn. 25, zur Auslegung des Vertrages über den geschuldeten Schallschutzes; BGH v. 27.11.2013 – VII ZR 275/12, BauR 2014, 547 Rn. 11, zur Auslegung des Vertrages über eine geschuldete Herstellung eines Gefälles.

zugrundeliegt (Abschlussbericht, S. 18; Begr. RefE, S. 65). Der Verbraucher-Besteller soll durch das Widerrufsrecht indes nicht vom Verwendungsrisiko befreit werden. Dieser Umstand trägt die kurze Frist von zwei Wochen, aber auch den Ausschluss des Widerrufsrechts bei notariell beurkundeten Verträgen und die dort ähnlich eingreifende Frist des § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG. Der daneben tragende Gesichtspunkt des Klumpenrisikos (Begr. RefE, S. 65) rechtfertigt die mit dem Anwendungsbereich verbundene Beschränkung auf „große“ Bauverträge.

- Fraglich bleibt aber, ob auch der Verlust des als Folge pflichtwidrig unterlassener Belehrung über die Widerrufsmöglichkeit fortbestehenden Widerrufsrechts mit der ersten Abschlagszahlung gem. § 356d BGB-RefE rechtspolitisch sinnvoll erscheint: Das Widerrufsrecht kann nur „wirken“, wenn es bekannt ist. Unterlässt der Unternehmer die Belehrung und drängt er womöglich – gestützt auf den vom Verbraucher unterzeichneten Vertrag – erfolgreich auf Erfüllung, so vereitelt er die Realisierung der rechtlich geschützten Dispositionsfreiheit des Verbraucher-Bestellers. Insoweit verdient Beachtung, dass auch das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen bei unterbliebener Belehrung im Regelfall erst mit vollständiger Erbringung der Dienstleistung erlischt, § 356 Abs. 4 S. 1 BGB.

85

4. *Schutz gegenüber fiktiver Abnahme, § 640 Abs. 2 S. 2 BGB-RefE*

Die Erweiterung der Wirkungen einer fiktiven Abnahme gilt gegenüber einem Verbraucher nur dann, wenn der Verbraucher über die Möglichkeit der fiktiven Abnahme informiert wurde. Auch dabei handelt es sich um ein bewährtes Regelungsmodell. Von einem entsprechend informierten Verbraucher kann erwartet werden, dass er auf eine Aufforderung zur Abnahme zumindest reagiert und diese ggf. mit substantiiertem Begründung verweigert.

86

- Allerdings sollte in die Informationsobliegenheit des Unternehmers aufgenommen werden, dass dem Verbraucher der Kern der Symptomrechtsprechung in laienverständlicher Sprache nahegebracht wird, so dass er nicht durch die unzutreffende Annahme von der Verweigerung der Abnahme abgeschreckt wird, den Werkmangel bereits nach Grund und Folgen benennen zu müssen.

87

5. *Sicherung des Verbrauchers*

a) *Abschlagszahlungen, § 650f BGB-RefE*

Die mit der Änderung von § 632a BGB-RefE angestrebte Vereinfachung und Pauschalierung des Anspruchs des Unternehmers auf Abschlagszahlungen geht einher mit einer entsprechenden Belastung des Bestellers.

88

Ist der Besteller ein Verbraucher, so wird dieser Nachteil durch verschiedene Regelungen kompensiert: Wie bisher (§ 632a Abs. 3 S. 1 BGB) hat der Unternehmer bei der ersten Abschlagszahlung des Verbrauchers eine Sicherheit für die rechtzeitige und mängelfreie Herstellung des Werks in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten, § 650f

89

Abs. 2 BGB-RefE. Überdies begrenzt § 650l Abs. 1 BGB-RefE nunmehr den Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen auf 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung.

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass Verbraucher durch Abschlagszahlungen faktisch in erheblichem Umfang vorleisten, ohne durch korrespondierende Sicherungsrechte hinreichend abgesichert zu sein.

90

b) Sicherheitsleistung des Verbrauchers, § 650l Abs. 4 BGB-RefE

Bei Verbraucherbauverträgen und von Verbrauchern geschlossenen Bauträgerverträgen besteht auch künftig kein gesetzlicher Anspruch auf Bauhandwerkersicherung, § 650e Abs. 6 Nr. 2 BGB-RefE. Der Referentenentwurf scheint davon auszugehen, dass allein die bisherige Regelung in § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB in § 650e Abs. 6 Nr. 2 BGB-RefE überführt und an die Schaffung von Regelungen über „Verbraucherbauverträge“ angepasst werde (Begr RefE, S. 61). Diese Betrachtung vernachlässigt allerdings, dass Verbraucherbauverträge im Rechtssinn allein Verträge über die Errichtung von Gebäuden „aus einer Hand“ (vgl. dazu o. Rn. 16) sind. In der Konsequenz bliebe der Anspruch auf Sicherheitsleistung bestehen, wenn der Verbraucher-Besteller beim Bau seines nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken genutzten Hauses in traditioneller Form unter Einsatz eines Architekten Einzelverträge über den Rohbau, die elektrische Ausstattung etc. schließt. Von einer solchen materiellen Änderung ging der Abschlussbericht nicht aus (Abschlussbericht, S. 37).

91

- In Aufnahme der oben Rn. 19 angelegten Terminologie könnte der Begriff des „Verbraucherbauvertrages“ als Bauvertrag i.S.d. § 650a BGB-RefE, der zwischen Unternehmern und Verbrauchern geschlossen wird, definiert und in § 650e Abs. 6 Nr. 2 verwendet werden. Dies setzt allerdings voraus, dass für die Zwecke der §§ 650h ff. BGB-RefE ein engerer Begriff (z.B. „Verbrauchergebäudeerrichtungsvertrag“) verwendet wird. Will man das nicht, so sollte bei § 650e Abs. 6 Nr. 2 BGB-RefE jedenfalls ein anderer Begriff verwendet werden, der weiter als der des § 650h Abs. 1 BGB-RefE ist.

92

Über die bisherige Praxis hinaus werden künftig auf der Grundlage von § 650l Abs. 4 BGB-RefE Vereinbarungen zur Begründung eines solchen Anspruchs ausgeschlossen, wenn der Umfang der vereinbarten Sicherheit das reale Vorleistungsrisiko des Unternehmers übersteigt.

93

- Die Formulierung der Vorschrift vernachlässigt allerdings, ähnlich wie § 650e Abs. 4 BGB-RefE, die Möglichkeit, dass der Verbraucher fällige Abschlagszahlungen nicht bezahlt hat. Auch für diese Fälle sollte es dem Unternehmer möglich bleiben, als minus zum fälligen Abschlagszahlungsanspruch einen Anspruch auf um den Betrag des fälligen Zahlungsanspruchs erhöhte Sicherheitsleistung zu vereinbaren.

94

6. Dokumentation, § 650m BGB-RefE

Über die Ergebnisse des Abschlussberichts hinaus reicht die Festlegung einer Pflicht zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen und Dokumenten, die der Verbraucher benötigt,

95

um gegenüber Behörden den Nachweis zu führen, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften eingehalten wurden.

In dieser Form legt die Regelung allerdings primär die bereits bestehende Pflicht nieder, rechts- und sachmängelfrei zu erfüllen. Selbstverständlich gehören zur Eignung zur gewöhnlichen Verwendung auch öffentlich-rechtliche Zulassungs- oder Betriebserlaubnisse bzw. deren Nachweis. Selbstständige Bedeutung hat die Regelung demgegenüber, wenn es um nicht mit der Verwendung des Werks zusammenhängende Anforderungen etwa für die Ausschüttung von Subventionen bzw. die Gewährung zinsvergünstigter Darlehen geht, vgl. dazu § 650m S. 2 BGB-RefE.

Den weiteren, vom Deutschen Baugerichtstag 2014 geforderten, Schritt nach einer selbständigen Dokumentationspflicht¹⁷, die sich auf die Gewährleistung der nachhaltigen Nutzbarkeit gründet, haben die Verfasser bedauerlicherweise nicht gewagt.

VIII. Architekten- und Ingenieurvertrag

1. Vertragstypische Pflichten, § 650o S. 1 BGB-RefE

Durch den Regelungsvorschlag in § 650o S. 1 BGB-RefE soll zum Ausdruck gebracht werden, dass Architekten- und Ingenieurverträge typischerweise eine Reihe verschiedener Pflichten umfassen und zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Umsetzungsschritten zu unterscheiden ist (Begr. RefE, S. 69). Dem ist inhaltlich uneingeschränkt zuzustimmen. Dasselbe gilt für die Klarstellung, dass der Architekt vergütungspflichtige Leistungen bereits dann erbringt, wenn er in einer Zielfindungsphase (dazu sogl.) gemeinsam mit dem Besteller die Planungs- und Überwachungsziele erarbeitet und vereinbart.

In Fällen, in den der Besteller sich mit noch vagen Vorstellungen an den Architekten wendet, ist es zunächst Aufgabe des Architekten, die Wünsche des Bestellers genauer zu ermitteln und die Realisierbarkeit zu prüfen (Begr. RefE, S. 69). Bisher gab es in dieser Phase nur die Möglichkeit, solche Aktivitäten des Architekten als vergütungsfreie vorvertragliche Akquise zu behandeln oder den Besteller im Fall der Bejahung des Vertragsschlusses mangels konkreter Vereinbarungen in einem Vollarchitekturvertrag zu binden (Begr. RefE, S. 70), von dem er sich nur durch eine teure freie Kündigung gem. § 649 BGB wieder lösen konnte.

- Die in den §§ 650o, 650q BGB-RefE gewählte Formulierung bringt die mit den Regelung verfolgten Ziele nur sehr eingeschränkt zum Ausdruck: Dass sich der Architektenvertrag im Regelfall in zwei verschiedene Phasen zur Leistungserbringung aufteilt, sollte im Gesetzestext dadurch hervorgehoben werden, dass die beiden Leistungsphasen in § 650o BGB-RefE getrennt dargestellt werden. Dies gilt umso mehr, als das in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Verständnis des Architektenvertrages sich von den bisherigen Vorstellungen deutlich absetzt und daher die Bildung zweier Absätze

¹⁷ <http://www.heimann-partner.com/dbgt/mp-content/user_upload/dateien/empfehlungen2014.pdf>, site zul. besucht am 25.11.2015.

im Gesetzestext zum besseren Verständnis der gesetzlichen Regelung beiträgt. Da die vorgeschlagene Regelung in § 650q Abs. 1 BGB-RefE den Begriff der „Zielfindungsphase“ ohnehin verwendet, erscheint es naheliegend, ihn in einer dem BGB vertrauten Weise zu definieren.

- Außerdem scheint die bisherige Bestimmung des Leistungsinhaltes eines Architekten- und Ingenieurvertrages in § 650o BGB-RefE unvollständig, da Ingenieurwerke nicht erwähnt werden. Der Regelungstechnik des BGB entspräche es im übrigen eher, nicht die Berufsbezeichnungen „Architekt“ und „Ingenieur“ in den Vordergrund setzen, sondern vielmehr auf die Leistungen eines Architekten bzw. Ingenieurs abzustellen. Der nachfolgende Vorschlag einer derartigen Differenzierung, soll dies verdeutlichen.

101

„§ 650o BGB-RefE Architekten- und Ingenieurleistungen

102

(1) Durch einen Vertrag über Architekten- oder Ingenieurleistungen wird der Unternehmer verpflichtet, die zur Errichtung eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Ingenieurwerks notwendigen Planungs- oder Überwachungsleistungen zu erbringen.

(2) Solange zwischen den Parteien noch keine konkreten Planungs- und Überwachungsziele vereinbart sind (Zielfindungsphase), schuldet der Unternehmer auf der Grundlage des geschlossenen Vertrages die zur Konkretisierung dieser Ziele erforderlichen Leistungen.“

2. Anwendbare Vorschriften, § 650p BGB-RefE

Die Anordnung der analogen Anwendung der Regelungen in §§ 650d, 650e, 650g BGB-RefE, vgl. § 650p BGB-RefE, erscheint unproblematisch.

103

- In die Begründung des Regierungsentwurfs sollte immerhin auf den Vergütungsanspruch eingegangen werden. Das BGB legt diese Pflicht regelmäßig in der Grundnorm zu den charakteristischen Leistungen nieder (z.B. §§ 433 Abs. 2, 631 Abs. 1 BGB). In § 650o BGB-RefE fehlt eine solche Norm. Sie wird allein durch die Generalverweisung auf „die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1“ in § 650p BGB-RefE ersetzt. In der Begründung des Regierungsentwurfs sollte klargestellt werden, dass für Verträge über Architekten- und Ingenieurleistungen im Geltungsbereich der HOAI die darin angeordneten Honorare die übliche Vergütung gem. § 632 Abs. 2 BGB sind.
- Überdies sollte zumindest in der Begründung zum Regierungsentwurf klargestellt werden, dass die in der Zielfindungsphase erbrachten Leistungen vergütungspflichtig sind, und ein Hinweis auf die Vergütungsberechnung gegeben werden. Nur wenn hier klare Vorgaben geschaffen werden, wird die Neuregelung des Rechts über die Architekten- und Ingenieurleistungen mit ihrer Zweiteilung einen wirklichen Gewinn für die Beteiligten und ihre Rechtssicherheit bringen.
- Es erschließt sich nicht ohne weiteres, weshalb nicht auch auf die §§ 650b, 650c BGB-RefE verwiesen wurde.

104

105

3. *Gestufte Leistungen und Sonderkündigungsrecht des Bestellers, §§ 650o S. 2, 650q BGB-RefE*

Das vorgesehene Sonderkündigungsrecht nach der Zielfindungsphase wird sowohl während der Vertragsdurchführung das Verhältnis zwischen Besteller und Unternehmer entspannen als auch das Konfliktpotential nachfolgender Auseinandersetzungen mindern. Der Besteller kann sich ohne die Befürchtung weitreichenderer Verpflichtungen an einen Architekten wenden, um mit diesem seine Wünsche und Vorstellungen zur Realisierung eines Bauprojektes zu besprechen. Der Unternehmer kann seinerseits sicher sein, dass er für diese Leistung im Ergebnis eine Vergütung erhält. Dass der Architektenvertrag nach dieser Zielfindungsphase beendet sein kann, mag für den Unternehmer zunächst eine empfindliche Enttäuschung sein; im Ergebnis bewahrt diese Regelung jedoch sowohl ihn wie auch den Besteller vor ggf. nervenaufreibenden Auseinandersetzungen im weiteren Verlauf eines Projekts.

106

- Wird die Zielfindungsphase in § 650o BGB-RefE legaldefiniert, wie oben vorgeschlagen, so kann in § 650q Abs. 1 S. 1 BGB-RefE sprachlich auf diese Bezug genommen werden, was die Lesbarkeit der Vorschrift erleichtert. Daneben sollte der unschöne Begriff der „Unterlagen“ in § 650q Abs. 2 S. 1 BGB-RefE vermieden werden.

107

4. *Teilabnahme, § 650r BGB-RefE*

Es ist sehr zu begrüßen, dass diese neue Vorschrift dem Architekten im Gleichklang zu den für den Bauunternehmer geltenden Bestimmungen eine zeitlich klar definierte Möglichkeit gibt, bei einem zahlreiche Architektenleistungen erfassenden Vertrag eine zeitliche Zäsur durch Teilabnahme herbeizuführen.

108

- Da Architektenverträge häufig bereits lange vor der Objekterstellung enden und deshalb in diesen Fällen die (gesamte!) Architektenleistung bereits deutlich früher abzunehmen sind, wäre es – um Missverständnisse zu vermeiden – hilfreich, in die Begründung des Regierungsentwurfs einen Hinweis aufzunehmen, dass diese Teilabnahme lediglich für Unternehmer relevant wird, die (auch) mit der Objektüberwachung beauftragt sind.

109

5. *Gesamtschuldnerische Haftung, § 650s BGB-RefE*

Seit der Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1965¹⁸ ist die gesamtschuldnerische Haftung des bauplanenden oder -leitenden Architekten mit fehlerhaft ausführenden Unternehmern anerkannt. Diese Lösung ist vor allem bei der Begründung von Ausgleichsansprüchen – auch des Architekten – anderen Organisationsformen von Schuldnermehrheiten überlegen¹⁹. Seit jeher wurde aber der bei Inanspruchnahme des Architekten auf Schadensersatz beim Unternehmer eintretende Verlust

110

¹⁸ BGH v. 01.02.1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227.

¹⁹ Bereits BGH v. 01.02.1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, 235.

der Nacherfüllungsbefugnis als konstruktionsbedingter Mangel empfunden²⁰. Besonders stoßend erscheint der Verlust der Nacherfüllungsbefugnis durch den Gesamtschuldnerregress seit der Schuldrechtsmodernisierung, welche den Vorrang der Nacherfüllung zum das gesamte Leistungsstörungenrecht beherrschenden Prinzip erhoben hat²¹, das von der Rechtsprechung mit Entschiedenheit durchgesetzt wird²².

In seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1965 hat der Große Senat lediglich darauf hingewiesen, dass der Besteller möglicherweise gegen seine Schadensminderungspflicht verstoße, wenn er die vom auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Architekten angebotene Mängelbeseitigung ausschlage.²³ Erst in jüngeren Entscheidungen, die sich auf die an sich überwundene Rechtsprechung vor der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats beziehen, wird darauf hingewiesen, dass der Besteller auch dann ausnahmsweise gehindert sein könne, einen Architekten wegen eines Bauaufsichtsfehlers in Anspruch zu nehmen, wenn und soweit er auf einfachere, insbesondere billigere Weise von dem Unternehmer die Beseitigung des Mangels verlangen könne.²⁴

Die Auswirkungen dieser Rechtsprechung für die bauvertragliche Praxis sind jedoch überschaubar geblieben. Besonders nachteilig wirkte sich – sowohl für die Architekten als auch für die im Regress in Anspruch genommenen Unternehmer – in der Vergangenheit der Umstand aus, dass hinter den Architekten eine Berufshaftpflichtversicherung und damit ein stets solventer Schuldner stand.

An dieser Stelle schlägt der Referentenentwurf nun auf der Grundlage des Abschlussberichts (S. 58) eine Regelung vor, die einer Zeitenwende gleichkommt: An der gesamtschuldnerischen Haftung wird zwar festgehalten (Begr. RefE, S. 74); die Relativität schuldrechtlicher Beziehungen übersteigend wird die Inanspruchnahme des Architekten auf Schadensersatz aber an die vorangegangene erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung gegenüber dem Bauunternehmer geknüpft.

Das angestrebte Ergebnis folgt dem Prinzip des Vorrangs der Nacherfüllung und ist wertungsmäßig stimmig. Zunächst sollte allerdings die eigene Nacherfüllungsbefugnis des Architekten im Rahmen der bereits geltenden Vorschriften ausgeschöpft werden. In Rechtsprechung und Praxis wird die Nacherfüllungsmöglichkeit des Architekten häufig auf die planerische Möglichkeit reduziert, durch eine Umplanung die Erstellung eines mangelfreien Bauwerks bewirken zu können. Tatsächlich kann der Architekt aber auch nach der Erstellung noch durch Nacherfüllung zumindest teilweise einen durch seine fehlerhafte Leistung entstandenen Mangel am Bauwerk durch eine Sanierungsplanung und/oder die

²⁰ Vgl. nur *Glöckner*, Gesamtschuldvorschriften und Schuldnermehrheiten bei unterschiedlichen Leistungsinhalten, 1997, S. 233 ff. m.w.N.

²¹ *Kirberger*, „Gestörter“ Gesamtschuldnerausgleich bei Bestehen eines Mängelbeseitigungsrechts – Eine kritische Betrachtung, in: Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, Kniffka/Locher (Hrsg.), 2010, S. 115 ff.

²² Vgl. z.B. BGH v. 21.12.2005 - VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195, für vom Gläubiger unerkannte Nacherfüllungsansprüche.

²³ BGH v. 01.02.1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, 233; ebenso BGH v. 15.06.1978 - VII ZR 15/78, BauR 1978, 498, juris-Rn. 10.

²⁴ BGH v. 22.12.2011, VII ZR 136/11, NJW 2012, 1070 Rn. 19; ähnlich, wenngleich abstrakter und einschränkend BGH v. 26.01.2012 - VII ZR 164/11, NJW-RR 2012, 540 Rn. 15; BGH v. 22.03.2012 - VII ZR 129/11, RdL 2014, 44 Rn. 17.

Überwachung der Sanierungsarbeiten beseitigen. Dem tragen die Architektenversicherungen zwischenzeitlich schon dadurch Rechnung, dass sie sich für derartige Leistungen gegenüber dem Architekten nicht als einstandspflichtig ansehen.

- Umso wichtiger ist es, dass die Neuregelung des Architekten- und Ingenieurvertragsrechts dazu genutzt wird, diesen Umstand – zumindest in der Begründung des Regierungsentwurfs – klarzustellen.

115

Grundlegendere Fragen wirft die Konstruktion der Neuregelung auf, die primär dem Schutz des Architekten verpflichtet ist, indem sie dessen Haftung einschränkt, aber den Gesamtschuldnerregress unberührt lässt. Mittelbar wird dadurch zwar auch der konkurrierend verpflichtete Unternehmer geschützt, indem der Besteller mit der Obliegenheit belastet wird, ihm zunächst eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen, bevor der Architekt in Anspruch genommen werden kann. Die prozessuale Ausgestaltung wird zwar zu dieser angestrebten Abwicklung beitragen, da der Formulierung des § 650s BGB-RefE („... erst zulässig, wenn ...“) zu entnehmen ist, dass die fruchtlose Setzung einer Frist zur Nacherfüllung der Darlegungslast des Bestellers unterfällt. Um eine schlüssige Klage auf Schadensersatz wegen Mängeln der Architektenleistung gem. §§ 650o, p. 634, 637 Nr. 4, 280 ff. BGB(-RefE) zu erheben, wird der klagende Besteller künftig auch den Ablauf einer dem Unternehmer gesetzten Frist zur Nacherfüllung vorzutragen haben.

116

- Ganz offensichtlich wirft die vorgeschlagene Lösung aber Probleme auf, wenn der Architekt auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird und – aus welchen Gründen auch immer – zahlt, ohne sich auf die unterlassene Fristsetzung zu berufen. Es fehlt dann an einer Regelung, welche den Unternehmer im Gesamtschuldnerregress schützt. Zumindest in der Begründung des Regierungsentwurfs sollte ein Hinweis aufgenommen werden, dass bei einer Schadensersatzzahlung ohne die Prüfung und ggf. Geltendmachung einer Nacherfüllungsbefugnis der Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs. 1 BGB in entsprechender Anwendung von § 254 BGB zu kürzen ist.

117

- Doch auch der Besteller kann durch die vorgeschlagene Subsidiärhaftung unangemessen belastet werden, wenn er aus nicht zu vertretenden Gründen einem nacherfüllungspflichtigen Unternehmer keine Frist gesetzt hat. Die Verlagerung des Risikos, möglicherweise den falschen Unternehmer in Anspruch genommen zu haben, auf den Besteller, die mit dem Verlust des Anspruchs gegen den Architekten verbunden ist, erscheint überschießend. Zumindest in der Begründung des Regierungsentwurfs sollte ein Hinweis darauf enthalten sein, dass eine Anfrage des Bestellers beim Architekten bezüglich der ggf. nacherfüllungspflichtigen Unternehmer ausreichen muss, um dessen Obliegenheit zu dessen oder deren Benennung zu begründen. Wenn der Besteller in der Folge den vom Architekten benannten Unternehmern vergeblich eine Frist gesetzt hat, muss dies genügen, um den Schadensersatzanspruch gegen den Architekten in voller Höhe geltend zu machen, unabhängig davon, ob tatsächlich andere Unternehmer zur Nacherfüllung verpflichtet waren.

118

- Im Hinblick auf die Nacherfüllungsbefugnis konkurrierend verpflichteter Unternehmer sollte im Übrigen eine Lösung gesucht werden, welche die

119

Entwicklung in anderen Rechtsgebieten und analoge Problemstellungen im Auge behält, so etwa die parallel anstehende Umsetzung von Art. 11 Abs. 2, 6 der Richtlinie über Schadensersatzansprüche wegen Kartellrechtsverletzungen.²⁵

IX. Bauträgervertrag

1. Definition, § 650t Abs. 1 BGB-RefE

Die gesetzliche Niederlegung der charakteristischen Vertragspflichten trägt zur Rechtsklarheit bei. Die Definition ist gelungen. Die ausdrückliche Anordnung besonderer Vorschriften über den Bauvertrag erleichtert die Rechtsanwendung ebenfalls. 120

2. Modifikation der Pflicht zur Baubeschreibung, § 650t Abs. 2 BGB-RefE

Die zeitliche Vorverlagerung der Pflicht zur Übergabe einer Baubeschreibung ist im Ausgangspunkt zu begrüßen. Bereits jetzt entspricht ein solches Vorgehen guter Vertragspraxis. 121

- Im Hinblick auf die inhaltlichen Anforderungen erscheint jedoch eine Pflicht, jedem noch so entfernten „Laufkunden“ ein umfangreiches, graphisch aufwendiges und damit regelmäßig teures Werk zu verschaffen, übermäßig belastend. Der Begriff der Vertragsverhandlungen sollte daher eng genug ausgelegt werden, um nicht bereits den Erstkontakt zu erfassen. 122

3. Nichtanwendung von bauvertraglichen Vorschriften, § 650t Abs. 3 BGB-RefE

Der Ausschluss des freien Kündigungsrechts entspricht nicht nur etablierter Praxis, sondern überzeugt auch inhaltlich. Gerade Bauträger benötigen in der Übergangsphase von der Planung zur Durchführung mit begleitendem Vertrieb Sicherheit zur Festlegung des Zeitpunktes, wann mit dem Vorhaben begonnen werden kann. Der Schutz des Erfüllungsinteresses durch § 649 S. 2 BGB genügt insoweit nicht. 123

- Kritischer ist der Ausschluss des Anordnungsrechts zu bewerten. Wenn auf den Bauträgervertrag die werkvertragliche Mängelhaftung angewendet wird, wird auch der funktionale Mangelbegriff übernommen. Anordnungen i.S.d. § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB-RefE sind zwar ausgeschlossen, weil bei Bauträgerverträgen die Planung stets vom Bauträger stammt. Der kategorische Ausschluss von Anordnungen gem. § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB-RefE erscheint jedoch überschießend, da alle angeführten und berechtigten Gründe (Begr. RefE, S. 75) gut im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung Berücksichtigung finden können. 124

²⁵ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 Nr. L 349/1.

4. *Abschlagszahlungen, § 650u BGB-RefE*

Die Vorschrift wird lediglich aus § 632a Abs. 2 BGB verschoben.

125