

Nr. 24/15  
November 2015

---

**Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

---

Deutscher Richterbund  
Kronenstraße 73  
10117 Berlin  
T +49 30 206 125-0  
F +49 30 206 125-25  
info@drb.de  
www.drb.de

**A. Tenor der Stellungnahme**

Der Deutsche Richterbund begrüßt, dass mit dem Gesetzentwurf erstmals eine Kodifikation des für die Praxis wichtigen Bauvertragsrechts unternommen wird. Er hält die überwiegend auf Vorarbeiten der AG Bauvertragsrecht des Bundesministeriums der Justiz aus dem Jahr 2013 zurückgehenden Regelungsvorschläge im Wesentlichen für angemessen und sachgerecht. Positiv wird bewertet, dass der Vorschlag einer „Bauverfügung“ nicht in den Gesetzentwurf aufgenommen wurde.

Die Vorschriften zum Recht des Bauherrn zur einseitigen Anordnung von Vertragsänderungen sieht der Deutsche Richterbund kritisch, weil sie tief in die Privatautonomie der Baubeteiligten eingreifen, schwer handhabbar sind und ein erhebliches Streitpotenzial bergen.

Im Bereich des Prozessrechts wird kein Bedarf für eine undifferenzierte Ausweitung von Verbandsklagerechten gesehen.

Gegen die Neuregelungen zur kaufrechtlichen Gewährleistung bestehen keine wesentlichen Bedenken.

**Verfasser der Stellungnahme:**  
Kim Jost, Richter am Landgericht  
Mitglied des Präsidiums

## **B. Bewertung im Einzelnen**

Der Entwurf sieht teilweise umfangreiche Neuregelungen in zwei wesentlichen Bereichen des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor. Der kaufrechtliche und der werkvertragliche Teil des Entwurfs sind voneinander weitgehend unabhängig zu beurteilen.

Der kaufrechtliche Teil sieht im Wesentlichen die Umsetzung europarechtlicher Anforderungen an das Gewährleistungsrecht, insbesondere hinsichtlich der Kosten von mit der Gewährleistung verbundenen Maßnahmen vor und regelt weitergehende Konsequenzen für die Lieferkette. Von wenigen Einzelheiten abgesehen bestehen gegen die vorgeschlagenen Regelungen keine Bedenken.

Zum Bauvertragsrecht folgt der Entwurf in weiten Teilen den Vorschlägen, die die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des Bundesministeriums der Justiz in ihrem Abschlussbericht vom 18.6.2013 formuliert hat. Der Deutsche Richterbund hat zu diesem Bericht im Juni 2013 eine Stellungnahme (Nr. 7/13) abgegeben. Darin werden die Vorschläge als im Wesentlichen ausgewogene Regelungen für die regelungsbedürftigen Streitfälle bei BGB-Bauwerkverträgen eingeschätzt. An dieser Einschätzung ist grundsätzlich festzuhalten. Der Deutsche Richterbund begrüßt, dass der in der Stellungnahme kritisierte Vorschlag der Arbeitsgruppe zur Regelung einer „Bauverfügung“ im Gesetzentwurf keinen Niederschlag gefunden hat.

Soweit der Entwurf, der die Vorschläge der Arbeitsgruppe erstmals rechtsförmlich ausformuliert, den Empfehlungen der Arbeitsgruppe folgt, wird darauf nachfolgend nicht eigens eingegangen. Im Übrigen ist im Einzelnen zu den vorgesehenen Vorschriften wie folgt Stellung zu nehmen:

### **Zu § 439/§ 445a E-BGB**

Gegen die vorgeschlagene Regelung bestehen insoweit keine Bedenken. Es ist sachgerecht, in Konsequenz aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 16.6.2011 die entsprechenden Vorschriften anzupassen. Es ist ferner zu begrüßen, dass der Gesetzgeber sich nicht auf eine diesbezügliche Detailregelung beschränkt, sondern aus allgemeinen Wertungsgesichtspunkten allgemeine Regelungen für die Fälle des Einbaus und der Veränderung mangelhafter Kaufsachen ableitet, die sich zudem nicht nur auf Fälle des Verbrauchsgüterkaufs beschränken. Die gefundene Lösung erscheint im Zusammenwirken mit dem entsprechend angepassten Rückgriffsanspruch in der Lieferkette aus § 445a E-BGB angemessen und praktikabel.

### **Zu §§ 474 ff. E-BGB**

Die Neufassung der Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf enthält im Wesentlichen Folgeänderungen bzw. redaktionelle Anpassungen. Einzige wesentliche Neuerung ist das beschränkte Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers in § 475 Abs. 4 E-BGB.

Die Beschränkung als solche liegt wiederum in der Konsequenz der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. In diesem Fall erscheint es sachgerecht, sie lediglich – entsprechend den europarechtlichen Vorgaben – für den Verbrauchsgüterkauf vorzusehen, weil bereits die Vorschriften des § 439 Abs. 3 BGB (= Abs. 4 E-BGB) grundsätzlich eine angemessene Regelung für die Fälle unverhältnismäßiger Kosten schaffen. Daher ist es auch richtig, die Folgen des § 475 Abs. 4 Satz 1 E-BGB in Satz 2 wieder einzuschränken. Bedauerlich ist freilich, dass dadurch – insbesondere aufgrund der notwendigen Einpassung in die Rechtsprechung zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – eine komplizierte Gesamtregelung geschaffen werden muss.

Die Vorgaben zur Bemessung des „angemessenen Betrages“ nach Satz 2 in Satz 3 erscheinen inhaltlich vernünftig; ob es erforderlich ist, dies in einer Gesetzesvorschrift niederzulegen, könnte zweifelhaft sein, weil die gebotene Einzelfallbetrachtung sich im Streitfall wohl ohnehin an den aufgeführten Kriterien „Wert der Sache“ und „Bedeutung des Mangels“ orientieren würde. Befremdlich erscheint allerdings, dass die Entwurfsbegründung hervorhebt, für die Bemessung des „angemessenen Betrages“ seien in erster Linie die Aus- und Einbaukosten maßgeblich, denn gerade dieses Kriterium ist in Satz 3 nicht aufgeführt. Zudem regelt doch Satz 2 gerade die Fälle, in denen die Aus- und Einbaukosten unverhältnismäßig sind und setzt an die Stelle dieser Kosten den „angemessenen Betrag“. Es leuchtet nicht ein, warum die Aus- und Einbaukosten dann für die Bemessung des „angemessenen Betrages“ wieder herangezogen werden sollen.

### **Zur Systematik der baurechtlichen Vorschriften (Art. 1 Nr. 16/26 des Entwurfs)**

Die Anordnung der neuen Regelungen zum Baurecht orientiert sich an der bewährten Gesetzssystematik des BGB. Allerdings wird der Architekten- und Ingenieursvertrag nicht im Unterkapitel „Wertvertragsrecht“, sondern in einem eigenen Unterkapitel behandelt, stellt also gesetzssystematisch keinen Werkvertrag, sondern einen „ähnlichen Vertrag“ im Sinne der Titelüberschrift dar. Dies verwundert, weil derartige Verträge bisher zu Recht als Werkverträge behandelt worden sind, und macht die Verweisungsvorschrift des § 650p E-BGB erforderlich. Strenggenommen ist zudem der Verbraucherbauvertrag ein Unterfall des Bauvertrags, wäre also im Kapitel „Bauvertrag“ als „Unterkapitel“ und nicht als eigenständiges Kapitel zu führen. Bei

rein logischer Betrachtung ordnet § 650i Abs. 2 E-BGB nach der jetzt vorgesehenen Systematik sogar die Geltung der Vorschriften des Verbrauchervertrages nur als „Ergänzung“ zu den allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts an, nimmt also die Vorschriften zum Bauvertrag gerade nicht in Bezug. Dies sollte überdacht werden. Es ist sicherlich nicht Absicht des Gesetzgebers, die Geltung der Vorschriften über den (allgemeinen) Bauvertrag gerade beim Verbrauchervertrag auszuschließen.

### **Zu §§ 356d/357d E-BGB**

Die Vorschrift sieht für den Beginn der Frist, innerhalb derer Verbraucherverträge nach § 650k E-BGB widerrufen werden können, eine Widerrufsbelehrung und für den Fall nicht ordnungsgemäßer Belehrung vor, dass das Widerrufsrecht in der Regel mit der ersten Abschlagszahlung erlischt.

Es erscheint zweifelhaft, ob damit das Widerrufsrecht angemessen begrenzt wird. Erfahrungsgemäß – dies zeigen zahlreiche Streitfälle etwa im Bereich des Versicherungs- oder des Bankrechts, die bereits mehrfach ein Eingreifen des Gesetzgebers veranlasst haben – bereitet es den Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten, eine den jetzt in Art. 246 Abs. 3 EGBGB geregelten Anforderungen entsprechende Belehrung zu formulieren. Gerade im Bauwesen sind oftmals kleinere Unternehmen tätig, die nicht über eine eigene Rechtsabteilung und nur über rudimentäres Verständnis für rechtliche Detailfragen verfügen. Es ist daher damit zu rechnen, dass in zahlreichen Fällen mangels ordnungsgemäßer Belehrung die Auffangfrist des § 356d Satz 2 E-BGB zum Tragen kommt. Erlischt das Widerrufsrecht aber dementsprechend erst mit der ersten Abschlagszahlung, so können im Einzelfall bereits erhebliche Bauleistungen erbracht sein, da Abschlagszahlungen nach § 632a Abs. 1 E-BGB den entsprechenden Bautenstand voraussetzen. Zwar erhält der Unternehmer dafür nach § 357d E-BGB Wertersatz in Höhe der vereinbarten Vergütung bzw. – ist diese unverhältnismäßig hoch – in Höhe des Marktwerts. Allerdings wird eine eigenständige Vergütung für die Teilleistung oft entweder nicht vereinbart oder unverhältnismäßig hoch sein, weil der Besteller mit der Teilleistung – etwa einer Baugrube, einer Bodenplatte oder einem Kellerrohbau – nichts anfangen kann, wenn er nicht bauen will. Dies sieht zutreffend auch der Gesetzentwurf bei der teilweise parallel liegenden Problematik des „Wertzuwachses“ in § 632a BGB. Ein Markt für derartige Teilleistungen dürfte kaum existieren. Selbst bei Fortsetzung des Bauvorhabens mit einem anderen Unternehmer kann oder will dieser oftmals erbrachte Teilleistungen anderer Unternehmer nicht nutzen. Diese dürften damit praktisch oft wertlos sein, jedenfalls birgt der Ausgleich solcher vor Widerruf erbrachter Teilleistungen ein erhebliches Streitpotenzial. Der Verweis der Entwurfsbegründung auf das Modell des § 357 Abs. 8 BGB verfährt nicht, weil es dort um Leistungen geht, die einen klar bestimmbar-

ren Marktwert haben und vom Verbraucher auch uneingeschränkt genutzt werden.

Es wird angeregt, entweder in Betracht zu ziehen, dem Unternehmer die ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung durch Bereitstellung eines auch für den Verbraucher verbindlichen Musters entsprechend der für bestimmte Vertragsarten gegebenen Anlagen zu §§ 246ff EGBGB zu erleichtern, oder die Auffangregelung so auszugestalten, dass die Frist schon vor Erbringung erheblicher Bauleistungen endet, etwa in dem Zeitpunkt, in welchem vereinbarungsgemäß und mit Wissen des Bestellers mit den Bauarbeiten begonnen wird. Sofern an § 356d E-BGB in der jetzt vorgeschlagenen Form festgehalten wird, wird angeregt, zumindest in § 357d E-BGB für die Höhe des Wertersatzes einen Gleichlauf mit § 632a E-BGB herzustellen, der jedenfalls eine praktikablere Vorgabe für die Bemessung des Anspruchs enthält (s. unten).

#### **Zu § 632a E-BGB**

Die Regelung ist zu begrüßen. Sie entspricht dem Vorschlag des Abschlussberichts. Es ist zu erwarten, dass durch die praktikablere Regelung der Wertbemessung die Abwicklung einer Vielzahl von Fällen vereinfacht und beschleunigt wird; verbleibende Schwierigkeiten dürften weitgehend in der Natur der Sache liegen. Freilich besteht auch nach der jetzt vorgesehenen Regelung ein erhebliches Streitpotenzial insbesondere im Bereich der Mängel und des Mängelbeseitigungsaufwandes. Es sollte nach einigen Jahren überprüft werden, ob das jetzige Regelungsmodell weiter verbessert werden kann.

#### **Zu § 640 E-BGB**

Der Entwurf greift auch hier den Vorschlag des Abschlussberichts auf. Die Regelung ist zu begrüßen. Es wird allerdings angeregt, die nur für den Bauvertrag vorgesehene Regelung zur gemeinsamen Zustandsfeststellung (§ 650f E-BGB) in das allgemeine Werkvertragsrecht zu übernehmen, wie dies auch für das Kündigungsrecht nach § 648a E-BGB vorgesehen ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum es bei anderen Werkverträgen nicht ebenfalls den Anspruch des Unternehmers auf gemeinschaftliche Zustandsfeststellung geben sollte, wenn der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert. Zwar dürfte diese Konstellation weit überwiegend Bauverträge betreffen, aber auch die allgemeine Regelung in § 640 BGB kommt in der Praxis weit überwiegend bei Bauverträgen zum Tragen. Der Zustandsfeststellungsanspruch trägt – wie schon die Obliegenheit des Bestellers, überhaupt Mängel zu bezeichnen – zur konsensualen Beilegung eines sich anbahnenden Streits bei und kann selbst im Streitfall geeignet sein, etwaige gerichtliche Verfahren zu entlasten, weil bei gemeinschaftlicher Inaugen-

scheinnahme eines Werks wenn nicht alle, so doch oft viele Streitpunkte beigelegt werden können. Dies sollte nicht nur bei Bauverträgen vorgesehen sein.

### **Zu § 648a E-BGB**

Die Regelung ist zu begrüßen. Insbesondere die Anlehnung an § 314 BGB ist sachgerecht und entspricht der bisherigen Praxis. Zu begrüßen ist auch das Bemühen, die Norm durch Verzicht auf Regelbeispiele etwa zum Insolvenzfall möglichst einfach und flexibel zu gestalten. Ob die Regelung zur Zulässigkeit der Teilkündigung sachgerecht ist, wird sich in der Praxis zeigen. Sie entspricht zwar dem Vorschlag des Abschlussberichts; in der Praxis wird aber die Abgrenzung einer eigenständig kündbaren Teilleistung Schwierigkeiten bereiten. Ob diese durch die von § 8 Nr. 3 VOB/B abweichende Formulierung vermieden werden können, erscheint zumindest zweifelhaft. Probleme wird im Fall der Teilkündigung vielfach auch die Ermittlung des Werklohns für den verbleibenden Teil bereiten, wenn – was sehr häufig der Fall ist – keine oder nur eine unzureichende Kalkulation des Unternehmers vorliegt. Gleichwohl ist es im Ansatz sachgerecht, in bestimmten Fällen eine Teilkündigung zu ermöglichen. Zumindest teilweise dürften die zu erwartenden Schwierigkeiten dadurch abzufangen sein, dass im Rahmen der Beurteilung des „wichtigen Grundes“ auch die durch die Kündigung nur eines Teils des Vertrages auftretenden Probleme ins Gewicht fallen.

Wesentlich zur praktischen Bewältigung der einschlägigen Fälle dürfte die in Abs. 3 vorgesehene gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes beitragen, da gerade dies in Fällen vorzeitiger Beendigung von Werkverträgen eine sehr häufig auftretende und mit oft aufwendiger Tatsachenermittlung verbundene Problemkonstellation darstellt. Ob das vorgesehene Verfahren praktikabel ist, ist abzuwarten. Wünschenswert ist in vielen Fällen die Mitwirkung eines Sachverständigen; als allgemeine Anforderung sollte dies aber einstweilen angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Fallkonstellationen nicht in den Gesetzestext aufgenommen werden.

Auch bei § 648a Abs. 3 E-BGB stellt sich die Frage, ob das neu einzuführende Rechtsinstitut nicht einen breiteren Anwendungsbereich haben sollte. Insbesondere ist zu erwägen, ob nicht auch bei der freien Kündigung (§ 649 BGB = § 648 E-BGB) eine gemeinschaftliche Leistungsstandabgrenzung sachgerecht wäre. Zwar verdient dort der Werkunternehmer im Ausgangspunkt, anders als bei der Kündigung aus wichtigem Grund, seinen vollen Werklohn, er muss sich aber für die nicht erbrachten Teile der Leistung seine ersparten Aufwendungen anrechnen lassen, was nach der einschlägigen Rechtsprechung eine Abgrenzung der erbrachten von den nichterbrachten Leistungen erforderlich macht.

Die Vergütungsregelung in Abs. 4 erscheint sachgerecht. Wertungswidersprüche zu § 648 E-BGB werden vermieden, indem dann, wenn der wichtige Grund vom Besteller zu vertreten ist, der Werkunternehmer nicht lediglich die Vergütung für die erbrachten Leistungen, sondern darüber hinaus Schadenersatz insbesondere in Form des entgangenen Gewinns geltend machen kann.

### **Zu §§ 650c, 650d E-BGB**

Gegen Regelungen zum einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers bestehen teilweise Bedenken. Dabei erscheint das Anordnungsrecht als solches unproblematisch, soweit der Unternehmer nach dem ursprünglichen Werkvertrag nach vom Besteller vorgegebenen Plänen zu arbeiten hat (§ 650b Abs. 1 Nr. 2 E-BGB). Insoweit handelt es sich beim Recht zu nachträglichen Anordnungen nur um eine „Verlängerung“ der Planungszuständigkeit des Bestellers in die Ausführungsphase hinein. Das ist interessengerecht und ändert an der vereinbarten Aufgabenverteilung nichts. Insoweit ist lediglich die Vergütungsregelung (§ 650c E-BGB) problembehaftet.

Kritisch zu sehen sind aber Anordnungen zur Änderungen des Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Nr. 1 E-BGB). Dabei steht außer Frage, dass beim typischerweise auf eine längere Ausführungszeit angelegten Bauvertrag nachträgliche Änderungen gegenüber dem ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang erforderlich werden können. Richtig ist auch, dass der Streit um Nachträge – ihr Zustandekommen, ihre Abrechnung, ihre Erforderlichkeit im Verhältnis zum bereits vereinbarten Leistungsumfang – in vielen Bauprozessen einen wesentlichen Teil des Streits ausmachen. Das Bemühen des Gesetzgebers, hier interessengerechte und praktikable Regelungen zur Verfügung zu stellen, ist daher im Ausgangspunkt zu begrüßen. Andererseits bedeutet das einseitige Recht des Bestellers, Änderungen des Werkerfolgs, also Vertragsänderungen „anzuordnen“, die dann die Anwendung eines gesetzlichen Preisrechts nach § 650c E-BGB zur Folge haben, einen ganz erheblichen Eingriff in die Privatautonomie und die unternehmerische Freiheit des Werkunternehmers.

Die vorgeschlagene Lösung erscheint in mehrererlei Hinsicht unpraktikabel und überfrachtet.

Das Anordnungsrecht bei Vertragsänderungen soll davon abhängig sein, ob die Änderung dem Unternehmer zugemutet werden kann. Dabei betrifft die „Zumutbarkeit“ nach dem Entwurf offenbar nur die Frage der unternehmerseits geschuldeten Leistung ohne Rücksicht auf die Frage der Vergütung, denn die bestellerseits geschuldete Vergütung wird unabhängig von der Zumutbarkeitsfrage in § 650c E-BGB geregelt. Damit wird bei der Frage, ob

der Bauvertrag durch nachträgliche Anordnung für beide Parteien verbindlich geändert worden ist, die Vergütungsfrage vollständig ausgeklammert. Der Preis für die Vertragsänderung ergibt sich lediglich als gesetzliche Folge in § 650c E-BGB. Dabei geht der Entwurf in § 650b Abs. 3 davon aus, dass die Parteien über die Frage der „Zumutbarkeit“ eigenständig verhandeln und eine Einigung suchen. Schon diese Herangehensweise erscheint wenig lebensnah, denn in der Praxis wird kaum über die „Zumutbarkeit“, sondern über die zu erbringende Leistung verhandelt und gegebenenfalls eine Einigung gefunden. Praxisfern erscheint es aber vor allem, dass die Parteien sich zwar in Bezug auf die Zumutbarkeit der Leistungsänderung einigen, dabei aber die Vergütungsfrage ausklammern. Welcher Unternehmer wird einräumen, dass ihm eine Leistung zumutbar ist, wenn er nicht weiß, welche Vergütung er dafür verlangen kann? Andererseits wird ein wirtschaftlich denkender Unternehmer kaum eine Nachtragsleistung für unzumutbar halten, wenn er dafür eine entsprechende Vergütung erhält; kann er sie selbst nicht erbringen, wird er einen Subunternehmer heranziehen. Aus Bestellersicht ist es in erheblichem Maß risikobehaftet, eine solche Anordnung zu erteilen. Ordnet er eine zumutbare Änderung an, muss er auch den in § 650c E-BGB vorgesehenen Preis zahlen, ohne ihn vorher gekannt zu haben. Das kann je nach Umfang des Mehraufwandes erhebliche, aber nach § 650c E-BGB gerechtfertigte Mehrkosten bedeuten. Hätte er diese absehen können, hätte er womöglich von der Anordnung abgesehen. Vor diesem Hintergrund erscheint es kaum praktikabel, die Frage, ob eine Vertragsänderung einseitig angeordnet werden kann, von der Vergütungsfrage zu trennen. Der Entwurf weicht insoweit auch vom Abschlussbericht ab. Dort (S. 22) wurde vorgeschlagen, dass der Unternehmer bei Änderungswünschen des Bestellers zunächst ein Nachtragsangebot abgeben soll und erst danach die Frage der Zumutbarkeit verhandelt wird, also in einem Zeitpunkt, in dem dem Besteller bekannt ist, welche Vergütung sich der Unternehmer für die anzuordnenden Leistungen vorstellt. Dies entspricht wesentlich eher der Interessenlage beider Beteiligten.

Schon diese Überlegungen zeigen, dass ein anderes, mehr auf konsensuale Vertragsänderungen zielendes Regelungsmodell dem einseitigen Anordnungsrecht vorzuziehen sein dürfte. In diese Richtung zielt, wie gezeigt, der Vorschlag des Abschlussberichts. Alternativ könnte etwa dem Besteller, der nachträgliche Änderungen des Werkerfolgs wünscht, lediglich ein gesetzlicher Anspruch auf ein Nachtragsangebot eingeräumt werden, verbunden mit Anreizen für den Unternehmer, dieses in wirtschaftlich fairer Weise auszugestalten.

Stellt man grundsätzliche Bedenken gegen das einseitige Anordnungsrecht zurück, bestehen auch im Übrigen Zweifel, ob die vorgeschlagene Regelung

praktikabel ist. Sie enthält mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe und wirft Abgrenzungsfragen auf, die ein erhebliches Streitpotenzial bergen. Dies betrifft zum einen schon die für die Anwendbarkeit des Abs. 2 entscheidende Frage, ob eine Anordnung den Vertrag ändert oder sich in ihr lediglich die Planungszuständigkeit des Bestellers konkretisiert (Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2). Sodann ist der Begriff der Zumutbarkeit selbst ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei der Beweislast kommt es insoweit wiederum auf die Abgrenzung an, ob ein für die Zumutbarkeit relevanter Umstand einen „betriebsinternen Vorgang“ betrifft oder nicht. Dabei ist nach dem Entwurf ein „Vorgang“ offenbar etwas anderes als die Ausstattung oder Qualifikation des Unternehmers, was etwa die Frage aufwirft, ob es sich um einen „internen Vorgang“ handelt, wenn der Unternehmer geltend macht, ihm stünden wegen anderweitiger Aufträge keine Mitarbeiter für eine Mehrleistung zur Verfügung, sodass er auf Subunternehmer angewiesen sei. Ist es dem Unternehmer zumutbar, solche Subunternehmer einzusetzen, für deren mangelfreie Arbeit er ja einzustehen hat? Ist das Vorhandensein oder Fehlen geeigneter Subunternehmer als Alternative zum Einsatz eigener Leute ein „interner Vorgang“? Ferner stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen Anordnungen, die die „Art der Ausführung“ betreffen und anderen Anordnungen, die für die besonderen Zumutbarkeitsvoraussetzungen des § 650b Abs. 2 Satz 2 E-BGB notwendig ist. Diese Vorschrift wiederum enthält mit den Begriffen „schwerwiegende“ Gründe und „deutliches Überwiegen“ des Bestellerinteresses erneut zwei unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Beurteilung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten wird.

Überflüssig erscheint § 650b Abs. 4 E-BGB. Warum einstweilige Verfügungen – gemeint sind wohl solche Verfügungen, die die Frage der Wirksamkeit von Anordnungen des Bestellers betreffen – ohne Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes, also eines Eilbedürfnisses zulässig sein sollten, ist nicht ersichtlich. Zutreffend führt die Entwurfsbegründung an, dass ein Eilbedürfnis in den meisten Fällen gegeben sein wird. Dann ist es aber auch unschwer darzulegen und glaubhaft zu machen. Der Verweis der Begründung auf §§ 885, 899 BGB verfängt nicht. Dort geht es im Wesentlichen darum, dass ohne die Verfügung die einschneidenden Gutgläubenswirkungen des Grundbuchs greifen, die jederzeit zu einem Rechtsverlust führen können. Das „Eilbedürfnis“ ergibt sich damit praktisch unmittelbar aus dem Gesetz. Eine solche Konstellation besteht bei § 650b E-BGB nicht.

Auch bei der Preisregelung des § 650c E-BGB ist absehbar, dass diese zu zahlreichen Streitfällen um die Höhe der Vergütung führen wird. Damit ist im Vergleich zur bisherigen Rechtslage kein wesentlicher Fortschritt erzielt. Dabei ist gerade die Vergütungsfrage bei nachträglichen Vertragsänderungen und Vertragsergänzungen ein Hauptstreitpunkt in vielen Bauprozessen.

Hierauf hat auch der Deutsche Anwaltverein in seiner Stellungnahme zur Befragung der Mitglieder der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht vom 30.3.2015 zutreffend hingewiesen. Gerade hier sollte daher ein Schwerpunkt der Bemühungen des Gesetzgebers um eine angemessene und praktikable Regelung liegen. Sinnvoll ist es sicherlich, Anreize zu setzen, eine detaillierte Urkalkulation zu erstellen, die die Darlegung des Vergütungsanspruchs erleichtert. Fraglich ist aber, ob eine Urkalkulation nur dann berücksichtigungsfähig sein soll, wenn die Parteien ihre Hinterlegung „vereinbart“ haben. Es könnte durchaus interessengerecht sein, dem Unternehmer, der sich aufgrund des einseitigen Anordnungsrechts in die Situation gedrängt sieht, eine andere als die frei vereinbarte Leistung erbringen zu müssen, die Darlegung seines diesbezüglichen Vergütungsanspruchs weiter zu erleichtern, als die jetzt vorgeschlagene Vorschrift dies vorsieht. Der Besteller, der mit seiner Anordnung die Lage verursacht hat, ist insoweit wenig schutzwürdig.

#### **Zu § 650f**

Die Regelung einer Zustandsfeststellung und ihrer Wirkungen ist, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich zu begrüßen. Die vorgeschlagene Formulierung begegnet allerdings Bedenken. Die Entwurfsbegründung scheint davon auszugehen, dass die Vermutungsregelung zulasten des Bestellers (Abs. 2) auch bei einer einseitigen Zustandsfeststellung gelten soll, an der der Besteller nicht mitgewirkt hat. Die Formulierung „Zustandsfeststellung nach Absatz 1“ deutet allerdings eher an, dass diese Rechtsfolge nur dann eintritt, wenn der Besteller pflichtgemäß an der Feststellung mitgewirkt hat, denn „Absatz 1“ regelt gerade diese Fälle. Letztlich erscheint die Vermutungsregelung dann gerechtfertigt, wenn der Besteller entweder mitgewirkt hat oder seine Mitwirkungspflicht schuldhaft verletzt hat. Das könnte dadurch sichergestellt werden, dass dem Unternehmer die Verpflichtung auferlegt wird, den Besteller ausdrücklich zur Mitwirkung an der Zustandsfeststellung aufzufordern. Kommt der Besteller dieser Aufforderung nicht nach, erscheinen die – im Einzelfall einschneidenden – Rechtsfolgen des Abs. 2 gerechtfertigt. Dieses Modell scheint auch der Abschlussbericht (S. 29) im Auge zu haben, denn er schlägt vor, dass die Aufforderung zur Mitwirkung mit der Frist zur Abnahme verbunden werden können soll, verlangt also jedenfalls eine solche Aufforderung. Eine solche Regelung erscheint nach wie vor sachgerecht.

#### **Zu §§ 650i, 650j/Art. 249 EGBGB**

Die Formulierung von § 650j Abs. 3 E-BGB sollte überdacht werden. Wie „verbindliche“ Angaben des Unternehmers zum Baubeginn von bloßen „Angaben“ abzugrenzen sein sollen, ist unklar; die „Verbindlichkeit“ ist doch eine Rechtsfolge, die erst durch den wechselseitigen Konsens, nicht durch

einseitige Formulierungen, zustande kommt. Es reicht aus, von „Angaben“ zu sprechen, die ohnehin dem Verständlichkeitsgebot des Abs. 2 entsprechen müssen. Auch der Ausdruck „übermittelt“ in Abs. 3 Satz 2 erscheint verfehlt. Er deutet darauf hin, dass eine bestimmte Form des Verschaffens notwendig ist. Es reicht insoweit aus, lediglich von „vorvertraglichen Angaben“ zu sprechen.

Die Aufzählung der in die Baubeschreibung aufzunehmenden Informationen (Art. 249 § 2 E-EGBGB) sollte vereinfacht werden. Angesichts der Vielgestaltigkeit denkbarer Gegenstände von Verbraucherbauverträgen wird nur eine sehr allgemeine Darstellung dessen, was die Baubeschreibung enthalten muss, den Anforderungen der Praxis gerecht. Die zahlreichen, mit „gegebenfalls“ eingeleiteten Zusätze sollten wesentlich gekürzt oder ganz weggelassen werden. Zudem wird die Praxis erweisen müssen, ob es in allen Punkten möglich ist, die Angaben in – für den Verbraucher – „klarer und verständlicher Weise“ in die Baubeschreibung aufzunehmen. Gerade wenn auch „Pläne, ... Grundrisse und Schnitte“ sowie „Angaben zur Baukonstruktion“ Gegenstand der Baubeschreibung sein sollen, wird sich dies im Einzelfall nur durch Übergabe der entsprechenden Bauplanungsunterlagen verwirklichen lassen, die im Wesentlichen für Fachleute erstellt und entsprechend ausgestaltet sind. Der Unternehmer hat, schon weil die Baubeschreibung Vertragsinhalt wird - die dort enthaltenen Angaben also im Streitfall bestimmen, was er zu leisten hat - ein berechtigtes Interesse daran, dass es zwischen den Angaben in der Baubeschreibung und den Planungsunterlagen, nach denen er die Arbeiten ausführt, keinen Widerspruch gibt. Es muss ihm daher möglich sein, gerade die Unterlagen der Fachplaner auch zum Gegenstand der Baubeschreibung zu machen.

### **Zu § 650m**

Eine Regelung zur Übergabe von Unterlagen ist zu begrüßen. Auch hier bestehen aber Bedenken, ob die gefundene Formulierung sachgerecht ist. Nach der Entwurfsbegründung zielt die Pflicht in zwei Richtungen: Einmal geht es darum, dass der Besteller Nachweise gegenüber Behörden und „Dritten“ soll führen können, zum anderen geht es um eine Dokumentation für die „spätere Unterhaltung und Instandsetzung“. Nur erstere Zielrichtung findet aber in der Gesetzesformulierung ihren Niederschlag. Auf Unterlagen, die der Besteller nicht für Nachweise gegenüber anderen benötigt, hat er damit keinen (gesetzlichen) Anspruch, auch wenn sie für die spätere Unterhaltung des Bauwerks erforderlich sind. Dies sollte überdacht werden. Der Bestand der „Nachweisunterlagen“ muss keineswegs identisch sein mit dem Bestand der zur Unterhaltung notwendigen Dokumentation. Gerade um letztere besteht häufig Streit. Auch der Fälligkeitszeitpunkt sollte überdacht werden. Dokumentationsunterlagen sind erst im Zeitpunkt der Abnahme

erforderlich. Nachweisunterlagen brauchen ebenfalls nicht stets vor Baubeginn vorzuliegen, sondern es reicht aus, wenn sie dann übergeben werden, wenn der Besteller ein berechtigtes Interesse an der Übergabe hat. Sachgerecht könnte es auch sein, zu regeln, in welcher Form die Unterlagen herauszugeben sind, ob etwa „Originale“ erforderlich sind oder Ablichtungen bzw. digitale Datenträger ausreichen. Derartige Fragen sind in der gerichtlichen Praxis kein seltener Streitpunkt.

### **Zu § 650s**

Der Entwurf hat sich für die haftungsmäßige Entlastung des Architekten/Ingenieurs im Verhältnis zum Bauunternehmer für eine „kleine“ Lösung dahin entschieden, dass die Inanspruchnahme des Architekten wegen Mängeln am Bauwerk die erfolglose Nachbesserungsaufforderung an den Unternehmer voraussetzt. Weitergehende Vorschläge, die in der Arbeitsgruppe erörtert worden sind, ohne dass es zu abschließenden Empfehlungen gekommen ist, werden nicht aufgegriffen. Die vorgeschlagene Regelung als solche, die einen Rückgriff gegenüber dem Architekten – der in den Konstellationen, die die Regelung im Blick hat, stets auf einen Zahlungsanspruch gerichtet ist – erst zulässt, wenn auch gegenüber dem Unternehmer die Möglichkeiten erschöpft sind, faktisch eine Beseitigung der Mängel zu erlangen, erscheint ohne weiteres plausibel.

### **Zu §§ 650t, 650u**

Die Regelungen zum Bauträgervertrag beschränken sich auf eine Teilkodifizierung, teilweise auf eine Fixierung der gegenwärtigen Rechtslage unter Berücksichtigung der im Gesetzentwurf enthaltenen Neuregelungen für Bauverträge. Damit werden die weitergehenden Probleme des Bauträgervertragsrechts, die etwa in der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht des BMJV aufgeworfen worden sind, noch keiner Lösung zugeführt. Dies entspricht dem gegenwärtigen Stand der Diskussion. Es wird angeregt, diese Diskussion fortzusetzen und in einem nächsten Schritt Ergänzungen dieses Untertitels in Betracht zu ziehen. Insbesondere der Schutz des Bestellers im Fall der Insolvenz des Bauträgers sollte gesetzlich sichergestellt werden.

### **Zu Art. 3/§ 2 E-UKlaG**

Der Entwurf sieht vor, dass die Vorschriften des Bauvertragsrechts uneingeschränkt als Verbraucherschützende Vorschriften anzusehen und damit der Verbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz zugänglich sein sollen.

Die Regelung ist abzulehnen, da für sie kein Bedarf besteht. Der Deutsche Richterbund hat in letzter Zeit mehrfach, etwa in seinen Stellungnahmen zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Zahlungsverzuges und zum Entwurf eines Gesetzes über die Einführung von Gruppenverfahren,

darauf hingewiesen, dass in einer auf individuelle Rechte mündiger Bürger und ihre Durchsetzung ausgerichteten Rechts- und Verfahrensordnung Verbandsklagen grundsätzlich ein Fremdkörper sind und nur dann eingeführt werden sollten, wenn dafür ein besonderer Grund besteht. Ein solcher kann, worauf der Deutsche Richterbund in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts (Nr. 14/14) hingewiesen hat, darin liegen, dass die massenhaft vorkommende Verletzung bestimmter Vorschriften für den einzelnen Betroffenen eine Bagatelle darstellt, bei der dieser die Mühen und Risiken einer Rechtsverfolgung scheut. Es mögen auch Konstellationen denkbar sein, in denen typischerweise ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen Verbraucher und Unternehmer besteht, das einen Weg kollektiver Rechtsdurchsetzung erfordert. Eine gleichsam reflexartige Aufnahme neuer Vorschriften in den Katalog des § 2 Abs. 2 UKlaG bei jeder Neugestaltung vertragsrechtlicher Regelungskomplexe ist aber abzulehnen. Im Baurecht ist ein Grund für die Verbandsklage nicht ersichtlich. Hier geht es weder um massenhaft vorkommende, gleichgelagerte Rechtsverletzungen, noch handelt es sich typischerweise um Bagatellfälle. Nicht einmal ein wirtschaftliches oder fachliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien, das dem Verbraucher die Durchsetzung seiner Rechte wesentlich erschweren würde, ist für Bauprozesse prägend. Die Eröffnung der Verbandsklage ist daher nicht geboten.

Auch die Entwurfsbegründung führt keinen Grund für die Regelung an. Danach wird lediglich eine Klarstellung angestrebt, dass die Vorschriften über den Verbraucherbaupvertrag der Verbandsklage zugänglich seien. Um diese Klarstellung zu erreichen, wäre es aber ausreichend, § 2 Abs. 2 lit. f E-UKlaG auf „Verbraucherbaupverträge“ zu beschränken, statt die Regelung auf alle Vorschriften über Baupverträge zu erstrecken. Auch eine solche Klarstellung wäre aber jedenfalls überflüssig. Soweit ein Bedarf für die Verbandsklage in Bezug auf spezifisch Verbraucherschützende Vorschriften, also die eigentlichen Vorschriften des Verbraucherbaupvertragsrechts in §§ 650h ff E-BGB, gesehen werden mag, ist durch § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG ohnehin sichergestellt, dass die Verbandsklage eröffnet ist.

### **Nicht aufgenommene Vorschläge der Arbeitsgruppe Baupvertragsrecht**

Einige Empfehlungen des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe Baupvertragsrecht finden im Gesetzentwurf keinen Niederschlag. Dies wurde bereits begrüßt, soweit damit das Projekt einer „Baupverfügung“ nicht weiterverfolgt wird. In einigen Punkten ist es jedoch zu bedauern, dass der Gesetzgeber die Empfehlungen nicht aufgreifen will.

Dies betrifft insbesondere die Vorschläge zur Hinweispflicht des Unternehmers und den entsprechenden Mitwirkungspflichten des Bestellers. Bedenkenhinweise, die Frage, ob sie geboten sind, welchen Grad an Deutlichkeit sie aufweisen müssen und wie der Besteller auf sie reagieren muss, sind häufig Gegenstand baurechtlicher Streitverfahren. Unter den Baubeteiligten herrscht insoweit vielfach Unsicherheit, die durch die fehlende gesetzliche Regelung noch verstärkt wird. Eine Regelung zu diesem Komplex, die sich an den entsprechenden Vorschriften der VOB/B orientieren könnte, wäre daher wünschenswert, auch wenn die Entstehung von Bedenkenhinweispflichten stets von den Umständen des Einzelfalls abhängen wird. Die Empfehlungen der Arbeitsgruppe (S. 18 des Berichts) erscheinen sachgerecht und ausgewogen und sollten daher vom Gesetzgeber aufgegriffen werden.

Die Empfehlung, die Vorlage einer Schlussrechnung zur Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns zu machen, ist ebenfalls nicht in den Gesetzentwurf aufgenommen worden. Auch dies sollte überdacht werden. Die Schlussrechnung führt für alle Baubeteiligten zu mehr Rechtssicherheit und erleichtert gerade auch im Streitfall die Ordnung und Bewältigung umfangreichen Prozessstoffs. Im Bereich der VOB/B-Werkverträge hat sie sich bewährt; Missbrauchsmöglichkeiten, insbesondere die Möglichkeit, die Fälligkeit des Werklohns durch Berufung auf die fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung hinauszuzögern, bestehen aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – die nach den Empfehlungen des Abschlussberichts im Gesetz festgeschrieben werden sollte – nicht mehr.

*Der Deutsche Richterbund ist mit rund 16.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.*