

**„sts – Brötchen“
am 24. November 2017**

Das neue Bauvertragsrecht 2018

Matthias Janitz
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

Dr. Bodo W. Brandau
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Notar

Inhaltsverzeichnis:

Teil 1: Einführung	2
I. Ziele des Gesetzgebers	2
II. Systematik – Neue Vertragstypen	2
Teil 2: Der Bauvertrag	4
I. Begriff des Bauvertrages	4
II. Abschlagszahlungen	5
III. Änderungsanordnung des Bestellers	6
IV. Nachtragsvergütung bei Leistungsänderung	9
V. Einstweilige Verfügung bei Nachtragsstreitigkeiten	12
VI. Sicherung der Vergütung	15
VII. Kündigung des Bauvertrages	17
VIII. Fiktive Abnahme	20
IX. Zustandsfeststellung	22
X. Schlussrechnung	23
Teil 3: Besonderheiten beim Verbraucherbauvertrag	24
I. Vertragstypus	24
II. Besondere Bestimmungen	24
Teil 4: Der Bauträgervertrag	26
I. Überblick	26
II. Welche Bedeutung haben die Nichtanwendungs- vorschriften?	27
III. Welche Vorschriften sind anwendbar und haben Bedeutung für die Gestaltung des Bauträgervertrages?	27
IV. Inkrafttreten	30
Anhang: Die neuen BGB-Vorschriften im Überblick	31

Teil 1: Einführung

Am 9. März 2017 hat der Bundestag das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (BauVG) verabschiedet. Das Gesetz tritt am 1. Januar 2018 in Kraft und gilt für alle **Verträge, die ab dem 1. Januar 2018 abgeschlossen werden**. Für die zu diesem Zeitpunkt schon bestehenden Verträge gilt das bisherige Werkvertragsrecht.

Der Schwerpunkt der Gesetzesnovelle liegt im Bauvertragsrecht. Daneben werden im Kaufrecht die Regressansprüche des Handwerkers, der mangelhaftes Baumaterial einbaut, gegenüber dem Lieferanten verbessert. Im Gerichtsverfassungsrecht wird allen Landgerichten aufgegeben, spezielle Kammern für Bausachen einzurichten.

Die nachfolgende Darstellung behandelt diejenigen Änderungen, die unmittelbar für Verträge über Bauleistungen relevant sind.

I. Ziele des Gesetzgebers

Eine grundlegende Reform des Bauvertragsrechts wird von Bauindustrie und Handwerk sowie von Baujuristen seit vielen Jahren gefordert. Nach allgemeiner Auffassung sind die Bestimmungen des Werkvertragsrechts eher auf kleinteiliges Handwerk zugeschnitten. Baumaßnahmen sind gekennzeichnet durch einen längeren Erfüllungszeitraum und einen technisch komplexen Leistungsgegenstand, der während der Ausführung oftmals erheblichen Änderungen unterworfen wird. Daraus entstehen vielfältige Konfliktpotentiale und wirtschaftliche Risiken für die Vertragsparteien, die heutzutage nur noch mit Hilfe einer hochspezialisierten und kaum zu überblickenden Rechtsprechung bewältigt werden können.

Die Novelle des Werkvertragsrechts will den Liquiditätsinteressen des Unternehmers ebenso wie dem Wunsch des Bauherrn nach Preis- und Qualitätssicherheit Rechnung tragen. Viele Bestimmungen sind Ausdruck der allgemeinen Kooperationspflicht, die beiden Vertragsparteien abverlangt wird. Ein weiterer Schwerpunkt der Novelle liegt in der Stärkung des Verbraucherschutzes.

II. Systematik - Neue Vertragstypen

Das Werkvertragsrecht wurde schon in der Vergangenheit mehrmals „überarbeitet“, namentlich durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Jahre 2000, im Rahmen der großen Schuldrechtsreform 2002 sowie durch das Forderungssicherungsgesetz von 2008. Die Änderungen wirkten jedoch immer nur punktuell, einige davon haben sich als unpraktikabel erwiesen. Mit dem neuen Bauvertragsrecht nimmt der Gesetzgeber nicht nur Änderungen im Werkvertragsrecht vor, sondern führt zum ersten Mal neue gesetzliche Vertragstypen ein, namentlich den **Bauvertrag**. Bei dieser Gelegenheit wurde auch der **Verbraucherbauvertrag** als eigenständiger Typus „erfunden“. Auch dem **Architekten- und Ingenieurvertrag** werden einige Spezialvorschriften gewidmet. Schließlich wird der **Bausträgervertrag** eigens geregelt, bisher aber nur rudimentär; hier werden weitere Schritte des Gesetzgebers erwartet.

Daraus ergibt sich folgende Systematik im Recht des Werkvertrages (Titel 9 des BGB):

Untertitel 1. Werkvertrag (§§ 631 bis 650o)

Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften (§§ 631 bis 650)

Kapitel 2 Bauvertrag (§§ 650a bis 650h)

Kapitel 3 Verbraucherbauvertrag (§§ 650i bis 650n)

Kapitel 4 Unabdingbarkeit (§ 650o)

Untertitel 2. Architektenvertrag und Ingenieurvertrag (§§ 650p bis 650t)

Untertitel 3. Bauträgervertrag (§§ 650u bis 650t).

Untertitel 4. Reisevertrag (...)

Um zu wissen, welche Vorschriften anwendbar sind, müssen sich die Vertragsparteien notwendigerweise über ihren eigenen Vertragstypus klarwerden. Übernimmt der Unternehmer Bauleistungen, um einen bestimmten Werkerfolg zu erreichen, liegt jedenfalls ein Werkvertrag vor (§§ 631 ff. BGB). Ein Bauvertrag ist ebenfalls immer ein Werkvertrag. Auf ihn sind zusätzlich die speziellen Vorschriften über den Bauvertrag (§§ 650a ff. BGB) anzuwenden.

Besonderheiten gelten, wenn der Auftraggeber ein Verbraucher ist. Dann ist zu prüfen, ob ein Verbraucherbauvertrag vorliegt. In diesem Fall gelten grundsätzlich die Bestimmungen über den Werkvertrag und den Bauvertrag; zusätzlich sind die teilweise abweichenden Verbraucherschutzbestimmungen der §§ 650i ff. BGB zu beachten (dazu unten in Teil 3). Aber auch wenn kein Verbrauchervertrag im gesetzlichen Sinne vorliegt, gelten im Recht des Bauvertrages bestimmte Privilegien für Verbraucher (siehe Teil 2).

Teil 2: Der Bauvertrag

Die Durchführung eines Bauvertrages folgt nach den Regeln des Werkvertrages, die einige Änderungen erfahren, und den neuen Bestimmungen über den Bauvertrag,

I. Begriff des Bauvertrages

Nicht jeder Vertrag über Bauleistungen ist ein Bauvertrag. Handwerkerverträge können auch „einfache“ Werkverträge sein, auf die nur das Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Maßgebend ist die Definition in § 650a BGB:

§ 650a Bauvertrag

- (1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.*
- (2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.*

1. Bauwerk

Zentraler Begriff ist das **Bauwerk**. Gleichgestellt werden nunmehr die **Außenanlagen**, was bisher im Hinblick auf die fünfjährige Gewährleistung umstritten war. Typische Vertragsleistungen sind die **Herstellung** bzw. **Wiederherstellung** und der **Umbau**, neuerdings auch der **Abbruch** („Beseitigung“). Für den Bauvertrag genügt es, wenn sich die Vertragsleistung nur auf einen Teil des Bauwerks oder der Außenanlage, also auf ein **einzelnes Gewerk** bezieht.

Vorausgesetzt wird eine gewisse Bedeutung der Bauleistung für die Gebäudesubstanz. Gegenbeispiele sind (kleinere) Malerarbeiten, die Heizungsreparatur oder die Installation einzelner technischer Anlagen. Verträge über solche Bauleistungen sind reine Werkverträge. Bei Umbauten oder Erweiterungen kann ein Bauvertrag vorliegen, sofern diese einer Neuherstellung nahekommen.

2. Instandhaltung

Auch ein **Instandhaltungsvertrag** kann ein Bauvertrag sein, aber nur dann, wenn die Instandhaltung für die Konstruktion, den Bestand oder die Funktionsfähigkeit des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung ist. Gemeint sind z.B. Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand des Bauwerks wichtigen Teilen, die Inspektion von Brücken o.ä.

II. Abschlagszahlungen

Schon nach bisherigem Recht hat der Werkunternehmer einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Abschlagszahlungen (§ 632a BGB a.F.). Die Neufassung lautet:

§ 632a Abschlagszahlungen

- (1) *Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer. § 641 Abs. 3 BGB gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.*
- (2) *Die Sicherheit nach Abs. 1 Satz 6 kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.*

1. Leistungsstand statt Wertzuwachs

Die Neufassung stellt klar, dass die angemessene Höhe der Abschlagszahlung sich nach dem **Wert des Baufortschrittes** richtet, wie er sich aus der Leistungsbeschreibung in Verbindung mit den Vertragspreisen ergibt. Auf einen (messbaren) Verkehrswertzuwachs beim Bauherrn kommt es nicht an, so wie es die bisherige Gesetzesfassung – missverständlich – vorsah.

2. Abschlagszahlung bei wesentlichen Mängeln

Neu ist, dass der Unternehmer Abschlagszahlung **auch bei wesentlichen Mängeln** fordern kann. Bisher besagt § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.: „*Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden.*“ Das bedeutet im Umkehrschluss, dass der Besteller bei wesentlichen Mängeln der erbrachten Teilleistung bisher eine Abschlagszahlung ganz ablehnen kann. Bei unwesentlichen Mängeln kann der Besteller die Abschlagszahlung nicht ablehnen, aber ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, also einen Vergütungsanteil in Höhe der mutmaßlichen Mängelbeseitigungskosten nebst Druckzuschlag (zusammen in der Regel das Doppelte der Kosten) einbehalten.

Neuerdings kann der Besteller die Abschlagszahlung nicht komplett verweigern, auch wenn er sich auf wesentliche Mängel beruft. Er kann bei unwesentlichen oder wesentlichen Mängeln gleichermaßen nur ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der Mängelbeseitigungskosten mit Druckzuschlag ausüben. Soweit die Abschlagsforderung den Einbehalt übersteigt, muss der Differenzbetrag ausgezahlt werden.

III. Änderungsanordnung des Bestellers

Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers gehört zu den Kernpunkten des neuen Bauvertragsrechts. Geänderte oder zusätzliche Leistungen und die daraus resultierenden Fragen der Nachtragsvergütung spielen bei vielen Bauverträgen eine wesentliche Rolle. Vergleichbare Regelungsmechanismen wie in § 1 Abs. 3, Abs. 4 und § 2 Abs. 5 bis 7 VOB/B kennt das BGB-Werkvertragsrecht nicht. Bei der Novelle hat sich der Gesetzgeber an der VOB/B orientiert, jedoch ein ganz eigenes Konzept entwickelt:

§ 650b Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

- 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 2) oder*
- 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,*

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

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

1. Gewillkürte Leistungsänderung

Der Besteller kann nach seinem Willen den Leistungsgegenstand, d.h. den vereinbarten Werkerfolg ändern, ohne dass dafür eine technische Notwendigkeit bestehen muss (§ 650 b Abs. 1 Nr. 1 BGB). Dies ist eine **Vertragsänderung**, die bisher nur im Konsenswege durch Vereinbarung der Parteien möglich war. Neuerdings kann die gewillkürte Leistungsänderung auch einseitig vom Besteller angeordnet werden, vorausgesetzt, dass die Änderung für den Unternehmer **zumutbar** ist. Die Zumutbarkeit ist Tatbestandsvoraussetzung für das Anordnungsrecht des Bestellers, der insoweit die Beweislast trägt, es sei denn, der Unternehmer macht betriebsinterne Gründe für die Unzumutbarkeit geltend.

Bei der gewillkürten Änderung kann es sich um **geänderte** oder auch um **zusätzliche Leistungen** handeln. Bloße Mengenänderungen beim Einheitspreisvertrag stellen keine Leistungsänderung dar. § 650b BGB gilt nach überwiegender Auffassung auch nicht für bauzeitbezogene Anordnungen, möglicherweise aber für Beschleunigungsanordnungen.

2. Notwendige Änderung

Neben der gewillkürten Leistungsänderung regelt § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB die Änderung der Bauausführung, die **technisch notwendig** ist, um den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen. Dies kommt z.B. bei fehlerhaften Planvorgaben oder lückenhafter Leistungsbeschreibung in Betracht. Diese notwendigen Änderungen sind eigentlich keine Vertragsänderungen, denn der ursprünglich vereinbarte Werkerfolg bleibt unverändert, es ändert sich nur die Ausführungsweise. Solche Änderungen konnten schon bisher vom Auftraggeber einseitig angeordnet werden, da die unveränderte Ausführung zwangsläufig einen Baumangel verursachen und Nacherfüllungsansprüche des Bestellers auslösen würde. Der Besteller erhält jetzt ausdrücklich ein gesetzliches Anordnungsrecht. Die Zumutbarkeit für den Unternehmer ist dabei nicht zu prüfen (im Unterschied zur gewillkürten Leistungsänderung).

Nach überwiegender Auffassung gilt § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB wohl auch bei Bauzeitanordnungen (anders als bei der gewillkürten Leistungsänderung, s.o.).

3. Anordnungsrecht erst nach 30 Tagen

Das Anordnungsrecht entsteht jedoch nicht nach dem Belieben des Bestellers, sondern erst nach Ablauf einer **Frist von 30 Tagen**, gerechnet ab dem Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer. Die 30-Tage-Frist gilt gleichermaßen für die gewillkürte Leistungsänderung und die technisch notwendige Änderung. Bevor der Besteller sein Anordnungsrecht ausüben kann, müssen die Parteien innerhalb der 30-Tage-Frist **Einvernehmen anstreben**. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers löst das Änderungsbegehren des Bestellers eine Verhandlungsphase aus. In dieser Phase soll die erforderliche **Änderungsplanung** stattfinden, woraufhin der Unternehmer dem Besteller ein **Vergütungsangebot** für die geänderte Leistung unterbreitet. Im Idealfall kommt es zu einer **Einigung**, d.h. die Parteien vereinbaren eine Vertragsänderung bzw. einen Nachtrag. Nur wenn sich die Parteien innerhalb von 30 Tagen nicht geeinigt haben, entsteht das **einseitige Anordnungsrecht** des Bestellers.

Man wird sich fragen, ob der Besteller die 30-Tage-Frist zwingend abwarten muss, wenn frühzeitig erkennbar wird, dass es innerhalb der Frist keine Einigung geben wird. So ist denkbar, dass der Unternehmer die erforderliche Änderungsplanung oder sein Vergütungsangebot derart hinauszögert, dass eine Einigung innerhalb der Frist unmöglich wird. In solchen Fällen wird der Besteller gleichwohl die gesetzliche 30-Tage-Frist abwarten müssen. Gleiches gilt, wenn die Nachtragsverhandlungen vor Ablauf der Frist scheitern. Nach dem Konzept des Gesetzgebers sollen sich die Parteien bis zuletzt um eine Einigung bemühen. Daher wird man die gesetzliche Frist nur dann „abkürzen“ können, wenn beide Vertragsparteien nachweisbar darüber einig sind, dass die Verhandlungen endgültig gescheitert sind.

Aus Sicht des Unternehmers stellt sich die Frage, ob er während der Verhandlungsphase ein Zurückbehaltungsrecht hat und die Bauarbeiten vorläufig einstellen kann. Das dürfte grundsätzlich zu bejahen sein, selbst wenn das Änderungsbegehren des Bestellers sich auf terminkritische Leistungsabschnitte bezieht. Dies muss nach der Vorstellung des Gesetzgebers so hingenommen werden. Allerdings dürfte die Baueinstellung durch den Unternehmer treuwid-

rig und unzulässig sein, wenn er davon ausgehen muss, dass der Besteller die gewünschte Änderung auf jeden Fall, sei es einvernehmlich, sei es kraft Anordnung, durchsetzen wird.

4. Einvernehmen statt Anordnung

Haben die Parteien eine Einigung über die geänderte Vergütung erzielt, so ist diese grundsätzlich verbindlich. Es sind jedoch Ausnahmefälle denkbar:

- Möglicherweise hat der Besteller übersehen, dass für die geänderte Leistung eine Vergütung schon im ursprünglichen Vertrag geregelt war (z.B. Alternativ- oder Bedarfsposition im LV), sodass in Wahrheit gar keine Vertragsänderung vorliegt.
- Möglicherweise ist die technische notwendige Änderung nur durch ein Ausführungsfehler des Unternehmers bedingt und stellt in Wahrheit nur eine Nachbesserung dar, die keine zusätzliche Vergütung rechtfertigt.

In solchen Irrtumsfällen ist schon dem Grunde nach keine Nachtragsvergütung geschuldet. Dann bleibt es bei der ursprünglich vereinbarten Vergütung laut Vertrag, und zwar selbst dann, wenn sich die Parteien verbindlich auf einen Nachtrag geeignet hatten.

5. Anordnung

Wenn die Parteien kein Einvernehmen erzielen, kann der Besteller (spätestens) nach 30 Tagen die Leistungsänderung einseitig anordnen. Die Anordnung muss in Textform erfolgen, also schriftlich oder auch durch E-Mail oder SMS. Sie ist vom Unternehmer zu befolgen, es sei denn, er kann sich auf Unzumutbarkeit berufen.

6. Reduzierung der Leistung

Ob der Besteller tatsächlich eine Leistungsänderung anordnen wollte, kann zweifelhaft sein, wenn er Teile des ursprünglich vereinbarten Leistungsprogrammes aus dem Vertrag herausnimmt. Dann ist ggf. durch Auslegung zu ermitteln, ob dies eine Leistungsänderung oder eher eine **Teilkündigung** darstellt. Der Unterschied ist für die Form relevant: Die Leistungsänderung bedarf der Textform, die Teilkündigung zwingend der Schriftform (§ 650h BGB).

Für die Abgrenzung zwischen Leistungsänderung und Teilkündigung wird man wohl darauf abstellen, ob die Verringerung der Leistung eine Änderung der Planung erforderlich macht; in diesem Falle dürfte eine Leistungsänderung nach § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB vorliegen.

IV. Nachtragsvergütung bei Leistungsänderung

Hat der Besteller eine Leistungsänderung nach § 650b BGB angeordnet, so richtet sich die **Anpassung der Vergütung** nach den Bestimmungen des § 650c BGB:

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

- (1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.*
- (2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht.*
- (3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.*

1. Berechnungsgrundlagen

Maßgebend ist die **tatsächliche Kostendifferenz** beim Unternehmer. Somit sind die hypothetischen Kosten, die bei unveränderter Ausführung entstanden wären („Kosten alt“), mit den tatsächlichen Kosten infolge der Leistungsänderung („Kosten neu“) zu vergleichen. Anstelle einer hypothetischen Kostenermittlung für die „Kosten alt“ kann der Unternehmer auf seine vertragsgemäß hinterlegte Urkalkulation (falls vorhanden) zurückgreifen. Dies kann notwendig sein, wenn die „Kosten alt“ infolge der Leistungsänderung im Zeitpunkt der Nachtragsverhandlungen noch nicht endgültig feststehen. Laut Gesetz wird vermutet, dass die aus der Urkalkulation errechnete Preisanpassung der tatsächlichen Kostensteigerung entspricht (§ 650c Abs. 2 BGB).

a)

In einem ersten Rechenschritt muss der Unternehmer die änderungsbedingten Mehr- oder Minderkosten ermitteln. Maßgebend sind dabei alle direkten Kosten bzw. Einzelkosten der Teilleistungen (EKT) sowie die Baustellengemeinkosten (BGK). Sodann werden in einem

zweiten Rechenschritt die Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn (§ 650c Abs. 1 BGB) festgestellt. Nach der Konzeption des Gesetzgebers sollen dem Unternehmer die Anteile für AGK und Gewinn bei der Preisfortschreibung in gleicher (prozentualer) Höhe erhalten bleiben. Deshalb muss ermittelt werden, welche Zuschläge nach dem ursprünglichen Preisgefüge im Verhältnis zu den EKT und BGK vorgesehen waren.

b)

Der Unternehmer kann auf die Vertragspreise Bezug nehmen; er muss darlegen, welche Anteile zur Deckung der EKT und der BGK bestimmt sind und welche Anteile auf AGK und Gewinn entfallen. Theoretisch besteht hier das Risiko einer spekulativen Preisbildung: Der Unternehmer könnte einfach einen zu niedrigen Anteil für EKT und BGK und entsprechend hohe Zuschläge behaupten. Aber im Ergebnis wird ihm das nicht helfen, da laut Gesetz nicht die angeblich kalkulierten Kosten, sondern die objektiv feststellbaren Kosten maßgebend sind. Im Streitfall liegt die Beweislast für die tatsächlichen Kosten beim Unternehmer.

c)

Anders ist es, wenn der Unternehmer auf seine Urkalkulation zurückgreift. Dann wird vermutet, dass die dort kalkulierten Kosten und Zuschläge zutreffend sind. Die Beweislast für eine etwaige spekulative Preisbildung des Unternehmers liegt dann beim Besteller. Dies gilt freilich nur für die Ermittlung der hypothetischen Kosten, die bei unveränderter Leistung angefallen wären. Für die tatsächlichen Kosten der geänderten Ausführung bleibt die Beweislast beim Unternehmer.

2. Keine Mehrvergütung bei Planungspflicht des Unternehmers?

Ein Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers ist von vorneherein ausgeschlossen, wenn der Besteller eine technisch notwendige Änderung anordnet und der Unternehmer die Planung übernommen hatte (§ 650c Abs. 1 Satz 2 BGB). Dahinter steht folgender Gedanke: Wird eine Änderung der Ausführungsweise technisch notwendig, so liegt dem im Zweifel ein Fehler in der Planung zugrunde. Hat der Unternehmer die Planung übernommen, so ist er für den Fehler und die notwendige Änderung verantwortlich. Dann ist es gerechtfertigt, dass er den Mehraufwand ohne zusätzliche Vergütung trägt.

Andererseits ist der häufige Fall zu bedenken, dass ein Unternehmer bei der ursprünglichen Angebotserstellung eigene Ausführungsvorschläge unterbreitet und insoweit faktische Planungsleistungen erbracht hat; dies kommt sogar dann vor, wenn der Unternehmer nur ein vom Besteller vorgegebenes Leistungsverzeichnis bepreisen sollte. In solchen Fällen wollte der Unternehmer bei Vertragsschluss nicht das Risiko für die Richtigkeit der Planung übernehmen. Insoweit ist die gesetzliche Bestimmung missverständlich formuliert. Die Mehrvergütung bei technisch notwendigen Änderungen ist (nur) dann ausgeschlossen, wenn dem Unternehmer explizit die Planung übertragen wurde und er auch insoweit das Vergütungsrisiko bei fehlerhafter Planung übernommen hat. Manche Kommentatoren meinen, dass dieser Fall eigentlich nur beim Globalpauschalpreisvertrag denkbar ist.

3. Abschlagszahlung auf die Nachtragsvergütung – 80 %-Regel

Auch wenn sich die Parteien über die Mehrvergütung noch nicht geeinigt haben, ist der Unternehmer berechtigt, Abschlagszahlung auch auf seinen Nachtrag zu verlangen. Gemäß § 650c Abs. 3 BGB darf er ausdrücklich eine Pauschale von 80 % der von ihm angebotenen Mehrvergütung abrechnen. Berechnungsgrundlage ist wohlgermerkt die Nachtragsvergütung laut Angebot des Unternehmers, unabhängig davon, ob sein Angebot angemessen oder eini-

gungsfähig ist. Insofern hat der Unternehmer ein **einseitiges vorläufiges Preisbestimmungsrecht**. Einigt man sich später auf eine niedrigere Nachtragsvergütung, muss er eine etwaige Überzahlung rückerstatten und verzinsen.

4. Nachtragsstreitigkeiten

Fordert der Unternehmer für den streitigen Nachtrag eine Abschlagszahlung und macht er von der 80 %-Regelung Gebrauch, so ist der Besteller zur Zahlung verpflichtet. Zahlt er nicht, begeht er möglicherweise eine Vertragsverletzung. Diese berechtigt den Unternehmer,

- die Bautätigkeit einzustellen;
- nach Fristsetzung den Vertrag durch Kündigung aus wichtigem Grund oder durch Rücktritt zu beenden;
- die Zahlung des Bestellers durch einstweilige Verfügung zu erzwingen.

Diese Sanktionen durch den Unternehmer sind freilich nur zulässig, wenn der Besteller keine berechtigten Einwendungen vorbringen kann. Andernfalls könnten sich Baueinstellung, Kündigung oder einstweilige Verfügung als Vertragsverletzung des Unternehmers erweisen, mit der Folge, dass ihm evtl. erhebliche Schadensersatzansprüche des Bestellers drohen. Insofern muss sich der Unternehmer über die Risiken klar sein:

- Bestreitet der Besteller nur die Höhe der Abschlagsforderung, weil schon das Nachtragsangebot falsch bepreist worden sei, so wird der Besteller mit diesem Einwand nicht gehört. Er ist deswegen nicht berechtigt, die Zahlung zu verweigern. Die Berechtigung der Abschlagsforderung der Höhe nach wird fingiert.
- Behauptet der Besteller, dass der streitige Nachtrag gar nicht durch eine Leistungsänderung nach § 650b BGB ausgelöst worden sei, ist der Unternehmer insoweit beweispflichtig. Gelingt ihm der Beweis nicht, so stellt sich die Zahlungsverweigerung des Bestellers womöglich als gerechtfertigt dar. Die Berechtigung des Nachtrags dem Grunde nach wird nicht fingiert.
- Wendet der Besteller Mängel ein, so kann er zumindest einen Einbehalt in Höhe der Mängelbeseitigungskosten nebst Druckzuschlag vornehmen. Die Mangelfreiheit der (geänderten) Werkleistung wird nicht fingiert.

Der Besteller kann die Abschlagsforderung auch mit Mängelrügen abwehren, die gar nicht die geänderte Leistung betreffen, auf die sich die Abschlagsforderung bezieht. Der gesetzliche Anspruch auf Abschlagszahlung ist auch hier ungemindert nur durchsetzbar, wenn der insgesamt erbrachte Leistungsstand mangelfrei ist.

5. Ist die 80 %-Regel abdingbar?

Fraglich ist, ob und in welchem Umfang in einem Bauvertrag die 80 %-Regelung abbedungen werden kann, insbesondere durch Standard-Klauseln, die der AGB-Kontrolle unterliegen. Die VOB/B ist hier kein Vorbild, da sie keine vergleichbare Klausel enthält. Nach Meinung vieler Kommentatoren dürfte eine Formulklausel, wonach die 80 %-Regelung ausgeschlossen wird, unwirksam sein. Diskutiert werden jedoch abgeschwächte Klauseln, die möglicherweise zulässig sind. Vorgeschlagen wird z.B. die **Verknüpfung mit Sicherheitsleistungen**:

- Dem Besteller steht eine Abschlagszahlung in Höhe von 80 % seines Nachtragsangebotes zu, aber nur Zug um Zug gegen Bürgschaft zur Sicherung eines Rückzahlungsanspruchs des Unternehmers.

- Dem Besteller steht keine Abschlagszahlung in Höhe von 80 % seines Nachtragsangebotes zu, sondern nur ein Anspruch auf Sicherheitsleistung in dieser Höhe.
- Dem Besteller steht keine Abschlagszahlung in Höhe von 80 % seines Nachtragsangebotes zu, sondern nur ein Anspruch auf Bauhandwerkersicherheit (§ 650f BGB), auch soweit sich die Vertragsparteien noch nicht über den Nachtrag geeinigt haben.

Die letztgenannte Variante nimmt Bezug auf die Bauhandwerkersicherheit (bisher „§ 648a-Bürgschaft“). Insoweit wird, für den Unternehmer günstig, der Einwand des Bestellers ausgeschlossen, dass die zu sichernde Vergütung z.B. wegen aufrechenbarer Mängelansprüche noch gar nicht feststehe.

Ob eine vollständige Ersetzung der Abschlagszahlung durch Sicherheitsleistung (Bürgschaft) in Formularverträgen zulässig ist, erscheint ungewiss. Das wird die künftige Rechtsprechung klären müssen.

V.

Einstweilige Verfügung bei Nachtragsstreitigkeiten

Der Gesetzgeber konnte sich nicht dazu entschließen, die früher einmal ins Auge gefasste „Bauverfügung“ als eigenständiges Instrument in die Zivilprozessordnung einzuführen. Es bleibt grundsätzlich bei dem regulären Verfahren der einstweiligen Verfügung. Nur wird es beiden Parteien erleichtert, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, wenn sie über das Anordnungsrecht des Bestellers oder die Nachtragsvergütung streiten.

§ 650d Einstweilige Verfügung

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

1. Eilbedürftigkeit wird vermutet

Mit einer einstweiligen Verfügung kann man grundsätzlich nur eine **vorläufige Entscheidung** erreichen. Insbesondere kann der Unternehmer die Zahlung der Vergütung bzw. eine Abschlagszahlung normalerweise nicht im Wege der einstweiligen Verfügung erzwingen. Eine solche „Leistungsverfügung“ würde die Hauptsache vorwegnehmen und wäre daher unzulässig. Der auf Zahlung gerichtete Eilantrag ist in der Regel nicht eilbedürftig, sodass **kein Verfügungsgrund** besteht. An dieser Stelle hilft § 650d BGB den Parteien, indem die einstweilige Verfügung ausnahmsweise auch ohne Verfügungsgrund zugelassen wird. Die Eilbedürftigkeit muss nicht eigens glaubhaft gemacht werden, sondern wird kraft Gesetzes widerleglich vermutet.

2. Mögliche Eilanträge

Aus Sicht des Unternehmers kann die einstweilige Verfügung u.a. auf Zahlung der streitigen Nachtragsverfügung oder auf Abschlagszahlung gerichtet werden. Im letzteren Falle ist der Unternehmer nicht gezwungen, nur die 80 %-Pauschale (§ 650c Abs. 3 BGB) einzufordern, er kann auch die Abschlagszahlung zu 100 % geltend machen. Für den Unternehmer kommen folgende Anträge in Betracht:

„Im Wege der einstweiligen Verfügung

- *wird festgestellt, dass die Anordnung des Antragsgegners vom ... eine Leistungsänderung im Sinne von § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB darstellt;*
- *wird festgestellt, dass die vom Antragsgegner am ... angeordnete Leistungsänderung für den Antragsteller unzumutbar ist;*
- *wird der Antragsgegner verpflichtet, an den Antragsteller eine Nachtragsvergütung [ggf. abschlagsweise] in Höhe von ... € zu zahlen;*
- *wird der Antragsgegner verpflichtet, dem Antragsteller für seinen Mehrvergütungsanspruch infolge der am ... angeordneten Leistungsänderung eine Sicherheit in Höhe von ... € durch Bürgschaft oder ... zu leisten.“*

Für der Besteller können folgende Anträge geboten sein:

„Im Wege der einstweiligen Verfügung

- *wird der Antragsgegner verpflichtet, die am ... angeordnete Leistungsänderung auszuführen;*
- *wird festgestellt, dass die Anordnung des Antragstellers vom ... keine Änderung des Leistungsinhaltes i. S. v. § 650 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. bedeutet;*
- *wird festgestellt, dass die Forderung des Antragsgegners gemäß Abschlagsrechnung vom ... nicht begründet ist, hilfsweise, dass diese einen Betrag von ... € nicht übersteigen darf.“*

Jede Partei kann sich in dieser Weise auch mit Gegenanträgen gegen einen Eilantrag der anderen Partei verteidigen.

2. Darlegungslast des Unternehmers

Die Erleichterungen der einstweiligen Verfügung gelten nur, wenn sich die Parteien bei einer Leistungsänderung über das Anordnungsrecht des Bestellers und/oder den Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers streiten. Häufig werden sich die Parteien über die Leistungsänderung als solche geeinigt haben und nur über die Höhe der Nachtragsvergütung streiten. Will der Unternehmer nun durch einstweilige Verfügung eine Abschlagszahlung auf den Nachtrag erzwingen, möchte man meinen, dass er dazu nur die Berechnung der Mehrvergütung darlegen muss.

Damit dürfte der Antrag oft nicht schlüssig sein. Denn der Anspruch auf Abschlagszahlung ist nur begründet, wenn ein entsprechender Leistungsstand nach dem Vertrag erreicht ist, insbesondere hinsichtlich der erbrachten Massen. Das gilt auch, wenn Abschlagszahlung nur auf den Nachtrag gefordert wird. Auch dann muss geprüft werden, wie sich der Zahlungsstand zum Leistungsstand im Ganzen verhält. Denn die Nachtragsforderung ist kein eigenständiger Anspruch, sondern nur ein Rechnungsposten, ebenso wie die bisherigen Abschlagsforderungen nach dem ursprünglichen Vertrag. Daher muss der Unternehmer im Zweifel für die gesamten bisherigen Leistungen einen Zwischensaldo darlegen und die erbrachten Massen ins-

gesamt glaubhaft machen, auch wenn diese bereits in früheren Abschlagsrechnungen enthalten waren. Selbst wenn der Besteller die früheren Abschlagsrechnungen bezahlt hat, ist dies kein Anerkenntnis der dort berechneten Massen, sodass der Besteller diese auch jetzt noch bestreiten kann.

Ein ähnliches Problem stellt sich bei Mängelrügen des Bestellers. Macht der Besteller ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der Mängelbeseitigungskosten mit Druckzuschlag geltend, muss der Unternehmer diese im einstweiligen Verfügungsverfahren widerlegen.

3. Beweiserleichterungen

Aus den genannten Gründen befürchten viele Kommentatoren, dass das einstweilige Verfügungsverfahren allzu leicht in einen komplexen Bauprozess verwandelt werden kann, was eine zügige Eilentscheidung erschwert, wenn nicht unmöglich macht. Denn das Gericht entscheidet über die einstweilige Verfügung in einem einzigen Termin, in dem nur **präsen****t****e****B****e****w****e****i****s****m****i****t****t****e****l** zugelassen sind. Im Zweifel könnte der Antragsteller einen erforderlichen Sachverständigenbeweis nur in der Weise führen, dass er den Sachverständigen zum Termin mitbringt und dessen sofortige Anhörung beantragt, mit der sämtliche Streitfragen über Massen, Mängel etc. im Termin geklärt werden müssten.

Allerdings gelten im Unterschied zum ordentlichen Bauprozess im Eilverfahren gewisse Beweiserleichterungen. Der Antragsteller muss nicht den Vollbeweis erbringen, sondern die Anspruchsvoraussetzungen nur **glaubhaft machen**. Außerdem hat das Gericht für die vorläufige Eilentscheidung einen gewissen Ermessenspielraum und muss die Sache nicht erst komplett aufklären. Der Antragsteller kann Erfolg haben, wenn er seine Anspruchsposition derart plausibel darlegt, dass sich das Gericht zu einer Schätzung imstande sieht und den Mut zu einer vorläufigen Regelung findet.

4. Antrag auf Sicherheitsleistung statt auf Zahlung

Eine Alternative besteht für den Unternehmer darin, dass er seinen Verfügungsantrag von vorneherein nicht auf Zahlung, sondern nur auf Sicherheitsleistung richtet. Ihm steht der Anspruch auf Bauhandwerkersicherung zu (vormals: § 648a BGB a.F., jetzt § 650f BGB). Der Anspruch auf Sicherheitsleistung setzt lediglich voraus, dass die noch zu erwartende Vergütung schlüssig dargelegt wird. Dass der aktuellen Vergütung ein entsprechender Leistungsstand gegenübersteht, muss nicht dargelegt werden. Insbesondere bleiben (streitige) Gegenforderungen des Bestellers, etwa wegen Mängeln, im Rechtsstreit über die Sicherheitsleistung außer Betracht. Auf diese Weise kann ein einstweiliges Verfügungsverfahren, das nur auf die Sicherheitsleistung gerichtet ist, auf die Frage der Vergütungsberechnung beschränkt werden.

VI. Sicherung der Vergütung

Dem Unternehmer stehen als Sicherungsinstrumente außer dem Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB a.F., unverändert) insbesondere die Sicherungshypothek (bisher § 648 BGB a.F.) sowie die **Bauhandwerkersicherung** (bisher § 648a BGB a.F.) zur Verfügung.

§ 650e Sicherungshypothek des Bauunternehmers

Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

§ 650f Bauhandwerkersicherung

- (1) Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen.
(...)*
- (2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherer geleistet werden.
(...)*
- (3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 % für das Jahr zu erstatten.
(...)*
- (4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Abs. 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650e ausgeschlossen.*
- (5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Abs. 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen.
(...)*
- (6) Die Abs. 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller*
 - 1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder*
 - 2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbaupvertrag nach § 650i oder um ein Bauträgervertrag nach § 650u handelt.**Satz 1 Nummer 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.*
- (7) Eine von den Abs. 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.*

1. Nur für Bauverträge

Die Sicherungshypothek und die Bauhandwerkersicherheit wurden aus dem allgemeinen Werkvertragsrecht in das Kapitel über den Bauvertrag verschoben. Das bedeutet, dass der Unternehmer bei einem einfachen Werkvertrag über Bauleistungen diese beiden Sicherungsinstrumente nicht kraft Gesetzes verlangen kann, sondern nur, wenn es vertraglich vereinbart worden ist.

2. Sicherungshypothek

Neuerdings kann auch der mit der Errichtung einer Außenanlage beauftragte Unternehmer eine Sicherungshypothek beanspruchen.

3. Bauhandwerkersicherheit

Häufiger kommt in der Praxis die sog. „§ 648a-Bürgschaft“ vor – wobei die Sicherheit freilich auch anders erbracht werden kann, z.B. durch Hinterlegung. Die Besonderheit dieses Sicherungsinstruments besteht darin, dass der Unternehmer eine Sicherheit für die **nach dem Vertrag noch ausstehende Vergütung** einschließlich etwaiger Nachträge verlangen kann, obwohl er die ausstehende Leistung noch gar nicht erbracht hat. Der Anspruch auf Sicherheit setzt also nicht voraus, dass die zu sichernde Vergütung bereits fällig ist.

Die Vorschrift findet sich jetzt in § 650f BGB inhaltlich weitgehend unverändert. Nur das Verbraucherprivileg in Abs. 6 wurde neu geregelt:

Bisher konnte der Unternehmer keine Sicherheitsleistung fordern, wenn der Besteller eine natürliche Person war und Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses (mit oder ohne Einliegerwohnung) beauftragt hat.

Neuerdings gilt: Ist der Besteller ein **Verbraucher**, muss er keine Sicherheit leisten, sofern er einen **Verbraucherbauvertrag** oder einen **Bauträgervertrag** abgeschlossen hat. Daraus folgt:

- Das Verbraucherprivileg gilt also nicht nur bei Einfamilienhäusern, sondern z.B. auch bei Errichtung eines Mehrfamilienhauses.
- Andererseits gilt das Privileg für den Verbraucher nicht, wenn er z. B. das Einfamilienhaus im Wege der Einzelvergabe durch verschiedene Unternehmer errichten lässt; weil in diesem Fall die Errichtung nicht „aus einer Hand“ erfolgt, liegt kein Verbraucherbauvertrag vor (dazu unten Teil 3).

VII. Kündigung des Bauvertrages

Neben der freien Kündigung des Bestellers wird erstmals die Kündigung **aus wichtigem Grund** gesetzlich geregelt.

§ 648 Kündigungsrecht des Bestellers

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

§ 648a Kündigung aus wichtigem Grund

- (1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.*
- (2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.*
- (3) § 314 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.*
- (4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.*
- (5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.*
- (6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.*

§ 650h Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrages bedarf der schriftlichen Form.

1. Freie Kündigung

Die freie Kündigung des Bauvertrages ohne wichtigen Grund steht nach wie vor nur dem Besteller zu, nicht dem Unternehmer (§ 648 BGB n.F., § 649 BGB a.F.). Wie bisher kann der Unternehmer bei der freien Kündigung den vollen Werklohn beanspruchen, jedoch abzüglich ersparter Aufwendungen oder anderweitigen Erwerbs. Der Vergütungsanteil für die nicht erbrachten Leistungen kann auf 5 % pauschaliert werden. Dies alles gilt auch für „einfache“ Werkverträge, die nicht Bauverträge sind.

2. Kündigung aus wichtigem Grund

In § 648a BGB n.F. wird erstmals das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund geregelt; es steht beiden Vertragsparteien zu. Einen Katalog von Kündigungsgründen wie in §§ 8, 9 VOB/B sieht das Gesetz nicht vor. Voraussetzung ist, dass für die kündigende Vertragspartei das Festhalten am Vertrag unzumutbar geworden ist, etwa wegen einer schwerwiegenden Vertragsverletzung der anderen Partei. Dann ist die außerordentliche Kündigung grundsätzlich nur nach einer erfolglosen **Abmahnung** oder nach **Ablauf einer Abhilfefrist** zulässig. Im Übrigen muss die außerordentliche Kündigung innerhalb einer angemessenen **Frist ab Kenntnis vom Kündigungsgrund** ausgesprochen werden (üblicherweise zwei Wochen).

3. Teilkündigung

Eine Teilkündigung ist möglich, wenn sie sich auf einen **abgrenzbaren Teil** der geschuldeten Werkleistung bezieht (§ 648a Abs. 2 BGB n.F.). Die gesetzliche Regelung erlaubt auch eine Teilkündigung **innerhalb eines Gewerkes**. Davon abweichend wird im VOB/B-Vertrag eine in sich abgeschlossene Werkleistung gefordert, was eine Teilkündigung innerhalb eines Gewerkes ausschließt (§§ 8 Abs. 3, 4 Abs. 7 VOB/B).

Eine abgrenzbare Teilleistung liegt nicht vor, wenn der Unternehmer wegen der Teilkündigung gehindert ist, seine ansonsten geschuldete Leistung vertragsgemäß zu erbringen. Dies muss der Besteller vor der Teilkündigung abwägen.

4. Leistungsstandfeststellung

Völlig neu ist der Anspruch auf **gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes** nach einer Kündigung (§ 648a Abs. 4 BGB n.F.). Die gemeinsame Feststellung hat die Wirkung eines deklaratorischen Anerkenntnisses (Beweislastumkehr). Sie ist zur Abgrenzung der abrechenbaren Leistungen für den Unternehmer sinnvoll, aber ebenso für den Besteller, der später die Mehrkosten der Restfertigstellung durch Ersatzunternehmer berechnen will.

Der Gesetzgeber hat die Leistungsstandfeststellung nur bei der Kündigung aus wichtigem Grund vorgesehen. Die herrschende Meinung geht von einer ungewollten Regelungslücke aus, sodass die Leistungsstandfeststellung wohl auch bei einer freien Kündigung verlangt werden kann.

Jede Vertragspartei kann die Mitwirkung der anderen Partei an der Feststellung verlangen und im Zweifel einen Termin binnen angemessener Frist bestimmen. Die Mitwirkungspflicht des Bestellers umfasst insbesondere:

- Gemeinsame Terminfindung;
- Gewährung des Zugangs zur Baustelle;
- Mitwirkung am gemeinsamen Aufmaß;
- Erlaubnis einer Fotodokumentation des Unternehmers;
- Errichtung eines gemeinsamen Protokolls;
- bei streitigen Feststellungen: Genaue Dokumentation der Meinungsverschiedenheit

Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung bzw. bleibt sie dem Termin fern, geht die Beweislast für den bei Kündigung erreichten Leistungsstand auf die abwesende Partei über. Diese Sanktion kann die abwesende Partei nur abwenden, wenn sie ihr Fernbleiben entschuldigt und die Gründe unverzüglich (= sofort!) mitteilt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Leistungsstandfeststellung auch nach dem Termin theoretisch noch nachgeholt werden könnte (anders nach VOB/B).

5. Vergütung des Unternehmers

Für die Vergütung im Kündigungsfalle gilt Folgendes:

- Bei jeder Kündigung steht dem Unternehmer die **Vergütung für die erbrachte Teilleistung** zu, es sei denn, die erbrachte Werkleistung ist komplett unbrauchbar.
- Kündigt der Besteller aus wichtigem Grund, schuldet er die Vergütung nur für erbrachte Bauleistungen, die in das Bauwerk eingegangen sind, also nicht für Anlieferungen auf die Baustelle, Werkstattvorleistungen oder Planungsleistungen (anders nach VOB/B).
- Für die eigenen Fertigstellungsmehrkosten kann der Besteller – wie bisher - **Schadensersatz** verlangen. Dazu muss er die hypothetische Vergütung, die er an den Unternehmer bei vollständiger Vertragserfüllung hätte zahlen müssen, mit der an den Ersatzunternehmer zu zahlenden Vergütung saldieren.
- Ist die Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund nicht gerechtfertigt, gilt sie als freie Kündigung. Dem Unternehmer steht dann der volle Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs zu.
- Gleiches gilt, wenn der Unternehmer seinerseits berechtigterweise aus wichtigem Grund kündigt, wobei der Vergütungsanteil für die nicht erbrachten Leistungen dann als Schadensersatz geltend zu machen ist (vgl. § 648a Abs. 6 BGB n.F.).

VIII. Fiktive Abnahme

Die Abnahme der Werkleistung ist entscheidend für die Fälligkeit der Restvergütung, den Beginn der Gewährleistung (Verjährung) und den Gefahrübergang. Ganz neu geregelt wurde die fiktive Abnahme, und zwar für alle Werkverträge und Bauverträge.

§ 640 Abnahme

(1) (...)

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

(3) (...)

(4) (...)

1. Abnahmefiktion

Der Besteller kann die Abnahme nur wegen wesentlicher Mängel ablehnen. Verweigert er die Abnahme zu Unrecht, etwa weil nur unwesentliche Mängel vorliegen, treten die Abnahmewirkungen mit der unberechtigten Abnahmeverweigerung ein. Für den Unternehmer besteht das Problem, dass oft erst in einem langwierigen Rechtsstreit geklärt werden kann, ob der Besteller die Abnahme zu Recht verweigern durfte. Bis zur Klärung bleibt die Beweislast im Zweifel beim Unternehmer. Außerdem ist der Besteller nicht gehindert, später entdeckte wesentliche Mängel nachzuschieben. Diese Problematik soll mit der fiktiven Abnahme abgeschwächt werden. Der Unternehmer kann dem Besteller eine **angemessene Frist zur Abnahme** setzen. Nach Ablauf der Frist wird die **Abnahme fingiert**.

2. Zerstörung der Abnahmefiktion

Der Besteller kann die Fiktion nicht durch eine bloße Abnahmeverweigerung beseitigen. Er muss vielmehr **mindestens einen Mangel** der Werkleistung **rügen**. Dabei genügt allerdings auch ein unwesentlicher Mangel. Der Besteller muss auch nicht sämtliche erkannten Mängel rügen.

Somit tritt die Abnahmefiktion nur dann ein, wenn sich der Besteller innerhalb der Abnahmefrist entweder gar nicht rührt oder aber die Abnahme ohne Angabe von Mängeln verweigert. Dass dieser Fall nicht allzu häufig vorkommen dürfte, liegt auf der Hand. Umgekehrt gilt aber: Ist die Abnahmefiktion einmal eingetreten, gilt sie selbst dann, wenn tatsächlich wesentliche Mängel vorgelegen haben (neue Rechtslage!). Anders ist es nur beim Rechtsmissbrauch des Unternehmers, wenn dieser weiß, dass die Werkleistung wegen offenkundiger wesentlicher Mängel eindeutig nicht abnahmefähig ist.

3. Verbraucherschutz

Zu beachten ist das **Verbraucherprivileg** gemäß § 640 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F.:

Ist der Besteller ein Verbraucher, muss der Unternehmer den Besteller mit der Aufforderung zur Abnahme in Textform darüber **belehren**, dass die nicht rechtzeitig vor Fristablauf oder ohne Mängelrüge erklärte Abnahmeverweigerung zu einer Abnahmefiktion führt.

Die Belehrungspflicht gilt nicht nur beim Verbraucherbauprojekt im gesetzlichen Sinne, sondern beim Bauvertrag ebenso wie beim einfachen Werkvertrag über Bauleistungen. Es kommt nur darauf an, ob der Auftraggeber ein Verbraucher ist.

4. Kein Verlust von Mängelrechten

Für den Besteller ist wichtig: Bei einer regulären Abnahme gehen Mängelrechte des Bestellers wegen offenkundiger Mängel unter, soweit er sich diese nicht bei der Abnahme vorbehält (ausgenommen nur die verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüche). Dieser Verlust von Mängelrechten tritt bei der fiktiven Abnahme nicht ein.

IX. Zustandsfeststellung

Wenn der Besteller die Abnahme wegen Mängeln verweigert – und nur dann! –, kann der Unternehmer verlangen, dass der Zustand des Werks **gemeinsam** festgestellt wird:

§ 650g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; (...)

- (1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.*
- (2) Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fern bleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.*
- (3) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Abs. 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.*
- (4) (...)*

1. Beweislastumkehr und fingierter Gefahrübergang

Dahinter steht folgendes Konzept: Solange der Besteller die Abnahme ausdrücklich verweigert, trägt der Unternehmer weiterhin die Gefahr von Schäden oder einer Verschlechterung der Werkleistung, und zwar selbst dann, wenn der Besteller das Werk in Benutzung genommen hat. Die Zustandsfeststellung nach § 650g BGB soll bewirken, dass die Gefahr von Schäden/Verschlechterung auf den Besteller übergeht.

Die Zustandsfeststellung ist ein von beiden Vertragsparteien gemeinsam errichtetes und von beiden unterschriebenes Dokument. Darin sollen die **offenkundigen Mängel** protokolliert werden. Versäumt es der Besteller, einen offenkundigen Mangel zu dokumentieren, so tritt die **gesetzliche Vermutung** ein, dass dieser Mangel erst nachträglich (nach Fertigstellung bzw. Abnahmereife) entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Ferner geht die **Verschlechterungsgefahr** auf den Besteller über. Eine Ausnahme gilt für offenkundige Mängel, die ihrer Art nach eindeutig nur vom Unternehmer verursacht worden sein können (was freilich ein sehr häufiger Fall sein dürfte).

2. Einseitige Zustandsfeststellung

Ein gemeinsamer Termin zur Zustandsfeststellung wird entweder vereinbart oder vom Unternehmer mit angemessener Frist bestimmt. Bleibt der Besteller dem Termin unentschuldigt fern – und nur dann! –, ist der Unternehmer zu einer **einseitigen Zustandsfeststellung** berechtigt. Diese hat die gleichen Rechtswirkungen wie die gemeinsame Zustandsfeststellung. Die einseitige Zustandsfeststellung ist nicht möglich, wenn der Besteller zum Termin erscheint und die Parteien sich nur nicht über den Zustand bzw. Mängel einigen können.

3. Nicht zu verwechseln mit Abnahme oder Aufmaß!

Die Zustandsfeststellung stellt keine Abnahme und kein gemeinsames Aufmaß dar. Sie ist auch nicht zu verwechseln mit der Feststellung des Leistungsstandes nach Kündigung (s.o.).

Im Kündigungsfall kann der Unternehmer allerdings beide Instrumente ggf. miteinander kombinieren: Wird der Bauvertrag vorzeitig gekündigt, kann der Unternehmer jedenfalls die gemeinsame Leistungsstandfeststellung verlangen (s.o.). Außerdem hat er einen Anspruch auf Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Teilleistung. Wird diese nun vom Besteller verweigert – ob zu Recht oder zu Unrecht –, kann der Unternehmer auch die (gemeinsame) Zustandsfeststellung verlangen.

X. Schlussrechnung

Beim BGB-Werkvertrag wird die (Rest-)Vergütung mit Fertigstellung und Abnahme fällig. Nur beim VOB/B-Vertrag gilt die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung bisher als zusätzliche **Fälligkeitvoraussetzung**. Diese Konzeption wird nun auch in das BGB übernommen:

§ 650 g (...) Schlussrechnung

- (4) *Die Vergütung ist zu entrichten, wenn*
- 1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Abs. 2 entbehrlich ist, und*
 - 2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung übergeben hat.*

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

Für die Prüffähigkeit gelten die aus der VOB/B bekannten Grundsätze. Zu beachten ist auch, dass die Frist für die Prüffähigkeitsrüge (30 Tage) jetzt Gesetzeskraft hat.

Teil 3: Besonderheiten beim Verbraucherbaupertrag

I. Vertragstypus

Die gesetzliche Definition des Verbraucherbaupertrages findet sich in § 650i BGB:

§ 650i Verbraucherbaupertrag

- (1) Verbraucherbauperträge sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.*
- (2) Der Verbraucherbaupertrag bedarf der Textform.*
- (3) Für Verbraucherbauperträge gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.*

Der Verbraucherbaupertrag ist in jedem Fall ein Werkvertrag und zugleich auch ein Baupertrag. Die Tatsache, dass der Besteller ein Verbraucher ist, reicht jedoch nicht aus:

- Vorausgesetzt wird eine Baumaßnahme von erheblichem Gewicht: Dies ist insbesondere der Neubau eines Gebäudes. Die Errichtung von Anbauten oder Nebengebäuden fällt nicht darunter. Umbaumaßnahmen müssen in das Bestandsobjekt so erheblich eingreifen, dass sie einem Neubau nahekommen, also praktisch „nur noch die Fassade erhalten bleibt.“
- Weitere Voraussetzung ist, dass der Neubau bzw. Umbau im Ganzen von **einem** Unternehmer - „aus einer Hand“ - erbracht wird; die Vergabe von Einzelgewerken an verschiedene Auftragnehmer genügt nicht.
- Vorgeschrieben ist **Textform**.

Die Wohnungseigentümergeinschaft gilt in der Regel ebenfalls als Verbraucher und kann daher Auftraggeber eines Verbraucherbaupertrages sein.

II. Besondere Bestimmungen

Die besonderen Bestimmungen zum Schutz des Verbrauchers sollen hier nur knapp erläutert werden. Der jeweilige Gesetzeswortlaut ist im Anhang abgedruckt. Einzelne Punkte sind insbesondere (auch) für den Bauträgervertrag bedeutsam und werden dort (Teil 4) näher behandelt. Der Bauträgervertrag ist in der Regel auch ein Verbraucherbaupertrag, sofern der Erwerber ein Verbraucher ist.

1. Baubeschreibung, § 650j BGB

Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Verbraucher eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen, und zwar rechtzeitig, bevor der Verbraucher seine Vertragserklärung abgibt. Die Baubeschreibung muss die in Art. 249 § 2 EGBGB aufgeführten Informationen enthalten (siehe dazu weiter unten in Teil 4 zum Bauträgervertrag).

2. Verbraucherfreundliche Auslegung der Baubeschreibung, § 650k BGB

Das Gesetz stellt besondere Anforderungen an den Vertragsinhalt. Ist die Baubeschreibung lückenhaft oder widersprüchlich, ist diese im Zweifel zu Gunsten des Verbrauchers auszulegen. Außerdem muss im Vertrag der Fertigstellungstermin bzw. die Bauzeit verbindlich geregelt werden.

3. Widerrufsrecht des Verbrauchers, §§ 650l, 356e BGB

Bei Verbraucherverträgen über Bauleistungen gelten bisher schon Widerrufsrechte des Verbrauchers, so insbesondere bei Verträgen, zu deren Abschluss der Verbraucher außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers „überredet“ worden ist (§ 312g BGB a.F.). Unabhängig von einer solchen Überrumpelungssituation gilt für den Verbraucherbauprojektvertrag stets ein eigenständiges Widerrufsrecht. Der Unternehmer muss den Besteller über dessen Widerrufsrecht belehren. Dann beträgt die Widerrufsfrist zwei Wochen.

4. Begrenzung von Abschlagszahlungen, § 650m BGB

Die vom Unternehmer geforderten Abschlagszahlungen dürfen eine Grenze von 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung nicht überschreiten. Zur Gesamtvergütung gehören auch eine etwaige Nachtragsvergütung infolge einer Leistungsänderung (§ 650c, siehe oben Kapitel 2).

Eine zusätzliche Sicherheit von 5 % der Gesamtvergütung ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung zu gewähren. Die Bestimmung ist nicht neu; sie entspricht dem bisherigen § 632a Abs. 3 BGB a.F., die vor allem schon jetzt in Bauträgerverträgen Anwendung findet.

5. Erstellung und Herausgabe von Unterlagen, § 650n

Der Verbraucher ist darauf angewiesen, dass ihm die zur Bewirtschaftung und Instandhaltung des Bauwerks erforderlichen Dokumente ausgehändigt werden. Er benötigt diese häufig zur Überprüfung durch Sachverständige oder für spätere Umbauten. Der Gesetzgeber hat den Bedarf anscheinend erkannt, knüpft die Dokumentationspflicht jedoch an ganz andere Tatbestände an, nämlich eine etwaige Nachweispflicht gegenüber Behörden oder gegenüber dem eigenen Finanzierungsinstitut.

Die Regelung ist v.a. auch für den Bauträgervertrag relevant. Welche Unterlagen auszuhändigen sind, ist umstritten. Zu den Einzelheiten siehe nachfolgend in Teil 4.

6. Unabdingbarkeit, § 650o

Zu guter Letzt stellt das Gesetz klar, dass die vorgenannten Vorschriften unabdingbar sind. Abweichungen im Vertrag zu Lasten des Verbrauchers sind nicht zulässig; Gleiches gilt für Umgehungsversuche.

Teil 4: Der Bauträgervertrag

I. Überblick

Die konkreten Regelungen des neuen Bauvertragsrechtes sind lediglich bezüglich des Bauträgervertrages in zwei Vorschriften enthalten, nämlich in §§ 650u und 650v BGB. Diese lauten wie folgt:

§ 650u Bauträgervertrag; anwendbare Vorschriften

- (1) Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerkes zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus finden die Vorschriften des Untertitels 1. Anwendung, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung eines Erbbaurechtes finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.*
- (2) Keine Anwendung finden die §§ 648, 648a, 650b bis 650e, 650k Abs. 1 sowie die §§ 650l und 650m Abs. 1 BGB.*

§ 650v Abschlagszahlung

Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen, wenn sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Art. 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vereinbart sind.

Die Definition des Bauträgervertrages ist in § 650u Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht neu; diese Definition war bereits in § 632a Abs. 2 BGB a.F. enthalten; auch die Regelung über die Abschlagszahlung in § 650v BGB entspricht der alten Regelung in § 632a Abs. 2 BGB a.F.

Interessant sind die Verweisungsvorschriften, die in § 650u BGB auf die Vorschriften des 1. Untertitels verweisen und in § 650u Abs. 2 BGB bestimmte Vorschriften für nicht anwendbar erklären.

II.

Welche Bedeutung haben die Nichtanwendungsvorschriften?

1.

Die §§ 648 und 648a BGB regeln die **Kündigung aus wichtigem Grunde**. Diese sind auf den Bauträgervertrag nicht anwendbar. Der Gesetzgeber entscheidet sich hier für ein generelles Verbot der außerordentlichen Kündigung des werkvertraglichen Teils des Bauträgervertrages, so dass der Käufer allein auf die Rücktrittsregelungen verwiesen wird.

2.

In den §§ 650b bis 650e BGB sind **Änderungsbefugnisse des Käufers** statuiert. Der Käufer kann danach verlangen, dass Abänderungen von dem ursprünglich vereinbarten Werkvertrag vorgenommen werden. Auch diese Vorschriften sind nicht anwendbar, so dass der Bauträger nicht verpflichtet ist, nach Abschluss des Bauträgervertrages Änderungen am Vertragsinhalt bezüglich der Bauleistung vorzunehmen.

3.

§ 650k Abs. 1 BGB regelt, inwieweit eine vor Vertragsabschluss zur Verfügung gestellte **Baubeschreibung Gegenstand des Vertrags** wird. Dies ist bei einem Bauträgervertrag unnötig, da der Bauträgervertrag samt Baubeschreibung insgesamt notariell zu beurkunden ist.

4.

Gemäß § 650l BGB steht dem Käufer ein **Widerrufsrecht** zu. Auch dieses ist beim Bauträgervertrag ausgeschlossen, da dieser notariell beurkundet wird.

5.

Letztlich ist § 650m Abs. 1 BGB nicht anwendbar; dort ist eine Regelung über Abschlagszahlungen getroffen, wonach der **Gesamtbetrag der Abschlagszahlung 90%** nicht überschreiten darf.

III.

Welche Vorschriften sind anwendbar und haben Bedeutung für die Gestaltung des Bauträgervertrages?

1. Baubeschreibung, § 650j BGB

Danach hat der Bauträger den Käufer über die sich aus Art. 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten. Die Baubeschreibung muss danach **folgende Informationen** enthalten:

- allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, ggf. Haustyp und Bauweise
- Art und Umfang der angebotenen Leistungen, ggf. der Planung der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe
- Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangeboten sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte
- ggf. Angaben zum Energie-, Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik
- Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktion aller wesentlichen Gewerke
- Beschreibung des Innenbaus

- Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen
- Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss
- Beschreibung der Sanitäröbekte, der Armaturen, der Elektroanlagen, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.

Folgendes ist zu beachten:

- Die Baubeschreibung muss **klar, aber nicht unbedingt technisch verständlich** sein.
- Die **Pläne** können sich auch aus der Teilungserklärung ergeben. Ebenso ist es zulässig, in der Baubeschreibung auf die Pläne in der Teilungserklärung zu verweisen.
- Die obigen Informationen sind nur **Mindestanforderungen** und nicht abschließend. Wenn Besonderheiten des Bauobjektes zu berücksichtigen sind, sind auch diese mit in die Baubeschreibung aufzunehmen.
- Die **Konsequenzen einer unzureichenden Baubeschreibung** ergeben sich aus § 650k Abs. 2 BGB. Soweit die Baubeschreibung unvollständig und unklar ist, ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung auszulegen. Auslegungszweifel gehen zu Lasten des Bauträgers. Zu den sonstigen vertragsbekannten Umständen zählen erläuternde oder konkretisierende Erklärung des Bauträgers, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfeldes, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des Bauwerks.
- Die Baubeschreibung unterliegt der 14-Tage-Frist vor Beurkundung; der Notar kann dem Käufer auch die Baubeschreibung mit dem Entwurf des Bauträgervertrages übersenden; eine Kopie per Fax oder Kopie per E-Mail ist ausreichend.

2. Fertigstellungszeitpunkt, § 650k Abs. 3 BGB

- Gemäß § 650k Abs. 3 BGB muss der Bauträgervertrag **verbindliche Angaben** zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauträgervertrages nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Gemäß Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB muss die Baubeschreibung solche Angaben ebenfalls enthalten. Im Einzelnen gilt:
- Es dürfte genügen, den **Fertigstellungszeitpunkt** nur im Bauträgervertrag anzugeben. Jedenfalls kann in der Baubeschreibung auf den Fertigstellungszeitpunkt in dem Bauträgervertrag verwiesen werden. Der **Begriff der Fertigstellung** ist im Gesetz nicht näher definiert. Es müssen wohl lediglich die in dem Vertrag genannten Arbeiten abgearbeitet werden; Mangelfreiheit ist nicht erforderlich.
- Weiterhin ist möglich, zu **differenzieren hinsichtlich der Fertigstellung des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums**. Es müsste auch möglich sein, weiter zwischen **bezugsfertiger und vollständiger Fertigstellung** zu differenzieren.
- Hat der Bauträger **keinen Fertigstellungszeitpunkt angegeben**, so ist nach § 271 Abs. 1 BGB dann auf die für die Herstellung des Bauwerks objektiv erforderliche Zeit abzustellen. Im Zweifel hat der Unternehmer nach Vertragsschluss mit der Herstellung alsbald zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen.
- Die **vereinbarte Frist muss hinreichend bestimmt** sein. Gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam sind Vereinbarungen, nachdem die Fertigstellungsfrist deshalb für den Erwerber nicht berechenbar ist, weil ihr Beginn ausschließlich oder zusätzlich von einem Ereignis im Bereich des Bauträgers abhängt. Unzulässig dürfte daher eine Fristbestimmung sein, die abstellt auf den Beginn der Bauarbeiten, sofern damit tatsächlich noch nicht begonnen wurde. Hier könnte der Bauträger den Fristbeginn beliebig festlegen bzw. steuern. Dasselbe wird für die Fristbestimmung gelten, nachdem das Bauvorhaben bezugsfertig fertiggestellt

sein muss innerhalb von x Monaten, nachdem die Hälfte der Wohneinheiten im Anwesen verkauft sind. Zulässig erscheint, für den Fristbeginn auf die Erteilung der bereits beantragten Baugenehmigung oder deren Bestandskraft abzustellen, da der Bauträger auf die Dauer des Genehmigungserfordernisses nur wenig Einfluss hat. Dabei wird es erforderlich sein, eine sich daraus möglicherweise ergebende unangemessen lange Bindung und unakzeptable Unsicherheit durch die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes auszuschließen.

3. Abschlagszahlung, § 650v BGB

Hier ändert sich nichts; die **Ratenzahlungen gemäß § 3 MaBV** sind weiterhin für den Bau-trägervertrag bindend.

- Ein Ratenplan kann indes, selbst wenn er den Anforderungen der MaBV entspricht, gegen § 307b BGB verstoßen, wenn sich Abschlagszahlungen und Wertzuwachs nicht äquivalent gegenüberstehen.

4. Prüffähige Schlussrechnungen, § 650g Abs. 4 S. 1 BGB

- Danach ist die **Vergütung** zu entrichten, wenn der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat.
- Diese Vorschrift gilt an sich auch für Bau-trägerverträge. Eine Schlussrechnung wird bei Bau-trägerverträgen jedoch **entbehrlich** sein, wenn die vom Bau-träger zu erbrin-genden Leistungen im Bau-trägervertrag mit einem Festpreis vereinbart worden sind und keine Sonderwünsche zusätzlich berechnet werden.
- Soweit **Sonderwünsche**, also nachträgliche Änderung von Leistung und Vergütung vereinbart werden, sind diese in einer Schlussrechnung auch bei einem Bau-trägerver-trag darzustellen. Das Erfordernis der Schlussrechnung tritt dann neben den in § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV vorausgesetzten Baufortschritt. Die letzte Rate (Fertigstellungsrate) im Sinne des § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV wird damit zugleich zur Schlusszahlung.

5. Abnahme, § 640 BGB

Die Abnahme ist nach wie vor in § 640 BGB geregelt. Die Vorschrift lautet nunmehr:

§ 640 Abnahme

- (1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk ab-zunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnah-me ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnah-me nicht verweigert werden.*
- (2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer den Bestel-ler nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.*
- (3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Abs. 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nummer 1 bis*

3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

Von Folgendem ist zukünftig auszugehen:

- Grundsätzlich wird es beim Bauträgervertrag bei der **förmlichen Abnahme** bleiben.
- Die **Abnahmefiktion des § 640 Abs. 2 BGB n.F.** tritt dann ein, wenn der Bauträger dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.
- Verweigert der Erwerber die Abnahme unter Angabe von Mängeln, so besteht nach **§ 650g BGB die Möglichkeit einer Zustandsfeststellung**. Durch die Zustandsfeststellung soll, wenn der Besteller das Werk in Benutzung nimmt, späterer Streit darüber vermieden werden, wer später festgestellte Mängel und Schäden verursacht hat. An einer solchen Zustandsfeststellung kann insbesondere dann ein Bedürfnis bestehen, wenn die Abnahme des vom Bauträger errichteten Objektes wegen wesentlicher Mängel verweigert wird und der Bauträger das Objekt an den Erwerber trotzdem zur Nutzung übergibt, etwa um Verzugsfolgen zu vermeiden.

6. Erstellung und Herausgabe von Unterlagen, § 650n BGB:

Nach § 650n Abs. 1 S. 1 BGB muss der Unternehmer rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung für den Verbraucher diejenigen **Planungsunterlagen** erstellen und herausgeben, die der Verbraucher benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die **Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird**. Spätestens mit der **Fertigstellung des Werks** hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, **um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist** (§ 650n Abs. 2 BGB). Für den Bauträgervertrag gilt diesbezüglich Folgendes:

- Die bei Baubeginn gegenüber der Baubehörde zu führenden Nachweise betreffen den Erwerber **mangels Bauherrenstellung** nicht; ähnlich ist es mit den bei der Baufertigstellung geforderten Nachweisen. Offensichtlich hat der Gesetzgeber angenommen, dass sich der Inhalt der Unterlagen, die er für die Behörden benötigt, mit den Unterlagen deckt, die für die Instandhaltung, Instandsetzung und spätere Umbauten benötigt wird. Das ist aber nicht der Fall.
- Die bisherigen Kommentatoren gehen davon aus, dass aber eine **analoge Anwendung des § 650n Abs. 2 BGB** beim Bauträgervertrag geboten ist.
- Die Unterlagen, die in § 650n BGB im Hinblick auf den Gegenstand der Baugenehmigung genannt sind, sind nicht Ausführungsplanung des Architekten, Detailplanung und Prüfzeugnisse.

IV. Inkrafttreten

Diese Regelungen gelten für Verträge ab dem 1. Januar 2018; dies gilt auch für bereits laufende Projekte.

ANHANG: Die neuen BGB-Vorschriften im Überblick

Titel 9. Werkvertrag und ähnliche Verträge

Untertitel 1. Werkvertrag

Kapitel 1. Allgemeine Vorschriften

§ 632a Abschlagszahlungen

- (1) *Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer. § 641 Abs. 3 BGB gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.*
- (2) *Die Sicherheit nach Abs. 1 Satz 6 kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.*

§ 640 Abnahme

- (1) *Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.*
- (2) *Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer den Besteller nach Fertigstellung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.*
- (3) *Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Abs. 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nummer 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.*

§ 648 Kündigungsrecht des Bestellers

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

§ 648a Kündigung aus wichtigem Grund

- (1) Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann.
- (2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.
- (3) § 314 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.
- (4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.
- (5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.
- (6) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Kapitel 2. Bauvertrag

§ 650a Bauvertrag

- (1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder der Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.
- (2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

§ 650b Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

- (1) Begehrt der Besteller
 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 2) oder
 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder minder Vergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Abs. 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.
- (2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Abs. 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

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

- (1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.
- (2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht.
- (3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.

§ 650d Einstweilige Verfügung

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

§ 650e Sicherungshypothek des Bauunternehmers

Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

§ 650f Bauhandwerkersicherung

- (1) Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.
- (2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherer geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

- (3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 % für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.
- (4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach den Abs. 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650e ausgeschlossen.
- (5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Abs. 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.
- (6) Die Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller
1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
 2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbrauchervertrag nach § 650i oder um ein Bauträgerverbot nach § 650u handelt.
- Satz 1 Nummer 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.
- (7) Eine von den Absätzen 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

§ 650g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

- (1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.
- (2) Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fern bleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.
- (3) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Abs. 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.
- (4) Die Vergütung ist zu entrichten, wenn
1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Abs. 2 entbehrlich ist, und
 2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung übergeben hat.
- Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

§ 650h Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrages bedarf der schriftlichen Form.

Kapitel 3. Verbraucherbaupertrag

§ 650i Verbraucherbaupertrag

- (1) Verbraucherbauperträge sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.
- (2) Der Verbraucherbaupertrag bedarf der Textform.
- (3) Für Verbraucherbauperträge gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

§ 650j Baubeschreibung

Der Unternehmer hat den Verbraucher über die sich aus Art. 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten, es sei denn, der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter macht die wesentlichen Planungsvorgaben.

Art. 249 § 2 EGBGB Inhalt der Baubeschreibung

- (1) In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Sie muss mindestens folgende Informationen enthalten:
 1. Allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, gegebenenfalls Haustyp und Bauweise,
 2. Art und Umfang der angebotenen Leistungen, gegebenenfalls der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,
 3. Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte,
 4. gegebenenfalls Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,
 5. Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke,
 6. gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus,
 7. gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen,
 8. Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss,
 9. gegebenenfalls Beschreibung der Sanitäre Objekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.
- (2) Die Baubeschreibung hat verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.

§ 650k Inhalt des Vertrags

- (1) Die Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.
- (2) Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.
- (3) Der Baupertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Baupertrages nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.

§ 650l Widerrufsrecht

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

§ 356e BGB Widerrufsrecht bei Verbraucherbauperträgen

Bei einem Verbraucherbaupertrag (§ 650i Abs. 1) beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher gemäß Artikel 249 § 3 des Einführungsgegesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in § 355 Abs. 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt.

§ 650m Abschlagszahlungen; Absicherung des Vergütungsanspruchs

- (1) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c nicht übersteigen.
- (2) Dem Verbraucher ist bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge einer Anordnung des Verbrauchers nach den §§ 650b und 650c oder infolge sonstiger Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags um mehr als 10 %, ist dem Verbraucher bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 % des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.
- (3) Sicherheiten nach Abs. 2 können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherer geleistet werden.
- (4) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, ist eine Vereinbarung unwirksam, die den Verbraucher zu einer Sicherheitsleistung für die vereinbarte Vergütung verpflichtet, die die nächste Abschlagszahlung oder 20 % der vereinbarten Vergütung übersteigt. Gleiches gilt, wenn die Parteien Abschlagszahlungen vereinbart haben.

§ 650n Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

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

Kapitel 4. Unabdingbarkeit

§ 650o Abweichende Vereinbarungen

Von § 640 Abs. 2 Satz 2, den §§ 650 i bis 650l und § 650n kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

Untertitel 2. Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

§ 650p Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieureverträgen

- (1) *Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.*
- (2) *Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.*

§ 650q Anwendbare Vorschriften

- (1) *Für Architekten- und Ingenieurverträge gelten die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1 sowie die §§ 650b, 650e bis 650h entsprechend, soweit sich aus diesem Untertitel nichts anderes ergibt.*
- (2) *Für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Abs. 2 gelten die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden. Im Übrigen ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand aufgrund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Vertragsparteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c entsprechend.*

§ 650r Sonderkündigungsrecht

- (1) *Nach Vorlage von Unterlagen gemäß § 650p Abs. 2 kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist, in der es ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat.*
- (2) *Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650p Abs. 2 Satz 2 setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach Satz 1 keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt.*
- (3) *Wird der Vertrag nach den Abs. 1 oder 2 gekündigt, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt.*

§ 650s Teilabnahme

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

§ 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

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

Untertitel 3. Bauträgervertrag

§ 650u Bauträgervertrag; anwendbare Vorschriften

- (1) *Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerkes zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus finden die Vorschriften des Untertitels 1 Anwendung, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung eines Erbbaurechtes finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.*
- (2) *Keine Anwendung finden die §§ 648, 648a, 650b bis 650e, 650k Abs. 1 sowie die §§ 650l und 650m Abs. 1 BGB.*

§ 650v Abschlagszahlung

Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen, wenn sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Art. 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vereinbart sind.