

**12.04.16****Empfehlungen  
der Ausschüsse**

R - AV - Wi - Wo

zu **Punkt ...** der 944. Sitzung des Bundesrates am 22. April 2016

---

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Der **federführende Rechtsausschuss (R)**,  
der **Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz (AV)**,  
der **Wirtschaftsausschuss (Wi)** und  
der **Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung (Wo)**  
empfehlen dem Bundesrat,  
zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

- R 1. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a (§ 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB)

In Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a sind in § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc nach den Wörtern "nach § 439 Absatz 2 und 3" die Wörter "oder § 635 Absatz 2" einzufügen.

Begründung:

§ 309 Nummer 8 Buchstabe b BGB enthält entsprechend seinem Wortlaut Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit im Rahmen der Mängelgewährleistung bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen (d. h. Kaufverträge, Werklieferungsverträge und Werkverträge). § 635 Absatz 2 BGB enthält für das Werkvertragsrecht die Entsprechung zu § 439 Absatz 2 und 3 BGB, wonach die zum Zweck der Nacherfüllung erfor-

...

derlichen Aufwendungen vom Unternehmer zu tragen sind. § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB enthält in seiner bisherigen Fassung lediglich eine inhaltliche Beschreibung des Klauselverbots, wonach eine Abweichung hinsichtlich der Pflicht des Verwenders zur Tragung dieser Aufwendungen unwirksam ist. Die derzeitige Gesetzentwurfesfassung zählt nunmehr § 439 Absatz 2 und 3 BGB explizit als Normen auf, von denen im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht abgewichen werden darf, nimmt aber nicht Bezug auf § 635 Absatz 2 BGB. Der Vollständigkeit und Klarheit halber ist § 635 Absatz 2 BGB in die Aufzählung des § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E aufzunehmen, da ansonsten der Eindruck vermittelt wird, dass dieses Klauselverbot künftig nur noch bei Kauf- und Werklieferungsverträgen, aber nicht mehr bei Werkverträgen gilt.

Wi 2. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a (§ 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB)

In das Gesetz ist eine ergänzende gesetzliche Regelung dahingehend aufzunehmen, dass das in § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E geregelte Klauselverbot entgegen der Bestimmung in § 310 Absatz 1 Satz 1 BGB auch Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen findet, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden.

Begründung:

Der um Ein- und Ausbauleistungen erweiterte Nacherfüllungsanspruch nach § 439 Absatz 3 BGB-E wird zwar gemäß dem neu gefassten § 309 Nummer 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc BGB-E einem Klauselverbot unterstellt. Dieses findet aber gemäß dem durch den Gesetzentwurf nicht entsprechend angepassten § 310 Absatz 1 Satz 1 BGB unter anderem keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Die Gesetzesbegründung verweist in diesem Zusammenhang auf eine nach der Rechtsprechung bestehende Indizwirkung des Klauselverbots dahingehend, dass auch die Verwendung betreffender AGB gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führt.

Eine bloße Indizwirkung verschafft den Unternehmen in der Praxis aber gerade nicht die nötige Rechtssicherheit. Im Konfliktfall könnte eine Klärung der Rechtslage letztlich doch nur in einem Rechtsstreit unter Berücksichtigung der jeweiligen individuellen Umstände des Einzelfalls herbeigeführt werden. Diese Auswirkung der Neuregelung kann durch eine auch gegenüber Unternehmern "AGB-feste" Ausgestaltung des Anspruchs nach § 439 Absatz 3 BGB-E vermieden werden.

AV 3. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe c (§ 309 Nummer 15 Buchstabe a BGB)

In Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe c ist in § 309 Nummer 15 Buchstabe a das Wort "wesentlich" zu streichen.

Begründung:

Durch die Einführung des § 309 Nummer 15 BGB-E sollen insbesondere die Vorschriften über Abschlagszahlungen bei Verbraucherbauverträgen AGB-fest ausgestaltet werden. Dieses Anliegen erscheint grundsätzlich geeignet und erforderlich, um Übervorteilungen des strukturell unterlegenen Verbrauchers durch überhöhte Abschlagszahlungen zu vermeiden.

Um dieses Ziel effektiv zu erreichen, sollten die Vorgaben der § 632a Absatz 1 und § 650I Absatz 1 BGB, die eine maximale Höhe der Abschlagszahlungen von 90 Prozent der Gesamtvergütung zulassen, allerdings eine absolute Grenze bilden. Die Möglichkeit, hiervon durch AGB abzuweichen, sollte insoweit generell ausgeschlossen und nicht auf wesentliche Abweichungen beschränkt werden, da anderenfalls zu befürchten ist, dass sich die gerade noch zulässigen Abweichungen zu Gunsten des Bauunternehmers zum geschäftsmäßigen Standard in Verbraucherbauverträgen entwickeln. Gerade mit Blick auf die verhältnismäßig hohen Kosten eines Bauvorhabens können auch geringfügige Abweichungen von §§ 632a, 650I BGB zu spürbar höheren Abschlagszahlungen führen. Zudem wäre durch die Streichung des Kriteriums "wesentlich" eine größere Rechtssicherheit gegeben, da auf einen unbestimmten Rechtsbegriff verzichtet würde.

Darüber hinaus handelt es sich bei § 309 BGB um Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, sodass unbestimmte Rechtsbegriffe wie das hier vorgesehene Wesentlichkeitskriterium grundsätzlich vermieden werden sollten.

Wi 4. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 356d Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 5 sind in § 356d Satz 2 nach den Wörtern "Das Widerrufsrecht erlischt spätestens" die Wörter "mit der ersten Abschlagszahlung durch den Verbraucher oder" einzufügen.

Begründung:

Abschlagszahlungen können nach § 632a BGB-E erst verlangt werden, wenn der Unternehmer bereits einen Teil der vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht hat. Leistet der Verbraucher eine Abschlagszahlung, gibt er damit auch zu erkennen, dass er an dem Vertrag festhalten will. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte daher auch für diesen Fall klargestellt werden, dass das Widerrufsrecht erlischt.

Wi 5. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a (§ 439 Absatz 3 Satz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob das in § 439 Absatz 3 Satz 1 vorgesehene Wahlrecht des Verkäufers hinsichtlich der Selbstvornahme oder des Aufwendungsersatzes durch eine alternative gesetzliche Regelung ersetzt werden kann.

Begründung:

Steht dem Käufer ein Gewährleistungsanspruch nach § 439 Absatz 3 BGB-E zu, soll der Verkäufer nach dem Gesetzentwurf entscheiden, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder die hierfür erforderlichen Kosten ersetzt.

Für das Wahlrecht des Verkäufers führt die Gesetzesbegründung eine wirtschaftliche Betrachtung an. Hiernach soll das Wahlrecht dem Verkäufer einen wirtschaftlichen Vorteil bieten, "wenn er sach- und fachgerechte Aus- und Einbauleistungen günstiger selbst durchführen oder beauftragen kann, als dies dem Käufer möglich ist". Diese wirtschaftliche Betrachtung greift zu kurz. So werden zunächst die verschiedenen rechtlichen und vertraglichen Beziehungen bei Aus- und Einbau-Fällen außer Betracht gelassen.

Der Verkäufer schließt mit dem Käufer (z. B. einem Handwerker) einen Kaufvertrag. Die Kaufsachen (z. B. Wärmedämmplatten) werden vom Handwerker entsprechend dem mit einem Verbraucher geschlossenen Werkvertrag im Haus des Verbrauchers eingebaut. Verbraucher und Händler stehen in keiner rechtlichen Beziehung zueinander. Stellt sich im Nachgang zum Einbau der Wärmedämmplatte ihre Mangelhaftigkeit heraus, hat der Verbraucher einen Anspruch auf Nacherfüllung gegen den Handwerker. Wählt nun der Händler die Selbstvornahme, müsste der Händler oder eine von ihm beauftragte Person das Dämmmaterial beim Verbraucher ausbauen und neues Material einbauen. Dies setzt allerdings faktisch wie rechtlich voraus, dass der Verbraucher die Nacherfüllung durch eine andere Person als seinen Vertragspartner duldet. Dies ist bei einer realistischen Betrachtung der Praxis überaus unwahrscheinlich.

Bei den Überlegungen ist es zielführend, sich an die Gesetzssystematik des § 478 BGB anzulehnen. In der Norm hat der Gesetzgeber einen vollkommen identischen Sachverhalt rechtlich geregelt. Gesetzssystematisch wäre es konsequent, eine vergleichbare Regelung in § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB aufzunehmen.

Vor diesem Hintergrund sollte eine Neufassung des Wahlrechts geprüft werden, die dem Kontrahierungsrecht des Verbrauchers hinreichend Rechnung trägt.

AV 6. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a (§ 439 Absatz 3 BGB)

bei  
Annahme  
entfallen  
Ziffern 7  
und 8

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie gewährleistet werden kann, dass die Pflicht des Verkäufers aus § 439 Absatz 3 BGB auch auf die Fälle Anwendung findet, in denen die mangelhafte Sache ihrer Natur nach nicht im Sinne des Wortlauts "ausgebaut" oder "eingebaut" wird.

Begründung:

§ 439 Absatz 3 BGB-E erfasst die Fälle, in denen ein Einbau oder Ausbau einer Sache vorgenommen wird und nimmt dabei ersichtlich körperliche Gegenstände in den Blick, wie sie üblicherweise im Rahmen von Werkleistungen verbaut werden. Sachgerecht erscheint eine Anwendung allerdings auf alle Kaufsachen, die der Käufer in irgendeiner Form mit anderen Sachen verbindet oder installiert. Begrifflich sollte daher darauf geachtet werden, dass von den Pflichten des § 439 Absatz 3 BGB-E - entsprechend der gesetzssystematischen Position der Vorschrift in den allgemeinen Vorschriften über den Kauf - sämtliche Sachen im kaufrechtlichen Sinn erfasst werden, auf die der Käufer Verwendungen macht, welche im Falle einer Nachbesserung oder Nachlieferung erneut vorgenommen werden müssten. Der Begriff des Ein- und Ausbaus könnte für Kaufsachen zu eng gefasst sein, die nicht dem Wortsinn gemäß aus- und eingebaut werden. Mangelbehaftete Flüssigkeiten (etwa Brennstoffe wie Öl) müssten z. B. abgepumpt und neu eingefüllt, schadhafte Lacke müssten abgeschliffen und erneut aufgetragen werden. Auch die Anwendbarkeit auf immaterielle Güter wie Software über § 453 BGB sollte erfasst werden. So kann etwa im Fall schadhafter Softwarelösungen eine aufwändige De- oder Reinstallation oder eine Neukonfiguration des Systems erforderlich werden, was den Begriff des Ein- und Ausbaus auch in entsprechender Anwendung überspannen dürfte.

Wi 7. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a (§ 439 Absatz 3 BGB)

bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 8

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des § 439 Absatz 3 BGB-E entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung auf die Verarbeitung der mangelhaften Kaufsache sowie die Veränderung der mangelhaften Kaufsache anzupassen ist.

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 6

Begründung:

Ziel des Gesetzentwurfes ist es, Handwerker und andere Unternehmen nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen zu lassen, die der

Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat.

Begrifflich erfasst der Regelungsentwurf jedoch allein die Fälle, in denen der Einbau einer mangelhaften Sache in eine andere Sache erfolgt und ein entsprechender Ausbau erfolgen muss.

Zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels erscheint das Begriffspaar des Ein- und Ausbaus für solche Vertragsobjekte zu eng gefasst, die nicht eingebaut, sondern verarbeitet werden. Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb z. B. der Verkäufer von mangelhafter Wandfarbe nicht für den erforderlichen Neuanstrich einstehen muss, während ein Verkäufer mangelhaften Parketts für die Neuverlegung haftet.

Darüber hinaus erfasst der Regelungsentwurf begrifflich nicht die Fälle, in denen der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels verändert hat. Hat der Käufer beispielsweise eine Oberflächenbehandlung der Kaufsache dadurch vorgenommen, dass er diese lackiert, lasiert oder sonst veredelt hat, hat er Verwendungen auf die Kaufsache gemacht, die für den Fall einer Nacherfüllung erneut vorgenommen werden müssen. Hätte der Verkäufer dagegen seine Verpflichtung zur Lieferung einer mangelfreien Sache von vornherein vertragsgemäß erfüllt, würden diese Wiederherstellungsleistungen nicht erneut anfallen. Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb beim Einbau die mangelfreie Sache erneut eingebaut werden muss, bei einer Veränderung der Sache die neue mangelfreie Sache dagegen nicht erneut verändert werden muss.

R 8. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe a (§ 439 Absatz 3 BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 6  
oder 7

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des § 439 Absatz 3 BGB-E entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung anzupassen ist.

Begründung:

Begrifflich erfasst der Regelungsentwurf allein die Fälle, in denen ein Einbau beziehungsweise Ausbau einer Sache vorgenommen wird, und nimmt dabei insbesondere körperliche Gegenstände in den Blick, wie sie üblicherweise im Rahmen von Werkleistungen verbaut werden. Nach der Gesetzesbegründung ist Ziel der Regelung (auch) eine Entlastung von Handwerkern und Bauunternehmern, die mangelhafte Baumaterialien verarbeitet haben und ihren Bestellern hierfür gewährleistetungspflichtig sind. Zur Erreichung dieses Ziels erscheint der Begriff des Ein- und Ausbaus für solche Vertragsobjekte zu eng gefasst, die nicht dem Wortsinn gemäß ein- und ausgebaut werden. Mangelbehaf-tete Farben oder Lacke müssen etwa abgeschliffen beziehungsweise erneut aufgetragen werden.

AV  
bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 10

9. Zu Artikel 1 Nummer 9 (§ 445a BGB),  
Nummer 10 (§ 475 Absatz 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Regressmöglichkeiten des Handwerkers weiter verbessert werden sollten, indem die Regelung des § 475 Absatz 4 BGB-E, die das Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers oder des Lieferanten für Fälle der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ausschließt, auf alle Kaufverträge - also auch zwischen Unternehmern - erstreckt wird. Alternativ sollte erwogen werden, in § 445a BGB-E eine Regressmöglichkeit für Aufwendungen zu schaffen, die der Käufer auf Grund einer gegenüber einem Verbraucher bestehenden werkvertraglichen Verpflichtung zum Ausbau der mangelhaften Sache und zum Einbau einer mangelfreien Sache zu tragen hat.

Begründung:

Ziel der Neuregelung ist unter anderem die Beseitigung der so genannten "Regressfalle" für Handwerker. Ist bei einem Kaufvertrag der Käufer ein Handwerker, der sich im Rahmen der Erfüllung eines Werkvertrags Ansprüchen eines Verbrauchers wegen mangelhafter Baumaterialien ausgesetzt sieht, soll er grundsätzlich die Möglichkeit haben, bei seinem Lieferanten in Regress zu gehen.

Allerdings besteht hierbei noch eine Schutzlücke. § 475 Absatz 4 BGB-E, der vorsieht, dass der Unternehmer die einzig mögliche Art der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Ein- und Ausbaukosten nicht verweigern kann, gilt nur im Rahmen eines Verbrauchervertrags. Für Unternehmerverträge greift die Regelung nicht, sodass der Handwerker in der oben genannten Konstellation seine Nacherfüllungsansprüche wegen Unverhältnismäßigkeit des Aufwands verlieren kann.

Die für das Handwerk bestehende Regressfalle würde insoweit teilweise fortbestehen, sodass zu befürchten ist, dass der Verbraucher in diesen Fällen seine werkvertraglichen Ansprüche gegen den Handwerker seinerseits nur unter erschwerenden Bedingungen durchsetzen können wird. Vor diesem Hintergrund sollte die in § 475 Absatz 4 BGB-E vorgesehene Regelung inhaltlich auf alle Kaufverträge - also auch zwischen Unternehmern - erstreckt werden.

Dies gilt umso mehr, da gerade die Aus- und Einbaukosten mangelhafter Baumaterialien häufig überproportional hoch sein können und daher die Frage der Unverhältnismäßigkeit hier eine besonders große Relevanz hat. Besonders hohe bzw. unverhältnismäßige Kosten können etwa entstehen, wenn geringwertige, schwer erreichbare Kleinteile auszutauschen sind (vgl. auch die Begründung des Gesetzentwurfes zu § 439 Absatz 3 Satz 1 BGB).

Das Ziel der Vermeidung einer Regressfalle könnte auch durch eine Erweiterung der Regressvorschrift des § 445a BGB-E erreicht werden. Der Unterneh-

mer könnte dann die durch den Aus- und Einbau bedingten Aufwendungen, die er im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucher als Besteller zu tragen hätte, von seinem Lieferanten ersetzt verlangen.

R 10. Zu Artikel 1 Nummer 10 (§ 475 Absatz 4 BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 9

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des § 475 Absatz 4 BGB-E auf alle Kaufverträge erstreckt werden soll.

Begründung:

§ 475 Absatz 4 BGB-E, der vorsieht, dass der Unternehmer die einzig mögliche Art der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Ein- und Ausbaurkosten nicht verweigern kann, gilt nur im Rahmen eines Verbrauchervertrags. Ist der Käufer hingegen ein Unternehmer (z. B. ein Handwerker), greift die Regelung nicht, sodass dieser seine Nacherfüllungsansprüche wegen Unverhältnismäßigkeit des Aufwands unter Umständen verlieren kann. Die für das Handwerk bestehende Regressfalle würde zumindest teilweise fortbestehen. Zwar bestünde für Werkunternehmer gegebenenfalls die Möglichkeit, sich ihrerseits auf § 635 Absatz 3 BGB zu berufen und die Nacherfüllung wegen der Unverhältnismäßigkeit der Kosten zu verweigern. Allerdings ist unklar, ob die Unverhältnismäßigkeitsmaßstäbe des § 475 Absatz 4 BGB-E und des § 635 Absatz 3 BGB identisch zu beurteilen sein werden. Vor diesem Hintergrund sollte geprüft werden, ob die in § 475 Absatz 4 BGB-E vorgesehene Regelung inhaltlich auf alle Kaufverträge - also auch solche zwischen Unternehmern - auszudehnen ist.

Wi 11. Zu Artikel 1 Nummer 17 Buchstabe a (§ 632a Absatz 1 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine Ergänzung des § 632a Absatz 1 BGB-E um eine dem Rechtsgedanken des § 650f BGB-E entsprechende Regelung zu prüfen.

Begründung:

Nach § 632a Absatz 1 BGB-E kann der Besteller letztlich allein mit der Behauptung, die erbrachten Leistungen seien nicht vertragsgemäß, die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Da den Unternehmer gemäß § 632a Absatz 1 Satz 3 BGB-E die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung trifft, bliebe ihm im Konfliktfall letztlich nur der Klageweg, um sei-

nen Anspruch auf Abschlagszahlungen des Bestellers gegebenenfalls durchzusetzen. Um zu verhindern, dass der Besteller ohne weiteren substantiierten Vortrag die Abschlagszahlung verweigern oder reduzieren kann, bietet sich ein Rückgriff auf den in § 650f Absatz 1 BGB-E enthaltenen Rechtsgedanken an, wonach der Besteller zumindest verpflichtet sein soll, gemeinsam mit dem Unternehmer eine Zustandsfeststellung durchzuführen. Dies würde beiden Parteien auch eine Möglichkeit bieten, anlässlich der gemeinsamen Zustandsfeststellung noch zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen und damit unnötige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

AV 12. Zu Artikel 1 Nummer 22 (§ 648a Absatz 5 Satz 2 - neu - BGB)

In Artikel 1 Nummer 22 ist dem § 648a Absatz 5 folgender Satz anzufügen:

"Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht des Unternehmers aus dem Vertrag, kann eine Vergütung nicht verlangt werden, soweit der Besteller an der Teilleistung kein Interesse hat."

Begründung:

Nach § 648a Absatz 4 BGB-E kann der Unternehmer im Fall einer außerordentlichen Kündigung die auf den bis dahin erbrachten Teil der Werkleistung entfallende Vergütung verlangen. Zwar erscheint diese Regelung dem Grunde nach interessengerecht; jedoch wird dabei der Möglichkeit, dass der Besteller an dem erbrachten Teilwerk kein Interesse hat, nicht Rechnung getragen. Diesbezüglich ist auch die Wertung des § 266 BGB zu beachten, wonach der Schuldner zu Teilleistungen grundsätzlich nicht berechtigt ist. Gerade ein nur teilweise fertiggestelltes Werk ist für den Besteller regelmäßig nur dann von Nutzen, wenn es zumindest auch in Teilen funktionstüchtig oder aber die Fertigstellung durch einen anderen Werkunternehmer unter zumutbaren Umständen möglich ist. Vorstellbar sind daneben aber auch Fälle, in denen das Teilwerk keinerlei selbständigen Wert oder Nutzen aufweist oder sogar hinderlich ist und wieder beseitigt werden muss (z. B. Aushebung einer auf ein bestimmtes - infolge der Kündigung nicht fertig gestelltes - Bauwerk ausgerichteten Baugrube). Insbesondere wenn der Grund zur außerordentlichen Kündigung des Werkvertrags in einem Verhalten des Unternehmers liegt, kann es daher unbillig sein, den Besteller auch für diese Fälle uneingeschränkt zur Entrichtung einer Teilvergütung zu verpflichten. Daher sollte dem Besteller die Möglichkeit eröffnet werden, sich ganz oder teilweise von seiner Leistungspflicht zu befreien, falls beziehungsweise soweit er an der erbrachten Teilleistung kein Interesse hat.

Wi 13. Zu Artikel 1 Nummer 22 (§ 648a Absatz 5 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in § 648a Absatz 5 BGB-E vorgesehene Vergütungsregelung durch den in § 649 Satz 3 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken ergänzt werden sollte.

Begründung:

Die in § 648a Absatz 5 BGB-E vorgesehene Vergütungsregelung erscheint insbesondere für die Fälle ergänzungsbedürftig, in denen der Besteller den wichtigen Grund für eine Kündigung seitens des Unternehmers zu vertreten hat, der Kündigungsgrund also aus der Sphäre des Bestellers kommt. Eine derartige Situation ist aus Sicht des Unternehmers dem in § 648 BGB-E (bisher § 649 BGB) geregelten Sachverhalt des freien Kündigungsrechts des Bestellers vergleichbar.

Wi 14. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650a Absatz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Anwendungsbereich des § 650a Absatz 2 BGB-E entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung anzupassen ist.

Begründung:

Es sollte klargestellt werden, dass nicht jede Wartungsarbeit oder kleinere Reparaturarbeit unter den Begriff des Bauvertrags mit seinen speziellen rechtlichen Konsequenzen fällt. Der in der Gesetzesbegründung zu § 650a Absatz 2 BGB-E dazu enthaltene beispielhafte Hinweis auf "Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen" erscheint für eine rechtssichere Abgrenzung in der Praxis gerade für kleinere und mittlere Handwerksbetriebe nicht ausreichend. Einen möglichen Ansatzpunkt könnte die Überlegung bieten, in Absatz 2 den Begriff "Instandhaltung" durch den Begriff "Instandsetzung" zu ersetzen, der einen klaren Bezug zur Substanzerhaltung aufweist.

AV 15. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 sind in § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 die Wörter "die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist" durch die Wörter "die der Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs dienen" zu ersetzen.

Begründung:

Nach § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E kann der Besteller - unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Absatzes 2 - Leistungen des Unternehmers anordnen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind. Die Verwendung des Begriffs "notwendig" lässt den Schluss zu, dass es sich um Leistungen handeln muss, ohne deren Vornahme der Werkerfolg nicht erreicht werden kann und die mithin zwingend erforderlich sind. Ein auf diese Fälle beschränktes Anordnungsrecht dürfte aber weitgehend ins Leere laufen, da der Unternehmer schon nach den allgemeinen Vorschriften verpflichtet ist, das Werk herzustellen, sodass es für die Pflicht der Vornahme der hierfür notwendigen Leistungen keines Anordnungsrechts bedarf. Der Begriff kann daher in Anlehnung an die Auslegung des § 1 VOB/B (vgl. z. B. Kapellmann/ Messerschmidt, VOB, Teil A/B, 5. Auflage 2015, Rn. 106 ff.) nicht als zwingende Notwendigkeit im engeren Sinn verstanden werden, was durch eine entsprechende Formulierung der Vorschrift zum Ausdruck gebracht werden sollte. Eine Erstreckung des § 650b BGB auf Änderungen, die dem Werkerfolg dienen, schafft ausreichend Handlungsspielraum für den Besteller und ist zudem weniger streitanfällig, da die Dienlichkeit einer Vertragsänderung für den Werkerfolg leichter belegbar sein dürfte als ihre Notwendigkeit. Da der Unternehmer zudem berechtigt ist, für die Änderungen angemessene Zuschläge zu verlangen (§ 650c BGB-E), führt die vorgeschlagene Änderung auch nicht zu wirtschaftlichen Nachteilen.

Wi 16. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2 und § 650c)

bei  
Annahme  
entfallen  
Ziffer 17  
Buch-  
stabe b  
sowie  
Ziffern  
20, 21,  
22, 23,  
24, 27,  
28, 29,  
30, 31  
und 32

In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650b Absatz 2 zu streichen.

Als Folge ist

in Artikel 1 Nummer 25 § 650c zu streichen.

Begründung:

Das Anordnungsrecht des Bestellers sollte gestrichen werden. Dem Besteller ein gesetzliches Recht einzuräumen, die vertraglich vereinbarte Leistung nachträglich einseitig zu ändern, widerspricht der Freiheit des Unternehmers zu ent-

scheiden, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt er einen Vertrag schließt.

Kurzfristige einseitige Änderungen der vereinbarten Bauleistung durch den Besteller machen eine verlässliche Planung und Abwicklung einer Baumaßnahme sowohl in personeller als auch in maschinen- und materiallogistischer Hinsicht unmöglich.

AV 17. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 1 Satz 2,  
Absatz 2 Satz 2 BGB)

bei  
Annahme  
entfallen  
Ziffern 18  
und 22

In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650b wie folgt zu ändern:

a) Absatz 1 Satz 2 ist wie folgt zu fassen:

"Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen; im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 gilt dies nicht, wenn ihm die Ausführung unzumutbar ist."

b) Absatz 2 Satz 2 ist wie folgt zu fassen:

"Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen; im Falle einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 gilt dies nicht, wenn ihm die Ausführung unzumutbar ist."

Folgeänderungen:

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650b Absatz 1 und 2\* jeweils Satz 3 zu streichen.

Begründung:

Durch die Änderung soll die Beweislast für die Unzumutbarkeit von Änderungen auf den Unternehmer verlagert werden. Gemäß § 650b BGB-E trägt die Beweislast grundsätzlich der Besteller. Dies erscheint allerdings in vielen Fällen nicht sachgerecht. Zu begrüßen ist insoweit zunächst die Ausnahme bei betriebsinternen Vorgängen des Unternehmers, da dem Besteller diesbezüglich ein Einblick gänzlich fehlt. Allerdings erfordert die Beurteilung der Zumutbarkeit regelmäßig eine Betrachtung zahlreicher weitergehender Umstände, wie etwa baufachlichen oder spezifischen marktbezogenen Überlegungen. Die Beurteilung, ob bauliche Änderungswünsche zumutbar sind oder nicht, kann letztlich nur auf der Grundlage einer fachlichen Einschätzung erfolgen. Es greift

---

\* Bei Annahme von Ziffer 16 ist die Folgeänderung in Bezug auf § 650b Absatz 2 redaktionell anzupassen.

daher zu kurz, Beweiserleichterungen für den Besteller lediglich auf den eng begrenzten Begriff der betriebsinternen Vorgänge zu beschränken. Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls dann, wenn es sich auf Bestellerseite um einen Verbraucher handelt. Dem Verbraucher fehlt nicht nur der Einblick in die betriebsinternen Vorgänge des Unternehmers, ihm ist auch eine fachliche und marktwirtschaftliche Bewertung der für die Zumutbarkeit relevanten Umstände nicht oder nur in erheblich eingeschränktem Maß möglich. Er wird beispielsweise kaum den Vollbeweis dafür antreten können, dass das zur Ausführung der Arbeiten notwendige Material für den Bauunternehmer im Fachhandel erhältlich ist, schon weil ihm nur selten überhaupt bekannt sein dürfte, welche Baumaterialien für die Änderung des Werkerfolgs benötigt würden. Auch das Vorhandensein der notwendigen technischen Möglichkeiten kann er mangels baufachlicher Kenntnisse praktisch nicht einschätzen, geschweige denn positiv nachweisen. Dagegen kann vom Unternehmer zumindest eine begründete Aussage dazu verlangt werden, warum gewünschte Änderungen nicht leistbar seien bzw. ihm nicht zugemutet werden könnten. Sofern er mit einer Änderungsanordnung des Bestellers nicht einverstanden ist, wird er dafür stets sachliche Gründe vorbringen und ggf. unter Beweis stellen können, die sodann einer Zumutbarkeitsprüfung zugänglich sind. Daher sollte die Beweislast zumindest im Rahmen eines Verbraucherbauvertrages grundsätzlich beim Unternehmer belassen werden. Anderenfalls würde der Durchsetzbarkeit der Rechte des Verbrauchers aus § 650b schon die reine Behauptung entgegenstehen, die Änderung sei nicht zumutbar.

Wi 18. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 1 Satz 2 BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 17

In Artikel 1 Nummer 25 sind in § 650b Absatz 1 Satz 2 die Wörter "im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur," zu streichen.

Begründung:

Entgegen der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachten Auffassung erscheint es nicht sachgerecht, den Unternehmer hinsichtlich solcher Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E), auf die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3) zu verweisen. Auch in diesen Fällen sollten wie bei Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 BGB-E) die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers sowie sonstige betriebsinterne Vorgänge, die eine Ausführung der Änderung durch den Unternehmer erschweren, angemessen berücksichtigt werden. Das neu eingeführte Zumutbarkeitskriterium sollte daher für alle Änderungsbegehren des Bestellers gelten.

R 19. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 1 Satz 5 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650b Absatz 1 folgender Satz anzufügen:

"Begehrt der Besteller eine Änderung nach Satz 1 Nummer 2 und umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, streben die Vertragsparteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung."

Begründung:

Gemäß § 650b Absatz 1 Satz 1 bis 3 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung seines Leistungsumfanges seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragsangebotes geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln haben. Obliegt dem Unternehmer jedoch nicht nur die Ausführung der vom Besteller erstellten Planung, sondern auch die Erstellung der Planung selbst, so ist er zu einer mangelfreien Planung verpflichtet. In dem Fall, in dem der Besteller einen Mangel der Planung aufdeckt und den Unternehmer auffordert, zum Zweck der Erreichung eines mangelfreien Werkerfolgs (Absatz 1 Satz 1 Nummer 2) seine Planung und Ausführung zu ändern, kann dem Unternehmer daraus kein Mehrvergütungsanspruch erwachsen, da die Planung und Ausführung eines mangelfreien Werks ohnehin bereits Gegenstand seiner vertraglichen Leistungspflichten ist. Das von den Parteien anzustrebende Einvernehmen kann sich dann nur auf die Änderung an sich beziehen. Da der Unternehmer keinen Mehrvergütungsanspruch hat, stünde es im Widerspruch zu seiner Rechtsstellung, wenn das Gesetz ihn verpflichten würde, ein Angebot über die Mehrvergütung zu erstellen. Der zweite Halbsatz des vorgeschlagenen Satzes 5 bestimmt daher, dass § 650b Absatz 1 Satz 2 BGB-E keine Anwendung findet.

Wi 20. Hilfsempfehlung zu Ziffer 16:

bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 21

Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2 Satz 1a - neu - BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650b Absatz 2 nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

"Die Anordnung bedarf der Schriftform."

Begründung:

Die aktuelle Fassung des Gesetzentwurfes sieht vor, dass die Parteien nach § 650b Absatz 1 Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, sofern der Besteller

während der Erstellung Änderungen an dem Werk begehrt. Falls kein Einvernehmen hergestellt werden kann, räumt Absatz 2 dem Besteller ein einseitiges und formloses Anordnungsrecht ein.

Aus Gründen der Beweisbarkeit und zur Rechtsklarheit sollte für das Anordnungsrecht die Schrift- oder Textform zwingend vorgeschrieben werden.

Die Anordnung der Schriftform hat warnende und klarstellende Funktion und dient auch dem Schutz des Verbrauchers. Durch die schriftliche Form wird dieser vor übereilten und womöglich nicht überschaubaren wirtschaftlichen Folgen einer Anordnung geschützt.

R 21. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2 BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16  
oder 20

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Anordnung der Schriftform bedürfen soll.

Begründung:

Wie bei der Kündigung nach § 650g BGB-E würde die Schriftform der Anordnung der Rechtssicherheit und Beweissicherung dienen.

Wi 22. Hilfsempfehlung zu Ziffer 16:

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16  
oder 17

Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 sind in § 650b Absatz 2 Satz 2 die Wörter "einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur," zu streichen.

Begründung:

Entgegen der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachten Auffassung erscheint es nicht sachgerecht, den Unternehmer hinsichtlich solcher Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E), auf die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3) zu verweisen. Auch in diesen Fällen sollten wie bei Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 BGB-E) die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers sowie sonstige betriebsinterne Vorgänge, die eine Ausführung der Änderung durch den Unternehmer erschweren, angemessen berücksichtigt werden. Das neu eingeführte Zumutbarkeitskriterium sollte daher für alle Änderungsbegehren des Bestellers gelten.

R 23. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2 Satz 4 -neu- BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650b Absatz 2 folgender Satz anzufügen:

"Führen die Parteien Verhandlungen über eine Einigung, gilt diese spätestens 30 Tage nach Zugang des Angebots nach Absatz 1 Satz 2 beim Besteller als nicht erzielt."

Begründung:

Gemäß § 650b Absatz 1 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung seines Leistungsumfangs seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragsangebots geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln haben. Die Regelung darf allerdings nicht dazu führen, dass das Baugeschehen durch die Verhandlungen über Gebühr verzögert wird. In Anlehnung an § 15a Absatz 1 Satz 2 EGZPO zum Einigungsversuch vor der Gütestelle bei Gericht sollte spätestens nach 30 Tagen die Verhandlungspflicht erlöschen. In diesem Fall muss dem Besteller das unbedingte Anordnungsrecht zustehen, damit der Fortgang der Bauleistungen gewährleistet ist. Ohne eine solche Limitierung der Verhandlungspflicht der Parteien stünde dem Unternehmer ein unverhältnismäßiges Druckmittel zur Durchsetzung eventuell überhöhter Nachtragsforderungen zu.

R, Wo 24. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 2a -neu- BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

In Artikel 1 Nummer 25 ist nach § 650b Absatz 2 folgender Absatz einzufügen:

"(2a) Die Parteien können eine andere Vereinbarung über Änderungen nach Absatz 1 und das Anordnungsrecht des Bestellers treffen. Wird die Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, findet § 307 Absatz 1 und 2 in Bezug auf eine Inhaltskontrolle von Bestimmungen zum Anordnungsrecht des Bestellers abweichend von § 310 Absatz 1 Satz 3 auch dann keine Anwendung, wenn nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen sind."

Begründung:

Die Regelung entspricht der in § 650c Absatz 4 BGB-E vorgesehenen Regelung zur Vergütungsanpassung. Sie ist hier entsprechend hinsichtlich des Anordnungsrechts erforderlich. Andernfalls wären zahlreiche AGB-rechtliche Auseinandersetzungen und Gerichtsprozesse um das Anordnungsrecht gemäß VOB/B mit der Folge unübersehbarer Baustillstände auf Baustellen der öffentlichen Hand zu erwarten.

- R 25. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 3 Satz 1a -neu-, § 650c Absatz 5 Satz 1a -neu- BGB)\*

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650b Absatz 3 sowie in § 650c Absatz 5 jeweils nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"§ 404 Absatz 2 der Zivilprozessordnung findet entsprechende Anwendung."

Begründung:

Zur Förderung einer einvernehmlichen Einigung zwischen den Parteien über die Ausführung von Änderungswünschen des Bestellers und der dafür zu entrichtenden Vergütung sollte klargestellt werden, dass die Parteien in der Regel einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen einbinden müssen, bevor gerichtliche Hilfe im Wege eines Antrags auf einstweilige Verfügung in Anspruch genommen wird.

- R 26. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 3 Satz 2, 3 -neu- und 4 -neu-, § 650c Absatz 5 Satz 2, 3 -neu- und 4 -neu- BGB)\*\*

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650b Absatz 3 und § 650c Absatz 5 jeweils der Satz 2 durch folgende Sätze zu ersetzen:

"Der Sachverständige ist von den Vertragsparteien gemeinsam zu beauftragen.  
Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur

---

\* Bei Annahme von Ziffer 16 entfällt die Regelung zu § 650c Absatz 5 Satz 1a -neu- BGB. Ziffer 25 ist in diesem Fall entsprechend anzupassen.

\*\* Bei Annahme von Ziffer 16 entfällt die Regelung zu § 650c Absatz 5 Satz 2, 3 -neu- und 4 -neu- BGB. Ziffer 26 ist in diesem Fall entsprechend anzupassen.

Hälfte zu tragen. Bei Durchführung des Verfahrens zum Erlass der einstweiligen Verfügung gelten die §§ 91 bis 107 der Zivilprozessordnung entsprechend auch in Bezug auf die Kosten des Sachverständigen."

Begründung:

Vor der Beantragung einer einstweiligen Verfügung über eine Anordnung des Bestellers oder einen Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers sollen die Parteien zunächst erneut einen Einigungsversuch unternehmen, in diesem Fall sachverständig beraten. Die Beauftragung des Sachverständigen muss dabei einvernehmlich erfolgen, um dessen Unparteilichkeit zu gewährleisten. Zudem müssen auch die durch die Beauftragung des Sachverständigen entstehenden Kosten, wenn die Parteien sie jeweils hälftig tragen sollen, von beiden gemeinschaftlich ausgelöst werden.

Die Kosten des Sachverständigen sind von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen. Von dieser Regelung können die Parteien einzelvertraglich und unter Beachtung der §§ 307 ff. BGB auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweichen. Kommt es trotz des Einigungsversuchs zum gerichtlichen Verfahren, besteht keine Veranlassung mehr, die Kosten hälftig oder nach einer vertraglich vereinbarten Quote zu teilen, da der Ausgang des Verfahrens deutlich erkennen lässt, welche Partei die Verantwortung für die Streitigkeit trägt und damit Anlass zu der Kostenverursachung gegeben hat. In diesem Fall sollte die Kostenlast hinsichtlich der Sachverständigenkosten der allgemeinen Regelung zu den Prozesskosten der ZPO folgen.

R 27. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650b Absatz 3 Satz 3 -neu- BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650b Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

"Die einstweilige Verfügung hat auf Antrag einer Partei einen Ausspruch über die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung von Abschlagszahlungen aufgrund der angeordneten Änderung zu enthalten."

Begründung:

Können sich die Parteien über die Durchführung einer Änderung des Vertrages nicht einigen, kann ein Bedürfnis bestehen, im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht allein die Zulässigkeit der Anordnung des Bestellers, sondern zugleich auch die mit der Anordnung verbundene Vergütungspflicht zu klären. Im Interesse einer möglichst praktikablen Handhabung sollte jedoch in diesem Stadium keine Entscheidung über die endgültige Höhe einer Vergütungsanpassung erfolgen müssen. Ausreichend und dem berechtigten Interesse des Unternehmers nach Rechtssicherheit hinsichtlich seiner Liquiditätskalkulation ent-

sprechend ist ein gerichtlicher Ausspruch dazu, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Abschlagszahlungen in Folge der Ausführung der Änderung zu leisten sind (vgl. dazu § 650c Absatz 3 BGB-E).

Durch die vorgeschlagene Regelung wird klargestellt, dass der Ausspruch über die Anordnung des Bestellers mit einem Ausspruch über die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung von Abschlagszahlungen verbunden werden kann, also insbesondere der Unternehmer durch Antrag auf Erlass einer entsprechenden Gegenverfügung im selben Verfahren eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen kann, welche Abschlagszahlungen vom Besteller geschuldet werden.

R 28. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650c Absatz 1 Satz 2 -neu- BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

In Artikel 1 Nummer 25 ist dem § 650c Absatz 1 folgender Satz anzufügen:

"Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu."

Begründung:

Gemäß § 650b Absatz 1 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung seines Leistungsumfangs seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragangebots geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln haben. Obliegt dem Unternehmer jedoch nicht nur die Ausführung der vom Besteller erstellten Planung, sondern auch die Erstellung der Planung selbst, so ist er zu einer mangelfreien Gesamtleistung von Planung und Ausführung verpflichtet. In dem Fall, in dem der Besteller einen Mangel der Planung aufdeckt und den Unternehmer auffordert, zum Zweck der Erreichung eines mangelfreien Werkerfolgs (§ 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E) seine Planung und Ausführung zu ändern, kann dem Unternehmer daraus kein Mehrvergütungsanspruch erwachsen, da die Planung und Ausführung eines mangelfreien Werks ohnehin bereits Gegenstand seiner vertraglichen Leistungspflichten ist.

R, Wo 29. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650c Absatz 3 Satz 1 BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650c Absatz 3 Satz 1 das Wort "eine" durch das Wort "keine" zu ersetzen.

Begründung:

Klarstellung des Gewollten.

Wi 30. Hilfsempfehlung zu Ziffer 16

bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 31

Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650c Absatz 4)

In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650c Absatz 4 zu streichen.

Begründung:

§ 650c Absatz 4 sollte gestrichen werden. Es besteht die Gefahr, dass ohne Vereinbarung der VOB/B als Ganzes nur die Regelungen zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung aus der VOB/B übernommen werden. Damit könnte die vorgesehene gesetzliche Regelung zur Vergütungsanpassung bei Ausübung des Anordnungsrechts durch den Besteller komplett ausgehebelt werden.

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

R,  
Wo 31. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650c Absatz 4 Satz 1 und 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650c Absatz 4 wie folgt zu ändern:

- a) In Satz 1 sind nach dem Wort "Vergütungsanpassung" die Wörter "und die Abschlagszahlung" einzufügen.
- b) In Satz 2 sind die Wörter "zur Berechnung der Vergütungsanpassung" durch die Wörter "zur Vergütungsanpassung und zur Abschlagszahlung" zu ersetzen.

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16  
oder 30

Begründung:

Die in der VOB/B geregelten Anordnungsrechte des Auftraggebers sind zentrale Vorschriften, die im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen zwischen Auftragnehmer- und Auftraggebervertretern einvernehmlich ausgehandelt und beschlossen wurden. Sie sind in Zusammenschau mit den dortigen Regelungen zur Vergütungsanpassung ausgewogen und haben sich über die Jahrzehnte bewährt. Sie sollen durch ein neues werkvertragliches Leitbild im BGB nicht in Frage gestellt werden. Insbesondere die Regelung des § 650c Absatz 3 BGB-E, wonach der Unternehmer jedenfalls 80 Prozent der von ihm angebotenen Nachtragsvergütung vorläufig verlangen darf, findet sich nicht in der VOB/B. Ohne die hier vorgeschlagene textliche Ergänzung in Absatz 4 wären zahlreiche AGB-rechtliche Auseinandersetzungen und Gerichts-

prozesse um die Abschlagszahlung mit der Folge unübersehbarer Baustillstände auf Baustellen der öffentlichen Hand zu erwarten.

R 32. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§§ 650b, 650c BGB)

entfällt bei  
Annahme  
von  
Ziffer 16

Der Bundesrat gibt hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers sowie der daran anknüpfenden Vergütungsanpassung Folgendes zu bedenken:

- a) Nach seinem Wortlaut ist das Anordnungsrecht des Bestellers im Falle des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB-E und die daran anknüpfende Vergütungspflicht des Bestellers davon unabhängig, wer für die Planung des Werkes verantwortlich ist. Dies ist nicht sachgerecht. Erfasst werden sollten zusätzliche Leistungen zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs nur bei solchen Bauverträgen, die auf der Basis von Planungen des Bestellers oder seines Architekten abgeschlossen wurden. Hat der Besteller hingegen nur das Bauziel vorgegeben oder ist dem Vertragsabschluss eine (rein) funktionale Ausschreibung vorausgegangen, liegt die Planungsverantwortung ausschließlich beim Unternehmer.
- b) Sowohl die Pflicht des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, als auch das Anordnungsrecht nach Absatz 2 sollen in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 nur bestehen, wenn dem Unternehmer die Ausführung "zumutbar" ist. Die Wahl dieses Begriffs erscheint missglückt, da nach der Gesetzesbegründung die Schwelle für ein Entfallen des Anordnungsrechts gerade unterhalb des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Absatz 2 und 3 BGB) liegen soll.
- c) Anknüpfend an § 2 Absatz 3 VOB/B ist zu erwägen, ob es tatsächlich notwendig, praxis- und interessengerecht ist, jede auf einer Anordnung des Bauherrn beruhende Mengenänderung der geplanten Regelung des § 650c BGB-E zu unterwerfen. Für den Werkunternehmer würde dies bei der Berechnung der Vergütung, die im Hinblick auf § 650e BGB-E Einfluss auf eine etwaige Abschlagszahlung hat, zu einem Mehraufwand führen, der in Anbetracht der zu erwartenden geringen Abweichung im Vergleich zum vereinbarten Einheitspreis nicht immer sachgerecht ist.

- d) Die Aufwendungen des Unternehmers für die Erstellung eines Angebotes im Sinne von § 650b Absatz 1 Satz 2 BGB-E können insbesondere bei großen Bauvorhaben erheblich sein. Jedenfalls dann, wenn der Besteller von den ins Auge gefassten Änderungen Abstand nimmt, hat der Unternehmer nach dem Gesetzentwurf dennoch keinen Erstattungsanspruch.
- e) Die Regelungen zum obligatorischen Einigungsversuch unter Hinzuziehung eines Sachverständigen in §§ 650b Absatz 3, 650c Absatz 5 BGB-E beschränken sich im Wesentlichen auf die Festlegung, dass die Kosten des Sachverständigen von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte zu tragen sind. Offen bleibt demnach,
- nach welchen Kriterien der Sachverständige auszuwählen ist;
  - wie zu verfahren ist, wenn sich die Parteien nicht auf einen Sachverständigen einigen können;
  - wann die Beiziehung eines Sachverständigen entbehrlich ist;
  - inwieweit eine Partei zur Mitwirkung verpflichtet ist und welche Folgen die Verletzung von entsprechenden Mitwirkungspflichten hat;
  - wann ein Einigungsversuch vor dem Sachverständigen als gescheitert anzusehen ist;
  - auf welcher Grundlage der Sachverständige zu vergüten ist.

Angesichts dieser möglichen Probleme genügt es nicht, die weitere Ausgestaltung dieses außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens in allen Einzelheiten der Rechtsprechung zu überlassen.

Im Übrigen kann die vorgesehene feste Kostenquote zu unangemessenen Ergebnissen führen, etwa für den Fall, dass der Unternehmer eine offensichtlich unzumutbare Anordnung ablehnt.

Es wird darum gebeten, die vorstehenden Ausführungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen.

AV 33. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650h BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob für Verbraucherverträge das Erfordernis der Textform gelten sollte.

Begründung:

Verträge über die Errichtung von neuen Gebäuden oder wesentlichen Umbaumaßnahmen an Gebäuden sind regelmäßig von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung für den Verbraucher, sodass ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. Es wird daher angeregt, für Verbraucherbauverträge ein Formerfordernis vorzusehen. Die Vertragsurkunde sollte dem Verbraucher zumindest in Textform vorliegen. Auch Beweisschwierigkeiten über den Vertragsinhalt könnte dadurch vorgebeugt werden. Darüber hinaus ist bereits für die Baubeschreibung nach § 650i BGB-E i.V.m. Artikel 249 § 1 EGBGB die Textform vorgesehen. Insbesondere da die Baubeschreibung regelmäßig sogar zum Vertragsinhalt wird (§ 650j Absatz 1 BGB-E), erscheint es sachgerecht, den Vertrag nicht nur teilweise, sondern insgesamt formbedürftig zu machen. Zudem wäre hierdurch eine einheitliche Dokumentation und die Vollständigkeit der Unterlagen beim Verbraucher besser gewährleistet.

AV 34. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650h Absatz 1 BGB),  
Artikel 2 Nummer 3 (Artikel 249 § 2 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 EGBGB)

a) In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650h Absatz 1 wie folgt zu fassen:

"(1) Verbraucherbauverträge sind Bauverträge im Sinne von § 650a zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher."

b) In Artikel 2 Nummer 3 ist Artikel 249 § 2 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 wie folgt zu fassen:

"1. allgemeine Beschreibung des herzustellenden Bauwerks, der vorzunehmenden Umbauten, Instandhaltungsmaßnahmen oder sonstigen durchzuführenden Maßnahmen,"

Begründung:

Es besteht ein Bedürfnis, Verbraucher bei allen Bauverträgen umfassend durch die ergänzenden Vorschriften der §§ 650i bis 650m BGB-E zu schützen. Ein Ausschluss beispielsweise von Instandhaltungsarbeiten an Gebäuden ist unter Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht sachgerecht, da auch diese mit erheblichen Investitionen verbunden sein können und damit die zur Erhöhung der Planungssicherheit und Erleichterung der Vertragsauslegung vorgesehenen Regelungen Anwendung finden sollten. Hinzu kommt, dass die bereits nicht immer eindeutig zu treffende Abgrenzung zwischen Bauverträgen und sonstigen Werkverträgen durch eine weitere Differenzierung zwischen Umbauten und erheblichen Umbaumaßnahmen unnötig erschwert würde.

Die Vorschriften zur Baubeschreibung sind entsprechend anzupassen.

- AV 35. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650i BGB),  
Artikel 2 Nummer 3 (Artikel 249 § 1,  
§ 2a - neu - EGBGB)

a) In Artikel 1 Nummer 25 ist § 650i wie folgt zu fassen:

"§ 650i

Baubeschreibung und Vergütungsgrundlagen

Der Unternehmer hat den Verbraucher über die sich aus Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten. Auf die Bauschreibung kann verzichtet werden, soweit die wesentlichen Eigenschaften des Werks und der durchzuführenden Arbeiten in Planungsvorgaben des Verbrauchers oder eines von ihm Beauftragten in Textform niedergelegt sind."

b) In Artikel 2 Nummer 3 ist Artikel 249 wie folgt zu ändern:

aa) In § 1 sind nach dem Wort "Baubeschreibung" die Wörter "und eine Darstellung der Vergütungsgrundlagen" einzufügen.

bb) Nach § 2 ist folgender § 2a einzufügen:

"§ 2a

Darstellung der Vergütungsgrundlagen

Die Darstellung der Vergütungsgrundlagen muss insbesondere folgende der vereinbarten Vergütung zugrunde gelegten Kostenbestandteile enthalten:

1. Zeitaufwand,
2. Materialbedarf,
3. gegebenenfalls nach Arbeitszeit berechnete Preise,
4. veranschlagte Materialkosten sowie
5. gegebenenfalls von Dritten erhobene Kosten."

Begründung:

Die Baubeschreibung allein schafft nicht die nötige Planungs- und Kalkulations-sicherheit, die für beide Vertragsparteien von erheblicher Bedeutung ist. Vor allem mit Blick auf in der Praxis häufig vorkommende Änderungen der Bauausführung und Nachtragsforderungen ist es notwendig, mit Vertragsschluss die Vergütungsgrundlagen in Textform festzulegen. Die Darstellung der Vergütungsgrundlagen muss die wesentlichen Kostenbestandteile enthalten, zu denen insbesondere der kalkulierte Zeitaufwand und der Materialbedarf sowie die dafür veranschlagten Preise zählen.

AV 36. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650I Absatz 2 Satz 1 BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist in § 650I Absatz 2 Satz 1 die Angabe "5 Prozent" durch die Angabe "zehn Prozent" zu ersetzen.

Begründung:

§ 650I Absatz 2 BGB-E spricht dem Verbraucher eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von fünf Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung zu. Diese Sicherung ist nur bei bestimmten Änderungsanordnungen des Verbrauchers um fünf Prozent des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu erhöhen. Ein Verbraucher wendet für die Errichtung eines Hauses häufig einen wesentlichen Teil seiner wirtschaftlichen Ressourcen auf und ist so erheblichen finanziellen Risiken ausgesetzt, die er nur schlecht abfedern kann. Existenzgefährdungen können sowohl von der Insolvenz beauftragter Firmen als auch von erheblichen Baumängeln ausgehen.

Eine Studie des Instituts für Bauforschung aus dem Jahr 2015 verzeichnet einen stetigen Anstieg der Bauschäden. Zwischen 2002 und 2008 verdreifachten sich die Schadenzahlen. Danach stagnierten sie, stiegen aber zwischen 2012 und 2013 wieder an. Im Ergebnis verdoppelten sich die Schadenzahlen so zwischen 2009 und 2013. Für den Zeitraum von 2002 bis 2013 wird sogar ein Anstieg um 451 Prozent festgestellt. Dabei betrug die Gesamtschadensumme aller Bauschäden insgesamt circa 215 Millionen Euro. 2013 betragen die Kosten circa 67 000 Euro und hatten sich damit gegenüber 2002 mehr als verdoppelt. Verbrauchern ist es oft unmöglich, für Kosten in dieser Höhe vorzusorgen.

Eine zweite Studie von 2015 speziell für Wohngebäude kam zu dem Ergebnis, dass sich die Anzahl der Mängel je Bauvorhaben zwischen 2011 und 2015 um zehn Prozent erhöht hat und Bauvorhaben durchschnittlich mindestens 30 Mängel aufwiesen. Die Studie bestätigt damit die negativen Ergebnisse der Voruntersuchung aus den Jahren 2011/2012 und stellt überdies sogar eine leichte Verschlechterung fest.

Angesichts dieser Entwicklungen sollte die dem Verbraucher zu leistende Sicherheit erhöht werden. Eine Absicherung in Höhe von zehn Prozent ist im gewerblichen Bereich üblich. Dieser Betrag wird auch zu Gunsten des Verbrauchers als angemessen erachtet.

AV 37. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650m1-neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 25 ist nach § 650m folgender § 650m1 einzufügen:

"§ 650m1

Schlussrechnung

Der Unternehmer hat dem Verbraucher unverzüglich nach Fertigstellung des Werks eine Schlussrechnung in Textform zu übergeben. Die Schlussrechnung muss eine prüffähige, übersichtliche Aufstellung der durchgeführten Leistungen enthalten. Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen."

Begründung:

Die Schlussrechnung versetzt den Verbraucher oder den von ihm beauftragten Architekten in die Lage, die Berechtigung der geforderten Vergütung zu überprüfen. Die Erstellung einer Schlussrechnung, die in § 14 VOB/B vorgesehen ist, soll daher für Verbraucherbauverträge gesetzlich vorgeschrieben werden.

AV 38. Zu Artikel 1 Nummer 25 (§ 650n BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 650n auch die Vorschrift des § 634 aufgenommen werden sollte, um Verbraucher vor Einschränkungen ihrer Gewährleistungsansprüche bei Mängeln zu schützen.

Begründung:

Anders als bei Kaufverträgen können die Gewährleistungsrechte beim Werkvertrag zum Nachteil des Verbrauchers in den Grenzen des § 639 BGB sowie der allgemeinen Vorschriften (§ 138 BGB, §§ 305 ff. BGB) vertraglich einge-

schränkt werden. Mit der Aufnahme von Sondervorschriften für Verbraucherbauverträge sollte die Gelegenheit genutzt werden, den Schutz der Verbraucher bei Bauwerksleistungen umfassend zu stärken. Daher wird angeregt, auch die Ansprüche des Verbrauchers bei Mängeln des Werks abweichungsfest auszugestalten.

AV 39. Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob durch eine Aufnahme der Vorschriften der §§ 514 und 515 BGB in den Katalog des § 512 BGB klargestellt werden könnte, dass von den dort enthaltenen Regelungen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann.

Begründung:

Durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften, das zum 21. März 2016 in Kraft trat, wurden verschiedene für Verbraucherdarlehen bestehende verbraucher-schützende Vorschriften auf unentgeltliche Darlehensverträge bzw. Finanzierungshilfen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer erstreckt. Insbesondere wurde in § 514 Absatz 2 BGB ein originäres Widerrufsrecht für diese Verträge eingeführt. Diese Norm befindet sich allerdings außerhalb der in § 512 Satz 1 BGB genannten Vorschriften, von denen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Dies lässt den Schluss zu, dass das Widerrufsrecht für unentgeltliche Darlehensverträge bzw. Finanzierungshilfen bei Vertragsschluss - gegebenenfalls auch mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen - abbedungen werden könnte. In diesem Fall bestünde aber eine nicht nachvollziehbare Ungleichbehandlung gegenüber anderen, üblicherweise nicht abdingbaren Widerrufsrechten (z. B. § 495 Absatz 1 BGB für Verbraucherdarlehen). Die Schutzwirkung des Widerrufsrechts könnte dabei umgangen werden.

Es wird daher angeregt, den vorliegenden Gesetzentwurf zum Anlass zu nehmen, mögliche Schutzlücken hinsichtlich der Abdingbarkeit der verbraucher-schützender Vorschriften zu schließen.

R Wi 40. Zum Gesetzentwurf allgemein

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob eine Entkoppelung der beiden Regelungskomplexe der kaufrechtlichen Mängelhaftung und der Reform des Bauvertragsrechts erforderlich ist, um sicherzustellen, dass die sogenannte "Haftungsfalle" bezüglich der Ein-

und Ausbaurkosten bei mangelhaften Baumaterialien noch in dieser Legislaturperiode beseitigt wird.

Begründung:

Der Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode führt aus:

"Im Gewährleistungsrecht wollen wir dafür sorgen, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat."

Eine Umsetzung noch in dieser Legislaturperiode sollte daher prioritäres Anliegen im Hinblick auf den vorliegenden Gesetzentwurf sein. Gegen die Regelungsbestandteile, die die Reform des Bauvertragsrechts betreffen, wurden bisher vielfältige Einwände vorgebracht, die eine Verzögerung des Gesetzgebungsvorhabens insgesamt befürchten lassen. Sollte die Verbindung der Regelungen zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelgewährleistung mit der Reform des Bauvertragsrechts einer zeitnahen Umsetzung innerhalb der laufenden Legislaturperiode entgegenstehen, sollte eine Trennung der beiden Komplexe erwogen werden.