



**BVMW-FRÜHschicht**  
**8. März 2018**

**Alles was Recht ist - Zeitenwende am Bau?**

Das neue Bauvertragsrecht 2018

**Matthias Janitz**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

## **Inhaltsverzeichnis:**

<b>Teil 1: Einführung .....</b>	<b>2</b>
I.    Ziele des Gesetzgebers .....	2
II.   Systematik – Neue Vertragstypen .....	2
<b>Teil 2: Änderungen im Werkvertragsrecht .....</b>	<b>4</b>
I.    Abschlagszahlungen .....	4
II.   Sicherung der Vergütung .....	5
III.  Fiktive Abnahme .....	5
IV.   Kündigung des Werkvertrages .....	7
<b>Teil 3: Der Bauvertrag .....</b>	<b>10</b>
I.    Begriff des Bauvertrages .....	10
II.   Änderungsanordnung des Bestellers .....	11
III.  Nachtragsvergütung bei Leistungsänderung .....	14
IV.   Einstweilige Verfügung bei Nachtragsstreitigkeiten .....	18
V.    Sicherung der Vergütung .....	21
VI.   Zustandsfeststellung .....	23
VII.  Schlussrechnung .....	24
VIII. Form der Kündigung .....	25
<b>Teil 4: Verbraucherschutz .....</b>	<b>26</b>
I.    Verbraucherbauvertrag .....	26
II.   Sonstiger Verbraucherschutz .....	34
<b>Teil 5: Der Bauträgervertrag .....</b>	<b>35</b>
<b>Teil 6: Änderungen im Kaufrecht .....</b>	<b>37</b>
I.    Lieferung mangelhafter Baustoffe .....	37
II.   Regress in der Lieferkette .....	39

## 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 ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten und gilt für alle **Verträge über Bauleistungen, die ab dem 1. Januar 2018 abgeschlossen wurden**. Für die zu diesem Zeitpunkt schon bestehenden Verträge gilt das bisherige Werkvertragsrecht weiter.

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 und Oberlandesgerichten aufgegeben, spezielle Kammern bzw. Senate 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 erhält der **Bauträgervertrag** eigene, bisher aber nur rudimentäre Regelungen; hier werden weitere Schritte des Gesetzgebers erwartet.

Aus der Gesetzesnovelle ergibt sich folgende neue 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 Verbraucherbaupvertrag (§§ 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 immer auch ein Werkvertrag. Auf ihn sind zusätzlich zum Werkvertragsrecht die speziellen Vorschriften über den Bauvertrag (§§ 650a ff. BGB) anzuwenden.
- Ist der Auftraggeber ein Verbraucher, gelten für ihn beim Werkvertrag und beim Bauvertrag bestimmte Privilegien (Verbraucherschutz).
- Unter bestimmten Voraussetzungen liegt ein Verbraucherbaupvertrag; dieser ist zugleich Werkvertrag und immer auch Bauvertrag. Hier sind weitere spezielle Verbraucherschutzvorschriften zu beachten (§§ 650i ff. BGB).
- Der Bauträgervertrag ist, zumindest im Hinblick auf die Bauleistung, zugleich Werkvertrag und in aller Regel auch Bauvertrag und Verbraucherbaupvertrag. Hier sieht das Gesetz Differenzierungen bei den jeweils anwendbaren Vorschriften vor (§§ 650u, 650v BGB).

## Teil 2: Änderungen im Werkvertragsrecht

Jeder Vertrag über Bauleistungen, die als Werkerfolg geschuldet sind, ist ein Werkvertrag. Das reine Werkvertragsrecht kommt zur Anwendung, wenn nicht die Schwelle zum Bauvertrag und überschritten wird. Dies sind typischerweise Handwerkerleistungen ohne wesentliche Veränderung der Bausubstanz, z. B. kleinere Malerarbeiten, Heizungsreparaturen u. ä. (sog. „kleine Bauleistungen“).

Innerhalb des Werkvertragsrechts hat der Gesetzgeber einige Änderungen vorgenommen. Diese gelten für die kleinen Bauleistungen, aber auch für den Bauvertrag und den Verbrauchervertrag, soweit dort nicht abweichende Regeln vorgesehen sind.

### I. 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 Zahlungsversprechen 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 lautete § 632a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.: „*Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden.*“ Das bedeutete im Umkehrschluss, dass der Besteller bei wesentlichen Mängeln der erbrachten Teilleistung bisher eine Abschlagszahlung ganz ablehnen konnte. Nur bei unwesentlichen Mängeln konnte der Besteller die Abschlagszahlung nicht ablehnen, sondern lediglich 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.

## **II. Sicherung der Vergütung**

Dem Werkunternehmer steht als Sicherungsinstrumente das **Werkunternehmerpfandrecht** wie bisher zur Verfügung (§ 647 BGB).

Das Instrumente der **Sicherungshypothek** sowie die **Bauhandwerkersicherung** (sogenannte „§ 648a-Bürgschaft“) existieren ebenfalls noch. Sie sind jedoch aus dem allgemeinen Werkvertragsrecht herausgenommen worden und finden sich jetzt in den Vorschriften zum Bauvertrag (§§ 650e, 650f BGB, siehe Teil 3).

Das bedeutet, dass der Werkunternehmer, der lediglich eine „kleine Bauleistung“ erbringt, nicht kraft Gesetzes auf die Sicherungshypothek und die Bauhandwerkersicherung zugreifen kann. Er kann allenfalls versuchen, entsprechende Sicherungsinstrumente vertraglich zu vereinbaren.

## **III. 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**

(...)

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

(...)

## 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 zwar die Abnahmewirkungen mit der unberechtigten Abnahmeverweigerung ein. Für den Unternehmer besteht allerdings 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. Ein „findiger“ Auftraggeber wird im Zweifel immer irgendeinen Mangel entdecken und benennen.

Umgekehrt gilt aber: Ist die Abnahmefiktion erst 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: 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 Verbraucherbauvertrag 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 die meisten Mängelrechte des Bestellers wegen offenkundiger Mängel unter, soweit er sich diese nicht bei der Abnahme vorbehält; ausgenommen sind nur die verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüche. Dieser Verlust von Mängelrechten tritt bei der fiktiven Abnahme **nicht** ein.

#### IV. Kündigung des Werkvertrages

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.*

### **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 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). 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). Die gemeinsame Feststellung hat die Rechtswirkung eines **deklaratorischen Anerkenntnisses**. 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).

## Teil 3: Der Bauvertrag

Die Durchführung eines Bauvertrages folgt nach den Regeln des Werkvertrages 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 („kleine Bauleistungen“). 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 Einwirkung der Bauleistung auf die Gebäudesubstanz. Das gilt auch bei Umbauten und Erweiterungen. Gegenbeispiele sind (kleinere) Malerarbeiten, die Heizungsreparatur oder die Installation einzelner technischer Anlagen. Verträge über solche Bauleistungen sind reine Werkverträge (siehe Teil 2).

#### 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. 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 zwar 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 (§ 650b 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 stecken bleiben. Nach dem Konzept des Gesetzgebers sollen sich die Parteien „bis zur letzten Minute“ um eine Einigung bemühen (Kooperationsgedanke). 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, und zwar nach überwiegender Auffassung selbst dann, 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 treuwidrig 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 einen 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 nur 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.

### III. 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 kann der Unternehmer auf seine vertragsgemäß hinterlegte Urkalkulation (falls vorhanden) zurückgreifen und diese „fortschreiben“. 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 direkten 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 einigungsfähig ist. Insoweit hat der Unternehmer ein **einseitiges vorläufiges Preisbestimmungsrecht**. Einigt man sich später auf eine niedrigere Nachtragsvergütung, muss er eine etwaige Überzahlung rückerstatten und verzinsen.



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 grundsätzliche Berechtigung des Nachtrags wegen Leistungsänderung 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.

#### **4. 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 der Höhe nach 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.

#### IV. 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. Bei einem auf Zahlung gerichteten Eilantrag besteht in der Regel **kein Verfügungsgrund**. 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 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 Abschlagsforderung 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 Mengen. 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 kumulierten Mengen und Massen insgesamt glaubhaft machen, auch soweit 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.

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- te Beweismittel** 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, wodurch sämtliche Streitfragen über Massen, Mängel etc. im Termin geklärt werden müssten.

### 3. Beweiserleichterungen

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, was sicherlich zur Beschleunigung beiträgt.

## V. 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. (...) 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.*

*(...)*

*(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 Verbraucherbauvertrag nach § 650i oder um ein Bauträgervertrags 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 Sicherungsinstrumentes 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 4).

## VI. 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 fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.*

*(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) (...)*

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. Gemeinsame oder einseitige Zustandsfeststellung**

Ein gemeinsamer Termin zur Zustandsfeststellung wird entweder vereinbart oder vom Unternehmer mit angemessener Frist bestimmt. Bleibt der Besteller dem Termin unentschuldig 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.

## VII. Schlussrechnung

Beim BGB-Werkvertrag wurde die (Rest-)Vergütung bisher mit Fertigstellung und Abnahme fällig, also auch ohne Rechnungstellung. Damit begann auch die Verjährung des Vergütungsanspruches mit der Abnahme zu laufen, nicht erst ab Rechnungstellung. Nur beim VOB/B-Vertrag galt die Erteilung einer **prüffähigen Schlussrechnung** bisher als zusätzliche **Fälligkeitsetzsetzung**. 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 in der VOB/B vorgesehene Frist zur Rüge der mangelnden Prüffähigkeit (30 Tage) jetzt beim Bauvertrag auch kraft Gesetzes gilt.

## **VIII. Form der Kündigung**

Die allgemeinen Kündigungsregeln finden sich im Werkvertragsrecht (§§ 648, 648a BGB). Für den Bauvertrag gilt nur eine besondere Formvorschrift:

**§ 650h Schriftform der Kündigung**  
*Die Kündigung des Bauvertrages bedarf der schriftlichen Form.*

Damit ist eine mündlich oder nur in Textform erklärte Kündigung – jedenfalls beim Bauvertrag – formunwirksam. Gleiches gilt für den Verbraucherbauvertrag, da er zugleich Bauvertrag ist. Die Schriftform ist auch erfüllt bei elektronischer Form mit qualifizierter elektronischer Signatur sowie bei notarieller Beurkundung.

Nicht ausreichend ist die Textform (z.B. E-Mail).

Beim reinen Werkvertrag über „kleine Bauleistungen“ kann die Kündigung auch formlos erklärt werden.

## Teil 4: Verbraucherschutz

### I. Verbraucherbauvertrag

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

**§ 650i Verbraucherbauvertrag**

*(1) Verbraucherbauverträge 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 Verbraucherbauvertrag bedarf der Textform.*

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

**§ 650o Abweichende Vereinbarungen**

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

Der Verbraucherbauvertrag ist in jedem Fall ein Werkvertrag und zugleich auch ein Bauvertrag. 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**.

Für den Verbraucherbauvertrag gelten spezielle Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers. Diese sind größtenteils zwingend, also nicht abdingbar, weder durch AGB des Unternehmers noch durch Individualvereinbarung. Im Wesentlichen geht es um besondere Informationspflichten des Unternehmers sowie um das Widerrufsrecht des Verbrauchers, ferner um die Herausgabe von Bauunterlagen an den Verbraucher.

Ferner gelten Besonderheiten für Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistungen. Diese Bestimmungen sind nicht zwingend, sondern lediglich „AGB-fest“ ausgestaltet.

## 1. Informationspflichten, Baubeschreibung

### **§ 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 § 1 EGBGB Informationspflichten bei Verbraucherbauverträgen**

*Der Unternehmer ist nach § 650j des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichtet, dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung zu stellen.*

### **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 Elektroanlagen, 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 Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.*

Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Verbraucher eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen, und zwar rechtzeitig, bevor der Verbraucher seine Vertragserklärung abgibt. Der Verbraucher soll insbesondere Gelegenheit haben, einen Preisvergleich vorzunehmen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers kann die nicht rechtzeitige Aushändigung der Baubeschreibung eventuell Schadensersatzansprüche des Verbrauchers begründen, wenn ein gründlicher Preisvergleich vereitelt wurde.

a)

Die Baubeschreibung muss die in Art. 249 § 2 EGBGB aufgeführten Informationen enthalten. Die Inhalte der Baubeschreibung werden kraft Gesetzes zum verbindlichen Vertragsinhalt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Unklarheiten der Baubeschreibung gehen zulasten des Unternehmers. Der Unternehmer kann z.B. nicht geltend machen, dass eine bestimmte Leistung nur in mittlerer Qualität geschuldet sei, wenn die Leistungsbeschreibung im Übrigen auf höhere Qualitäten hindeutet. Dann kann der Unternehmer nicht einwenden, dass seine Preise dafür nicht auskömmlich seien. Im Zweifel ist anzunehmen, dass die höheren Kosten eingepreist und die höhere Qualität geschuldet ist.

b)

Sind im Zuge der Verhandlungen mehrere Versionen der Baubeschreibung entstanden, gilt die letzte aktuelle Fassung. Die Parteien sind nicht gehindert, die beschriebenen Leistungen nachträglich zu ändern. Dies kann nach überwiegender Auffassung auch mündlich geschehen. Während ein mündlich abgeschlossener Verbraucher Bauvertrag mangels Textform unwirksam ist, führt die fehlende Textform der Baubeschreibung nicht zu deren Unwirksamkeit. Letztlich kommt es darauf an, ob eine mündlich vereinbarte Änderung der Baubeschreibung beweisbar ist.

c)

Der Unternehmer kann über die gesetzlichen Erfordernisse hinaus weitere Angaben machen, insbesondere die Einzelleistungen mit Preisen versehen. Dies kann z.B. für die Berechnung von Abschlagsforderungen oder der Vergütung nach Kündigung hilfreich sein.

d)

Wichtig ist die Verpflichtung des Unternehmers, einen Fertigstellungstermin oder die Ausführungsdauer konkret zu benennen. Der angegebene Termin bzw. die Ausführungsfrist wird damit verbindlich. Bei Überschreitung gerät der Unternehmer in Leistungsverzug, ohne dass es einer Mahnung des Verbrauchers bedarf. Dem Unternehmer drohen dann Schadensersatzpflichten aus Verzug sowie unter Umständen die Kündigung durch den Verbraucher.

## 2. Widerrufsrecht des Verbrauchers

### **§ 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.*

### **Art. 249 § 3 EGBGB Widerrufsbelehrung**

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

- 1. einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,*
- 2. einen Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf,*
- 3. den Namen, die ladungsfähige Anschrift und die Telefonnummer desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, gegebenenfalls seine Telefaxnummer und E-Mail-Adresse,*
- 4. einen Hinweis auf die Dauer und den Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt, und*
- 5. einen Hinweis darauf, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldet, wenn die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.*

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

### **§ 356 e Widerrufsrecht bei Verbraucher Bauverträgen**

*Bei einem Verbraucherbauvertrag (§ 650i Abs. 1) beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher gemäß Art. 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens 12 Monate und 14 Tage nach dem in § 355 Abs. 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt.*

### **§ 357 d Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucher Bauverträgen**

*Ist die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist die vereinbarte Vergütung zu Grunde zu legen. Ist die vereinbarte Vergütung unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz auf der Grundlage des Marktwertes der erbrachten Leistung zu berechnen.*

Beim Verbraucherbauvertrag hat der Verbraucher ein spezielles, für diesen Vertragstyp geregeltes Widerrufsrecht. Er kann den Vertrag also ohne Angabe von Gründen beseitigen. Der Verbraucher kann den Vertrag nur ganz oder gar nicht widerrufen, der Widerruf einzelner Vertragsteile ist nicht möglich. Das Widerrufsrecht besteht für die Dauer von 14 Tagen, gerechnet ab dem Datum des Vertragsschlusses.

Die Widerrufsfrist beginnt jedoch erst dann zu laufen, wenn der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Die Anforderungen an die Widerrufsbelehrung ergeben sich aus Art. 249 § 3 EGBGB. Es wird empfohlen, das gesetzliche Muster der Widerrufsbelehrung (Anlage 10) zu verwenden. Es lautet:

*Anlage 10 zu Art. 249 § 3 EGBGB*

**Widerrufsbelehrung**

**Widerrufsrecht**

*Sie haben das Recht, binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen diesen Vertrag zu widerrufen.*

*Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage ab dem Datum des Vertragsschlusses. Sie beginnt nicht zu laufen, bevor Sie diese Belehrung in Textform erhalten haben.*

*Um Ihr Widerrufsrecht auszuüben, müssen Sie uns, ..., mittels einer eindeutigen Erklärung (z.B. Brief, Telefax oder E-Mail) über Ihren Entschluss, diesen Vertrag zu widerrufen, informieren.*

*Zur Wahrung der Widerrufsfrist reicht es aus, dass Sie die Erklärung über die Ausübung des Widerrufsrechts vor Ablauf der Widerrufsfrist absenden.*

**Folgen des Widerrufs**

*Wenn Sie diesen Vertrag widerrufen, haben wir Ihnen alle Zahlungen, die wir von Ihnen erhalten haben, unverzüglich zurückzuzahlen.*

*Sie müssen uns im Falle des Widerrufs alle Leistungen zurückgeben, die Sie bis zum Widerruf von uns erhalten haben. Ist die Rückgewähr einer Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, lassen sich etwa verwendete Baumaterialien nicht ohne Zerstörung entfernen, müssen Sie Wertersatz dafür bezahlen.*

Fehlt die Widerrufsbelehrung oder erfüllt sie nicht alle gesetzlichen Vorgaben, wird die Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt. Dann erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers spätestens nach 12 Monaten und 14 Tagen.

Fraglich ist, ob bei Zusatzaufträgen oder nachträglich geänderten Leistungen jeweils ein neues Widerrufsrecht für die neuen Leistungen entsteht. Dies setzt freilich voraus, dass der Nachtrag als solcher wieder einen Neubau oder erhebliche Umbaumaßnahmen zum Gegenstand hat und diese aus einer Hand erbracht werden sollen. Das dürfte selten der Fall sein.

Wenn der Verbraucher widerruft, kommt es zur Rückabwicklung des Vertrages. Die bereits erbrachten Leistungen müssen wechselseitig zurückgewährt werden. Es ist durchaus denkbar, dass der Unternehmer vor dem Widerruf bereits Bauleistungen erbracht und der Verbraucher schon Abschlagszahlungen geleistet hat; dies insbesondere dann, wenn der Widerruf wegen fehlender Widerrufsbelehrung womöglich erst nach mehreren Monaten erfolgt. Der Unternehmer hat die erhaltenen Abschlagszahlungen zurückzuzahlen. Umgekehrt ist die „Rückgabe“ der vom Unternehmer erbrachten Bauleistungen, d.h. ein zerstörungsfreier Ausbau, in der Regel nicht möglich. Dann darf der Verbraucher die Bauleistungen „behalten“, jedoch schuldet er dem Unternehmer **Wertersatz**. Die Höhe des Wertersatzes richtet sich nach der vereinbarten Vergütung, mindestens nach dem Marktwert. Der Wertersatz wird mit den zurückgeforderten Abschlagszahlungen verrechnet, sodass der Verbraucher im Zweifel nur eine geringe oder gar keine Rückzahlung erwarten kann. Ist die erbrachte Bauleistung mangelhaft, kann der Verbraucher dafür einen Minderwert ansetzen.

### 3. Abschlagszahlungen, Sicherheiten

#### **§ 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 Zahlungsversprechen 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.

#### **§ 650f Bauhandwerkersicherung**

...

(6) Die Abs. 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. (...)

2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbaupvertrag nach § 650i oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u handelt.

(...)

#### **§ 309 Nr. 15 BGB Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

(...)

Nr. 15 (Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung)

eine Bestimmung, nach der der Verwender bei einem Werkvertrag

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

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



a)

Der Unternehmer kann kraft Gesetzes vom Auftraggeber Abschlagszahlungen verlangen (§ 632a), auch beim Verbraucherbaupertrag. Die Abschlagszahlungen sollen dem Wert der erbrachten Leistungen (Baufortschritt) entsprechen.

Beim Verbraucherbaupertrag sind die Abschlagszahlungen **der Höhe nach gedeckelt**: Sie dürfen eine Grenze von 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung nicht überschreiten. Zur Gesamtvergütung gehört auch eine etwaige Nachtragsvergütung infolge einer Leistungsänderung (§ 650c, siehe oben Teil 3). Das bedeutet jedoch nicht, dass jede einzelne Abschlagsrechnung auf 90 % gekürzt werden muss; erst bei der Schlussrechnung muss nach der Addition sämtliche Abschlagszahlungen eine Restvergütung von 10 % offenbleiben.

Zusätzlich muss der Unternehmer dem Verbraucher eine (zusätzliche) **Sicherheit von 5 % der Gesamtvergütung** gewähren, und zwar bei **der ersten Abschlagszahlung**. Bei Nachträgen ist wiederum eine Sicherheit von 5 % der zusätzlichen Vergütung zu stellen. Die Bestimmung ist nicht neu; sie entspricht dem bisherigen § 632a Abs. 3 BGB, der vor allem schon jetzt in Bauträgerverträgen Anwendung findet. Die Sicherheit kann nach Wahl des Unternehmers entweder durch einen zusätzlichen Bareinbehalt oder z.B. durch Bürgschaft erbracht werden.

b)

Im Unterschied zu den Informationspflichten des Unternehmers und dem Widerrufsrecht des Verbrauchers sind die Deckelung der Abschlagszahlungen und die Sicherung des Verbrauchers nicht zwingend vorgeschrieben. Abweichende vertragliche Vereinbarungen sind grundsätzlich möglich, allerdings nur durch Individualvertrag, nicht durch AGB. Dies wurde durch das neue Klauselverbot in § 309 Nr. 15 BGB klargestellt.

c)

Umgekehrt hat der Unternehmer auch beim Verbraucherbaupertrag ein Interesse, seinen Vergütungsanspruch zu sichern. Die „klassische“ Bauhandwerkersicherheit ist beim Verbraucherbaupertrag unzulässig (§ 650f Abs. 6 BGB). Damit sind aber Erfüllungssicherheiten zugunsten des Unternehmers nicht schlechthin verboten. Sie sind nur dem Umfang nach beschränkt. Wenn der Unternehmer berechtigterweise Abschlagszahlungen verlangt, so darf die Sicherheitsleistung des Verbrauchers nicht höher sein als die nächst fällige Abschlagsrechnung und jedenfalls nicht höher als 20 % der vereinbarten Gesamtvergütung (§ 650m Abs. 4 BGB).

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

Immer wieder wird darüber gestritten, ob der Bauunternehmer verpflichtet ist, dem Auftraggeber nach Fertigstellung der Bauleistung die Bauunterlagen auszuhändigen, wenn dies nicht ausdrücklich im Vertrag vereinbart ist. Zur Diskussion stehen meistens die Bestands- und Revisionspläne, Werkpläne und Statik, Nachweise, Prüfsertifikate etc. Die Rechtsprechung ist eher zurückhaltend. Von einigen Gerichten anerkannt wurde der Anspruch des Auftraggebers auf Aushändigung solcher Unterlagen, die für die langfristige Bewirtschaftung und Instandhaltung des Gebäudes benötigt werden. Dies dürfte im Zweifel auf Bestands- und Revisionspläne sowie öffentlich-rechtliche Nachweise zutreffen, aber nicht unbedingt auf die Werkpläne, die Statik und wohl nicht auf Prüfsertifikate und bauaufsichtliche Zulassungen von Bauprodukten.

**§ 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 Planungs-vorgaben 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.*

Der Gesetzgeber hat zu dieser Thematik erstmals diese gesetzliche Regelung geschaffen, wonach der Verbraucher vom Unternehmer die Herausgabe von „Planungsunterlagen“ verlangen kann. Welche Unterlagen damit genau gemeint sind, bleibt offen.

Außerdem wird die praxisrelevante Frage, welche Unterlagen zur Bewirtschaftung und Instandhaltung benötigt werden, gar nicht aufgegriffen. Maßgebend ist in erster Linie, ob der Verbraucher die Unterlagen zum Nachweis gegen über Behörden benötigt, in erster Linie, ob er sie für Dritte, namentlich für seine Kreditgeber braucht (z.B. Wärmeschutznachweis bei KfW-Förderung).

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

## **II. Sonstiger Verbraucherschutz**

Ist der Auftrag des Verbrauchers nicht auf einen Neubau oder wesentlichen Umbau aus einer Hand gerichtet, ist die Schwelle zum Verbraucherbaupertrag nicht überschritten. Dann liegt entweder ein Baupertrag oder ein Werkpertrag über kleine Bauleistungen vor. Werden solche Verträge in einer bestimmten Form geschlossen, nämlich als

- Außer-Geschäftsraum-Vertrag (§ 312b BGB) oder
- Fernabsatzpertrag (§ 312c BGB).

gelten auch schon jetzt spezielle Verbraucherschutzvorschriften.

Ein Außer-Geschäftsraum-Vertrag liegt vor, wenn der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit beider Parteien an einem Ort außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers geschlossen oder der Verbraucher an diesem Ort sein Angebot abgegeben hat oder der Verbraucher dort unmittelbar vor Vertragsschluss vom Unternehmer persönlich und individuell angesprochen wurde, ferner bei Abschluss auf einer Ausflugsfahrt. Fernabsatzperträge sind solche, bei denen die Verhandlungen und der Abschluss ausschließlich durch Fernkommunikationsmittel erfolgen.

Bei solchen Verträgen muss der Unternehmer spezielle Informationspflichten erfüllen (§ 246a EGBGB). Daneben besteht ein gesetzliches Widerrufsrecht (§§ 312g, 355 BGB), das ähnlich ausgestaltet ist wie das Widerrufsrecht bei Verbraucherbauperträgen.

Es wird diskutiert, ob das Widerrufsrecht gilt, wenn bei einem Verbraucherbaupertrag zwischen den Parteien ein Nachtrag „auf der Baustelle“ ausgehandelt wird. Das besondere Widerrufsrecht beim Verbraucherbaupertrag gilt im Zweifel nur für den ursprünglichen Vertrag, nicht aber für den Nachtrag. Wird der Nachtrag auf der Baustelle ausgehandelt, so könnte dafür die „Außer-Geschäftsraum-Situation“ des § 312b BGB vorliegen und dann das Widerrufsrecht nach § 355 BGB auslösen. Dieses Ergebnis wird von der überwiegenden Auffassung wohl eher abgelehnt, ist aber jedenfalls umstritten.

## **Teil 5: Der Bauträgervertrag**

Die konkreten Regelungen des neuen Bauvertragsrechtes sind lediglich bezüglich des Bauträgervertrages in zwei Vorschriften enthalten:

### **§ 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.*

## **1. Begriffsbestimmung**

Die Definition des Bauträgervertrages ist in § 650u Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht neu. Der Bauträgervertrag enthält zwei Leistungspflichten des Bauträgers gegenüber dem Erwerber:

- Bauleistung: Errichtung oder Umbau eines Hauses o.ä. (= Werkvertragsrecht)
- Verschaffung des Grundstückseigentums bzw. eines Erbbaurechts (= Kaufrecht)

Soweit Abschlagszahlungen vereinbart werden, gelten die speziellen Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV); darauf verweist § 650v.

Ansonsten beschränkt sich die Novelle darauf, die beim Bauträgervertrag anwendbaren und nicht anwendbaren Vorschriften zu benennen.

## 2. Anwendbare Vorschriften

Beim Bauträgervertrag sind grundsätzlich die Vorschriften des Werkvertrages anzuwenden, soweit es um die Pflicht des Bauträgers zur Errichtung des Bauwerks geht. Dazu gehören etwa die Bestimmungen über die Abnahme (§ 640 BGB), auch über die fiktive Abnahme.

Der Bauträgervertrag ist zugleich Bauvertrag. Von den Vorschriften des Bauvertrages anwendbar sind tatsächlich jedoch nur die Regelung über

- die Zustandsfeststellung bei verweigerter Abnahme (§ 650g Abs. 1 - 3 BGB)
- das Erfordernis einer prüffähigen Schlussrechnung (§ 650g Abs. 4 BGB)

Außerdem ist der Bauträgervertrag, wenn der Erwerber ein Verbraucher ist, in der Regel gleichzeitig auch ein Verbraucherbauvertrag, wenn die Errichtung eines Hauses aus einer Hand geschuldet ist. Insofern gelten grundsätzlich auch die Vorschriften über den Verbraucherbauvertrag. Anwendbar sind insbesondere die Bestimmungen über

- die notwendigen Inhalte der Baubeschreibung (§ 650j BGB)
- die Auslegung der Baubeschreibung (§ 650k Abs. 2 BGB)
- die Angabe der Bauzeit (Fertigstellungstermin oder –frist, § 650k Abs. 3 BGB)
- die Sicherheit von 5 % bei der ersten Abschlagszahlung (§ 650m Abs. 2 BGB)
- die Erstellung und Herausgabe von Planungsunterlagen, die der Erwerber für Behörden oder Kreditgeber benötigt (§ 650n BGB)

## 3. Nicht anwendbare Vorschriften

Ausdrücklich nicht anwendbar sind beim Bauträgervertrag folgende Bestimmungen:

- §§ 648 und 648a BGB über die **Kündigung** des Werkvertrages: Diese passen auf den Bauträgervertrag nicht, weil er auch eine Grundstücksübertragung enthält. Der Erwerber wird allein auf die gesetzlichen Rücktrittsrechte verwiesen.
- §§ 650b bis 650e BGB über die **Änderungsbefugnisse des Auftraggebers**: Diese stehen dem Erwerber nicht zu.
- § 650k Abs. 1 BGB über die **Baubeschreibung als Gegenstand des Vertrags**: Dies ist bei einem Bauträgervertrag unnötig, da der Bauträgervertrag samt Baubeschreibung insgesamt notariell zu beurkunden ist.
- § 650l BGB über das **Widerrufsrecht**: Dies ist beim Bauträgervertrag ausgeschlossen, da die notarielle Beurkundung den Erwerber bereits vor Übereilung schützt.
- § 650m Abs. 1 BGB über die **Deckelung von Abschlagszahlungen**: Insoweit gilt vorrangig die MaBV.

## Teil 6. Änderungen im Kaufrecht

Mit der Novelle des Bauvertragsrechts hat der Gesetzgeber zugleich einige punktuelle Änderungen im Kaufrecht vorgenommen. Hier geht es insbesondere um Einzelfragen der Gewährleistung bei der Lieferung mangelhafter Baustoffe.

### I. Lieferung mangelhafter Baustoffe

#### **§ 439 Nacherfüllung**

...

*(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. § 442 Abs. 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.*

#### **§ 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**

*Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam*

*(...)*

*8. b) (Mängel)*

*eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen*

*(...)*

*cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung)*

*die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 und 3 oder § 635 Abs. 2 zu tragen oder zu ersetzen; (...)*

Werden bei einer Baumaßnahme Baustoffe (z.B. Fliesen, Fenster) eingebaut, so richtet sich die Gewährleistung des ausführenden Unternehmers gegenüber dem Kunden nach Werkvertragsrecht. Hat der Unternehmer oder der Bauherr die Baustoffe bei einem Lieferanten beschafft, gilt für dieses Lieferverhältnis Kaufrecht. Wenn nun z.B. die eingebauten Fenster Mängel aufweisen, führt dies zu einem Mangel der Werkleistung. Zugleich haftet der Lieferant als Verkäufer für die mangelhaften Fenster. Bei einer Lieferkette setzt sich die Haftung gegenüber dem Vor-Lieferanten bis hin zum Hersteller fort.

Bei einer mangelhaften Kaufsache kann der Käufer vom Verkäufer in erster Linie Nacherfüllung verlangen, d.h. entweder Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache (§§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB). Schuldet der Lieferant nun die Lieferung neuer Fenster, muss er auch die damit verbundenen Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten tragen (§ 439 Abs. 2 BGB).

Ungelöst war bisher folgendes Problem: Mit dem Austausch der mangelhaften Baustoffe sind natürlich auch Kosten für den Aus- und Einbau verbunden. Eine Haftung des Baustofflieferanten für diese Baukosten war gesetzlich nicht vorgesehen. Die Rechtsprechung hat gleichwohl eine Kostenhaftung des Lieferanten angenommen, dies allerdings nur gegenüber einem Verbraucher als Käufer. Insoweit hat man sich auf die EU-Verbraucherrechterichtlinie berufen. Der Bauunternehmer bzw. Handwerker, der die mangelhaften Baustoffe beim Kunden eingebaut hat, konnte von seinem Lieferanten zwar Nachlieferung samt Transportkosten verlangen, nicht jedoch Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten.

Neuerdings steht gemäß § 439 Abs. 3 BGB jedem Käufer gegenüber seinem Lieferanten ein Anspruch auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten zu, also insbesondere dem Unternehmer/Handwerker, der das gekaufte Baumaterial beim Kunden einbaut. Gleiches gilt für den Bauherrn, der das Baumaterial selbst einkauft und dem Handwerker bauseits zur Verfügung stellt.

Es sind folgende Fallgruppen zu betrachten:

- Der Unternehmer baut im Auftrag des Bauherrn Fenster ein, die der Unternehmer sich bei seinen Fensterlieferanten beschafft hat: Wenn sich die Fenster als mangelhaft erweisen, kann der Bauherr vom Unternehmer Austausch der Fenster samt Aus- und Einbau verlangen. Der Unternehmer kann seinen Lieferanten auf Nachlieferung der Fenster samt Transport etc. sowie (neuerdings) auf Erstattung der Aus- und Einbaurkosten in Anspruch nehmen.
- Der Unternehmer baut im Auftrag des Bauherrn Fenster ein, die der Bauherr selbst bei einem Fensterlieferanten beschafft hat: Wenn sich die Fenster als mangelhaft erweisen, so steht der Anspruch auf Nachlieferung samt Aus- und Einbaurkosten nicht dem Unternehmer, sondern dem Bauherrn als Käufer gegen den Lieferanten zu.
- Der Bauherr baut die von ihm beschafften Fenster selbst ein: Sind die Fenster mangelhaft, kann der Bauherr vom Lieferanten Nachlieferung sowie die Aus- und Einbaurkosten verlangen. Hat der Bauherr beim Einbau auch selbst fehlerhaft gearbeitet, kann der Lieferant dem Bauherrn ein Mitverschulden entgegenhalten.

Baut der Unternehmer nur die vom Bauherrn selbst beschafften Baustoffe ein, so stellt sich die Frage, ob der Bauherr gleichzeitig den Lieferanten und den Unternehmer in Anspruch nehmen kann.

- Der Einbau mangelhafter Baustoffe führt zwar grundsätzlich zu einem Mangel der Werkleistung des Unternehmers. Es ist jedoch anerkannt, dass die Mängelhaftung des Unternehmers jedenfalls dann nicht eintritt, wenn der Werkmangel ausschließlich auf einer fehlerhaften Beschaffenheit des Baustoffes beruht und der Unternehmer dies nicht erkennen konnte. Dann ist der Unternehmer nicht gewährleistungspflichtig, der Bauherr kann sich nur an den Baustofflieferanten halten.
- Anders ist es, wenn nicht nur das bauseits gestellte Material fehlerhaft ist, sondern der Unternehmer beim Einbau außerdem fehlerhaft arbeitet. Dann haften sowohl der Baustofflieferant als auch der Unternehmer wegen mangelhafter Werkleistung, und zwar nach herrschender Meinung als Gesamtschuldner.

## II. Regress in der Lieferkette

### **§ 445a Rückgriff des Verkäufers**

(1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Abs. 2 und 3 sowie § 475 Abs. 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) § 377 des Handelsgesetzbuchs bleibt unberührt.

### **§ 445b Verjährung von Regressansprüchen**

(1) Die in § 445a Abs. 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

(2) Die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Abs. 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens 5 Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.

(3) Die Abs. 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

Wird der Baustofflieferant vom Letztkauf in Anspruch genommen, so kann der Lieferant seinerseits als Käufer bei seinem Vor-Lieferanten Regress nehmen; dies setzt sich innerhalb einer Lieferantenkette entsprechend fort bis zum Hersteller als (Erst-)Verkäufer. Es gilt jeweils die kaufrechtliche Mängelhaftung. Die handelsrechtliche Rügepflicht (§ 377 HGB) bleibt allerdings unberührt. Freilich ist die Regresshaftung des Lieferanten beschränkt auf diejenigen Kosten, die dem Käufer im Verhältnis zum Letztkauf zu Recht entstanden sind.

Der Gesetzgeber hat die Regressansprüche gegen den jeweiligen (Vor-)Lieferanten in zwei Punkten erleichtert:

### **1. Fristsetzung entbehrlich**

Verlangt der Käufer vom Verkäufer Nacherfüllung, wird er dem Verkäufer eine Frist setzen. Denn wenn die Nacherfüllung fehlschlägt oder vom Verkäufer verweigert wird, ist der Käufer auf die Sekundäransprüche (Rücktritt, Kaufpreisminderung und Schadensersatz) verwiesen. Die Ausübung dieser Mängelrechte erfordern grundsätzlich eine vorherige Fristsetzung durch den Käufer (§ 437 BGB).



Wenn nun der Bauherr z.B. Mängel an den eingebauten Fenstern rügt, wird er dem Unternehmer eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen. Innerhalb dieser Frist muss der Unternehmer seinerseits dann seine kaufrechtlichen Mängelansprüche gegen den Fensterlieferanten durchsetzen. Ist der Lieferant zur Nachlieferung nicht in der Lage, muss der Unternehmer notfalls Ersatz bei einem Drittlieferanten beschaffen. Um sich die Kosten vom Hauptlieferanten zurückholen zu können, hätte der Unternehmer seinerseits dem Hauptlieferanten zunächst eine Frist zur Nacherfüllung setzen müssen; andernfalls bliebe er auf den Kosten der Ersatzbeschaffung sitzen. Für eine solche Fristsetzung bleibt oft keine Zeit, weil der Unternehmer dem Fristendruck seines Bauherrn ausgesetzt ist.

In dieser misslichen Situation hilft dem Unternehmer § 445a Abs. 2: Zur Ausübung der Mängelrechte gegen den Hauptlieferanten ist eine Fristsetzung ausnahmsweise nicht erforderlich.

## **2. Verjährungshemmung**

In einer Lieferkette besteht für den Verkäufer ein Verjährungsrisiko, wenn der Käufer Mängelrechte zu einem Zeitpunkt geltend macht, in dem die Gewährleistung des Lieferanten gegenüber dem Verkäufer in Kürze abläuft oder womöglich schon abgelaufen ist. Dieses Risiko wird jetzt durch § 445b Abs. 2 gemindert. Die Verjährungsfristen innerhalb der jeweiligen Vertragsverhältnisse bleiben an sich unverändert. Jedoch wird der Ablauf der Verjährung im Verhältnis zum Lieferanten so lange aufgeschoben, bis der Verkäufer die Mängelansprüche seines Käufers erfüllt hat, zuzüglich einer weiteren Frist von zwei Monaten nach diesem Ereignis (sogenannte Ablaufhemmung).

Die Ablaufhemmung dauert jedoch nicht unendlich. Sie endet im Verhältnis zum Lieferanten spätestens 5 Jahre nach Ablieferung der Kaufsache.