

Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Der Arbeitskreis Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
des Instituts für Baurecht Freiburg e.V. (IfBF)¹

ruft den Gesetzgeber auf, im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz spezifisch bauvertragliche Regelungen zusätzlich in das Werkvertragsrecht des BGB aufzunehmen (anschließend Abschnitt I) sowie Ergänzungen und Änderungen im Diskussionsentwurf (DE) vorzunehmen (nachfolgend Abschnitt II).

I. Empfehlung zur Aufnahme von spezifisch bauvertraglichen Regelungen in das Werkvertragsrecht des BGB

Es wird empfohlen, folgende Vorschriften in das Werkvertragsrecht aufzunehmen:

E § 1 Bauvertrag

- (1) Sind zur Herstellung des Werkes Bauleistungen geschuldet, gelten die §§ 631 bis ..., soweit in den nachfolgenden Vorschriften nicht anderes bestimmt ist.
- (2) Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage, eine Außenanlage oder eine bewegliche Sache für solche Anlagen hergestellt, instandgesetzt, instandgehalten, geändert oder beseitigt wird.

E § 2 Änderungen und Ergänzungen

- (1) Der Besteller ist berechtigt, nach Vertragsschluss Änderungen oder Ergänzungen des Werkes anzuordnen, es sei denn, es stehen wichtige Gründe entgegen.
- (2) Die Vergütung für geänderte oder ergänzende Leistungen bestimmt sich nach den Grundlagen der Vergütungsermittlung für die vertragliche Leistung und gegebenenfalls den besonderen Kosten der angeordneten Leistung. Der Unternehmer hat den Besteller vor Ausführung auf eine eventuelle Mehrvergütung hinzuweisen, über deren Grund und Höhe möglichst vor der Ausführung Einvernehmen erzielt werden soll.

¹ Die Mitglieder des Arbeitskreises sind in der Anlage aufgeführt.

E § 3 Herstellung

- (1) Der Besteller hat das Baugrundstück und das Bauwerk so zur Verfügung zu stellen, dass der Unternehmer seine Bauleistung vertragsgemäß erbringen kann.
- (2) Bestehen Bedenken gegen Leistungsbeschreibung, Planung oder Anordnungen des Bestellers, gegen die von ihm gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder gegen die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, so hat der Unternehmer diese dem Besteller unverzüglich mitzuteilen und zu begründen.
- (3) Mängel, die bereits während der Herstellung erkannt werden, hat der Unternehmer unverzüglich zu beseitigen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, kann ihm der Besteller eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und nach deren Ablauf den Mangel auf Kosten des Unternehmers beseitigen lassen oder den Vertrag ganz oder teilweise kündigen, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung bestimmt und dabei die Kündigung angedroht hat. § 323 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 sind entsprechend anzuwenden.

E § 4 Herstellfristen

- (1) Der Unternehmer hat die Herstellung des Werkes innerhalb vereinbarter Fristen angemessen zu fördern. Sind im Vertrag keine Fristen vereinbart, so hat der Unternehmer innerhalb einer vom Besteller gesetzten, angemessenen Frist die Herstellung zu beginnen sowie die Herstellung angemessen zu fördern und zu vollenden.
- (2) Droht die Überschreitung vertraglich vereinbarter Fristen oder kommt der Unternehmer seiner Verpflichtung gemäß Absatz 1 Satz 2 nicht nach, so muss der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers unverzüglich Abhilfe schaffen. Verletzt der Unternehmer diese Pflicht, so kann der Besteller den Vertrag ganz oder teilweise kündigen, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung bestimmt und dabei die Kündigung angedroht hat. § 323 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 sind entsprechend anzuwenden.
- (3) Wird der Unternehmer durch Umstände aus dem Risikobereich des Bestellers, durch höhere Gewalt oder durch andere für ihn unabwendbare Umstände in der ordnungsgemäßen Ausführung seiner Leistung behindert, so verlängern sich die Fristen entsprechend. Solche Umstände hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich anzuzeigen. Unterlässt er die Anzeige, so verlängern sich die Fristen nur dann, wenn für den Besteller die Umstände und deren hindernde Wirkung offenkundig waren.

E § 5 Verbraucherverträge

Bei Verbraucherverträgen über Bauleistungen zur Errichtung von Wohngebäuden gilt:

- (1) Ein Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlung besteht nur, wenn dem Besteller zur Sicherung aller Ansprüche aus dem Vertrag eine Sicherheit in Höhe von 10 Prozent des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs gestellt wird. Dies gilt nicht für Architekten- und Ingenieurleistungen, die ohne sonstige Bauleistungen erbracht werden. Mit Abnahme ist die Sicherheit auf 5 Prozent der Gesamtvergütung zurückzuführen. Die Sicherheit ist nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Gewährleistung zurückzugeben.
- (2) Gehören zu den vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen auch wesentliche Teile der Planung, so hat er den Besteller vor Abschluss des Vertrages über die zu erbringenden Bauleistungen eindeutig und erschöpfend schriftlich zu informieren.
 - a) Kommt der Unternehmer dieser Verpflichtung nicht oder nur unzureichend nach, kann der Besteller den Vertrag gemäß § 355 widerrufen. Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn er nicht innerhalb eines Monats seit Abschluss des Vertrages erklärt wird.
 - b) Das Widerrufsrecht besteht nicht bei beurkundungspflichtigen Verträgen. Die Informationspflicht bleibt hiervon unberührt und ist binnen angemessener Frist vor dem Beurkundungstermin zu erfüllen.

II. Empfehlungen zur Ergänzung und Änderung des Diskussionsentwurfs

Lesehilfe: Die vorgeschlagenen Textänderungen zum Diskussionsentwurf sind, soweit dies für das Verständnis zweckmäßig erscheint, durch Unterstreichung kenntlich gemacht. Dort, wo Textteile des Diskussionsentwurfs ersatzlos entfallen sollen, ist dies durch das Symbol /.../ gekennzeichnet.

Es wird empfohlen:

1. die Regelung des Abs. 4 von DE § 198 (Verjährungsbeginn mit Zurverfügungstellung des Werks) zu ergänzen:

"In den Fällen des § 639 Abs. 2 beginnt die Verjährung mit der Abnahme."

2. den DE § 313 Nr. 10 lit. f (Privilegierung der VOB-Gewährleistung) zu streichen;
3. den DE § 631 Abs. 3 Satz 1 (herzustellende bewegliche Sachen) wie folgt zu ändern:

"(3) Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, sind die Vorschriften über den Kauf anzuwenden, es sei denn, es handelt sich um Bauleistungen."

4. den DE § 632 (Abschlagszahlungen) wie folgt zu fassen:

"Der Unternehmer kann von dem Besteller aufgrund Rechnung /.../ Abschlagszahlungen für die erbrachten vertragsmäßigen Leistungen verlangen. Dies gilt auch für erforderliche Stoffe und Bauteile, die eigens angefertigt oder angeliefert sind /.../, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den /.../ Stoffen oder Bauteilen übertragen oder /.../ Sicherheit hierfür geleistet wird."

5. in DE § 633 den Absatz 4 wie folgt zu ändern:

"(4) Nimmt der Besteller im Rahmen einer förmlichen Abnahme ein mangelhaftes Werk ab, obwohl er den Mangel kennt, so steht ihm wegen dieses Mangels das Recht auf Nacherfüllung nur zu, wenn er sich dieses bei der Abnahme vorbehält."

Alternative:

"(4) Nimmt der Besteller im Rahmen einer förmlichen Abnahme ein mangelhaftes Werk ab, obwohl er den Mangel kennt, so stehen ihm wegen dieses Mangels Rechte nur zu, wenn er sich diese bei der Abnahme vorbehält."

6. in DE § 634 Abs. 1 (Wahlrecht des Bestellers) das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Neuherstellung dem Unternehmer einzuräumen;

7. im Werkvertragsrecht den Vertragsparteien ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund einzuräumen:

"Der Besteller oder der Unternehmer kann den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen. § 308 gilt entsprechend; § 323 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. und Abs. 2 Nr. 4 finden keine Anwendung."

8. den DE § 636 Abs. 2 (Entbehrlichkeit der Aufforderung vor Rücktritt) wie folgt zu ändern:

"(2) Außer in den Fällen des § 323 Abs. 2 bedarf es der Aufforderung auch dann nicht, wenn die Nacherfüllung /.../ fehlgeschlagen oder für den Besteller unzumutbar ist. Hat der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 634 Abs. 3 Satz 1 verweigert, stehen dem Besteller die Gewährleistungsrechte des § 637 und gegebenenfalls des § 638 zu."

9. in DE § 638 Abs. 1 Satz 2 (Schadensersatz) das Wort "unverhältnismäßig" zu streichen;

10. in DE § 639 Abs. 1 (Fälligkeit der Vergütung) den Satz 1 durch die Worte "und Rechnung erteilt hat" zu ergänzen;

11. den DE § 639 Abs. 2 Satz 1 wie folgt zu fassen:

"Mit der Abnahme wird der Anspruch auf Vergütung fällig, wenn eine Abnahme vereinbart, eine Bauleistung Gegenstand des Vertrages oder die Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes üblich ist.....";

12. in DE § 639 Abs. 2 einen neuen Satz 3 einzufügen:

"Auf Verlangen des Unternehmers oder des Bestellers ist das Ergebnis der Abnahme schriftlich niederzulegen (förmliche Abnahme)."

13. den DE § 639 Abs. 3 (Durchgriffsfälligkeit) zu streichen;

14. in DE § 639 Abs. 4 (Druckzuschlag) zu formulieren:

"... die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern, in der Regel in Höhe des Dreifachen der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten."

15. den DE § 640 (Fertigstellungsbescheinigung) zu streichen;

16. den § 649 heutiger Fassung (Kündigungsrecht des Bestellers) nicht aufzuheben, sondern wie folgt zu fassen:

"E § [649]
Kündigungsrecht des Bestellers

- (1) Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag ganz oder teilweise kündigen.
- (2) Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, für die erbrachten Leistungsteile die vereinbarte Vergütung zu verlangen.
- (3) Für die nicht erbrachten Leistungen steht dem Unternehmer eine Vergütung von 5 Prozent des darauf entfallenden Entgelts zu.
- (4) Sowohl dem Besteller als auch dem Unternehmer bleibt die Abrechnung nach § 643 Abs. 2 Satz 2 vorbehalten."

17. dem Besteller für den Fall der Insolvenz des Unternehmers ein Kündigungsrecht einzuräumen:

"Der Besteller kann den Vertrag kündigen, wenn der Unternehmer seine Zahlungen einstellt oder das Insolvenzverfahren beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt oder ein solches Verfahren eröffnet oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird. § 643 Abs. 1 Satz 1 ist anzuwenden."

18. eine Regelung aufzunehmen, wonach dem Unternehmer kein Nacherfüllungsrecht mehr zusteht, wenn der Besteller den Vertrag aus einem vom Unternehmer zu vertretenden Grund gekündigt hat;

19. eine Regelung aufzunehmen, wonach mit Kündigung die Vergütung gegen Rechnungsstellung fällig wird, die Gefahr übergeht und die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt;
20. soweit die in Abschnitt I E § 5 Abs. 2 vorgeschlagene Regelung (Informationspflicht) im Rahmen der anstehenden Schuldrechtsmodernisierung noch nicht realisiert werden sollte, das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) um folgende Vorschrift zu ergänzen:

"Bei Verbraucherverträgen über Bauleistungen zur Errichtung von Wohngebäuden kann ein Unternehmer, zu dessen Leistungen auch wesentliche Teile der Planung gehören, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn er den Besteller vor Vertragsschluss nicht eindeutig und erschöpfend über die zu erbringenden Bauleistungen schriftlich informiert."

Begründung

A. Zielsetzung

Das BGB stellt in seiner heutigen Fassung keine ausreichende Rechtsgrundlage für einen Bauvertrag zur Verfügung, weil es – mit ganz wenigen Ausnahmen – keine baurechtsspezifischen Regelungen bereit hält. Das Werkvertragsrecht des BGB wird zum Beispiel dem typischen Phänomen bei nahezu allen Bauvorhaben nicht gerecht, nämlich dem Spannungsverhältnis zwischen Plan und Realität. Denn es gibt kaum ein Bauvorhaben, bei dem sich der Leistungsinhalt zwischen Vertragsschluss und Abnahme nicht ändert. Es fehlen jedoch im BGB Regelungen für geänderte Leistungen und deren Vergütung.

Wegen dieser unzulänglichen Regelung des Bauvertrages im Gesetz sind die Parteien regelmäßig gezwungen, mehr oder weniger umfangreiche Vertragsbedingungen festzulegen, die die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Parteien während der Vertragsabwicklung regeln. Häufig wird dabei auf die für die öffentliche Auftragsverwaltung konzipierte Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) zurückgegriffen, die jedoch in der Regel durch Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen modifiziert wird. Dieses Konglomerat von gesetzlicher Basisregelung, VOB/B sowie vorrangig geltender Besonderer und Zusätzlicher Vertragsbedingungen führt im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes häufig zu Zweifeln, ob die vorrangig geltenden Vertragsbedingungen sowie die nachrangig geltenden Bestimmungen der VOB/B mit dem - nur rudimentär vorhandenen - „gesetzlichen Leitbild“ übereinstimmen und welche Vertragsklauseln wirksam oder unwirksam sind. Gerade im Hinblick auf die Bestimmungen des AGB-Gesetzes ist es deshalb dringend geboten, ein „gesetzliches Leitbild“ für den Bauvertrag durch die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in das BGB zu schaffen.

Der Diskussionsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthält auch im Werkvertragsrecht eine Reihe von Änderungen und weiteren Vorschriften, jedoch keine spezifischen Regelungen, die auf das Baurecht zugeschnitten sind. Das ist um so weniger nachvollziehbar, als wegen der vorgesehenen Verweisung auf das Kaufrecht in DE § 631 Abs. 3 BGB (herzustellende oder zu erzeugende bewegliche Sachen) für das Werkvertragsrecht im wesentlichen nur der Bauvertrag sowie der "geistige" Werkvertrag (Architekten- und Ingenieurleistungen, EDV-Leistungen, Gutachten, Bilanzen) verbleiben. Die Reparatur von beweglichen Sachen und der Transportvertrag sind demgegenüber im Rechtsalltag von völlig untergeordneter Bedeutung, bereiten in der Rechtsanwendung keinerlei erkennbare Schwierigkeiten und würden für sich genommen keinen gesonderten Titel im Besonderen Teil des Schuldrechts rechtfertigen.

Auch nach Inkrafttreten des neuen Schuldrechts wird das BGB eine geeignete Rechtsgrundlage für jeden Vertragsabschluß zur Verfügung stellen und damit den Vertragsparteien Rechtssicherheit gewähren - letztlich bis hin zum Leasingvertrag, EDV-Vertrag und Fernabsatzvertrag -, jedoch mit einer Ausnahme - dem Bauvertrag. Im Wirtschaftsleben und in der Rechtspraxis hat jedoch das Baurecht eine überragende Bedeutung. Das lässt sich bereits an der Tatsache messen, dass die deutschen Landgerichte in Zivilsachen zu rund einem Drittel ihrer Kapazität mit Bauprozessen ausgelastet sind, in den neuen Bundesländern zu mehr als der Hälfte. Dabei wirken sich unzulängliche Rechtsgrundlagen für den Bauvertrag, die zu Rechtsunsicherheit und zu Prozesslastigkeit führen, rechtspolitisch in hohem Maße negativ aus.

Mit dem Ziel, im BGB eine geeignete Rechtsgrundlage auch für den Bauvertrag zu schaffen, schlägt der Arbeitskreis dem Gesetzgeber vor, im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz spezifisch bauvertragliche Regelungen zusätzlich in das Werkvertragsrecht des BGB aufzunehmen und Ergänzungen und Änderungen im Diskussionsentwurf vorzunehmen.

B. Begründung zu den einzelnen Vorschlägen

Abschnitt I: Empfehlung zur Aufnahme von spezifisch bauvertraglichen Regelungen in das Werkvertragsrecht des BGB

Vorbemerkung

Dieser Ergänzungsentwurf bezieht sich auf den Diskussionsentwurf (DE) in der Fassung vom 04.08.2000. Die zwischenzeitliche Entwurfs-Neufassung ("n.F.1") des Verjährungsrechts vom 07.02.2001 sowie des Kauf- und Werkvertragsrechts vom 14.02.2001 bringt zwar inhaltliche Änderungen und auch eine Änderung der Nummerierung. Die sachlichen Änderungen im Werkvertragsrecht sind für diesen Ergänzungsentwurf jedoch nicht so gravierend, dass es notwendig erschien, nach Beschlussfassung im Arbeitskreis diesen erneut einzuberufen und die Abstimmung auf die "n.F.1" von neuem zu beschließen.

Es wird vorgeschlagen, E § 1 bis E § 5 des Ergänzungsentwurfs an vakanter Stelle in das Werkvertragsrecht einzufügen, beispielsweise ab § 649 oder § 650. Zweckmäßig dürfte es sein,

einige Vorschriften im Werkvertragsrecht zusammenzufassen – was durchaus möglich erscheint –, so dass für die Regelung des Bauvertrags entsprechend vakante §§ zur Verfügung stehen. Zu erwägen ist ferner, DE § 646 Abs. 1 (Sicherheitshypothek des Bauunternehmers) und DE § 647 (Bauhandwerkersicherung) ebenfalls unter die Vorschriften zum Bauvertrag aufzunehmen, zumal auf diese Weise die zusätzliche Bauwerksdefinition in diesen Vorschriften entfällt.

Zu E § 1, Bauvertrag

Der Anwendungsbereich der vorgesehenen Ergänzungen betrifft nicht generell Werkverträge, sondern nur Bauverträge. Der Entwurf stellt deshalb eine Definition des Bauvertrages voran. Bauleistungen werden im Gesetz unterschiedlich definiert, z.B. in § 648 a BGB (= DE § 647), § 99 Abs. 3 GWB oder § 211 Sozialgesetzbuch. Auch § 1 VOB/A enthält eine eigene Definition. Der Entwurf hält die Formulierung der VOB/A für am besten geeignet und übernimmt deshalb den Wortlaut, allerdings mit drei textlichen Ergänzungen und einer von der Auslegung der VOB/A abweichenden Bedeutung.

Die erste textliche Ergänzung betrifft die Zufügung von „Außenanlagen“, diese erscheint aus Gründen der Klarstellung geboten. Die zweite textliche Ergänzung betrifft die Zufügung des Wortes „instandgesetzt“, auch dies aus Gründen der Klarheit.

Die dritte textliche Ergänzung betrifft die Einbeziehung von „beweglichen Sachen für solche Anlagen“. Es erscheint notwendig, „Stoffe und Materialien, die üblicherweise zur Herstellung eines Bauwerks verwendet werden“ (so die Formulierung in § 196 Abs. 2 n.F. 1), nicht nur der vorgesehenen 5-jährigen Gewährleistungsverjährung zu unterwerfen (DE § 196 Abs. 2), sondern weitergehend „bewegliche Sachen, die zur Herstellung eines Bauwerks verwendet werden“ (so die zitierte Fassung in § 196 Abs. 2 n.F.1), dem Recht des Bauvertrages zuzuordnen. Thode² hat zu Recht auf die Problematik der Einstufung einer Sache als „bewegliche Sache“ bei Verträgen am Bau hingewiesen, wobei vom BGH Verträge über die Lieferung und Montage von körperlichen Gegenständen zur Errichtung oder Sanierung eines Bauwerks³ und Verträge über gegenständliche Leistungen, die für ein Bauvorhaben bestimmt sind und deren Zweckbestimmung dem Auftragnehmer bekannt ist,⁴ als Werkverträge qualifiziert worden sind. Dabei hat der BGH die sachenrechtliche Zuordnung des geschuldeten und gelieferten Teils nicht als maßgeblich betrachtet und unabhängig davon, ob die geschuldete körperliche Sache eine bewegliche Sache bleibt, ein Bestandteil ist oder wesentlicher Teil des Grundstücks oder Gebäudes wird, einen Werkvertrag angenommen.⁵ Die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen, die für ein Bauwerk bestimmt sind, muss wie der Einbau entsprechender Sachen dem Werkvertragsrecht und speziell dem Bauvertragsrecht unterstellt werden, da für beide Verträge dieselben rechtlichen Grundlagen zu gelten haben. Insbesondere

² ZfBR 2000, 366 ff.

³ BGH BauR 1982, 273 („Tierkörper Verwertungsanlage“); BGH BauR 1987, 205 („Ballenpresse“); BGH BauR 1990, 351 („Einbauküche“); BGH BauR 1997, 640 („Hängebahn“); BGH BauR 1999, 670 („Förderanlage“).

⁴ BGH BauR 1979, 54 (Eloxieren von Türen und Fenstern); BGH BauR 1980, 355 (Fußbodenplatten für ein Flughafengebäude); BGH BauR 1990, 603 (Beschichtung von Filtern für ein Schwimmbad).

⁵ BGH BauR 1992, 883 („Blumencontainer“); BGH BauR 1991, 741 („Alarmanlage“).

muss der Unternehmer, der eine entsprechende Sache einzubauen hat, bei einer Änderung seitens seines Bestellers die Änderung an seinen Lieferanten durchstellen können. Dabei bezieht sich die Änderungsbefugnis nur auf individuell angefertigte Sachen, während bei frei beschaffbarer Massenware einer Änderung ein wichtiger Grund im Sinne von E § 2 Abs. 1 entgegensteht.

Die vierte Änderung gegenüber § 1 VOB/A betrifft die Einordnung von Architekten- oder Ingenieurleistungen „zur Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung einer baulichen Anlage, einer Außenanlage oder beweglicher Sachen, die für solche Anlagen hergestellt werden“ in den Regelungsbereich des Bauvertrages. Diese ergibt sich daraus, dass im Entwurf die vorgenannten Leistungen jeder Art einbezogen werden; dazu gehören auch geistige Leistungen zur Verwirklichung von baulichen Anlagen, Außenanlagen und entsprechenden beweglichen Sachen. Hinsichtlich § 1 VOB/A haben Rechtsprechung und Lehre bei identischem Wortlaut mit dem Entwurf Architekten- oder Ingenieurleistungen aus dem Anwendungsbereich der VOB ausgeschlossen,⁶ was gerechtfertigt erscheint, weil die VOB/B auf solche Leistungen eher nicht zugeschnitten ist. Das BGB in der Ausformung dieses Entwurfs hat diesen Zuschnitt nicht und umfasst damit in seinen bauvertraglichen Bestimmungen sachgerecht auch als Werkvertrag zu qualifizierende Architekten- und Ingenieurleistungen, z.B. mit einem einheitlich geltenden „Änderungsrecht“ (E § 2) und mit einheitlicher Verjährung. Eine Einbeziehung ist auch schon deshalb zwingend, um heute verbreitete Vertragsformen mit gleichzeitiger Planungsleistung und reiner Bauleistung (z.B. Formen der funktionalen oder teilfunktionalen Ausschreibung [„Schlüselfertigbau“, „Construction Management“]) unter ein einheitliches Vertragsregiment zu stellen. Es erscheint bei dieser Sachlage nicht als erforderlich, die entsprechenden Werkverträge über Architekten- oder Ingenieurleistungen durch einen zusätzlichen Gesetzestext ausdrücklich als Bauleistung zu qualifizieren.

Bei Übernahme der Definition in E § 1 sind Anpassungen in DE § 646, DE § 647 und im Recht der Verjährung erforderlich.

Zu E § 2, Änderungen und Ergänzungen

Bei Bauvorhaben ist es häufig so, ggfs. ist es sogar notwendig, dass projektbegleitende Entscheidungen gefällt werden können, das heißt, dass insbesondere die Planung noch fortentwickelt wird. Schon aus diesem organisatorischen Grund ist es unabdingbar, dass der Besteller das Recht hat, die Ausführung des Bauens noch zu verändern oder zu ergänzen. Dies folgt aus der „Natur des Bauvertrages, der in seiner Verwirklichung den jeweils wechselnden Gegebenheiten angepasst werden muss“.⁷ Die Rechtsprechung ist dem im Ergebnis insoweit gefolgt, als sie ein Änderungs- oder Ergänzungsrecht beim BGB-Werkvertrag aus Treu und Glauben gemäß §§ 157, 242 BGB zugelassen hat.⁸ Es ist jedoch nicht befriedigend, für eine für das Baurecht konstitutive Problematik auf unbestimmte und umstrittene Rückgriffe auf „Treu und Glauben“ angewiesen zu sein.

⁶ BGH BauR 1983, 84; BGH BauR 1989, 219.

⁷ Münchener Kommentar/Soergel, BGB, 3. Auflage 1997, § 631 Rdnr. 202, 203; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 3. Auflage 2000, Rdnr. 1007.

⁸ BGH BauR 1996, 378.

Demzufolge wird die Einführung eines entsprechenden Änderungs- und Ergänzungsrechts des Bestellers vorgeschlagen. Dieses Änderungs- oder Ergänzungsrecht darf allerdings nicht schrankenlos ausgeübt werden; so kann z.B. nicht eine völlige Neuplanung auf diese Weise durchgesetzt werden. Ebenso wenig kann eine Änderung verlangt werden, wenn die Eigenart des Werkes dem entgegensteht, wie es z.B. bei Kernpunkten schöpferischer Leistung der Fall ist. Abweichend von der Regelung der VOB/B in § 1 Nr. 3, 4 und § 2 Nr. 5, 6 wird eine einheitliche Regelung für alle modifizierte Leistungen eingeführt, also ohne Unterscheidung zwischen geänderter und zusätzlicher Leistung. Dennoch verwendet der Entwurf nicht den Begriff „modifizierte Leistungen“, sondern den aus der Terminologie der VOB eingängigen Begriff „Änderung oder Ergänzung“. Absatz 1 enthält ein gesetzlich begründetes einseitiges Änderungs- oder Ergänzungsrecht des Bestellers. Der Besteller muss nämlich das Recht haben, gegebenenfalls den Unternehmer zur Ausführung zwingen zu können.

Wenn der Besteller einseitig anordnen kann, muss der Unternehmer ebenso einseitig die Vergütung für die modifizierte Leistung ermitteln und gegebenenfalls durchsetzen können. Die Anknüpfung in Absatz 2 an die entsprechende Regelung der VOB/B ist daher sachlogisch. Zur Ermittlung dieser Vergütung ist es ebenfalls sachgerecht, an die ursprüngliche Preisbasis anzuknüpfen. In Abweichung von der Regelung der VOB, die eine (durch zahllose Ausnahmen der Rechtsprechung durchlöchernte) Ankündigungspflicht als Anspruchsvoraussetzung nur bei zusätzlichen Leistungen vorsieht (§ 2 Nr. 6 VOB/B), ist hier eine für alle modifizierten Leistungen geltende Ankündigungspflicht für Mehrvergütungsansprüche vorgesehen. Sie hat den Sinn, dem Besteller Gelegenheit zu geben, noch einmal zu überdenken, ob er eine aufwendige Änderung oder Ergänzung in die Tat umsetzen will oder nicht. Diese Informationspflicht ist zwar Vertragspflicht des Unternehmers, aber nicht Anspruchsvoraussetzung für die Mehrvergütung.

Zu E § 3, Herstellung

Bei der Herstellung eines Bauwerks bauen die Leistungen eines Unternehmers oftmals auf den Vorarbeiten eines anderen Unternehmers auf. Erweisen sich diese als mangelhaft oder werden sie nicht rechtzeitig abgeschlossen, können nachfolgenden Unternehmern dadurch Nachteile entstehen, gegen die sie vornehmlich in solchen Fällen nicht ausreichend geschützt sind, in denen mangelhafte oder verspätete Vorarbeiten eines Unternehmers zur Verzögerung nachfolgender Arbeiten eines anderen Unternehmers führen. Der nachfolgende Unternehmer muss hier das Recht haben, Ersatz des ihm entstandenen Verzugsschadens verlangen zu können. Dieser Anspruch setzt aber Verschulden voraus. Der Besteller haftet jedoch für ein Verschulden des Vorunternehmers nur, wenn er dem nachfolgend tätigen Unternehmer gegenüber vertraglich die schuldrechtliche Verpflichtung übernommen hat, das Baugrundstück „bearbeitungsreif“ zur Verfügung zu stellen.⁹ Davon ist auszugehen, wenn der nachfolgende Unternehmer mit dem Besteller einen verbindlichen Termin oder eine verbindliche Frist für die Ausführung der

⁹ BGH NJW 2000, S. 1336 ff.

Arbeiten vereinbart hat.¹⁰ Denn dann muss er sich darauf verlassen können, dass ihm die bauliche Anlage vertragsgerecht, d.h. mit mangelfreien und rechtzeitig erbrachten Vorleistungen des Bestellers oder des von ihm beauftragten Unternehmers bereitgestellt wird. Er muss in seinem Vertrauen ebenso geschützt werden wie in den Fällen, in denen er wegen verzögerter Planung eines Architekten oder Sonderfachmanns Schaden erleidet,¹¹ weil er seine Arbeiten erst später als vereinbart ausführen kann.

Absatz 1 soll klarstellen, dass ebenso wie die Bereitstellung der Architektenpläne und Unterlagen auch die ordnungsmäßige Bereitstellung des Baugrundstücks eine schuldrechtliche Verpflichtung des Bestellers darstellt. Bedient sich dieser zur ihrer Erfüllung selbständiger Unternehmer, muss er für die von diesen verschuldeten Verzugsschäden des nachfolgenden Unternehmers einstehen.¹² Es ist Unternehmern bekannt, dass notwendige Vorarbeiten oft nicht vom Besteller, sondern von anderen Unternehmern ausgeführt werden. Mit dieser Regelung lässt sich auch die Mitverantwortung des Bestellers in den Fällen begründen, in denen ein Bauwerksmangel nicht nur auf das Verschulden des nachfolgenden Unternehmers, sondern auch auf die fehlerhafte Bauleistung eines Vorunternehmers zurückzuführen ist.¹³

Absatz 2 enthält den Grundsatz der Prüfungs- und Hinweispflicht, der nach ständiger Rechtsprechung des BGH¹⁴ speziell für den Bauvertrag dem Grundsatz von Treu und Glauben entspringt. Da es sich um vertragliche Hauptpflichten handelt, darf eine Regelung im Bauvertragsrecht nicht fehlen, damit die Bedeutung für die Bauvertragsparteien zum Ausdruck kommt. Gegenüber § 4 Nr. 3 VOB/B wurde auf das Schriftformerfordernis verzichtet. Die Freistellung von der Gewährleistung analog § 13 Nr. 3 VOB/B bedarf demgegenüber keiner ausdrücklichen Regelung im Gesetz.

DE § 634 (Nacherfüllung) gibt – ebenso wie das Werkvertragsrecht in der heutigen Fassung – dem Besteller keine durchsetzbare Handhabe, bereits im Zuge der Herstellung erkannte Mängel zeitnah beseitigen zu lassen, sondern gewährt ihm einen Anspruch auf Nacherfüllung erst nach Ablauf der Fertigstellungsfrist. Absatz 3 will dieser Unzulänglichkeit in Anlehnung an die ganz allgemein als zweckentsprechend anerkannte Regelung in § 4 Nr. 7 VOB/B entgegenwirken. Dadurch soll erreicht werden, dass Fehlerquellen, die sich im Laufe der zumeist längeren Dauer der Bauerrichtung und häufig bereits zu Beginn der Bauzeit zeigen, möglichst frühzeitig behoben werden, um zu verhindern, dass weitere Leistungen auf einer mangelhaften Bauausführung aufbauen. Erfahrungsgemäß können durch eine frühzeitige Mangelbeseitigung nicht nur spätere Schwierigkeiten in der Feststellung der Mangelursache, sondern auch höhere Kosten der

¹⁰ OLG Düsseldorf BauR 1999, S. 1309 ff. und ein maßgeblicher Teil des Schrifttums, so u.a. Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 3.Auflage 1998, S. 273 m.w.N., differenzierend BGH (a.a.O.), der auf die Auslegung des jeweiligen Vertrages abheben will.

¹¹ Nach ständiger Rechtsprechung sind der planende Architekt und der planende Sonderfachmann Erfüllungsgehilfen des Bestellers.

¹² BGH NJW 2000, S. 1336 ff.

¹³ Die Mitverantwortung des Bestellers wird verneint von Münchener Kommentar/Soergel, a.a.O., § 633 Rdnr. 75; sie wird bejaht von Wirth in: Ingenstau/Korbion, VOB, 14.Auflage 2001, B § 13 Rdnr. 178 m.w.N.

¹⁴ BGH BauR 1987, S. 86.

Mangelbeseitigung vermieden werden, so dass diese Regelung letztlich im wohlverstandenen Interesse beider Vertragsteile liegt.

Zu E § 4, Herstellfristen

Das BGB enthält in § 271 eine allgemeine Bestimmung über die Leistungszeit. Der Gläubiger kann gemäß Abs. 1 die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken, wenn eine Zeit für die Leistung nicht aus den Umständen zu entnehmen ist.

„Nach den Umständen“ gilt für einen Werkvertrag eine angemessene, zur Erbringung der jeweiligen Werkleistung (und Teilleistung) erforderliche Leistungszeit, wenn keine konkreten Absprachen erfolgt sind.¹⁵ Es liegt auf der Hand, dass mit den Begriffen der „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ zwar Fälle extrem verzögerter Leistungserbringung erfasst und sanktioniert werden können, für den Normalablauf jedoch keine ausreichende Regelung getroffen ist. Auch die Bestimmung des § 271 Abs. 2 BGB, dass der Gläubiger die Leistung zwar nicht vor einer bestimmten Zeit verlangen, der Schuldner sie aber trotzdem vorher bewirken kann, passt auf Bauverträge nicht. Der Besteller würde nämlich trotz vereinbarter Termine und Fristen in Annahmeverzug geraten, wenn der Unternehmer berechtigt wäre, seine Leistungen ganz oder teilweise vorzeitig anzubieten. Immerhin gilt dieses vorerwähnte Recht des Schuldners (Unternehmers) nur „im Zweifel“.

Derzeit befasst sich das Werkvertragsrecht nur in wenigen Vorschriften mit der Bauzeit (§ 636 Abs. 1 und Abs. 2, § 642, § 643 BGB). Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sieht den ersatzlosen Entfall von § 636 BGB vor. § 643 BGB soll deutlich modifiziert werden. Es wird vorgeschlagen, eine gesetzliche Regelung zu treffen, die die Grundgedanken des § 5 Nr. 1 und Nr. 3 VOB/B in verbesserter Form aufnimmt.

Absatz 1 unterscheidet danach, ob die Parteien im Vertrag Herstellfristen vereinbart haben oder nicht. Satz 1 stellt zunächst klar, dass vereinbarte Herstellfristen vorrangig zu beachten sind. Auch innerhalb vereinbarter Fristen ist der Unternehmer jedoch verpflichtet, die Herstellung angemessen zu fördern, um die termingerechte Erstellung sicherzustellen. Soweit die Parteien keine Herstellfristen vereinbart haben, bestimmt Satz 2, dass der Unternehmer auf Abruf des Bestellers binnen angemessener Frist mit der Herstellung zu beginnen hat. Auch in diesem Fall ist er zu einer angemessenen Förderung und Vollendung seiner Leistung verpflichtet.

Absatz 2 verpflichtet den Unternehmer, auf Verlangen des Bestellers Abhilfe zu schaffen, wenn entweder die Überschreitung vereinbarter Fristen droht oder aber der Unternehmer seiner allgemeinen Förderpflicht gemäß Absatz 1 Satz 2 nicht nachkommt. Haben die Vertragsparteien also, was speziell bei kleineren und mittleren Bauvorhaben häufig vorkommt, nur eine Fertigstellungsfrist oder aber gar keine Fristen vereinbart, so muss der Besteller nicht zunächst den Ablauf der Fertigstellungsfrist oder den Ablauf einer angemessenen Frist abwarten. Er kann schon während der verzögerten Erstellung Abhilfe verlangen. Hierbei handelt es sich um eine Vertragspflicht des Unternehmers, die ihn bei schuldhafter Verletzung gemäß DE § 280 Absatz 2 zum Schadensersatz verpflichtet. Kommt der Unternehmer auch dem Abhilfeverlangen des Bestellers nicht nach, so ist der Besteller zu einer vollständigen oder teilweisen Kündigung des

¹⁵ BGH BauR 1978, S. 139.

Vertrages aus wichtigem Grund berechtigt, wenn er dem Unternehmer eine angemessene Frist mit Kündigungsandrohung gesetzt hat.

Absatz 3 regelt die Möglichkeit der Fristverlängerung in Anknüpfung an die Vorschriften des § 6 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B.

Zu E § 5, Verbraucherverträge*

Es wird die Notwendigkeit gesehen, den Verbrauchern bei Verträgen über die Errichtung von Wohngebäuden einen über die bisherige gesetzliche Regelung hinausgehenden Schutz zu geben. Dies betrifft einmal die Sicherung des Verbrauchers bei Vermögensverfall des Unternehmers (dazu Abs. 1). Darüber hinaus soll zugunsten des Verbrauchers bei der Errichtung von Wohngebäuden „aus einer Hand“ eine vorvertragliche, schriftliche Informationspflicht eingeführt werden. Damit soll erreicht werden, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit bekommt, sich fachkundig beraten zu lassen, bevor er an den Bauvertrag unwiderruflich gebunden ist (dazu Abs. 2).

Zu Absatz 1: Es besteht ein Bedarf für eine Absicherung des Verbrauchers im Hinblick auf Voraus- und Abschlagszahlungen, Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Unternehmer bei der Errichtung von Wohngebäuden bzw. bei dem Erwerb von Eigentumswohnungen. Bei solchen Verträgen geht der Verbraucher regelmäßig an die Grenzen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Zwar hatte der Gesetzgeber mit dem § 632a BGB die Leistungen von Abschlagszahlungen bei Werkverträgen ohnehin von einer nicht näher definierten Sicherheitsleistung abhängig gemacht. Eine Sicherheitsleistung in voller Höhe der jeweiligen Abschlagsrechnung als Voraussetzung der Zahlung wird jedoch allgemein als kontraproduktiv angesehen. Insbesondere bei kleineren Handwerkern, Architekten und Ingenieuren sowie bei EDV-Werkverträgen würde dies möglicherweise zu einem völligen Ausschluss von Abschlagszahlungen führen. Dabei ist offen, inwieweit die im Gesetz geforderte Sicherheitsleistung überhaupt zu einer tauglichen Insolvenzabsicherung führen würde, da der Sicherungszweck im Gesetz nicht festgelegt ist. Auf jeden Fall gäbe es keine Absicherung des Verbrauchers im Gewährleistungszeitraum.

Aus all diesen Gründen soll das unklare Erfordernis einer nicht näher definierten Sicherheitsleistung aus DE § 632 BGB herausgenommen werden. Es soll ersetzt werden durch die Einführung einer weitgehenden Erfüllungs- und Gewährleistungssicherheit in branchenüblichen Größenordnungen (10% vor Abnahme, 5% nach Abnahme). Zum Schutz der Verbraucher soll ferner eine Ausweitung des Sicherungszwecks auf sämtliche Ansprüche aus dem Vertrag eingeführt werden.

Mit der hier vorgeschlagenen Regelung ergibt sich nicht nur ein weitgehender Verbraucherschutz, auch bei der Gestaltung und Abwicklung von Bauträgerverträgen würde eine Rückkehr zur Rechtssicherheit stattfinden. Der Ratenzahlungsplan gemäß § 3 Abs. 2 MaBV, der

* Gegen E § 5 hat der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. erhebliche Bedenken.

üblicherweise in Bauträgerverträgen zugrundegelegt wird, steht nunmehr wiederum im Einklang mit der gesetzlichen Regelung, was angesichts des § 632a BGB sehr umstritten war. Die Neuregelung gibt dem Bauträgerkunden insoweit einen weiteren Schutz, als er von dem Bauträger die erwähnten Sicherheiten verlangen kann.

Die Regelung kann auf Verbraucherverträge beschränkt bleiben, weil bei Bauverträgen im öffentlichen und gewerblichen Bereich die Klärung des Sicherheitsbedarfs regelmäßig Gegenstand der vertraglichen Regelung ist.

Zu Absatz 2: Des weiteren werden Defizite und Regelungsbedarf bei der Gestaltung von Wohnungsbauverträgen mit Verbrauchern gesehen, insbesondere im Hinblick auf die oft unzureichende Detaillierung der Baubeschreibung. Es wird deshalb eine vorvertragliche Informationspflicht vorgeschlagen, bei deren Verletzung dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zustehen soll. Damit soll erreicht werden, dass der Verbraucher sich nach Information über den Leistungsinhalt sachkundig beraten lassen kann. Die Sanktion des Widerrufs führt auch zu einer weitergehenden Rechtssicherheit als eine generelle Informationspflicht mit den Rechtsfolgen gemäß DE §§ 305 Abs. 1 S. 2, 280 Abs. 1 BGB.

Die Sonderbehandlung der notariellen Verträge ergibt sich daraus, dass es widersprüchlich wäre, einen Notarvertrag zu beurkunden, der anschließend mangels ausreichender vorvertraglicher Information widerrufen werden könnte. Ferner stößt eine ständige Ausweitung der Belehrungspflichten des Notars und das Vorlesen immer längerer Texte an Grenzen der Aufnahmefähigkeit der Beteiligten und würde letztlich nicht zu einem verbesserten Verbraucherschutz führen.

Gemäß § 17 Abs. 1 bis 2a BeurkG hat der Notar ohnehin umfangreiche Prüfungs- und Belehrungspflichten. Dazu gehört auch die Klärung des Sachverhalts. Ferner gehört die Baubeschreibung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BeurkG zum Inhalt der notariellen Urkunde. Damit gehört eigentlich all das, was bei nicht beurkundeten Verträgen zur vorvertraglichen Informationspflicht gehört, zum Inhalt der notariellen Urkunde. Würde man vor diesem Hintergrund einer nicht nur vorvertraglichen, sondern sogar vertraglichen Pflicht bei notariellen Verträgen auch ein Widerrufsrecht einräumen, so würde dies in das System nicht hineinpassen.

Bei notariellen Verträgen soll daher dem Gedanken der vorvertraglichen Informationspflicht bei beurkundeten Verträgen dadurch entsprochen werden, dass der Notar gehalten sein soll, rechtzeitig vor der beabsichtigten Beurkundung den Entwurf des zu beurkundenden Vertrages samt Baubeschreibung, wie sie Anlage des Vertrages sein soll, den Vertragsbeteiligten vorab zukommen zu lassen, damit der Verbraucher eine fachkundige Beratung einholen kann, bevor er sich zum Vertragsabschluss entschließt.

Abschnitt II: Empfehlungen zur Ergänzung und Änderung des Diskussionsentwurfs

Zu 1. Verjährungsbeginn (DE § 118 Abs. 4)

Soweit die Abnahme vereinbart, eine Bauleistung Gegenstand des Vertrages oder die Abnahme üblich im Sinne von DE § 639 Abs. 2 ist, sollte die Verjährung des Anspruchs wegen eines Mangels des Werks nicht mit der Zurverfügungstellung, sondern mit der Abnahme beginnen, um dem Besteller die Möglichkeit der Prüfung der Werkleistung einzuräumen. Ihm muss das Recht zugestanden werden, die Abnahme zu verweigern, wenn das Werk nicht abnahmefähig ist. Denn das Ende der Erfüllungsphase und der Beginn der Gewährleistungsphase und der Gewährleistungsfrist ist nur sachgerecht, wenn das Werk einen abnahmereifen Zustand aufweist. Gegen eine missbräuchliche Abnahmeverweigerung ist der Unternehmer über die fiktive Abnahme gemäß DE § 639 Abs. 2 Satz 3 geschützt.

Zu 2. Privilegierung der VOB-Gewährleistung (DE § 313 Nr. 10 lit. f)

Die Privilegierung der Gewährleistungsfrist der VOB/B sollte nicht aufrechterhalten werden, da die Regelverjährungsfrist von 2 Jahren¹⁶ schon aus Gründen des Verbraucherschutzes nicht verantwortet werden kann.¹⁷ Untersuchungen zum Zeitpunkt des Auftretens von Mängeln ergaben, dass sich nur rund zwei Drittel aller Mängel in den ersten beiden Jahren zeigen,¹⁸ bei Abdichtungsarbeiten treten sogar nur 45 % der Mängel innerhalb von zwei Jahren auf. In Anbetracht dieser Zahlen ist eine Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche von 5 Jahren unabdingbar.

Zu 3. Herzustellende bewegliche Sachen (DE § 631 Abs. 3 Satz 1)

Hierzu wird verwiesen auf die Begründung zu Abschnitt I E § 1.

Zu 4. Abschlagszahlungen (DE § 632)

So sehr auch die Einräumung der Möglichkeit von Abschlagsanforderungen beim BGB-Vertrag zu begrüßen ist, so unbefriedigend ist das insoweit von DE § 632 Satz 1 aufgestellte Erfordernis, dass ein "in sich abgeschlossener Teil des Werkes" vorliegen muss. Dieser Begriff fordert nämlich das Vorliegen funktionell selbständiger Teile der Leistung, das häufig nicht gegeben sein wird, da es zumeist darum geht, im Rahmen einer einheitlich zu erbringenden Leistung bereits erbrachte Teile dieser Leistung zu berechnen. Dieses Erfordernis schränkt daher die Möglichkeit, Abschlagszahlungen zu fordern, unangemessen ein.

Die Erteilung einer Rechnung ist als Fälligkeitsvoraussetzung aufzunehmen. Dies gilt nicht nur bei Bauverträgen, sondern allgemein bei Werkverträgen. Im Baubereich ist die Rechnung immer unverzichtbar, wenn nach Einheitspreisen und Aufmaß abgerechnet wird, da nur auf der Grundlage einer derartigen Berechnung die Forderung konkret erhoben werden kann. Die Rechnung erscheint auch ordnungspolitisch unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung von Schwarzarbeit und Steuerhinterziehung bedeutsam. Dass das Erfordernis auch bei sonstigen

¹⁶ Für wartungsbedürftige Anlagen beträgt die Verjährungsfrist nur ein Jahr, wenn der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer keinen Wartungsvertrag abschließt.

¹⁷ S. u. a. Lang, NJW 1995, S. 206; vgl. auch BGH NJW 1986, S. 315 f.

¹⁸ „Untersuchungsauftrag Globaldaten über Bauschäden“ sowie „Daten über Schäden an Gebäuden“, zit. nach Siegburg, BauR 1993, S. 19.

Werkverträgen gelten sollte, folgt bereits daraus, dass auch DE § 283 Abs. 3 ausdrücklich auf eine Rechnungserteilung – allerdings als Verzugsvoraussetzung – Bezug nimmt.

Durch die Neufassung von Satz 2 wird zum einen ein in der ursprünglichen Gesetzesfassung enthaltenes Redaktionsversehen korrigiert, dass nämlich DE § 632 Satz 3 sich nach dem Wortlaut auf die beiden voranstehenden Absätze bezog und nicht lediglich auf Satz 2. Weiter wird der Begriff der Teile des Werks, da durch die Neufassung von Satz 1 entbehrlich, weggelassen.

Zu 5. Kenntnis eines Mangels bei der Abnahme (DE § 633 Abs. 4)

In der Praxis stellt die förmliche Abnahme nach wie vor nicht den Regelfall der Abnahme dar. An eine konkludente oder fiktive Abnahme sollte jedoch ein Rechtsverlust nicht geknüpft werden. Der Zeitpunkt einer solchen konkludenten oder fiktiven Abnahme ist häufig streitig. Er ist zumeist von juristischen Bewertungen, nicht aber von tatsächlichen Einschätzungen der Parteien abhängig. Deshalb kann allein die förmliche Abnahme Anknüpfungspunkt für den Verlust von Rechten des Bestellers sein.

Die beiden vorgeschlagenen Alternativen unterscheiden sich lediglich darin, ob bei förmlicher Abnahme der Verlust aller Rechte wegen Mängeln eintreten soll, also auch des Anspruchs auf Schadensersatz, oder ob der Ausschluss auf die Rechte auf Nacherfüllung beschränkt werden soll. Für die Beschränkung des Ausschlusses auf die Rechte auf Nacherfüllung (Alternative 1) spricht, dass ein schuldhaft schlecht leistender Hersteller nicht durch einen Ausschluss von Rechten begünstigt werden soll. Andererseits kann der Besteller sich bei einer förmlichen Abnahme auf diese sorgfältig vorbereiten und ist daher in der Lage, seine Position unter allen Gesichtspunkten zu diesem bestimmten Zeitpunkt ordnungsgemäß zu wahren, was Alternative 2 rechtfertigen kann.

Zu beiden Alternativen wird auf die Definition der förmlichen Abnahme im Vorschlag DE § 639 Abs. 2, neuer Satz 3, verwiesen (vgl. unten zu Ziffer 12).

Zu 6. Wahlrecht des Bestellers (DE § 634 Abs. 1)

Da der Unternehmer im Werkvertragsrecht als Erfüllung die Herbeiführung des Erfolges schuldet, muss es ihm freistehen, zu entscheiden, ob er den Erfolg durch Nachbesserung oder durch Neuherstellung erzielt, wobei dies v. a. für komplexe Werke, wie z. B. Bauvorhaben, gilt, bei denen eine Neuherstellung den Unternehmer über Gebühr belasten würde. Das Recht des Unternehmers, die vom Besteller gewählte Nacherfüllung zu verweigern, beseitigt dieses Missverhältnis nicht, da die Rechtsprechung den Rahmen für die Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 633 Abs. 2 S. 3 bisher weit gesteckt hat.¹⁹

¹⁹ BGH BauR 1996, S. 858.

Sofern die Erfüllung nur durch eine Neuherstellung erreicht werden kann, ist der Unternehmer auch nach geltendem Recht verpflichtet, diese durchzuführen,²⁰ so dass der Besteller auch bei einem Wahlrecht des Unternehmers ausreichend geschützt ist.

²⁰ BGH BauR 1986, S. 93.

Zu 7. Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund

Beiden Vertragsparteien sollte die Beendigung des Vertrages mittels Kündigung aus wichtigem Grund zugestanden werden, wenn der jeweiligen Partei ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann.²¹

Nach geltendem Recht besteht diese Möglichkeit unter Heranziehung des Rechtsinstituts der positiven Forderungsverletzung; der BGH ging von einer Regelungslücke aus, die er durch entsprechende Anwendung der §§ 280, 286, 325, 326 geschlossen hat.²² Durch die Neuregelung in DE § 323 ist es zweifelhaft, ob weiterhin eine Regelungslücke besteht, da die Vorschrift gemäß der Begründung des Entwurfs als „zentrale, für alle Pflichtverletzungen aus Verträgen geltende Norm“²³ gedacht ist und den „von der Rechtsprechung entwickelten Rücktritt wegen positiver Forderungsverletzung“²⁴ erfassen soll.

Da bei laufenden Verträgen über die Erstellung komplexer Werke, insbesondere bei Bauvorhaben, eine Rückabwicklung des Vertrages mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, ist die Beendigung des Vertrages mit Wirkung ex nunc, also durch Kündigung, geboten.²⁵ Die Kündigung aus wichtigem Grund sollte allerdings nur zulässig sein, wenn dem anderen Vertragspartner die drohende Beendigung des Vertrages angekündigt wird, was in DE § 323 nicht gefordert wird.

Zu 8. Rücktrittsrecht wegen eines Mangels, Aufforderung (DE § 636 Abs. 3)

In DE § 634 wird dem Unternehmer das Recht gegeben, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, d. h. er kann die Nacherfüllung verweigern, muss dies aber nicht tun. Wird in DE § 636 Abs. 2 der Rücktritt ohne Aufforderung zur Nacherfüllung zugelassen, wenn diese unverhältnismäßig ist, wird das Recht des Unternehmers, die Nacherfüllung durchzuführen, unzulässig beschnitten.

Zudem würde das dem Unternehmer in DE § 634 Abs. 3 S. 1 gewährte Recht, die Nacherfüllung zu verweigern, wenn sie mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden ist, dadurch ausgehöhlt, dass dem Besteller trotz berechtigter Verweigerung ein Rücktrittsrecht gemäß DE § 636 zugestanden wird. Der Besteller ist aber über DE §§ 637 und 638 ausreichend geschützt.

²¹ Vgl. Staudinger/Peters, BGB, 14. Auflage 2000, § 643 Rdnr. 20; § 649 Rdnr. 30; Münchener Kommentar/Soergel, a.a.O., § 643 Rdnr. 5.

²² BGHZ 11, 83.

²³ Begründung des Entwurfs, S. 391.

²⁴ Begründung des Entwurfs, a. a. O.

²⁵ Bei Dauerschuldverhältnissen wurde die Kündigung als adäquate Beendigung des Vertrages angesehen (Nicklisch/Weick, 3. Auflage 2001, Vor §§ 8,9 Rdnr. 7 ff.; Palandt/Heinrichs, 60. Auflage 2001, Einl. v. § 241 Rdnr. 19 f.); dies gilt auch im Werkvertragsrecht, wie die Regelungen in § 649 und in DE § 643 zeigen.

Zu 9. Streichung von "unverhältnismäßig" in DE § 638 Abs. 1

Wenn dem Besteller ein Anspruch auf Schadensersatz eingeräumt wird, ohne dass er den Unternehmer in Fällen, in denen die Nacherfüllung unverhältnismäßig ist, zur Nacherfüllung auffordern muss, würde das Nachbesserungsrecht des Unternehmers ebenfalls unzulässig eingeschränkt. Daher kann dem Besteller ein Schadensersatzanspruch bei Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung nur zugestanden werden, wenn er den Unternehmer zur Nacherfüllung erfolglos aufgefordert hat.

Zu 10. Fälligkeit der Vergütung (DE § 639 Abs. 1)

Das Erfordernis einer Rechnungserteilung gilt nicht nur für die Geltendmachung von Abschlagsforderungen, sondern vor allem bei der Schlussrechnungsforderung. Da an die Art der Rechnungsstellung bei Abschlags- oder Schlusszahlung jedoch unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind, ist es sinnvoll, das Erfordernis der Rechnungsstellung getrennt für die Abschlagsrechnung in DE § 632 Satz 1 und für die Schlussrechnung in DE § 639 Abs. 1 Satz 1 aufzunehmen. Weitergehende Erfordernisse zur Rechnung sollten hingegen nicht aufgestellt werden, insbesondere auch nicht das Erfordernis der "prüfbar" Rechnung²⁶.

Zu 11. Fälligkeit der Vergütung mit Abnahme (DE § 639 Abs. 2)

Durch die Abnahme wird der Besteller vor überraschender Änderung seiner Rechtsposition geschützt. Der Unternehmer erhält einen (klagbaren) Anspruch auf Klärung, ohne an der unmittelbaren Zahlungsklage auf Vergütung mit Inzidentfeststellung der Abnahmefähigkeit des Werkes gehindert zu sein. Die Abnahme ist für Bauleistungen allgemein üblich. Wegen der zentralen Bedeutung der Abnahme gerade für Bauleistungen zur frühzeitigen und einheitlichen Klärung des Rechtsverhältnisses ist die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für die Vergütung von Bauleistungen gesetzlich zu verankern.

Zu 12. Förmliche Abnahme (DE § 639 Abs. 2)

Der förmlichen Abnahme kommt besondere Bedeutung nicht nur im Vorschlag zu DE § 633 Abs. 4 zu, in welchem die förmliche Abnahme durch ihre Warnfunktion das Gegengewicht zu möglichem Rechtsverlust darstellt und daher in § 639 Abs. 2 an passender Stelle definiert wird. Vielmehr muss beiden Parteien die Möglichkeit gegeben werden, eine derartige förmliche Abnahme zu verlangen, auch wenn dies noch nicht von vorneherein im Vertrag festgelegt worden ist. Dadurch soll jeder Vertragspartner davor geschützt werden, gegen seinen Willen mit den Folgen einer konkludenten oder fiktiven Abnahme konfrontiert zu werden. Dies dient insbesondere auch dem Verbraucherschutz.

²⁶ Zu den Bedenken hinsichtlich der Europarechtskonformität des Erfordernisses der prüfbar" Rechnung vgl. Hök, ZfBR 2000, S. 513 ff. (518)

Zu 13. Durchgriffsfälligkeit (DE § 639 Abs. 3)

Die Regelung ist auf Fälle, in denen ein Hauptunternehmer einen oder mehrere Nachunternehmer beauftragt hat, zugeschnitten. Ein Nachunternehmer müsste zunächst Kenntnis von einer Zahlung des Bauherrn an den Hauptunternehmer erlangen, was in der Praxis regelmäßig nicht der Fall ist. Ferner obliegt ihm nach der Formulierung der Vorschrift der Nachweis, dass die an den Hauptunternehmer geleistete Zahlung seinen Leistungsteil betrifft; dieser Nachweis wird dem Nachunternehmer in den meisten Fällen jedoch erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Damit bringt die Vorschrift einem Nachunternehmer in aller Regel keinen Vorteil.²⁷

Zu 14. Druckzuschlag (DE § 639 Abs. 4)

Die Rechtsprechung hat sich bisher aus gutem Grunde nicht auf einen bestimmten Faktor des Druckzuschlages festgelegt.²⁸ Sie sprach in aller Regel den zwei- bis dreifachen Wert der Mängelbeseitigungskosten zu, konnte aber wegen der nicht erfolgten Fixierung Fälle, in denen das Zwei- bis Dreifache zu hoch war, z. B. wenn sich der Besteller im Annahmeverzug befand²⁹ oder wenn dieser Wert zu niedrig war, z. B. bei geringwertigen Mängeln,³⁰ flexibel und interessengerecht entscheiden. Daher sollte für die Höhe des Druckzuschlages das Dreifache der Mängelbeseitigungskosten lediglich als Regelgröße im Gesetz verankert werden.

Zu 15. Fertigstellungsbescheinigung (DE § 640)

Das Instrument der Fertigstellungsbescheinigung ist in seiner rechtlichen Ausgestaltung und praktischen Umsetzbarkeit, insbesondere wegen des aufwendigen Verfahrens, in der Literatur äußerst kritisch betrachtet worden.³¹ Dabei ist in rechtlicher Hinsicht die Formulierung „frei von Mängeln“ widersprüchlich oder doch zumindest mißverständlich und das Ausblenden mündlicher Vereinbarungen bei der Beurteilung der Mangelhaftigkeit ebenso problematisch wie der Rückgriff auf die anerkannten Regeln der Technik bei fehlenden schriftlichen vertraglichen Festlegungen. Auch der Zweck der Regelung, dem Unternehmer ein zügiges Verfahren zur Durchsetzung seiner Vergütungsansprüche auch ohne Abnahme zu geben,³² wird bei einem Unternehmer, der mehrere Gewerke zu erbringen hat, nicht erreicht, da er verschiedene - ohnedies überlastete - Sachverständige beauftragen muss. Da der Unternehmer auch ohne Fertigstellungsbescheinigung durch die fiktive Abnahme und die Möglichkeiten des

²⁷ Kniffka, ZfBR 2000, S. 232.

²⁸ Kniffka, a.a.O.

²⁹ OLG Hamm OLGR 1994, S. 194; OLG Naumburg OLGR 1997, S. 303; OLG Dresden BauR 1999, S. 1314.

³⁰ Die Begründung des Entwurfes des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hebt darauf ab, dass das Dreifache der Mängelbeseitigungskosten bei geringwertigen Mängeln den Hersteller nicht ausreichend zur Mängelbeseitigung motivieren kann (BT-Drucks. 14/1246, S. 7).

³¹ Kniffka, ZfBR 2000, S. 233 ff.; Peters, NZBau 2000, S. 169 ff.; Stapenhorst, DB 2000, S. 909 ff.; Seewald, ZfBR 2000, S. 219 ff.

³² BT-Drucks. 14/1246, S. 17.

selbständigen Beweisverfahrens ausreichend geschützt ist, kann auf das Institut der Fertigstellungsbescheinigung verzichtet werden.

Zu 16. Freies Kündigungsrecht des Bestellers (§ 649)

Die Streichung der Vorschrift führt zu äußerst schwer lösbaren Problemen.³³ Bei größeren Bauvorhaben entfallen häufig aufgrund veränderter Planung Teilleistungen; die problemlose Abwicklung insbesondere solcher Fälle eröffnet § 649 BGB. Ernsthafte praktische Probleme bei der Anwendung der Vorschrift bestehen entgegen der Begründung zum DE nicht. Im Gegenteil hat die Rechtsprechung des BGH in den letzten Jahren zunehmend praktikable Anforderungen an die Abrechnung gestellt und Einzelfragen geklärt. Die Vorschrift hat sich bewährt.

Absatz 3 des Vorschlags schafft (in Anlehnung an § 648 a Abs. 5 Satz 4 BGB, DE § 647 Abs. 2 Satz 3) eine vereinfachende, widerlegliche pauschale Abrechnungsmöglichkeit; eine konkrete Abrechnung bleibt gemäß Absatz 4 möglich, wobei die Verweisung in Absatz 4 nur die Art der Abrechnung betrifft, nicht aber die Einbeziehung des Verschuldenserfordernisses von DE § 643 Abs. 2 Satz 2.

Zu 17. Kündigungsrecht bei Insolvenz des Unternehmers

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Unternehmers sind für den Besteller ein ganz wesentlicher Gesichtspunkt für den Abschluss eines Bauvertrages. Oft stehen große Vermögensinteressen des Bestellers auf dem Spiel, wenn er ein Bauvorhaben durchführt. Mit Vermögensverfall des Unternehmers muss der Besteller daher ein klares und unmissverständliches Regelwerk an der Hand haben, um über die Fortführung oder Beendigung des Vertrages entscheiden zu können. Die Regelung hat sich bereits in VOB-Bauverträgen als zweckmäßig erwiesen. Da die Interessenlage bei BGB-Bauverträgen (auch bei Architekten- und Ingenieurverträgen) identisch ist, sollte die Regelung in das Gesetz übernommen werden. Ein Konflikt dieses Kündigungsrechts mit dem Wahlrecht des Konkursverwalters gem. § 17 KO besteht nicht.³⁴ Durch die Insolvenzordnung - §103 InsO - hat sich daran nichts geändert.³⁵ Auch eine gesetzliche Regelung wäre - ebenso wie eine vertragliche Regelung - vorrangig vor der Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter.

Zu 18. Kein Nacherfüllungsrecht nach Kündigung

Nach der Rechtsprechung des BGH steht dem Unternehmer bzw. dem Architekten auch dann ein Mängelbeseitigungsrecht zu, wenn der Besteller zuvor den Vertrag gekündigt hat.³⁶ Dies wird allgemein als unangemessen angesehen, da sich der Unternehmer bereits als unzuverlässig erwiesen hat. Dem Besteller ist nur schwer zu vermitteln, dass er diesem unzuverlässigen

³³ Treffend Peters, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 277, 282.

³⁴ BGHZ 96, 34.

³⁵ Vygen in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., B § 8 Rdnr. 58.

³⁶ BGH BauR 1987, 689.

Unternehmer gleichwohl nochmals Gelegenheit zur Nacherfüllung bzw. Mängelbeseitigung einräumen soll.

Zu 19. Kündigung als Anknüpfungszeitpunkt für Fälligkeit etc.

Wer einen Vertrag durch Kündigung beendet, lehnt die weitere Erfüllung ab. Insoweit ist die Kündigung mit einer Abnahme vergleichbar. Richtig ist zwar, dass in einer Kündigung nicht die Billigung der Leistung als vertragsgerecht gesehen werden kann. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte man jedoch an diese Zäsur auch die Fälligkeit der Vergütung, den Gefahrübergang und den Beginn der Gewährleistungsfrist knüpfen. Erfahrungsgemäß wird nach Ausspruch einer Kündigung - insbesondere bei Vorliegen eines wichtigen Grundes - ein Abnahmeverfahren nicht mehr praktiziert. Damit herrscht unter Umständen lange Zeit Unklarheit, wer die Gefahr zu tragen hat, wann die Vergütung fällig wird und wann die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt.³⁷

Zu 20. Ggfs. Ergänzung des Unterlassungsklagengesetzes

Über die individual-vertragliche Ebene hinaus soll der Verbraucherschutz im Hinblick auf eindeutige und erschöpfende Baubeschreibungen auch über das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) erreicht werden. Soweit die als E § 5 Abs. 2 angedachte Regelung im Rahmen der jetzt anstehenden Schuldrechtsmodernisierung noch nicht realisiert werden sollte, ist daher das Unterlassungsklagengesetz um die vorgeschlagene Vorschrift zu ergänzen.

Die verbreitet unzureichenden Bauleistungsbeschreibungen sind nach Beobachtung der Verbraucherverbände ein typisch deutsches Problem. Beispielsweise in den Niederlanden werde demgegenüber durchweg aussagekräftige Leistungsbeschreibungen verwendet. Die Verbraucherverbände beabsichtigen, in direkten Verhandlungen mit Vertretern der Bauindustrie und einzelnen wichtigen Firmen die unbefriedigende Handhabung in Deutschland zu ändern. Dies soll flankiert werden durch die Möglichkeit einer Unterlassungsklage, um gegen grobe Missstände auch mit rechtlichen Mitteln angehen zu können. Dadurch sollen die individuellen vertraglichen Beziehungen aber nicht berührt werden, insbesondere nicht die Verantwortung des Unternehmens für Planung und Errichtung.

³⁷ Thode, ZfBR 1999, 116.