

Thesenpapier

der Kernarbeitsgruppe im

Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht

des Deutschen Baugerichtstages

Erarbeitet und verfasst von:

- RiBGH Claus Halfmeier, Karlsruhe
- Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar
- VorsRiOLG Günther Jansen, Hamm
- VorsRiBGH Prof. Dr. Rolf Kniffka, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Koeble, Reutlingen
- Rechtsanwalt Steffen Kraus, München
- RiBGH Stefan Leupertz, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Michael Maurer, Schrobenhausen
- Rechtsanwalt Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn
- Rechtsanwältin Dr. Iris Oberhauser, München
- Rechtsanwalt Peter Oppler, München
- Rechtsanwalt Andreas Roquette, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Claus Schmitz, München
- Rechtsanwalt Dr. Alfons Schulze-Hagen, Mannheim
- Universitätsprofessor Dr. Wolfgang Voit, Marburg
- VorsRiOLG a.D. Prof. Dr. Klaus Vygen, Düsseldorf

Unter Mitarbeit von:

- Rechtsanwalt Dr. Stefan Althaus, München
- VorsRiLG a.D. Burchard von Behr, München
- Rechtsanwältin Dr. Antje Boldt, Frankfurt
- Universitätsprofessor Dr. Jochen Glöckner, Konstanz
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Werner Langen, Mönchengladbach
- Rechtsanwalt Dr. Ulrich Locher, Reutlingen
- VorsRiOLG a.D. Prof. Dr. Gerd Motzke, Mering
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernhard Rauch, Regensburg
- Rechtsanwalt Dr. Carsten Schrader, München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Thierau, Bonn
- VorsRiOLG a.D. Dr. Friedhelm Weyer, Viersen

Präambel

Die Baubranche leidet seit langem unter unzureichenden rechtlichen Rahmenbedingungen für eine interessengerechte und ökonomische Abwicklung von Bauvorhaben. Die bisherigen Bemühungen des Gesetzgebers, diese Rahmenbedingungen durch punktuelle Gesetzesänderungen zu verbessern, sind ohne durchgreifende Wirkung geblieben. Dieser Erkenntnis verschließt sich auch die Politik nicht. Schon während der abschließenden Beratung des Forderungssicherungsgesetzes (Drucks. 16/511) in der 172. Sitzung des Deutschen Bundestages am 26. Juni 2008 (Plenarprotokoll 16/172) haben Vertreter aller Bundestagsfraktionen auf die Notwendigkeit hingewiesen, ein eigenständiges, auf die Besonderheiten des bauvertraglichen Leistungsaustauschs zugeschnittenes Bauvertragsrecht zu schaffen. Die derzeitigen Regierungsparteien haben diese Impulse aufgegriffen und die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts im Koalitionsvertrag (Tz. 1755 bis 1759) auf die politische Tagesordnung gesetzt.

Der Deutsche Baugerichtstag e.V. begrüßt und unterstützt diese Initiative. Sein Arbeitskreis I wird deshalb auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag am 7./8. Mai 2010 in Hamm Empfehlungen für ein gesetzliches Bauvertragsrecht beraten und Beschlüsse hierzu fassen. Ziel ist es, Leitgedanken für entsprechende gesetzliche Regelungen festzulegen. Das vorliegende Thesenpapier enthält solche Leitgedanken, die in intensiver Vorarbeit einer Arbeitsgruppe von Fachleuten aus Rechtsprechung, Rechtsanwaltschaft und Rechtswissenschaft entwickelt worden sind. Es soll als Diskussions- und Beschlussgrundlage dienen und überdies bauvertragsrechtliche Grundprinzipien aufzeigen, an denen sich konkrete gesetzliche Regelungen orientieren müssen.

Die Mitglieder der Kernarbeitsgruppe des Arbeitskreises I sind der festen Überzeugung, dass die Schaffung eines eigenständigen Bauvertragsrechts dringend erforderlich ist. Diese Überzeugung beruht auf der im täglichen Umgang mit der Abwicklung von Bauverträgen gewonnenen Erkenntnis, dass schlechte, nicht selten bewusst unklare Ausschreibungen, intransparente Kalkulations- und Abrechnungspraktiken sowie der Missbrauch des bauvertraglichen Regelungsgefüges zur Verweigerung fälliger Zahlungen Ausprägungen einer auf Konfrontation ausgelegten Vertragsunkultur sind, die letztlich darauf zurückzuführen ist, dass die rechtlichen Parameter, nach denen Bauverträge geschlossen und abgewickelt werden (können), im Gesetz unzureichend, in wichtigen Punkten überhaupt nicht geregelt sind. Die sich hieraus für die Praxis und die Rechtsfindung ergebenden Unsicherheiten sind gravierend. Sie können nur auf der Grundlage stimmiger und sachgerechter gesetzlicher Regelungen beseitigt werden, die den spezifischen Besonderheiten des Bauvertrages angemessen Rechnung tragen. Der Arbeitskreis I ist aufgerufen, Empfehlungen für die inhaltliche Gestaltung solcher Regelungen zu beschließen, die als gesetzliches Leitbild des Bauvertrages Richtschnur für eine möglichst weitgehend privatautonome Gestaltung von Bauverträgen sein können. Ein solches Leitbild fehlt derzeit. Es findet sich insbesondere nicht in den Bestimmungen der VOB/B, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen keine verbindlichen gesetzlichen Regelungen enthalten, sondern sich regelmäßig im Wege der Inhaltskontrolle an diesen messen lassen müssen. Nach der dazu in Fachkreisen geführten Diskussion besteht die Gefahr, dass zentrale Regelungen der VOB/B der Inhaltskontrolle nicht standhalten. Die angestrebte Einführung eines eigenständigen Bauvertragsrechts soll den auch für den Bauvertrag geltenden Grundprinzipien der allgemeinen Rechtslehre Geltung verschaffen und der Praxis überdies klare und sachgerechte Regeln für die Abwicklung der zahlreichen Fälle bereitstellen, in denen die zweckentsprechende Verwirklichung des Bauvorhabens eine nachträgliche Anpassung des bauvertraglichen Leistungsgefüges erfordert. Darüber hinaus betreffen die Änderungsvorschläge der Arbeitsgruppe die Bereiche Sachmängelhaftung, Abnahme, Abschlagszahlungen, Sicherheiten und Kündigung.

Die folgenden Thesen fassen die Grundgedanken zusammen, an denen sich nach Auffassung der Arbeitsgruppe die gesetzlichen Vorschriften eines eigenständigen Bauvertragsrechts orientieren sollen. Sie enthalten bewusst keine konkreten Vorschläge für die Formulierung solcher Vorschriften, die erst auf der Grundlage der Beschlussfassungen des 3. Deutschen Baugerichtstages erarbeitet werden sollen. Die Thesen sind nicht abschließend. Sie lassen offen, ob weitergehender Regelungsbedarf

besteht, und treffen keine Aussage zu den formalen Aspekten einer Gesetzesänderung. Unbeantwortet bleibt insbesondere die Frage, ob das Bauvertragsrecht insgesamt aus dem Werkvertragsrecht ausgegliedert werden soll. Die Entscheidung hierüber wird erst in Abstimmung mit den Ergebnissen des Arbeitskreises IV (Recht der Architekten und Ingenieure), des Arbeitskreises V (Bauträgerrecht) und des Arbeitskreises VII (außergerichtliche Streitbeilegung) fallen können. Die Arbeitsgruppe ist der Auffassung, dass die für die Bemessung von Mehrvergütungsansprüchen des Unternehmers derzeit maßgeblichen Regeln der Preisbildung und Preisfortschreibung im Sinne der Aufrechterhaltung eines fairen Leistungsaustauschs überdacht werden müssen. Die hierzu gebildete These 5 enthält lediglich zentrale Grundgedanken und verzichtet bewusst auf konkrete Vorschläge für die Ausgestaltung solcher Regeln, deren Entwicklung Gegenstand der Tätigkeit des Arbeitskreises VI (Sachverständige) ist. Ob und wenn ja, welche Regelungen für die Entstehung und Bemessung von Mehrvergütungsansprüchen in ein gesetzliches Bauvertragsrecht aufgenommen werden sollen, kann nur in Abstimmung mit dem Arbeitskreis VI und erst unter Heranziehung der dort auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag gefassten Beschlüsse entschieden werden.

These 1:

Geschuldete Leistung, Mangelbegriff und Mängelrechte

- a) Der Unternehmer schuldet ein funktionstaugliches Werk. Maßstab für seine Leistungsverpflichtung ist die berechnigte Funktionalitätserwartung des Bestellers. Das gilt auch bei Verträgen, denen eine (detaillierte) Leistungsbeschreibung des Bestellers zugrunde liegt, die der berechnigten Funktionalitätserwartung des Bestellers nicht gerecht wird. § 633 soll entsprechend angepasst werden.
- b) Die bisher in §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B verankerten und von der Rechtsprechung auch auf den BGB-Bauvertrag angewendeten Regelungen zur Prüfungs- und Hinweisobliegenheit des Unternehmers sollen sinngemäß in das Gesetz übernommen werden.

Begründung

A. Zu lit a): Funktionaler Herstellungsbegriff

I. Grundlagen

Anknüpfungspunkt für die Mangelhaftung des Unternehmers ist die Verfehlung des werkvertraglichen Erfolgs, der wiederum in der Herstellung des versprochenen (Bau-) Werkes besteht (§ 631 Abs. 1 BGB). Worin der werkvertragliche Erfolg besteht, ergibt sich aus dem jeweiligen Vertrag. Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, wie weit die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers reicht. Maßstab hierfür und damit für die Mangelfreiheit seines Werkes ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum derzeit geltenden Recht die unter Berücksichtigung der vertraglichen Abreden berechnigte Funktionalitätserwartung des Bestellers. Der Unternehmer muss vorbehaltlich anderweitiger rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen also alle Leistungen erbringen, die zur Herstellung eines funktionstauglichen Werkes erforderlich sind¹. Davon geht auch die ganz herrschende Meinung in der Literatur aus².

a) Dieses funktionale Verständnis der werkvertraglichen Herstellungspflicht soll für das bauvertragliche Sachmangelhaftungsrecht beibehalten werden. Es entspricht der nach der werkvertraglichen Systematik über das Bauergebnis definierten Erfolgsverpflichtung des Unternehmers, die verfehlt wird, wenn das fertige Bauwerk Funktionsmängel aufweist. Solche Funktionsmängel muss der Besteller jedenfalls dann nicht hinnehmen, wenn sich die Abreden der Vertragsparteien zur Leistungsverpflichtung des Unternehmers in der Festlegung des Bauergebnisses erschöpfen. Das ist bei (ausschließlich) funktionalen Ausschreibungen der Fall. Dann ergibt sich unmittelbar aus den vertraglichen Vereinbarungen, dass der geschuldete Bauerfolg die Funktionalität umfasst. Es ist Sache des Unternehmers, die hierfür erforderlichen Bauleistungen dementsprechend zu planen und auszuführen.

b) Die dem funktionalen Mangelbegriff innewohnende Funktionalitätserwartung des Bestellers wird nicht dadurch außer Kraft gesetzt, dass er die Planung des Bauvorhabens an sich zieht und dem Unternehmer durch eine hieraus entwickelte Leistungsbeschreibung vorgibt, welche Leistungen er konkret für die Verwirklichung des Bauerfolges erbringen soll. Auch einem solchen Vertragskonstrukt liegt die vom Unternehmer akzeptierte Vorstellung des Bestellers zugrunde, dass die Abarbeitung der vertraglichen Leistungsvorgaben zu einem funktionstauglichen Bauergebnis führt. Der Unternehmer

¹ Zuletzt: BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 115 Tz. 15 mwN

² Vgl.: MünchKommBGB-Busche, 5. Aufl., § 633 Rdn. 14; Bamberger/Roth-Voit, BGB, 2. Aufl., § 633 Rdn. 5, 9; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 6. Teil, Rdn. 23ff.; PWW-Leupertz, BGB, 4. Aufl., § 631 Rdn. 1, § 633 Rdn. 10, 21; Messerschmidt/Voit-Drossart, Privates Baurecht, § 633 Rdn. 16; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdn. 1457.

muss prüfen, ob diese Erwartung zutrifft und den Besteller auf eventuelle Bedenken hinweisen (dazu i.E. unten B.). Allein der Umstand, dass nicht er, sondern der Besteller die Ausführung der Bauleistung plant, ändert indes nichts an seiner Verpflichtung, ein funktionstaugliches Werk herzustellen. Denn die in der Leistungsbeschreibung des Bestellers repräsentierten Beschaffenheitsvereinbarungen sollen den geschuldeten Erfolg nicht ersetzen; sie dienen nach den Vorstellungen der Parteien vielmehr dazu, ihn zu verwirklichen. Ihnen bleibt es allerdings unbenommen, durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen von der Verwirklichung eines funktionalen Werkerfolges Abstand zu nehmen.

Die gegenteilige Auffassung³, welche die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers in diesen Fällen auf die Abarbeitung der vom Besteller stammenden Leistungsbeschreibung beschränkt wissen will, überzeugt nicht. Sie ersetzt im Ergebnis die auf die Funktionalität des Bauergebnisses bezogene Erfolgsverpflichtung des Unternehmers durch eine vertragliche Nebenpflicht, die Leistungsvorgaben des Bestellers zu prüfen und auf Bedenken gegen die darin manifestierte Ausführung der Bauleistung hinzuweisen⁴. Das führt bei erkennbar fehlerhaften oder unvollständigen Leistungsbeschreibungen und dennoch unterbliebenem Bedenkenhinweis dazu, dass der Besteller ein funktionsuntüchtiges Werk erhält und darauf verwiesen wird, den Unternehmer gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Ersatz des ihm hierdurch entstandenen Schadens in Anspruch zu nehmen. Die dadurch bedingte Aufteilung zwischen (verschuldensunabhängigen) Mängelrechten und (verschuldensabhängigen) Schadenersatzansprüchen ist systemwidrig und unökonomisch. Sie nimmt dem Unternehmer, dem ein Verstoß gegen seine Bedenkenhinweispflicht vorzuwerfen ist, das Recht der zweiten Andienung und versperrt so den Weg zu einer kostengünstigen Herstellung der Funktionstauglichkeit zum Selbstkostenpreis durch denjenigen, der mit dem Werk vertraut ist.

c) Schon in Erwägung dessen empfiehlt sich ein Festhalten am funktionalen Herstellungs- bzw. Mangelbegriff. Hinzu treten folgende Gründe:

- ⇒ Der funktionale Mangelbegriff entspricht einem Grundanliegen des Verbraucherschutzes, weil er verhindert, dass ein Verbraucher durch die Vereinbarung von Beschaffenheiten den Anspruch auf die Verwirklichung der Funktionalität des Werks verliert, auf die es ihm eigentlich ankommt.
- ⇒ Es liegt im Interesse einer Vereinheitlichung des Rechts und der Kontinuität seiner Anwendung, die Sachmangelhaftung des Unternehmers auch künftig an den funktionalen Herstellungs- bzw. Mangelbegriff zu knüpfen.
 - Auch dem Kaufrecht liegt ein funktionales Verständnis von der Mangelfreiheit des Kaufgegenstandes zugrunde, was dort allerdings nur selten zum Tragen kommt. Wird einem Kaufgegenstand durch die Werbung oder durch Herstellerangaben eine Fähigkeit zugeschrieben, die er nach den konkret vereinbarten Beschaffenheitsangaben nicht erreichen kann, so ist er mangelhaft.
 - Der funktionale Herstellungs- bzw. Mangelbegriff findet sich so oder ähnlich in anderen europäischen Rechtsordnungen, wie die vom BMELV veranlasste Studie „Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts“ der Universität Heidelberg gezeigt hat.⁵
- ⇒ Die Rechtsprechung zur werkvertraglichen Sachmangelhaftung des Unternehmers beruht seit Jahrzehnten auf einem funktionalen Verständnis der Erfolgsverpflichtung des Unternehmers. Auf dieser Grundlage hat sie gesicherte Kriterien für die Anwendung des bauvertraglichen Sachmangelhaftungsrechts entwickelt, die in der Praxis anerkannt sind und sich dort bewährt

³ Peters, NZBau 2008, 609, 610

⁴ I. E. ebenso: Vorwerk, BauR 2003, 1, 5f.

⁵ Schweiz: vgl. S. 386 f. (jedoch im Wege einer zu vereinbarenden ISA-Norm, dazu vgl. Studie S. 368 f.); Niederlande S. 352 (keine konkrete Aussage); Frankreich: S. 300 (Umfassende Haftung des Bauunternehmers für Schäden; nur abwendbar durch Nachweis, dass Verantwortlichkeit außerhalb seiner Sphäre liegt oder bei höherer Gewalt); England: S. 237 (auch vergessene Leistungen können vertraglich geschuldet sein).

haben. Es besteht kein sachlicher Grund, die durch die Kontinuität der Rechtsprechung gewährleistete Rechtssicherheit durch einen Paradigmenwechsel zu beenden.

II. Regelungsbedarf

a) Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen bilden die unter I. dargelegten Zusammenhänge nur unvollkommen ab. Gemäß § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB ist das Werk mangelfrei, wenn es die vereinbarten Beschaffenheiten hat. Auf die von § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB erfasste Verwendungseignung und übliche Beschaffenheit kommt es nur an, soweit keine Beschaffenheiten vereinbart sind. Der darin zu Tage tretende Regelungszusammenhang legt die Annahme nahe, die funktionsuntaugliche Werkleistung könne gleichwohl mangelfrei sein, wenn der Unternehmer die vom Besteller erstellte Leistungsbeschreibung abgearbeitet und die darin (nicht zwingend) enthaltenen Beschaffenheitsvereinbarungen beanstandungsfrei umgesetzt hat. Der Bundesgerichtshof⁶ geht allerdings unter Hinweis auf die Begründung des Entwurfs zum SRMG⁷ davon aus, dass die Funktionalität regelmäßig zur vereinbarten Beschaffenheit gehört und deshalb auch auf der ersten Stufe des werkvertraglichen Mangelbegriffs (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB) zu berücksichtigen ist. Durch diese Zuordnung des Funktionalitätserfordernisses ist das Regelungsdefizit in § 633 Abs. 2 BGB nicht vollständig behoben. Sie greift nicht, wenn der funktionale Erfolg deshalb nicht erreicht wird, weil gerade die beanstandungsfreie Umsetzung fehlerhafter Beschaffenheitsvereinbarungen zur Entstehung eines Bauwerkes führt, welches nicht die vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung besitzt. Rechtlicher Anknüpfungspunkt für den Mangelvorwurf ist dann nicht die Nichteinhaltung von Beschaffenheitsvereinbarungen, sondern die Verfehlung der nach dem Verträge vorausgesetzten Verwendungseignung, wo sich das Kriterium der Funktionalität wiederfindet. Die Unzulänglichkeiten der derzeit geltenden gesetzlichen Definition des Mangelbegriffs sind demnach durch eine redaktionelle Überarbeitung des § 633 Abs. 2 BGB dahin zu korrigieren, dass die dort tatbestandlich genannten Voraussetzungen in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kumulativ, also nebeneinander, erfüllt sein müssen, um die Mangelfreiheit des Werkes konstatieren zu können. Die Werkleistungen müssen also auch bei getroffenen Beschaffenheitsvereinbarungen dem vertraglich vorausgesetzten, sonst dem gewöhnlichen Verwendungszweck entsprechen, soweit dieser nicht bereits in den in jedem Fall zu berücksichtigenden Beschaffenheitsvereinbarungen repräsentiert ist. Fehlen konkrete Beschaffenheitsvereinbarungen, kommt es auf die übliche Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB) an, wenn sich aus dem von den Parteien übereinstimmend vorausgesetzten Verwendungszweck nicht oder nicht vollständig ergibt, welche Beschaffenheitskriterien das Werk erfüllen muss.

b) Der Gesetzgeber hat bei der Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ausdrücklich davon abgesehen, eine Regelung in das Gesetz aufzunehmen, nach der die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten sind⁸. Einer dahin gehenden Ergänzung des § 633 Abs. 2 BGB bedarf es auch jetzt nicht.

c) Es wird vorgeschlagen, den Wortlaut des § 633 BGB entsprechend anzupassen.

B. Zu lit b): Prüfungs- und Hinweispflicht

I. Grundlagen

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Unternehmer dann nicht für den Mangel seines Werkes verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferte Stoffe oder Bauteile oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist

⁶ BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 115 Tz. 15

⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 212, 213, 261

⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 261

und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat⁹. Dieser, dem Regelungsgehalt der §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B entnommene Rechtsgedanke gilt nach Treu und Glauben (§ 242) auch für den BGB-Bauvertrag¹⁰. Anknüpfungspunkt hierfür ist die Erwägung, dass die auf die Herstellung eines funktionstauglichen Werkes bezogene Erfolgsverpflichtung des Unternehmers dann nicht uneingeschränkt zu einer verschuldensunabhängigen Mangelhaftung führen soll, wenn der Mangel auf verbindliche Vorgaben und Vorleistungen aus dem Risikobereich des Bestellers zurückzuführen ist¹¹. Eine so weitreichende Einstandspflicht entspräche weder der in § 645 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Risikoordnung, noch wäre sie interessengerecht¹².

b) Die Verpflichtung des Unternehmers, verbindliche Vorgaben und Vorleistungen des Bestellers auf ihre Geeignetheit für die Herstellung eines funktionstauglichen Werkes zu überprüfen, ist Gegenstand seiner werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung (damit ist nicht gemeint, dass die Prüfung zum Erfolg führen muss; gemeint ist, dass es keiner dogmatischen Herleitung der Prüfungspflicht bedarf). Sie erzwingt einen entsprechenden Hinweis, wenn sich Bedenken gegen die Leistungsvorgaben des Bestellers ergeben. Nur so ist gewährleistet, dass der Besteller die ihm obliegende Entscheidung treffen kann, ob er an seinen Vorgaben festhalten oder den Bedenken des Unternehmers im Sinne der Verwirklichung eines funktionstauglichen Werkes Rechnung tragen will.

Die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht ist ohne Einfluss auf die Anforderungen an eine (funktional) mangelfreie Bauleistung. Sie begründet vielmehr einen eigenständigen Tatbestand, der den Unternehmer von der Sach- und Rechtsmangelhaftung befreit¹³. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes ist der Unternehmer.

c) Der Unternehmer wird von der Mangelhaftung frei, wenn er die erforderlichen Bedenkenhinweise erteilt. Gleiches gilt, wenn er nach gebotener Prüfung keine Bedenken haben muss. Das ist gerechtfertigt, weil die zu Prüfung und Hinweis Anlass gebenden Vorgaben und Vorleistungen aus der Risikosphäre des Bestellers stammen. Sind sie unvollständig oder fehlerhaft, trägt er deshalb im Ergebnis das Risiko einer durch ihre Umsetzung bedingten Verfehlung des funktionalen Werkerfolges, wenn der Unternehmer die Unzulänglichkeiten der Leistungsvorgaben nicht erkennen konnte oder trotz Bedenkenhinweis angewiesen wird, die Bauleistung wie vorgegeben auszuführen.

Trägt der Besteller den berechtigten Bedenken des Unternehmers durch eine entsprechende Anpassung seiner Leistungsvorgaben in der Weise Rechnung, dass durch ihre Umsetzung ein funktionstaugliches Werk entsteht, ist die so ausgeführte Bauleistung des Unternehmers mangelfrei. Für einen eventuell hierdurch bedingten Mehraufwand erhält er einen Anspruch auf besondere Vergütung, der im Zusammenhang mit neu zu schaffenden Regelungen zu einseitigen Leistungsbestimmungs- bzw. Anordnungsrechten des Bestellers im Gesetz verankert werden soll.

Bisher nicht eindeutig geklärt ist, welche Rechtsfolgen sich im Einzelnen ergeben, wenn der Unternehmer unter Missachtung der Leistungsvorgaben des Bestellers ein funktionstaugliches Werk herstellt, ohne den gebotenen Bedenkenhinweis erteilt zu haben. Ebenfalls problematisch in der Abwicklung sind die Fälle, in denen der Besteller auf den berechtigten Bedenkenhinweis des Unternehmers nicht reagiert. Eine besondere gesetzliche Regelung hierzu erscheint nicht veranlasst. Die Erarbeitung geeigneter Kriterien für die rechtliche Beurteilung derartiger Problemkonstellationen soll der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung auf der Grundlage der geltenden Gesetze überlassen bleiben.

⁹ BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 119 Tz. 21; Urteil vom 12. Mai 2005 – VII ZR 45/04, BauR 2005, 1314, 1316

¹⁰ BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 120 Tz. 22

¹¹ BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 119 Tz. 21

¹² BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 119 Tz. 21

¹³ BGH, Urteil vom 8. November 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110, 120 Tz. 22

II. Regelungsbedarf

Die Prüfungs- und Hinweispflicht des Unternehmers ist unverzichtbarer Bestandteil eines funktionierenden Bauvertragsrechts. Sie bedarf im Sinne der angestrebten Schaffung eines praxisgerechten gesetzlichen Leitbildes für den Bauvertrag einer gesetzlichen Regelung, die sinngemäß den Bestimmungen in §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B entsprechen und überdies klarstellen soll, dass der Unternehmer auch dann von der Mangelhaftung frei wird, wenn er Unzulänglichkeiten der Leistungsvorgaben des Bestellers trotz gebotener Prüfung nicht erkennen konnte. Konkrete Vorgaben für den Umfang der Prüfungs- und Hinweispflicht sollen nicht in das Gesetz aufgenommen werden.

C. Mängelrechte

I. Grundlagen

Der Arbeitskreis hat Änderungen der bisherigen gesetzlichen Regelungen zu den in § 634 BGB verankerten Mängelrechten des Bestellers erwogen und mit Rücksicht auf die Wahrung der Einheitlichkeit des Rechts und der Kontinuität der Rechtsprechung nicht für erforderlich erachtet. Der Besteller soll auch künftig primär Nacherfüllung (§ 635 BGB), nach ergebnislosem Ablauf einer Nacherfüllungsfrist wahlweise Selbstvornahme nebst Kostenersatz bzw. Vorschuss (§ 637 BGB), Minderung (§ 638 BGB), Rücktritt (§§ 636, 323, 325 Abs. 5 BGB), Schadensersatz statt der Leistung (§§ 636, 280, 281, 283 BGB) und Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB) verlangen können.

II. Regelungsbedarf

- a) Gemäß § 638 BGB ist der Vertragsschluss maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Minderung. Diese, durch die Harmonisierung mit dem Kaufrecht in das Gesetz eingeflossene Regelung ist für den Bauvertrag verfehlt. Richtig wäre es, auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen¹⁴.
- b) Das bisherige Regelungsgefüge mit einem primären Nacherfüllungsanspruch und sekundären, an den erfolglosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist geknüpften Sekundärrechten, zwischen denen der Besteller frei wählen kann, sollte beibehalten werden. Es hat sich in der Praxis gut bewährt. Ob ergänzende Detailregelungen in das Gesetz aufzunehmen sind, ist nicht Gegenstand der jetzigen Überlegungen zur Erarbeitung von grundlegenden Leitlinien für ein neues Bauvertragsrecht.

¹⁴ PWW-Leupertz, BGB, 4. Aufl., § 631 Rdn. 1, § 638 Rdn. 5 mwN

These 2:

Mängelrechte vor Abnahme

Bei nicht vertragsgemäßer Herstellung stehen dem Besteller vor Abnahme nicht die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 633 ff. BGB zu, sondern aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht herzuleitende Ansprüche wegen Erfüllungsgefährdung. Bei einer den Erfüllungserfolg gefährdenden vertragswidrigen Ausführung soll dem Besteller ein Selbstbeseitigungsrecht mit einem daraus herzuleitenden Kostenerstattungs- und Vor-schussanspruch zugebilligt werden.

Begründung:

A. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

Der Besteller einer Bauleistung ist den Folgen einer nicht vertragsgemäßen Erfüllung in besonderer Weise ausgesetzt. Das Bauvorhaben wird sehr häufig auf seinem Grundstück errichtet. Weist es „Mängel“ auf, kann er die Werkleistung des Unternehmers nicht einfach zurückweisen und sich anderweitig eindecken. Er ist vielmehr darauf angewiesen, das Bauvorhaben in einen vertragsgerechten Zustand zu versetzen. Er hat daher ein ganz besonderes und schutzwürdiges Interesse daran, dass das Bauvorhaben von vornherein vertragsgemäß erstellt wird.

Das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 280, 281, 323 BGB bietet ihm dabei keine Hilfe. Es sieht nur sehr begrenzte Reaktionsmöglichkeiten – Rücktritt und Schadensersatz – vor, an denen der Besteller häufig gerade nicht interessiert ist. Selbst diese Rechte und Ansprüche stehen ihm auch erst nach dem oft schwer zu bestimmenden Fälligkeitszeitpunkt zu.

Die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB sind schon eher auf die Besonderheiten des Bauvertrages zugeschnitten, insbesondere das Selbstvornahmerecht aus § 637 BGB. Völlig unklar ist aber, von welchem Zeitpunkt an dem Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte zustehen. Hier werden in Rechtsprechung und Literatur alle denkbaren Lösungen – ab Beginn der Herstellung, ab Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs, ab Herstellung des Werkes, ab Gefahrübergang, ab Abnahme – vertreten. Richtig erscheint es, dass dem Besteller diese Rechte nach derzeitiger Rechtslage frühestens ab Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs zustehen. Auch die Vertreter dieser Auffassung erlauben dem Besteller dann aber in bestimmten Ausnahmefällen auch schon vorher die Geltendmachung einzelner werkvertraglicher Mängelansprüche. Eine dogmatisch tragfähige Begründung lässt sich nicht finden.

Ganz anders wird das Problem in der VOB/B gelöst. Dort wird in §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 dem Auftraggeber von vornherein ein Anspruch auf Mangelbeseitigung und ein daraus folgendes Selbstvornahmerecht eingeräumt, dessen Ausübung aber von der vorherigen Kündigung des Vertrages abhängig gemacht. Die Zweckmäßigkeit dieser Lösung soll hier nicht erörtert werden. Die sehr differenzierte Regelung spiegelt aber das Bedürfnis der Bauvertragsparteien nach einer klaren Regelung für den Fall wider, dass schon während der Ausführung des Bauvorhabens „Mängel“ auftreten.

Die Rechte und Ansprüche des Bestellers bei einer nicht vertragsgemäßen Erfüllung sollten daher gesetzlich geregelt werden.

B. Lösungsvorschlag

I. Normativer Ansatz

Die Zubilligung werkvertraglicher Mängelrechte ist jedenfalls für die Zeit vor Fälligkeit des Herstellungsanspruchs dogmatisch nicht zu begründen. Ebenso wenig ließe sich – wollte man die Regelung

schon vorher anwenden – ihr Verhältnis zu den allgemeinen Leistungsstörungenrechten nachvollziehbar erklären. Tatsächlich geht es in diesen Fällen auch gar nicht um die Haftung des Unternehmers für einen Mangel des von ihm hergestellten Werkes. Es geht vielmehr um eine ganz andere Art der Pflichtverletzung. Der Unternehmer ist in diesen Fällen nicht imstande bzw. bereit, das Werk so herzustellen, dass es im Fälligkeitszeitpunkt mangelfrei sein wird. Er gefährdet damit die Herbeiführung des erst zu diesem Zeitpunkt geschuldeten Erfolges. Das spricht dafür, dieses Verhalten als Erfüllungsgefährdung anzusehen und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zuzuordnen. Dieser Gedanke ist auch keineswegs originell. Der Gesetzgeber ist diesen Weg gegangen, als er in § 323 Abs. 4 BGB dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht ausnahmsweise auch schon vor Fälligkeit zugebilligt hat, „wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.“ Auch hier reicht also die in der Gefährdung des Erfüllungserfolges liegende Pflichtverletzung aus. Auch in §§ 4 Nr. 7, 8 Nr. 3 VOB/B wird keineswegs auf die Regelung der Mängelrechte in § 13 VOB/B verwiesen, sondern ein eigenständiger Haftungstatbestand geschaffen.

II. Inhalt der Neuregelung

Auch wenn man die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB in der Zeit vor Abnahme für unanwendbar hält, lassen sich aus dem Katalog des § 634 BGB wertvolle Anhaltspunkte dafür entnehmen, welche Rechte und Ansprüche dem Besteller schon vor Abnahme zugebilligt werden könnten. Dem Besteller sollte - unter noch zu erörternden Voraussetzungen – ein Selbstvornahmerecht mit entsprechendem Kostenerstattungs- und Vorschussanspruch zugebilligt werden.

III. Anspruchsvoraussetzungen

a) Erfüllungsgefährdung durch nicht vertragsgemäße Herstellung

Ordnet man die Rechte und Ansprüche des Bestellers beim Auftreten von „Mängeln“ während des Herstellungsvorgangs dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zu, ist es nur folgerichtig, sie von einer konkreten Erfüllungsgefährdung abhängig zu machen. So wird dem Gläubiger in § 323 Abs. 4 BGB ein vorzeitiges Rücktrittsrecht auch nur für den Fall eingeräumt, dass „offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.“ Die nicht vertragsgemäße Herstellung reicht daher für sich allein nicht aus, sie muss vielmehr auf eine Erfüllungsgefährdung schließen lassen. Eine Erfüllungsgefährdung liegt aber nur vor, wenn die Art der vertragswidrigen Ausführung oder die sonstigen Umstände darauf schließen lassen, dass der „Mangel“ auch im Zeitpunkt der Abnahme noch vorliegen und den Eintritt des Erfüllungserfolges gefährden wird. Damit ist auch das Dispositionsrecht des Unternehmers gewahrt. Dieser ist nämlich erst im Zeitpunkt der Fälligkeit zur Verschaffung eines mangelfreien Werkes verpflichtet. Er bestimmt selbst, wann er mit der Herstellung beginnt und wie er das Werk herstellt. Es steht grundsätzlich auch in seinem Belieben, ob er einen während der Herstellung aufgetretenen „Mangel“ sogleich oder erst zu einem ihm genehmeren Zeitpunkt beseitigt. Auf dieses Dispositionsrecht kann er sich erst dann nicht mehr berufen, wenn die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges konkret gefährdet ist.

b) Notwendigkeit der vorherigen (Teil-) Kündigung?

Die Frage, ob in diesen Fällen eine vorherige (Teil-) Kündigung zwingend erforderlich, fakultativ vorzusehen oder eher entbehrlich bzw. sogar unzumutbar ist, wird seit Jahren kontrovers diskutiert. Die Argumente sind ausgetauscht. Das Selbstbeseitigungsrecht sollte nicht von einer vorherigen (Teil-) Kündigung abhängig gemacht werden.

These 3:

Abnahme

Den im Übrigen unveränderten Vorschriften zur Abnahme soll eine Regelung mit folgendem Inhalt hinzugefügt werden:

Erklärt sich der Besteller innerhalb einer ihm gesetzten Abnahmefrist nicht oder verweigert er die Abnahme, so soll ihn eine Obliegenheit zur Mitwirkung an einer Zustandsfeststellung treffen. Der Unternehmer kann dem Besteller zur Erfüllung dieser Obliegenheit eine angemessene Frist setzen, die mit der Abnahmefrist verbunden werden kann, aber nicht muss. Damit soll der Unternehmer davor geschützt werden, in einem späteren Streit über die Abnahmereife des Werkes mit Mängeln konfrontiert zu werden, die bei Ablauf der Abnahmefrist nicht vorhanden waren und aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers stammen. Bei Mängeln, welche der Besteller weder bei der Zustandsfeststellung noch schriftlich vor der Zustandsfeststellung geltend gemacht hat, soll deshalb vermutet werden, dass diese nach der Zustandsfeststellung oder – falls diese unterbleibt – nach Ablauf der Frist zur gemeinsamen Zustandsfeststellung entstanden sind und aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers stammen. Kann der Besteller nachweisen, dass er für den Mangel nicht verantwortlich ist, trägt weiterhin der Unternehmer die Gefahr. Bei Verbrauchern soll diese Vermutung nur dann greifen, wenn der Unternehmer schriftlich auf die Folgen einer fehlenden Mitwirkung hingewiesen hat.

Begründung:

A. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

An der Abnahme in der bisherigen Form sollte festgehalten werden, da sich diese im Grundsatz bewährt hat. Auch die Regelung über die fiktive Abnahme in § 640 Abs. 1 S. 3 BGB soll unverändert bleiben, weil sie dem Unternehmer die Möglichkeit einräumt, bei abnahmereif erbrachter Leistung die Abnahmefolgen ohne Mitwirkung des Bestellers herbeizuführen. Bedarf für eine Neuregelung besteht aber dann, wenn die Werkleistung nicht abnahmereif war oder der Unternehmer im Streitfall die Abnahmereife und damit den Eintritt der Abnahmefiktion nicht nachweisen kann. Hat der Besteller die Werkleistung ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen, wie dies zur Beachtung seiner Schadensminderungsobligiegenheit erforderlich sein kann, kann bei einem späteren Abnahmeverlangen Unsicherheit darüber bestehen, ob die dann festgestellte Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit aus dem Verantwortungsbereich des Unternehmers oder dem des Bestellers stammt. Verlangt der Unternehmer später die Vergütung, so trifft ihn die Beweislast für die Abnahmereife. Er hat nach geltendem Recht keine Möglichkeit, vom Besteller die Feststellung des Zustands der erbrachten Leistung zu verlangen. Macht der Besteller später geltend, das Werk sei nicht mangelfrei erbracht, trifft den Unternehmer die Beweislast und damit das Risiko, nicht nachweisen zu können, dass die nun festgestellten Beeinträchtigungen des Werkes vom Besteller verursacht wurden.

B. Lösungsvorschlag

Zur Lösung wird die Einführung einer Obliegenheit des Bestellers vorgeschlagen. Dieser soll an einer Zustandsfeststellung des Werkes mitwirken, wenn er die vom Unternehmer verlangte Abnahme verweigert oder innerhalb der vom Unternehmer gesetzten Frist die Abnahme nicht erklärt. Verstößt der Besteller gegen diese Obliegenheit, so soll er das Risiko tragen, dass nicht mehr aufzuklären ist, ob der Mangel aus der Sphäre des Bestellers stammt oder nicht.

Der Unternehmer kann dem Besteller zur Erfüllung dieser Obliegenheit eine Frist setzen, die mit der Abnahmefrist verbunden werden kann, aber nicht muss.

Fälle, in denen der Unternehmer diese Möglichkeit missbraucht, indem bei offenkundig unfertigen Werken derartige Fristen in der Hoffnung auf die Beweislastumkehr gesetzt werden, wird die Rechtsprechung lösen, ohne dass dies einer gesetzlichen Regelung bedarf.

Durch die Obliegenheit ist der Besteller gehalten, auf die Punkte hinzuweisen, in denen das Werk von der geschuldeten Beschaffenheit abweicht. Macht der Besteller solche Abweichungen nicht geltend, so trifft ihn bei einem späteren Streit über die Frage, ob das Werk im Zeitpunkt des Ablaufs der Abnahmefrist bereits den jetzt gerügten Mangel aufweist, die Beweislast dafür, dass diese Abweichung bereits vorhanden war, obwohl sie weder bei noch schriftlich vor der Zustandsfeststellung bzw. dem Fristablauf gerügt wurde. Dabei reicht die Rüge der Abweichung aus, ohne dass mit dem Unternehmer Einigkeit über die Verantwortung erzielt werden müsste. Weiterhin wird in den Fällen, in denen der Besteller der Obliegenheit nicht nachkommt, vermutet, dass die später eingetretene Beeinträchtigung des Werks vom Besteller zu verantworten ist. Diese Vermutung wird nach der Art der Beeinträchtigung vielfach leicht zu widerlegen sein, etwa dann, wenn diese der Konstruktion oder der Ausführung des Werks selbst anhaftet. Gerade in den Fällen, in denen die Beeinträchtigung auch aus dem Bereich des Bestellers stammen kann, was etwa bei Kratzern oder Gebrauchsspuren der Fall ist, soll das Risiko der Unaufklärbarkeit den Besteller treffen, wenn dieser seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen ist. Verbraucher sollten auf diese Folgen der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit hingewiesen werden.

C. Alternativen

I. Gefahrübergang statt Beweislastumkehr

Alternativ kommt als Folge der Obliegenheitsverletzung der vorzeitige Gefahrübergang in Betracht. Eine solche Lösung belastet den Besteller zusätzlich, weil dieser Mängelrechte auch dann verliert, wenn das Werk nach dem Ablauf der Frist zur Zustandsfeststellung aber vor der Abnahme durch einen von keiner Seite zu vertretenden Umstand – etwa durch einen Blitzschlag oder durch Vandalismus – beeinträchtigt wurde. Diese Folge erscheint zu weitgehend, da der Besteller in den hier geregelten Fällen zur Abnahme nicht verpflichtet war. Da der Unternehmer das Werk noch nicht abnahmereif hergestellt hat, ist es sachgerecht, ihm dieses Risiko zuzuweisen.

II. Eintritt der Abnahmewirkungen

Aus demselben Grund ist auch dem noch weitergehenden Gedanken, an den Fristablauf die Abnahmewirkungen auch dann zu knüpfen, wenn das Werk nicht abnahmereif hergestellt wurde, nicht gefolgt worden.

III. Beschränkung auf äußerlich erkennbare Mängel

Erwägenswert ist eine Beschränkung der Beweislastumkehr auf „äußerlich erkennbare“ Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit. Damit wird die Belastung des Bestellers durch die Obliegenheit verringert. Zwingend erforderlich erscheint eine solche Einschränkung nicht, zumal bei nicht äußerlich erkennbaren Mängeln häufig bereits ihrer Art nach der Beweis leicht geführt werden kann, dass sie nicht durch den Besteller verursacht sein können.

IV. Geltendmachung von Mängeln nur bei der Zustandsfeststellung

Nach dem hier unterbreiteten Formulierungsvorschlag kann der Besteller die Abweichung vor oder bei der Zustandsfeststellung oder auch – im Falle der fehlenden Zustandsfeststellung – bis zum Ablauf der ihm gesetzten Frist geltend machen. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte es sinnvoll sein, die Geltendmachung auf die Zustandsfeststellung selbst zu beschränken. Eine Behauptung des Bestellers, er habe während der Herstellungsphase bereits auf die Abweichung hingewiesen, wäre dann unbeachtlich. Eine solche Regelung würde zwar Streit vorbeugen, könnte aber für den rechtsunerfahrenen Besteller auch Überraschungen bereithalten. Als sachgerechter Kompromiss wird deshalb vorgeschlagen, dass die Geltendmachung von Abweichungen von der geschuldeten Beschaffenheit vor der Zustandsfeststellung zwar beachtlich bleibt; dies soll aber nur dann gelten, wenn die Abweichung schriftlich geltend gemacht wurde. Darauf hat der Unternehmer bei Beteiligung eines Verbrauchers diesen hinzuweisen.

V. Beschränkung auf Verträge mit Unternehmern

Eine Beschränkung der Regelung auf Unternehmer und damit der Ausschluss bei Verbraucherverträgen ist nicht erforderlich. Verlangt wird lediglich die Mitwirkung an einer Feststellung des Zustands, wenn der Verbraucher die Abnahme verweigert oder sich zur Abnahme nicht fristgerecht erklärt. Die Gründe für die Verweigerung zu nennen ist auch für den Verbraucher nicht unzumutbar, ist er doch bei einer mangelfreien Leistung zur Abnahme verpflichtet. Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen ist die Regelung für Verträge mit Verbrauchern geeignet. Sie lässt die Beweislast für die Mangelfreiheit und den Gefahrübergang unverändert. Bei Mängeln, die ihrer Art nach nicht aus dem Bereich des Bestellers stammen können, entfaltet die Vermutung keine für den Verbraucher nachteiligen Wirkungen. Sie verschiebt lediglich dann die Beweislast, wenn sich nicht mehr klären lässt, ob die Beeinträchtigung des Werks aus der Sphäre des Bestellers oder der des Unternehmers stammt. Da der Besteller für diese Unsicherheit verantwortlich ist, wenn er sich einer ihm zumutbaren gemeinsamen Feststellung des Zustands verweigert, trifft ihn diese Belastung nicht unzumutbar. Er muss aber auf diese Folgen hingewiesen werden.

These 4:

Anordnungsrecht des Bestellers

In das Gesetz soll das Recht des Bestellers aufgenommen werden, Änderungen und Erweiterungen der Leistung anzuordnen, soweit dies unter Berücksichtigung (auch) der Interessen des Bestellers für den Unternehmer zumutbar ist.

Das Anordnungsrecht des Bestellers soll sich auch auf die Ausführungsart und die Bauzeit beziehen, nicht jedoch auf eine Verkürzung der vertraglichen Bauzeit (Beschleunigungen).

Begründung:

A. Allgemeines

Der Bauvertrag stellt sich im Gegensatz zum Werkvertrag, den das BGB im Blick hat,¹⁵ als komplexer Langzeitvertrag dar, in dessen Verlauf eine auf längere Dauer angelegte Bauleistung mit der daraus resultierenden Störanfälligkeit zu erbringen ist.¹⁶ Der Bauvertrag ist von einem Spannungsverhältnis zwischen Planung und Realität geprägt, wobei der komplexe Planungsprozess die Gefahr birgt, dass Planungsfehler und Unvollständigkeiten entstehen, die wiederum dazu führen können, dass mit den vom Besteller geplanten Leistungen der werkvertragliche Erfolg nicht erreicht werden kann. Auch können sich die Anforderungen des Bestellers nach Abschluss des Bauvertrages ändern, sei es, dass er neue oder andere Nutzer bindet oder dass sich sein eigenes Anforderungsprofil ändert. Diesem Bedarf, auf Mängel der Planung und veränderte Anforderungen reagieren zu können, wird das gesetzliche Werkvertragsrecht nicht gerecht, da es dem Besteller, selbst bei Leistungen, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind, nur in Ausnahmefällen ein aus Treu und Glauben hergeleitetes Anordnungsrecht gewährt.¹⁷ Die VOB/B dagegen eröffnet dem Besteller erheblich weitergehende Anordnungsrechte, deren Herleitung und Abgrenzung in § 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B allerdings unzureichend geregelt ist.

Die Ausübung von einseitigen Anordnungsrechten durch den Besteller verändert das vertragliche Preis-/Leistungsgefüge. Sie führt in aller Regel dazu, dass der Unternehmer andere und/oder zusätzliche Leistungen erbringen muss. Die sich hieraus ergebende Belastung des Unternehmers ist nur gerechtfertigt, wenn er hierfür einen angemessenen monetären Ausgleich erhält. Verlässliche und praktisch handhabbare Kriterien sowohl für die Zubilligung von einseitigen Anordnungsrechten zugunsten des Bestellers als auch für die Bemessung der dadurch bedingten (Mehr-) Vergütungsansprüche des Unternehmers lassen sich nur aus der rechtsgeschäftlichen Struktur des Bauvertrages entwickeln. Sie beruhen im Ausgangspunkt auf der Anwendung des funktionalen Herstellungsbegriffs (siehe These 1). Danach sind grundsätzlich zwei „Arten“ von vergütungsrelevanten Anordnungsrechten zu unterscheiden. Es ist, abweichend vom Regelungsgehalt der Bestimmungen in § 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B, zu differenzieren zwischen Anordnungen des Bestellers, die zu einer Veränderung des bauvertraglichen Erfolges, des Bauziels, führen (im Folgenden: geänderte Leistungen), und den Fällen, in denen ohne eine solche Veränderung des Bauziels zusätzliche Leistungen für die Verwirklichung des bereits nach dem Verträge geschuldeten funktionalen Bauerfolges erforderlich sind (im Folgenden: zusätzlich erforderliche Leistungen).

¹⁵ Werkleistungen „kleineren“ Umfangs, die im punktuellen Leistungsaustausch stehen.

¹⁶ Vgl. Nicklisch, JZ 1984, 757 ff.

¹⁷ BGH, Urt. v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378, 380; weitergehend: MünchKomm-Busche, BGB, 5. Aufl., § 631 Rdn. 123 – Leistungsbestimmungsrecht aus der Natur des Bauvertrages mit der Vergütungsfolge des § 632 Abs. 2 BGB; Staudinger – Peters/Jacoby, BGB, Neubearb. 2008, § 633 Rdn. 12 – Verpflichtung des Unternehmers nach Treu und Glauben, auf zumutbare Änderungswünsche des Bestellers einzugehen; BaRoth-Voit, BGB, 2. Aufl., § 631 Rdn. 37 – Leistungsänderungsrecht des Bestellers mit Verpflichtung zur Fortschreibung der Vertragspreise

B. Anordnungsrechte

I. Zusätzlich erforderliche Leistungen

Der Besteller hat grundsätzlich zwei Möglichkeiten, den nach dem Vertrag geschuldeten Bauerfolg festzulegen und zu definieren. Er kann die zu erbringende Leistung funktional anhand des gewünschten Bauziels beschreiben (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm; vgl. § 9 Nr. 15ff. VOB/A) oder er kann dem Unternehmer im Einzelnen vorgeben, welche Einzelleistungen und Ausführungsschritte er zur Realisierung des Bauziels (Bauerfolgs) erbringen soll (Leistungsverzeichnis; vgl. § 9 Nr. 11ff. VOB/A). Im Fall der funktionalen Leistungsbeschreibung hat der Unternehmer die für die Erreichung dieses Erfolgs erforderlichen Leistungen zu erbringen, wobei er dafür verantwortlich ist, die Einzelleistungen und Arbeitsschritte, die für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlich sind, zu planen und auszuführen.

Anders ist es bei einer vom Besteller stammenden Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis, weil dann der Besteller die nach seiner Planung für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen Leistungen verbindlich vorgibt. Kann mit den vom Besteller so definierten Leistungsvorgaben der werkvertragliche Erfolg nicht erreicht werden, hat der Unternehmer vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Abreden in Anwendung des funktionalen Herstellungsbegriffs gleichwohl die von den Leistungsvorgaben des Bestellers nicht erfassten, aber für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen Leistungen zu erbringen. Daraus kann sich eine Störung des vertraglichen Preis-/ Leistungsgefüges ergeben, weil die vertraglich vereinbarte Vergütung nur die nach den Leistungsvorgaben des Bestellers bepreisten Leistungen umfasst. Nach derzeit geltendem Recht kann eine solche Störung des Äquivalenzgefüges nur über § 313 Abs. 2 BGB durch eine Anpassung des Vertragspreises nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage behoben werden.

Da die Leistungspflicht des Unternehmers im Hinblick auf den funktionalen Herstellungsbegriff auch die für die Erreichung des Werkerfolgs erforderlichen, nicht in den Leistungsvorgaben des Bestellers enthaltenen Leistungen erfasst, bedarf es in den Fällen, in denen zusätzliche Leistungen für die Verwirklichung des Bauerfolgs erbracht werden müssen, keines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Bestellers iSd § 315 Abs. 1 BGB. Gleichwohl muss er durch Ausübung eines einseitigen rechtsgeschäftlichen Anordnungsrechts die Entscheidung darüber treffen können, ob er – ggfls. gegen Zahlung einer Mehrvergütung – den funktionalen Bauerfolg verwirklicht wissen oder es bei seinen Leistungsvorgaben belassen und die Leistungsverpflichtung des Unternehmers dementsprechend beschränken will. Das Anordnungsrecht umfasst auch die Wahl zwischen mehreren technisch möglichen Arten der Bauausführung. Den Besteller trifft eine Obliegenheit, dieses Anordnungsrecht auszuüben, weil die Bauausführung davon abhängt und der Unternehmer die gebotene Entscheidung nicht treffen darf. Da die ursprüngliche Planung und die sich daraus ergebenden Leistungsvorgaben vom Besteller stammen, trägt er auch die Planungsverantwortung für den zusätzlichen Leistungsaufwand, der zur Verwirklichung des funktionalen Bauerfolgs erforderlich ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die auf die Herbeiführung des funktionalen Erfolges gerichteten Anordnungen des Bestellers auszuführen. Diese Ausführungspflicht besteht nur dann nicht, wenn dem Unternehmer die Ausführung der entsprechenden Leistungen nicht zuzumuten ist. Die Beurteilung der Zumutbarkeit erfordert eine umfassende Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien, wobei mit Rücksicht auf die funktionale Herstellungsverpflichtung des Unternehmers grundsätzlich hohe Anforderungen an die Unzumutbarkeit zu stellen sind. Sie können insbesondere dann erfüllt sein, wenn zusätzliche Leistungen erforderlich werden, die nicht zum Geschäftsfeld des Unternehmers gehören und die er auch nicht mit vertretbarem Aufwand anderweitig ausführen lassen kann (zur Verteilung der Darlegung- und Beweislast: siehe unten II.).

II. Geänderte Leistungen

Anders verhält es sich bei geänderten Leistungen, die auf einer vom Besteller gewünschten Veränderung des Bauziels, insbesondere durch Bauentwurfsänderungen, beruhen. Für solche Änderungen besteht ein großes praktisches Bedürfnis, weil der Besteller mit Rücksicht auf die eingangs dargestellten Unwägbarkeiten des Baugeschehens in der Lage sein muss, angemessen auf nachträglich veränderte Anforderungen an die Herstellung eines zweckentsprechenden Bauwerks zu reagieren. Deshalb soll er in Ausübung eines gesetzlich geregelten, einseitigen Leistungsbestimmungsrechts auch solche Anordnungen treffen dürfen, die zu einer Veränderung des Bauziels führen. Diese Anordnungen muss der Unternehmer ebenfalls nur in den Grenzen der Zumutbarkeit befolgen. Für die in Anlehnung an § 308 Nr. 4 BGB vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen wird zugunsten des Unternehmers zu berücksichtigen sein, dass der Besteller, anders als bei zusätzlich erforderlichen Leistungen, durch Änderungsanordnungen Leistungen verlangt, die der Unternehmer nach dem ursprünglichen Vertrag nicht hätte erbringen müssen. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, deutlich geringere Anforderungen an die Unzumutbarkeit zu stellen, als sie nach obigen Grundsätzen bei angeordneten zusätzlich erforderlichen Leistungen zu gelten haben. Die Unzumutbarkeit soll den Anordnungsrechten des Bestellers nur dann entgegenstehen, wenn der Unternehmer sich hierauf beruft. Es ist zu erwägen, sodann dem Besteller die Darlegungs- und Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die tatsächlichen Umstände, die der Unternehmer zur Begründung der Unzumutbarkeit vorbringen muss, nicht vorliegen oder die Unzumutbarkeit nicht rechtfertigen.

III. Ausführungsart, Bauzeit

Das Anordnungsrecht soll – in den Grenzen der Zumutbarkeit – auch die Ausführungsart und die Bauzeit erfassen.

a) Ausführungsart

Das Anordnungsrecht des Bestellers soll sich auch auf die Ausführungsart (insbesondere Arbeitsschritte und Ausführungsmodalitäten) beziehen, wenn bereits der Vertrag verbindliche Vorgaben hierzu enthält. Dann ist nicht nur die jeweilige (Teil-) Leistung, sondern auch die Art ihrer Erbringung geschuldet. Ist die vom Besteller so im Vertrag vorgegebene Ausführungsart nicht geeignet, den werkvertraglich geschuldeten Erfolg herbeizuführen, oder ergibt sich aus sonstigen Umständen das Erfordernis, sie zu ändern, muss der Besteller auch hierauf angemessen durch Anordnungen zur Art der Bauausführung reagieren können. Hat der Besteller hingegen im Vertrag keine Vorgaben zur Ausführungsart gemacht, entscheidet grundsätzlich der Unternehmer im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit, wie er die vom Besteller beschriebenen Bauleistungen ausführt. Es ist zu erwägen und wird zur Diskussion gestellt, dem Besteller in diesen Fällen ein (ausschließlich) auf die Art der Bauausführung abzielendes Anordnungsrecht zu versagen.

b) Bauzeit

Die Bauzeit gehört zwar mit Ausnahme des absoluten Fixgeschäfts nicht zum werkvertraglichen Synallagma. Sie hat dennoch große Bedeutung für die zweckentsprechende Durchführung des Bauvorhabens. Dabei unterliegt die vorausschauende Bemessung der Bauzeit und die Festlegung des zeitlichen Bauablaufs schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ähnlichen, in den Unwägbarkeiten des Baugeschehens begründeten Schwierigkeiten, wie sie sich auch für Vorgaben zur technischen Bauausführung ergeben. Der Besteller muss deshalb die Möglichkeit haben, auch nach Vertragsschluss Einfluss auf den zeitlichen Bauablauf zu nehmen, wenn die Umstände dies erfordern. Allerdings ist zwischen Anordnungen, die sich auf die Zeitpunkte oder die Abfolge der Leistungserbringung beziehen, und Anordnungen, die dazu dienen, die vertragliche Bauzeit/Ausführungsfrist zu verkürzen, zu differenzieren.

Anordnungen des Bestellers, die sich auf die Zeitpunkte oder die Abfolge der Leistungserbringung beziehen, können erforderlich sein, um den Bauablauf veränderten Umständen anzupassen. Das gilt vor allem bei der gewerkeweisen, aufeinander aufbauenden Erstellung des Bauvorhabens oder bei zwingend bestehenden Zeitpunkten/Zeiträumen, während derer die Erbringung der Bauleistung nur möglich ist. Vor diesem Hintergrund ist der Besteller zur Aufrechterhaltung eines geordneten Bauablaufs oft darauf angewiesen, den Beginn oder die zeitliche Abfolge der Bauausführung neu zu organisieren. Dieses berechnete Bedürfnis kann auch dann entstehen, wenn keine Änderungen der technischen Bauvorgaben veranlasst sind. Dem ist durch die Zubilligung eines einseitigen zeitlichen Anordnungsrechtes Rechnung zu tragen. Solche zeitlichen Anordnungen des Bestellers stellen einen Eingriff in das Dispositionsrecht des Unternehmers dar. Sie sind deshalb wiederum nur in den Grenzen der Zumutbarkeit zulässig. Bei der demnach gebotenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, ob eine Änderung der terminlichen Planung für den Unternehmer mit vertretbarem Aufwand umsetzbar ist.

Die vorstehenden Erwägungen gelten nicht in gleicher Weise bei Anordnungen, die die vertragliche Bauzeit/Ausführungsfrist verkürzen, das heißt, mit denen der Besteller eine Beschleunigung der Bauausführung erreichen will. Solche Anordnungen, die nicht selten dadurch motiviert sein werden, anderweitig, insbesondere durch andere Baubeteiligte versäumte Zeit wieder aufzuholen, führen regelmäßig zu einem erheblichen Eingriff in die innerbetriebliche Organisation des Unternehmers mit unklaren Folgen für die Beurteilung seiner Erfolgsverpflichtung. Es erscheint nicht gerechtfertigt, ihn mit den sich hieraus ergebenden Risiken zu belasten, wenn er sich hierauf nicht einlassen will. Das gilt erst recht, weil die Gestattung von einseitigen Beschleunigungsanordnungen faktisch zu einer völligen Entwertung einer Ausführungsfristverlängerung führen würde, die der Unternehmer verlangen kann, wenn er wegen einer Anordnung des Bestellers zur technischen Bauausführung zeitlichen Mehraufwand betreiben muss (siehe C.).

C. Verlängerung der Ausführungsfristen

Anordnungen des Bestellers zur technischen Bauausführung haben nicht selten Auswirkung auf die Bauzeit. Entsteht für den Unternehmer infolge einer solchen Anordnung (auch) zeitlicher Mehraufwand, so würde die ihm zur Verfügung stehende Bauzeit faktisch verkürzt, wenn er an die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist gebunden bliebe. Dem soll durch gesetzliche Bestimmungen entgegen gewirkt werden, nach denen in Anlehnung an die Regelungen in § 6 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 4 VOB/B Ausführungsfristen u. a. dann angemessen verlängert werden, wenn Anordnungen des Bestellers zu zeitlichem Mehraufwand auf Seiten des Unternehmers führen.

These 5:

Preisbildung und Preisfortschreibung

Es sollen Regelungen in das Gesetz aufgenommen werden, nach denen die Preise für geänderte oder zusätzlich erforderliche Leistungen zu ermitteln sind, soweit die Vertragsparteien keine anderweitigen Vereinbarungen treffen. Diese Regelungen sollen dazu beitragen, intransparente Praktiken der Preisbildung und Preisfortschreibung unter Beibehaltung des Wettbewerbs zu verhindern. Die konkrete Ausgestaltung solcher Regelungen soll in Abstimmung mit dem Arbeitskreis VI des Deutschen Baugerichtstages unter Heranziehung der dort auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag verabschiedeten Thesen entwickelt werden.

Begründung:

A. Allgemeines

Dem Unternehmer kann die Befolgung von einseitigen Anordnungsrechten des Bestellers nur dann zugemutet werden, wenn er hierfür einen entsprechenden monetären Ausgleich erhält. Die derzeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen bieten hierfür keine ausreichende Grundlage. § 632 Abs. 1, 2 BGB enthält Regelungen für den Fall, dass eine Vergütung nicht vereinbart ist. Sie greifen aus den dargestellten Gründen nicht bei zusätzlich erforderlichen Leistungen, für die der Unternehmer allenfalls unter den zu engen Voraussetzungen des § 313 BGB eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Vergütung verlangen kann. Einseitige, auf eine Veränderung der Bauziels gerichtete Leistungsbestimmungsrechte des Bestellers sehen die derzeit geltenden Gesetze nicht vor¹⁸. Die beabsichtigte Einführung entsprechender gesetzlicher Bestimmungen erfordert Regelungen zu den sich hieraus für die Vergütung des Unternehmers ergebenden Folgen. Nach jetzt geltendem Recht ließen sich hierfür allenfalls die Vorschriften in § 632 Abs. 1, 2 BGB mit dem Verweis auf die übliche Vergütung heranziehen. Die Bestimmungen der VOB/B zu den Anordnungsrechten des Bestellers (§ 1 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B) und den sich hieraus ergebenden (Mehr-) Vergütungsansprüchen des Unternehmers (§ 2 Nr. 5, Nr. 6, Nr. 7 VOB/B) bieten keine taugliche Grundlage für die Entwicklung und Gestaltung gleichgerichteter gesetzlicher Vorschriften. Sie bilden die rechtsgeschäftliche Struktur eines Bauvertrages nicht zutreffend ab und enthalten zudem interpretationsbedürftige Regeln, nach denen die Anpassung des Vertragspreises zu erfolgen hat. Wegen der sich hieraus ergebenden Unklarheiten kommt es zu Vertragsabwicklungen, in der beide Seiten mit einerseits bewusst unklaren Ausschreibungen und andererseits mit ebenso intransparenten Kalkulationsmethoden den Grundsatz für sich nutzbar zu machen trachten, für die Ermittlung der Nachtragsvergütung seien die Vertragspreise auf der Grundlage der Kalkulation des Unternehmers fortzuschreiben.

B. Grundlagen

Die Kernarbeitsgruppe im AK I des DBGt stellt diesen Grundsatz im Interesse einer auf Kooperation und Transparenz ausgelegten Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung in Frage. Sie regt an, die Regeln für die Bildung von Preisen für anordnungsbedingten Mehraufwand so weit wie möglich von der Kalkulation des Unternehmers, die der Besteller in aller Regel nicht kennt und die deshalb keine Geschäftsgrundlage des Bauvertrages ist¹⁹, zu lösen. Als andere Berechnungsparameter kommen in Betracht:

- Marktübliche Preise
- Selbstkostenpreise

¹⁸ Zu den Gegenstimmen in der Literatur siehe Fn. 17

¹⁹ BGH, Urteil vom 10. September 2009 – VII ZR 152/08, Tz. 35ff. mwN

- Preisindizes

Die Kernarbeitsgruppe vermag derzeit nicht zu beurteilen, ob und ggfls. wie die Heranziehung der vorbezeichneten Parameter zu einer die beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien angemessen berücksichtigenden, transparenten und praktisch handhabbaren Abrechnungspraxis beitragen kann. Um diese Frage beantworten zu können, bedarf es baubetrieblichen Sachverständigen, den der DBGT in seinem Arbeitskreis VI zu eben diesem Thema versammelt hat. Die Entwicklung und Gestaltung gesetzlicher Regeln zur Preisfortschreibung soll deshalb unter Berücksichtigung der im Arbeitskreis VI gewonnenen Erkenntnisse und auf der Grundlage der dort auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag beschlossenen Empfehlungen erfolgen.

Die Kernarbeitsgruppe ist der Auffassung, dass gesetzliche Regelungen zur Bemessung der Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs um die Erlangung des Bauauftrages führen dürfen. Sie ist sich bewusst, dass dieser Wettbewerb im Wesentlichen über die Preise und damit über die Preiskalkulation des Unternehmers erfolgt. Soweit diese Kalkulation weiterhin die Grundlage für die Bemessung von Mehraufwandsvergütungen sein muss oder sein soll, muss angestrebt werden, den Unternehmer zur Erstellung einer transparenten, verlässlichen und für seinen Vertragspartner sowie später auch für die Gerichte nachvollziehbaren Kalkulation anzuhalten. Die derzeitigen Kalkulationen genügen diesen Anforderungen in aller Regel nicht.

These 6:

Abschlagszahlungen

§ 632 a Abs. 1 BGB soll dahin abgeändert werden, dass der Unternehmer Abschlagszahlungen in Höhe des anteiligen (Vertrags-) Wertes der erbrachten Teilleistungen verlangen kann. Die Höhe der Abschlagsforderung soll nicht an einen auf Seiten des Bestellers eingetretenen Wertzuwachs geknüpft werden. Die Abschlagsforderung wird fällig in Höhe des Wertes der nachgewiesen vertragsgemäß erbrachten Teilleistungen, wobei § 641 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung findet.

Begründung:

Rechtssystematisch ist eine Verknüpfung der Fälligkeit von Abschlagszahlungen mit der Abnahmefähigkeit nicht erforderlich. Es ist – ganz im Gegenteil – nicht einzusehen, weshalb ein Unternehmer, der 90 % der Bauleistung erbracht hat, keinerlei Abschlagszahlungen erhalten soll, wenn diese einen als wesentlich anzusehenden nicht vertragsgemäßen Zustand, der der Abnahmefähigkeit entgegenstehen würde, aufweist. Die gegenwärtige Regelung des § 632a Abs. 1 BGB stellt darüber hinaus einen Wertungswiderspruch zu dem Bemühen dar, dem Unternehmer, welcher vorleistungspflichtig ist und vorfinanzieren muss, eine zeitnahe Durchsetzung seiner Forderungen zu ermöglichen. Diese Regelung beraubt ihn stattdessen sogar – in der Praxis zumindest faktisch, weil mit nicht hinnehmbaren Risiken verbunden – seiner rechtlichen Möglichkeit, bei Ausbleiben von Abschlagszahlungen die Arbeiten einzustellen oder den Vertrag zu kündigen. Deshalb soll die Abschlagszahlung, wenn die Leistung des Unternehmers einen nicht vertragsgemäßen Zustand aufweist, nur teilweise nicht fällig werden, wobei eine entsprechende Anwendung von § 641 Abs. 3 BGB die Höhe des nicht fällig werdenden Betrags in der Regel mit dem Doppelten der für die Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands erforderlichen Kosten definiert und den Interessen des Bestellers damit ausreichend Rechnung trägt.

These 7:

Absicherung des Unternehmers

Der Unternehmer muss in Weiterentwicklung von § 648a BGB kraft zwingenden Rechts die (Möglichkeit der) Absicherung des von ihm zu erarbeitenden Werklohns gemäß nachfolgenden Kriterien erhalten:

- a) Im unternehmerischen Geschäftsverkehr besteht eine automatisch mit Bauvertragsabschluss eingreifende Absicherungspflicht des Bestellers in mäßiger Höhe, wobei dies auf Kosten des Bestellers zu erfolgen hat.
- b) Ferner hat der Unternehmer einen Anspruch auf die erstmalige (gegenüber Verbrauchern) bzw. die weitergehende (gegenüber Unternehmern) Absicherung, gegenüber Verbrauchern jedoch nur bei mit diesen geschlossenen größeren Bauverträgen. Dies hat auf Kosten des Unternehmers zu erfolgen.

Begründung:

A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Auch wenn § 648a BGB erstmals 1993 in Kraft getreten ist, hat er sich in der bisherigen Baupraxis nicht hinreichend bewähren können. Das liegt daran, dass viele Unternehmer nach wie vor davor zurückscheuen, gemäß § 648a BGB vorzugehen, woran auch die Neufassung durch das Forderungssicherungsgesetz mit Wirkung zum 01.01.2009 nichts geändert haben dürfte. Die Unternehmer befürchten nämlich nicht zu Unrecht, dass sie sich durch ein frühzeitiges Sicherungsverlangen beim Besteller unbeliebt machen. Ihre Sorgen gehen dahin, dass die Abwicklung des konkreten Bauvertrags erschwert wird und der Besteller sie in der Folge für neue Aufträge nicht mehr berücksichtigen wird, da sie als unbequem gelten. Gerade für gewerbliche Unternehmer, die regelmäßig mit bestimmten Bestellern zusammenarbeiten (wollen), führt dies zwangsläufig zur Zurückhaltung in der Anwendung von § 648a BGB.

Dem korrespondiert der Befund, dass zahlreiche gewerbliche Bürgen auf Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB, die vom jeweiligen Besteller als ihrem Kunden an sie herangetragen werden mit der Bitte, eine passende Bürgschaft zu stellen, äußerst sensibel reagieren. In dieser Branche gilt ein gegen den Kunden ausgesprochenes Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB als Alarmzeichen. Es gibt gewerbliche Bürgen, die prinzipiell überhaupt nicht oder nur in absoluten Ausnahmefällen Sicherheiten auf Grundlage von § 648a BGB für ihre Kunden ausstellen.

In der Praxis ist daher zu beobachten, dass § 648a BGB weniger als frühzeitig ergriffenes (prophylaktisches) Mittel zur Absicherung des zu erarbeitenden Werklohns dient als vielmehr als "Waffe" gegen Ende der Bauphase hin, wenn sich Konflikte und Spannungen zwischen den Bauvertragsparteien zuspitzen und der Unternehmer meint, durch das erstmals nun gestellte Sicherungsverlangen gemäß § 648a BGB taktische Vorteile erzielen zu können.

b) Die soeben angesprochene Hoffnung mancher Unternehmer, in der Endphase des Bauvorhabens durch § 648a BGB taktische Vorteile zu erlangen, hat ihren Grund nicht zuletzt darin, dass in seiner gegenwärtigen Fassung § 648a BGB ein Absicherungsverlangen bezogen auf den vollen noch nicht ausbezahlten (und nicht bereits besicherten) Werklohnanspruch zuzüglich 10 Prozent für Nebenforderungen zulässt. Ein rechtzeitig und korrekt gestelltes Sicherungsverlangen in dieser maximal zulässigen Höhe kann ungeachtet des Umstands, dass der Unternehmer die damit verbundenen notwendigen Kosten im Rahmen des § 648a Abs. 3 Satz 1 BGB zu tragen hat, einen Besteller angesichts der vorerwähnten Zurückhaltung gewerblicher Bürgen vor erhebliche Probleme stellen. Daher kann im Einzelfall das Kalkül des Unternehmers aufgehen, durch Fehler des Bestellers, der die Sicherheit nicht oder nicht in voller Höhe stellt, sich kurzfristig vom Vertrag lösen zu können.

c) Nicht anwendbar ist § 648a BGB gegenüber natürlichen Personen, falls diese die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lassen, wobei dies nicht gilt, wenn das Bauvorhaben durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer betreut wird. Diesen Ausnahmetatbestand hat die Rechtsprechung zutreffend ausgeweitet auf Bauarbeiten, die regelmäßig geringere Kosten als die Errichtung eines Einfamilienhauses verursachen, wie die Errichtung einer Eigentumswohnung²⁰.

Dieser Privilegierung natürlicher Personen lag seinerzeit die Vorstellung zugrunde, dass derartige Bauvorhaben üblicherweise solide finanziert seien und im Übrigen die natürliche Person lebenslang für einen Werklohnanspruch hafte.

Zu ersterer Annahme gibt es keine hinreichende empirische Evidenz. Der zweite Begründungsansatz²¹ war zum Zeitpunkt des erstmaligen Inkrafttretens von § 648a BGB in rechtlicher Hinsicht zutreffend, nicht mehr jedoch seit dem vollständigen Inkrafttreten der InsO zum 01.01.1999. Seitdem besteht gemäß deren §§ 286 ff. InsO die Möglichkeit der Restschuldbefreiung für natürliche Personen mit der Wirkung des § 301 InsO: Wird die Restschuldbefreiung erteilt, so wirkt sie gegen alle Insolvenzgläubiger.

d) Nach der Rechtsprechung des BGH²² sind bestimmte Unternehmergruppen vom Schutzsystem des § 648a BGB nicht erfasst, insbesondere solche, die lediglich vorbereitende oder Hilfsmaßnahmen erbringen. Konkret hat der BGH in der angesprochenen Entscheidung die Geltung von § 648a BGB für einen Unternehmer verneint, der lediglich Rodungs- und sonstige Arbeiten erbrachte, die dazu dienen, ein Baugrundstück zur Bebauung freizumachen. In der Logik dieser Entscheidung liegt es, vergleichbare Unternehmer wie den Abbruchunternehmer, den Gerüstbauer usw. vom Schutz des § 648a BGB auszuschließen. Auch für den nur planenden Architekten bestehen Zweifel, ob er von § 648a BGB geschützt ist, auch wenn das OLG Düsseldorf²³ dies bejaht hat.

II. Allgemeine Zielsetzung

a) Absicherung im jeweiligen Vertragsverhältnis

§ 648a BGB geht davon aus, dass der Besteller im jeweiligen Vertragsverhältnis die Sicherheit beizubringen hat. Der Besteller muss nicht unbedingt derjenige sein, dem das Grundstück gehört, auf dem sich durch die Bauleistung des Unternehmers der Wertzuwachs vollzieht. Es sind auch der Generalunternehmer, der Nachunternehmer (im Verhältnis zu seinem Nach-Nachunternehmer usw.) sicherungsverpflichtet. Diese enge Anbindung an das jeweilige Vertragsverhältnis hat den Nachteil, dass unter Umständen für dieselbe Bauleistung bzw. die hiervon in Vertragsketten weitergegebenen Teilleistungen, also materiell für ein und dieselbe Wertschöpfung, jeweils neu Sicherheiten mit entspre-

²⁰ OLG München, BauR 2008, 1163, 1164.

²¹ BT-Drs. 12/1836, S. 11.

²² Beschluss vom 24.02.2005 – VII ZR 86/04, BauR 2005, 1019.

²³ BauR 2005, 416.

chenden Auswirkungen (Avalkosten, Einschränkung des Avalkreditvolumens usw.) gestellt werden müssen.

Gleichwohl scheint dies die einzige systemgerechte Lösung in den Strukturen des bürgerlichen Rechts zu sein. Alternative Lösungsmodelle des Auslands wären demgegenüber mit den gewachsenen Strukturen des bürgerlichen Rechts schwerlich vereinbar. Dies gilt für die *action directe* in Frankreich, wonach der Nachunternehmer einen Direktanspruch gegen den Auftraggeber des Generalunternehmers haben kann.

Auch der schweizerische Lösungsansatz, dass ausführende Unternehmer Zugriff auf das Grundstück haben, auf dem sie ihre Werkleistung erbringen, führt zu keiner wirklich befriedigenden Lösung, da in der Regel dieses Grundstück unter gebotener Berücksichtigung der bereits vorhandenen Vorbelastungen wie regelmäßig Grundpfandrechten, Auflassungsvormerkungen usw. nicht hinreichend werthaltig ist, um die Gesamtheit der noch offenen Ansprüche in der Insolvenz eines vorgelagerten "Kettenglieds" zu befriedigen, und es umgekehrt zu einer unangemessenen Doppelbelastung des Grundstückseigentümers kommen kann.

Schließlich stellen die in Deutschland ab und an als Notlösung festzustellenden Abtretungslösungen (Beispiel: Generalunternehmer tritt statt einer § 648a-Sicherheit dem Nachunternehmer einen erst-rangigen Werklohnanspruch gegen den Bauherrn ab) keine befriedigende Lösung dar. Diese Modelle scheitern regelmäßig genau dann, wenn sie sich bewähren müssen, nämlich in der Insolvenz des Sicherungsverpflichteten (im Beispielfalls also des Generalunternehmers). Der Bauherr als Drittschuldner kann nämlich dem Nachunternehmer als Zessionar sämtliche Gegenrechte entgegenhalten, die er gegenüber dem Generalunternehmer als Zedenten hat (§ 404 BGB). Folge ist in der Insolvenz des Zedenten regelmäßig, dass der Drittschuldner aufgrund berechtigter Gegenrechte (z.B. Restfertigstellungsmehrkosten nach Vertragskündigung gegenüber dem Zedenten) keine weitere Zahlung mehr an den Zessionar leisten muss.

b) Weiterentwicklung des bestehenden Systems des § 648a BGB

Wenn man von diesem Befund ausgeht, bleibt trotz der damit verbundenen Kosten und Erschwernisse keine andere Wahl, als streng im jeweiligen Vertragsverhältnis die Sicherungen vorzunehmen. Das führt zu einer Grundorientierung am bestehenden § 648a BGB, der neben redaktionellen Anpassungen einiger grundsätzlicher inhaltlicher Änderungen bedarf.

B. Zu den einzelnen Unterpunkten der These

Zu a)

Jedenfalls im unternehmerischen Geschäftsverkehr soll der Besteller direkt nach Vertragsschluss, *ohne* dass es eines Sicherheitsverlangens des Unternehmers bedarf, verpflichtet sein, sofort eine Sicherheit in mäßiger Höhe (ca. 10 %) beizubringen. Unterbleibt dies, hat der Unternehmer wie nach bisherigem Recht die Möglichkeit der Leistungsverweigerung und/oder der Klage auf Sicherheit oder der Kündigung des Vertrags wegen Vertragsverletzung des Bestellers.

Diese automatisch kraft zwingenden Rechts auf Kosten des Bestellers von ihm zu erbringende Sicherheit in überschaubarer Höhe soll eine Art "Bonitätsgarantie" sein, durch die der Besteller dokumentiert, die Finanzierung des Bauvorhabens gesichert zu haben und absehbar zur Beschaffung der notwendigen Mittel für Abschlags- und Schlusszahlungen in der Lage zu sein. Zugleich soll sie dem Unternehmer eine sofortige Solvenzkontrolle ermöglichen, ohne dass der Unternehmer zu einem die Beziehung zum Besteller belastenden Sicherheitsverlangen gezwungen ist. Ein derartiger Automatismus wird dazu führen, dass Besteller und die sie finanzierenden Geldinstitute eine solche Eingangssicherheit von Anfang an einkalkulieren und vorbereiten. Eine solche Sicherheit hat daher, da sie notwendige Begleiterscheinung jedweden größeren Bauvertrags im unternehmerischen

Geschäftsverkehr wird, für den Besteller nichts Ehrenrühriges an sich, was absehbar zu einer entspannteren Bewilligungspraxis durch gewerbliche Bürgen, sofern die Bürgschaft als Sicherheit gewählt wird, führen wird.

Zu b)

Dieser Automatismus soll nur im Verhältnis von unternehmerisch tätigen Bauvertragsparteien gelten. Ist der Besteller demgegenüber ein Verbraucher im Sinne von § 13 BGB, erscheint es zumutbar, dem Unternehmer abzuverlangen, in dieser regelmäßig singulären Geschäftsbeziehung eine Sicherheit zu verlangen, falls er eine solche wünscht. Wie nach bisheriger Gesetzeslage soll insoweit der Unternehmer selbst die Kosten der Sicherheit in der erforderlichen Höhe tragen. Um die Abwicklung von Bauverträgen zwischen unternehmerisch tätigen Unternehmern und Verbraucher-Bestellern nicht über Gebühr zu belasten, soll der Unternehmer die Möglichkeit einer solchen Absicherung nur bei "größeren Bauverträgen" haben (dieser bewusst noch vage gehaltene Begriff bedarf noch der genauen Definition). Erlangt er eine solche Sicherheit rechtzeitig, droht ihm selbst in einer gewährten Restschuldbefreiung kein Forderungsausfall, da die Haftung gegen den regelmäßig als Sicherheit beigeestellten Bürgen von einer Restschuldbefreiung unberührt bleibt (§ 301 Abs. 2 Satz 1 InsO).

Was den unternehmerischen Geschäftsverkehr anbelangt, wird bei genauer Betrachtung die allerdings vertrauensbildende Grundsicherheit gemäß a) nicht ausreichen, um das Vorleistungsrisiko des Unternehmers im Hinblick auf kurze Bauzeiten und nachhinkende Abschlagsrechnungen und -zahlungen auszugleichen. Wie bisher soll daher der Unternehmer die Möglichkeit haben, ungeachtet einer erlangten Grundabsicherung gemäß a) eine weitergehende Sicherheit zu erhalten. Dies soll wie nach der bisherigen Gesetzeslage aber auf Kosten des Unternehmers geschehen.

Abweichend von der bisherigen Gesetzeslage erscheint es allerdings für den Regelfall nicht erforderlich, dass der Unternehmer von einem Unternehmer-Besteller bzw. von einem Verbraucher (bei größeren Bauverträgen) eine Sicherheit in Höhe von maximal 110 % des vereinbarten Werklohns erhalten kann. Vielmehr wird der Unternehmer aufgrund der praxisgerecht neu zu fassenden Regelung über Abschlagszahlungen die Möglichkeit haben, diese unter erleichterten Bedingungen einzufordern und auf diese Weise den Zahlungsfluss und die Solvenz des Bestellers kontrollieren zu können. Geht man von dieser zusätzlichen Abmilderung des wirtschaftlichen Vorleistungsrisikos des Unternehmers und den damit verbundenen Kontrollmöglichkeiten aus, erscheint es angemessen, grundsätzlich die Höhe der Sicherheit, die der Unternehmer vom Besteller verlangen kann, unter Einbeziehung der gemäß a) gestellten Zwangssicherung zu begrenzen auf einen Betrag von ca. 40 % des gesamten vereinbarten (und noch nicht bezahlten) Werklohns.

Es gibt allerdings Einzelfälle, in denen eine sehr werthaltige Bauleistung innerhalb kürzester Zeit unter Einsatz von Spezialgerät mit hohem Aufwand erbracht werden muss. In diesen Fällen läuft die Abmilderung des Vorleistungsrisikos durch die Möglichkeit, Abschlagszahlungen verlangen zu können, faktisch leer, weil zum Zeitpunkt des Zugangs einer ersten Abschlagsrechnung und des Ablaufs der Prüf- und Zahlungsfristen die Bauleistung bereits in vollem Umfange erbracht sein kann. In diesen Fällen muss es daher unverändert bei der Absicherungsmöglichkeit in Höhe von 110 % des Werklohns bleiben.

C. Allgemein

Da auch Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten, die die spätere Erhebung eines Bauwerks möglich machen, einem wirtschaftlichen Vorleistungsrisiko unterliegen, ist es sachgerecht, den Anwendungsbereich von § 648a BGB auf diese Baubeteiligten zu erstrecken. Dies sollte nicht durch Änderung des bestehenden § 648a BGB, sondern durch eine allgemeine Definition an anderer Stelle im Bauvertragsrecht erfolgen.

These 8:

Absicherung des Bestellers

Besteller sollen bei größeren Bauverträgen Anspruch auf Absicherung der Vertragserfüllung durch eine vom Unternehmer auf dessen Kosten zu stellende Sicherheit in angemessener Höhe erhalten:

- a) Abzusichern ist die Vertragserfüllung inkl. der Mängelansprüche nach Abnahme.
- b) (Nur) zugunsten von Verbrauchern soll dies zwingendes Recht sein.

Begründung:

A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Risiken in wirtschaftlicher Hinsicht drohen einem Besteller im Stadium vor Fertigstellung der Leistung/Abnahme vor allem dann, wenn der Unternehmer wirtschaftlich nicht mehr leistungsfähig ist und in Konsequenz einer Kündigung der Besteller einen neuen Unternehmer zu regelmäßig höheren Preisen einschalten muss. Der hieraus resultierende Schadensersatzanspruch insbesondere wegen Restfertigstellungsmehrkosten, Verzögerungen usw. kann gerade bei niedrigen Ausgangspreisen des ersten, nunmehr gekündigten Unternehmers beträchtliche Höhen erlangen, die allerdings schwerlich umfassend in jedem Bauvertragsverhältnis absicherbar sind.

Abgesehen von diesem Risiko ist ein Besteller im Stadium vor Abnahme weniger schutzbedürftig als danach: Die vom Unternehmer gestellten Abschlagsrechnungen hinken bei korrekter Abwicklung dem erreichten Bautenstand hinterher, was erst recht bis zum Zeitpunkt der hierauf erfolgenden Zahlung gilt. Sofern der Unternehmer im Einzelfall Abschlagsrechnungen stellt, denen eine entsprechende Teilleistung nicht zugrunde liegt, kann der Besteller die Zahlung verweigern. Weist eine Teilleistung, die Gegenstand einer Abschlagsrechnung ist, "Mängel" auf, ist der Besteller durch entsprechende Leistungsverweigerungsrechte geschützt. Sonstigen Fehlentwicklungen in der Baustellenabwicklung kann er durch Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechte und/oder Aufrechnungen entgegen wirken.

Anders stellt es sich in der normalen Abwicklung eines Bauvertrags im Stadium nach Abnahme dar: Der Besteller hat den Werklohn vollständig geleistet, hat aber noch für die Dauer von etwa fünf Jahren Mängelansprüche. Treten Mängel zutage, hat der Besteller nach vollständiger Werklohnzahlung keine wirtschaftlichen Druckmittel mehr gegenüber dem Unternehmer. Bereits das führt zu einer reduzierten Leistungsbereitschaft vieler Unternehmen in Bezug auf Mängelansprüche. Wenn der Unternehmer in dieser Phase insolvent wird, fällt der Besteller mit seinen Ansprüchen so gut wie vollständig aus. Er hat lediglich Anspruch auf eine oft erst jahrelang später ausgezahlte Insolvenzquote. Üblicherweise ist die Quote auf einfache Insolvenzforderungen in Bauinsolvenzen sehr gering.

b) Gewerbliche Besteller tragen dieser Situation sowohl für das Stadium vor Abnahme als auch danach Rechnung, indem sie üblicherweise in ihren AGB vorgeben, dass der Unternehmer Sicherheit zu leisten hat. Bundesweit haben sich die Sätze für die Vertragserfüllung "im engeren Sinn" bis Abnahme bei 10 % der Auftragssumme und für die Mängelanspruchssicherheit bei 5 % der (Netto-) Schlussrechnungssumme eingependelt. Auch wenn keine Äußerung des Bundesgerichtshofs vorliegt, ist davon auszugehen, dass derartige Sätze auch in AGB des begünstigten Bestellers wirksam vereinbart werden können.

Verbraucher verzichten demgegenüber regelmäßig auf eine solche Vertragsgestaltung, sofern sie nicht im Einzelfall durch Fachleute beraten werden. Der Gesetzgeber hat allerdings in § 632a Abs. 3 BGB mit Wirkung ab 01.01.2009 erstmals vorgegeben, dass ein Verbraucher-Besteller jedenfalls dann

Anspruch auf Sicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs hat, wenn der Unternehmer von ihm Abschlagszahlungen verlangt. Diese Sicherheit betrifft nach dem Gesetzeswortlaut "die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel", also nicht die Mängelansprüche im Stadium nach Abnahme.

II. Allgemeine Zielsetzung

Im Hinblick auf die unbestreitbare Gefährdungslage des Bestellers gerade im Stadium nach Abnahme erscheint es auch aus Symmetriegesichtspunkten (vgl. die weitreichende Absicherung des Unternehmers hinsichtlich seines Werklohns) geboten, auch den Besteller adäquat zu schützen. Es sollte sich um eine von Vertragsschluss bis Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche in einheitlicher Höhe durchlaufende Sicherheit handeln, so dass Probleme der rechtzeitigen Inanspruchnahme vor/mit Abnahme und der Teilenthftung in diesem Stadium entfallen. Solche Probleme könnten nämlich gerade Verbraucher, die mit dem regelmäßig verbreiteten Sicherungsmittel der Bürgschaft nicht vertraut sind, überfordern. Diese Absicherung wird demnach keine Rundum-Sicherheit geben können, sondern nur wesentliche allgemeine Gefährdungslagen abdecken. Sie sollte in maßvoller Höhe bleiben und sich an § 632a Abs. 3 BGB – aber eben einheitlich von Anfang an 5 % - orientieren.

B. Zu den einzelnen Unterpunkten der These

Zu a)

Schutzbedürftig ist der Besteller auch und gerade im Stadium nach Abnahme. Abweichend von der bisher lediglich die Verbraucher begünstigenden Regelung des § 632a Abs. 3 BGB soll daher dieses Stadium erfasst werden.

Zu b)

Auch dispositives Recht hätte zur Folge, dass eine Abweichung in AGB des Unternehmers unwirksam wäre. Im Verhältnis zu Verbrauchern besteht jedoch die Gefahr, dass der Unternehmer mit dem Verbraucher, der die Bedeutung des Problems nicht erkennt, eine Lösung individuell aushandelt, was dazu führt, dass der Besteller keine Sicherheiten erhält. Dem ist durch die Anordnung zwingenden Rechts vorzubeugen.

Ähnliche Gefahren bestehen im unternehmerischen Geschäftsverkehr zwischen Bauvertragsparteien nicht, wobei ohnehin gegenwärtig gewerbliche Bauherren regelmäßig weitreichende Sicherungsvereinbarungen zu Lasten von Unternehmern in ihren AGB vorgeben. Für diesen Bereich genügt es daher, dispositives Recht zu schaffen.

These 9:

Kündigung des Bauvertrages

Es wird ein allgemeiner Kündigungstatbestand in das Gesetz aufgenommen, der Formalien und inhaltliche Fragen – insbesondere Kündigungsvoraussetzungen für beide Seiten und hieran anknüpfende Rechtsfolgen – regelt, insbesondere

- a) Schriftformerfordernis;
- b) (jederzeitiges) freies Kündigungsrecht des Bestellers, ferner außerordentliches Kündigungsrecht beider Seiten aus wichtigem Grund;
- c) generelle Rechtsfolgenregelung zur allgemeinen Kündigung bzw. zu der aus wichtigem Grund;
- d) Verpflichtung beider Parteien zur Teilnahme an einer Leistungsstandsabgrenzung nach Kündigung auf Verlangen der anderen Seite mit Beweislastumkehr im Weigerungsfall.

Begründung:

A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Das BGB enthält in zahlreichen Normen – etwa § 314 BGB für Dauerschuldverhältnisse, § 626 BGB für Dienstverträge – Regelungen dazu, unter welchen inhaltlichen Voraussetzungen eine fristlose Kündigung eines Vertrags möglich ist. Für das Baurecht fehlt eine solche gesetzliche Regelung, obwohl Kündigungen im Baugeschehen eine wichtige Rolle spielen. Die Praxis behilft sich bisher mit den Rechtsprechungsregeln und einer Einzelfallkasuistik. Hinzu kommen Versuche der Vertragsgestaltung, so etwa §§ 4 Nr. 7 Satz 3, 5 Nr. 3, Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1, § 8 Nr. 2 VOB/B.

b) Entsprechend findet sich im BGB auch keine allgemeine Rechtsfolgenregelung, abgesehen von der Regelung des § 649 BGB zum Recht des Bestellers auf jederzeitige Kündigung und dem sodann dem Unternehmer zustehenden Werklohnanspruch für das nicht mehr zur Ausführung gelangte Restwerk. Eine allgemeine Regelung unter Aufnahme der Rechtsprechungsregeln ist schon deshalb sinnvoll, weil sie als Norm zum Zwecke der Verweisung für andere Vorschriften, die im Bauvertragsrecht eine Kündigung aus wichtigem Grund ermöglichen (z.B. § 648a BGB), dienen kann.

c) Jedenfalls bei strenger Betrachtung bestehen im Hinblick auf verbreitete AGB-Regelungsversuche zur Frage, wann eine außerordentliche Kündigung berechtigt ist, erhebliche Zweifel. Dies gilt nicht nur wegen der AGB- und insolvenzrechtlich angereicherten Diskussionen um § 8 Nr. 2 VOB/B, die auch nach Inkrafttreten der InsO nicht verstummt sind. Gleichermaßen gilt dies, wenn auch in schwächerer Form, für §§ 4 Nr. 7, 5 Nr. 3, Nr. 4 VOB/B.

II. Allgemeine Zielsetzung

a) Der neue Kündigungstatbestand stellt einen Ausbau und eine deutliche Erweiterung des bestehenden § 649 BGB dar, indem in eine Norm sämtliche Formalien und inhaltlichen Fragen (inklusive Rechtsfolgen) einer "freien" Bestellerkündigung und einer beider Seiten möglichen, durch einen wichtigen Grund gerechtfertigten Kündigung aufgenommen werden.

b) Kein Änderungsbedarf besteht hinsichtlich bestimmter Rechtsprechungsregeln, zu denen es aber auch entbehrlich erscheint, sie ausdrücklich zu regeln. Vielmehr können auf Grundlage der bestehenden BGH-Rechtsprechung die weitere Entwicklung und Verfeinerung der Rechtsprechung abgewartet werden.

Das betrifft zum einen die Leitentscheidung des BGH, dass grundsätzlich nach Kündigung der Werklohnanspruch des Unternehmers für das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk von der Abnahme des Teilwerks durch den Besteller abhängig ist²⁴.

Zum anderen gilt dies für die Rechtsprechung des BGH, dass selbst nach Kündigung aus wichtigem Grund der Besteller die Erstattung von Selbstvorkostkosten nach Beseitigung von Mängeln vom Unternehmer grundsätzlich nur verlangen kann, wenn er davor dem Unternehmer wegen der relevanten Mängel des Teilwerks eine angemessene Frist zur Beseitigung gesetzt hat²⁵.

Diese Rechtsprechung ist kritisiert worden und wird teilweise in der Baupraxis nicht beachtet. Sie erscheint jedoch grundsätzlich angemessen, so dass an ihr festzuhalten ist. Sie fördert die Bereitschaft der Parteien, trotz der in der Kündigung kulminierenden Streitpunkte eine Abnahme des Teilwerks zu versuchen und Mängelpunkte hinsichtlich des erbrachten Teilwerks gemeinsam zu erfassen. Geschieht dies, ist es dem Besteller möglich, wegen der Mängel angemessene Fristen zu setzen.

Unzweifelhaft bestehende Abgrenzungsschwierigkeiten etwa zur Frage, wann ein Mangel des Teilwerks und wann eine noch ausstehende Restleistung vorliegen und wie sich zu einzelnen Gewerken wie der Haustechnik ohne aufwendige Probeläufe usw. die Freiheit von wesentlichen Mängeln feststellen lässt, rechtfertigen es nicht, hiervon abzugehen. Die Alternative bestünde wohl nur darin, dass jedenfalls nach einer Kündigung aus wichtigem Grund der Besteller sofort ohne Fristsetzung angebliche Mängel beseitigen kann. Die Folge wäre absehbar, dass mangels vorheriger Fristsetzung der Unternehmer keine Möglichkeit hat, das Nichtvorhandensein solcher nunmehr beseitigter angeblicher Mängel zu beweisen, so dass sich schwer auflösbare Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht stellen würden. Weiter würde sich die Frage stellen, wie in einem solchen Fall die Mängel des Teilwerks bewertet werden sollen, insbesondere, ob dies von einer erfolgten Mängelbeseitigung abhängen soll oder ob nicht vielmehr vorhandene Mängel des Teilwerks in jedem Fall den Werklohnanspruch des Unternehmers für das Teilwerk reduzieren müssen.

Auch erscheint es nicht angemessen, mit dem Ausspruch der Kündigung als solcher die Abnahme des Teilwerks durch eine Fiktion oder Ähnliches zu verknüpfen. Eine Kündigung lässt oft auf eine schwere Störung im Verhältnis der Vertragsparteien schließen. Gerade dann, wenn der Besteller gekündigt hat, wird er jedenfalls nicht ohne weiteres die bis dato erbrachte Teilleistung als im wesentlichen mangelfrei empfinden, so dass eine Abnahmefiktion oder Ähnliches unangemessen wäre.

B. Zu den einzelnen Unterpunkten der These

Zu a)

Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung soll die Einhaltung der Schriftform gemäß § 125 BGB sein, wie es auch für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 623 BGB vorgegeben ist. Die Schriftform dient der Rechtssicherheit und der Beweiserleichterung und soll vor allem die Bauvertragsparteien vor einer übereilten und später bereuten spontanen Aktion schützen.

Zu b)

Hinsichtlich der jederzeit möglichen „freien“ Bestellerkündigung (bisher § 649 BGB) sind grundlegende Änderungen nicht veranlasst.

Was eine (außerordentliche) Kündigung aus wichtigem Grund - die beiden Bauvertragsparteien möglich ist - anbelangt, kann grundsätzlich auf die entsprechend anzuwendenden Tatbestandsmerkmale des § 314 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden.

Eine insolvenzbedingte Kündigung aus wichtigem Grund soll beiden Seiten unter bestimmten, noch abschließend zu prüfenden Voraussetzungen möglich sein.

²⁴ BGH, Urteil vom 11.05.2006 – VII ZR 146/04, BauR 2006, 1294.

²⁵ BGH, Urteil vom 25.06.1987 – VII ZR 251/86, BauR 1987, 689.

Als Beispielsfälle für eine berechtigte Kündigung des Unternehmers sind Tatbestände aufzunehmen wie der Verzug des Bestellers mit der Zahlung von Abschlägen und der Umstand, dass der Besteller eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt und dadurch den Unternehmer außerstande setzt, die Leistung auszuführen. Jedoch ist in diesen beiden Beispielsfällen vorab vom Unternehmer eine Nachfrist zur Vertragserfüllung zu setzen, die erfolglos abgelaufen sein muss.

Zu c)

Für die Rechtsfolgen der freien Bestellerkündigung verbleibt es bei den Vorgaben des bisherigen § 649 Satz 2 und 3 BGB inkl. der dortigen widerleglichen Vermutung. Diese Rechtsfolge tritt auch ein, wenn der Unternehmer aus einem vom Besteller zu vertretenden Grund den Vertrag kündigt. Kündigt hingegen der Besteller den Vertrag aus einem Grund, den der Unternehmer zu vertreten hat, so hat der Unternehmer nur Anspruch auf Bezahlung des Werklohns, der auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt, soweit das Teilwerk für den Besteller brauchbar ist. Der Besteller hat in diesem Fall Anspruch auf Schadensersatz wegen der Nichterfüllung des Rests.

Zu d)

In Anlehnung an die zu § 8 Nr. 6 VOB/B ergangene Rechtsprechung des BGH²⁶ ist klarzustellen, dass nach Kündigung jede Bauvertragspartei eine gemeinsame Leistungsstandsabgrenzung hinsichtlich des bis zur Kündigung erbrachten Teilwerks verlangen kann. Diese quantitative Bewertung, welche von der qualitativen Frage der Abnahmefähigkeit zu trennen ist, hat Auswirkungen auf die Beweislast. Bleibt eine Partei einer solchen Leistungsstandsabgrenzung schuldhaft fern bzw. verweigert sie diese ausdrücklich und lässt sich später wegen Fortführung der Baumaßnahmen nicht mehr überprüfen, wie der Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung war, findet eine Beweislastumkehr zu Lasten derjenigen Vertragspartei statt, die sich der Leistungsstandsabgrenzung verweigert hat.

²⁶ Urteil vom 22.05.2003 – VII ZR 143/02, BauR 2003, 1207.

These 10:

Widerrufsrecht des Verbrauchers

Der Verbraucher muss entsprechend §§ 355 ff. BGB die Möglichkeit erhalten, den auf Erwerb oder komplette Erstellung eines Eigenheims (Wohnung oder Einfamilienhaus mit oder ohne Einliegerwohnung) gerichteten Vertrag gegenüber einem Unternehmer zeitlich befristet zu widerrufen.

Begründung:

A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

a) Die Entwicklung der Marktwirtschaft (Globalisierung, Spezialisierung, Informatisierung und technischer Fortschritt) bringt für den Verbraucher neben Vorteilen wie Wirtschaftswachstum zusätzliche Gefahrenlagen im rechtlichen Bereich wegen der zunehmenden Unübersichtlichkeit mit sich. Unsachliche Beeinflussung, unzureichende Informationen vor und bei Vertragsschluss, undurchsichtige Preisgestaltung gehen einher mit nachteiligen Vertragsbedingungen oder schwer zu verstehenden Regelungen zu Mängelrechten. Die Rechtsprechung minderte in den letzten Jahrzehnten diese Gefahren ebenso wie die Entwicklung des Verbraucherschutzes durch die Vorgaben des Europäischen Rechts.

Mit der Schuldrechtsmodernisierung schuf der Gesetzgeber durch Informationspflichten und Widerrufsrechte zahlreiche neue Schutzvorschriften für die Verbraucher. Bei bestimmten Vertragstypen ist seit längerem eine Information über die Standards des Vertragsinhaltes vorgeschrieben. Dadurch soll der Verbraucher vor Vertragsschluss unmissverständlich erkennen können, welche Pflichten, Belastungen und Risiken im Vertrag auf ihn zukommen. § 305 Abs. 2 BGB regelt dies grundlegend für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Spezielle Regelungen finden sich in § 312 c BGB für Fernabsatzverträge und der BGB-Informationspflichten-Verordnung. Bei einzelnen Fallgestaltungen gestattet ein Widerrufsrecht den Verbrauchern, innerhalb einer bestimmten Frist die Vertragsbindung zu beseitigen (siehe § 355 BGB), so bei Haustürgeschäften (§ 312 Absatz 1 BGB), Fernabsatzverträgen (§ 312d Absatz 1 BGB), Teilzeit-Wohnrechteverträgen (§ 485 Absatz 1 BGB), Verbraucherdarlehensverträgen (§ 495 Absatz 1 BGB), Verbraucher-Finanzierungsleasingverträgen (§ 500 BGB), Verbraucher-Teilzahlungsgeschäften (§ 501 BGB), Ratenlieferungsverträgen (§ 505 Absatz 1 BGB) und Fernunterrichtsverträgen (§ 4 Fernunterrichtsschutzgesetz).

b) Obwohl der Verbraucher in § 13 BGB als eigenständige Person Eingang in das Gesetz fand und zu seinem Schutz besondere Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf in §§ 474 ff. BGB eingeführt wurden, sieht das den werkvertraglichen Regelungen unterworfenen Recht des Bauvertrages bisher keine besonderen Regelungen zum Widerruf des Vertrages durch Verbraucher vor. Auch nach der Schuldrechtsmodernisierung hat der Verbraucher nur begrenzte Möglichkeiten, sich vollständig vom Bauvertrag zu lösen. Unter den Voraussetzungen der §§ 119, 123 BGB kann der Vertrag angefochten werden; in entsprechenden Fällen kann Schadensersatz wegen eines Verschuldens bei Vertragsschluss verlangt werden. Das speziell für Teilzahlungsgeschäfte vorgesehene Widerrufsrecht greift bei der in Bauverträgen häufigen Vereinbarung von Abschlagszahlungen nicht²⁷.

²⁷ s. Rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des Privaten Bauvertragsrechts, Abschlussbericht, Schriftenreihe des BMELV, Reihe A, Heft 520, Seite 30, mit Hinweis auf BGH U. v. 22.12.2005, VII ZR 183/04, BGHZ 165, 325 ; BauR 2006, 510; IBR 2006, 126 ; NJW 2006, 904; NZBau 2006, 237; WM 2006, 1264; ZfBR 2006, 240 :

1. Ein Vertrag, in dem sich der Unternehmer zur Lieferung und Errichtung eines Ausbauhauses gegen Teilzahlungen verpflichtet, ist ein Werkvertrag (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10.03.1983 - VII ZR 302/82,

Die allgemeinen Risiken beim Vertragsschluss z.B. durch unsachliche Beeinflussung, unverbindliche Werbeaussagen, Fehlen bzw. Vorenthalten wesentlicher Informationen und nicht zuletzt durch unübersichtliche Vertragswerke, bestehen für den Verbraucher auch beim Bauvertrag. Insbesondere gilt dies für Verbraucherverträge zum Wohnungserwerb bzw. zum 'Bauen aus einer Hand', bei denen sich der Laie mangels Sachkunde Fehlvorstellungen über Vertragsinhalt und Folgeverpflichtungen sowie den Umfang des Preises und die damit abgeholzten Leistungen macht. Die sozialpolitisch erwünschte Anschaffung von Wohneigentum für die private Altersvorsorge setzt den Verbraucher erheblichen wirtschaftlichen Risiken aus, da entsprechenden Bauverträge regelmäßig einen hohen Anteil an Fremdfinanzierung durch Kreditaufnahme erfordern. Obwohl es häufig um weitreichende wirtschaftliche Verfügungen verbunden mit finanziellen Belastungen geht, die an die Grenze der wirtschaftlichen Möglichkeiten von Verbrauchern stoßen und dadurch oft die wesentlichen Lebensgrundlagen verändern, fehlt ein ausreichender Schutz vor Übereilung.

c) Die Beschaffung eines Eigenheims steht auch in seiner Relevanz für die Allgemeinheit und seiner Bedeutung für den einzelnen Verbraucher nicht hinter den durch ein bereits bestehendes Widerrufsrecht geschützten Lebensbereichen zurück. Hier wie dort geht es um gravierende Eingriffe in die Privatautonomie, die zum Schutz des Verbrauchers vor Überrumpelung, unzureichender Information und einengenden Dauerbelastungen gerechtfertigt sind. Während sich die gesetzgeberischen Maßnahmen aber dort auf zumeist alltägliche oder – etwa beim Vertrag über zeitweilige Wohnrechte - in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für den durchschnittlichen Einzelfall nicht übermäßig gravierende Geschäfte erstrecken, handelt es sich beim Vertrag über ein dauerhaftes Wohneigentum im Regelfall um eine singuläre Maßnahme für den Verbraucher mit bedeutsamen wirtschaftlichen Auswirkungen.

d) Schließlich ist zu beachten, dass die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates (Verbraucherkredit-Richtlinie – ABl. EU Nr. L133 Seite 66) bis zum 12.05.2010 in deutsches Recht umzusetzen ist. In diesem Zusammenhang wie überhaupt beim Bauvertragsrecht ist von Bedeutung, dass die Bundesregierung bisher plante, die noch bestehende Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit den Musterbelehrungen (Anlagen 2 und 3 zur BGB-Informationspflichten-Verordnung) durch eine formell-gesetzliche Regelung zu beenden.

II. Allgemeine Zielsetzung

a) Wenn der Verbraucher Wohneigentum anschafft, benötigt er für den Abschluss des Vertrages einen wirksamen Schutz des Gesetzgebers. Diese Privilegierung kommt jetzt in der Ausnahmeregelung des § 648 a Abs. 6 Nr. 2 BGB zum Ausdruck.

b) Geeignete Instrumente sind Informationspflichten gegenüber Verbrauchern, die Festlegung von Mustertexten / Musterverträgen und die Einführung eines Widerrufsrechtes. Letzteres bietet den wirksamsten Schutz, da seine Ausübung allein im Belieben des Verbrauchers liegt²⁸. Demgegenüber ist die praktische Umsetzung von Informationspflichten in hohem Maße von der entsprechenden Bereitschaft des Unternehmers abhängig; Verstöße haben in der Regel nur eine Verlängerung von Widerrufsfristen zur Folge²⁹. Die Einführung von Mustertexten zur Vertragsgestaltung kann den viel-

BGHZ 87, 112.

2. Ein Verbraucher kann einen solchen Vertrag weder nach § 355 Abs. 1, § 505 Abs. 1 Nr. 1 BGB (Ratenlieferungsverträge) noch nach § 355 Abs. 1, § 495 Abs. 1, § 499 Abs. 2, § 501 Satz 1 BGB (Teilzahlungsgeschäfte) widerrufen.

²⁸ Bedenken gegen zusätzliches Widerrufsrecht: s. Abschlussbericht S. 134

²⁹ Allgemeine Informationspflichten sind über § 305 Abs. 2 BGB geregelt und können gegebenenfalls durch eine ausdrückliche Verweisung auf diese Vorschrift für Bauverträge verstärkt werden. Die weiteren in den Regelungen der §§ 312 – 359 BGB enthaltenen Informationspflichten sollen teilweise in das Einführungs-gesetz zum BGB ausgelagert und die Musterbelehrungen als Anlagen 1 und 2 zum Einführungs-gesetz zum BGB

fältigen Bedürfnissen des Einzelfalls kaum gerecht werden und führt zu einer überschießenden Eingengung der Vertragsfreiheit. Inhaltliche Vorgaben kennt demgegenüber das französische Recht³⁰, während in den Niederlanden zumeist ein bestimmter Modellvertrag verwendet wird³¹.

c) Ein Widerrufsrecht schafft nicht nur Bedenkzeit und schützt damit im Einzelfall vor übereilten Maßnahmen. Es hat auch Signalwirkung über den Einzelfall hinaus, da es den am Bestand des Vertrages interessierten Unternehmer zu einer sorgfältigen, offenen Vertragsgestaltung mit uneingeschränkten Informationen anhalten kann. Der unaufgeklärte und unsichere Verbraucher könnte eher zum Widerruf neigen.

d) Das Widerrufsrecht muss soweit wie möglich kostenneutral ausgestaltet werden. Allzu lange Widerrufsfristen könnten als Kostenfaktor auf der Unternehmenseite zu einer Verteuerung der Bau- und Erwerbskosten führen.

B. Zu Einzelheiten der These

a) Schutzgegenstand sind die auf Beschaffung von Wohneigentum gerichteten Verbraucherverträge. Der Herstellung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung i.S. von § 648 a Abs. 6 Nr. 2 BGB steht der Erwerb eines fertigen Eigenheims – Haus oder Wohnung - gleich³². Vertragspartner des Verbrauchers sind zumeist Generalübernehmer, Generalunternehmer oder Bauträger.

Davon zu unterscheiden sind die insoweit nicht geschützten Verträge, die nicht die Komplett-Erstellung eines Eigenheims zum Inhalt haben, also die wirtschaftlich weniger bedeutsamen Planerverträge oder Verträge über einzelne (Teil-) Baumaßnahmen. Ob Planerverträge als verbundene Verträge i.S. von § 358 BGB dem widerrufenen Eigenheim-Vertrag gleichgestellt werden, ist mit den Detail- und Folgeregelungen zu klären.

b) Das Widerrufsrecht des Verbrauchers gilt nur gegenüber Unternehmern i.S. von § 14 BGB. Hauskaufverträge unter Privatleuten bzw. Verbrauchern sind zwar nicht weniger wirtschaftlich bedeutsam, bergen aber in aller Regel nicht dieselben typischen Gefahren eines Ungleichgewichtes an Macht und Informationen wie Verträge mit professionell Handelnden.

c) Das Widerrufsrecht soll auch für notarielle Verträge und solche Bauverträge gelten, an denen Architekten oder vergleichbare Berater auf Seiten des Verbrauchers mitgewirkt haben. Bei dieser Sachlage sind zwar manche Autoren der Auffassung, es sei eine ausreichende professionelle Kompetenz zu Gunsten des Verbrauchers vorhanden³³. Im Fall von beurkundungspflichtigen Bauträgerverträgen unterliege der Notar gemäß § 17 BeurkG diversen Überprüfungs- und Belehrungspflichten und sei gemäß § 17 Abs. 2 a Nr. 2 BeurkG gehalten, den Urkundenentwurf zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen.

Von einer nach Inhalt und Umfang jeglichen Anforderungen entsprechenden Belehrung durch den Notar kann allerdings in der Lebenswirklichkeit nicht immer ausgegangen werden, zumal nicht jeder zugelassene Notar über dieselbe umfassende praktische Erfahrung mit Bauverträgen verfügen kann und nicht jeder Verbraucher sich der rechtlichen Folgen eines Bauträgervertrages sogleich vollum-

in den Rang eines formellen Gesetzes erhoben werden. Die Verbesserung der Informationsrechte kann durch die geplante Änderung der Regelungen der §§ 312 – 359 BGB erzielt werden, die im Zuge des Gesetzesentwurfs zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdienstrichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vorgesehen ist.

³⁰ Abschlussbericht S. 26 ff.,

³¹ Abschlussbericht S. 29

³² vgl. OLG München, Urteil vom 15.01.2008, 13 U 4378/07, IBR 2008, 576

³³ vgl. Freiburger Baurechtlicher Ergänzungsentwurf (I), E § 5 II b und Baurechtlicher Ergänzungsentwurf II (2002), E § 651 II b : Das Widerrufsrecht besteht nicht bei beurkundungspflichtigen Verträgen; vgl. Abschlussbericht S. 135, 154.

fänglich bewusst ist³⁴. Desgleichen kommt es auch in notariellen Verträgen nicht ausschließlich zur Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen des Unternehmers sowie zur Bezugnahme auf unübersichtliche Baubeschreibungen oder umfangreiche Grundlagenurkunden. Für die Praxis ist somit nicht auszuschließen, dass es auch im Fall der Einschaltung eines Notars zu übereilten Entscheidungen oder zur Übervorteilung eines Verbrauchers kommen kann. Dem entspricht es, dass der Gesetzgeber schon bisher die notariellen Verträge nicht von einem Widerruf ausgenommen hat, s. § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB und § 485 Abs. 5 Satz 2 BGB. Der Einführung eines Widerrufsrechtes steht schließlich nicht entgegen, dass im Fall des wirksamen Widerrufs über die Tragung der Notarkosten zu befinden ist; hier kann § 485 Abs. 5 Satz 2 BGB als Modell gelten.

Ähnliche Überlegungen gelten für den Fall, dass dem Verbraucher zum Vertragsabschluss ein fachkundiger Berater zur Seite stand.

d) Die für den Widerruf einzuräumende Frist kann schon im Interesse einer baldigen Herbeiführung von Rechtsklarheit nur knapp bemessen sein. Einen Zeitraum von sieben Tagen³⁵ bis zu zwei Wochen ab Vertragsabschluss bzw. Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht wird man als ausreichend ansehen können; das Widerrufsrecht gemäß § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB ist innerhalb von zwei Wochen auszuüben. Auch im Interesse einer möglichst anzustrebenden Kostenneutralität ist eine kurze Frist zu empfehlen, da die Vorhaltekosten des an den Vertrag gebundenen Anbieters sonst zu einer finanziellen Belastung führen würden, die dieser notwendigerweise in Form eines Risikoaufschlages an die Verbraucher weitergeben müsste³⁶. Dementsprechend erscheint eine weitere Fristverlängerung aus sonstigen Gründen – etwa infolge einer Verletzung von anderweitigen Informationspflichten – unpraktikabel³⁷.

³⁴ Abschlussbericht S. 135

³⁵ Abschlussbericht S. 134

³⁶ Abschlussbericht S. 133

³⁷ Abschlussbericht S. 134