

Abschlussbericht

der

Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht

beim

Bundesministerium der Justiz

vom 18. Juni 2013

Inhaltsverzeichnis

Teil A – Einleitung

1.	Auftrag und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe	4
2.	Rechtstatsächliche Hintergründe und geltende Rechtslage	5
3.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und Empfehlungen	9

Teil B – Ergebnisse und Empfehlungen der Arbeitsgruppe im Einzelnen

1.	Art und Umfang der geschuldeten Leistung und Mangelbegriff	11
2.	Baubeschreibungspflicht	13
3.	Festlegung der Bauzeit	16
4.	Widerrufsrecht des Verbrauchers	18
5.	Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers sowie Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers	19
6.	Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers und Begleitregelungen	21
6.1	Einseitiges Anordnungsrecht	21
6.1.1	Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers zur Änderung des Werkerfolgs	21
6.1.2	Einseitiges Anordnungsrecht zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs	22
6.2	Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen	24

6.3	Notwendigkeit und Konzeption eines Streitbeilegungsmechanismus	28
6.4	Flankierende Maßnahmen bei der Gerichtsorganisation / Änderungen im Gerichtsverfassungsgesetz	31
7.	Abschlagszahlungen	32
8.	Absicherung des Bestellers und des Unternehmers	35
8.1	Absicherung des Bestellers	35
8.2	Absicherung des Unternehmers	35
8.2.1	Bauverträge zwischen Unternehmern	35
8.2.2	Bauverträge mit Verbrauchern	37
9.	Abnahme von Werkleistungen	38
10.	Mängelrechte im Werk- und Bauvertragsrecht	41
10.1	Mängelrechte	41
10.2	Verlängerung der Gewährleistungsfrist	42
10.3	Änderung von § 638 BGB	45
11.	Erfordernis einer Schlussrechnung	45
12.	Kündigung des Bauvertrags	47
12.1	Voraussetzungen der Kündigung	47
12.2	Ausübung der Kündigung	50
12.3	Rechtsfolgen der Kündigung	51
13.	Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags	52
13.1	Rechtliche Qualifizierung des Architekten- und Ingenieurvertrags	53
13.2	Definition des Erfolgs	53
13.3	Sonderkündigungsrecht	54
13.4	Teilabnahme	56
13.5	Gesamtschuldnerische Haftung von Architekt/Ingenieur mit dem bauausführenden Unternehmer	57

A. Einleitung

1. Auftrag und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe

Nach der Koalitionsvereinbarung soll in dieser Legislaturperiode geprüft werden, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet ist (Zeilen 1755 ff.). Hierzu hat das Bundesministerium der Justiz im Januar 2010 eine Arbeitsgruppe eingerichtet.

Aufgabe der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht ist es,

- die Problembereiche im Bauvertragsrecht zu identifizieren,
- einen sich daraus ergebenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu prüfen und
- Vorschläge zu machen, wie die Probleme durch gesetzgeberische Maßnahmen gelöst werden können.

In der Arbeitsgruppe waren die wichtigsten der mit Fragen des Baus und des Bauvertragsrechts befassten Gruppen vertreten. Ihr gehörten neben Vertretern der beteiligten Bundesministerien Vertreter der Bauwirtschaft, des Handwerks, der Architekten, Ingenieure und Bausachverständigen, der Bauherren, einschließlich der kommunalen Spitzenverbände und der Verbraucherverbände, der Wohnungswirtschaft, der zuständigen Gewerkschaft, der Finanzwirtschaft, der Wissenschaft sowie der Richter, Notare und Rechtsanwälte an. Die Länderinteressen wurden in der Arbeitsgruppe durch die Länder Bayern, Berlin, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen vertreten.

Um die besonderen Fragestellungen des Architekten- und Ingenieurvertrags zu diskutieren, wurde eine Unterarbeitsgruppe Architektenvertragsrecht eingerichtet. Der Teilnehmerkreis der Unterarbeitsgruppe setzte sich aus Vertretern der einschlägigen Verbände, Experten des Architekten- und Ingenieurvertragsrechts sowie Vertretern des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zusammen. Das Thema „Absicherung des Bestellers“ wurde in einer weiteren Unterarbeitsgruppe erörtert, zu der auch Vertreter der Versicherungswirtschaft eingeladen wurden.

2. Rechtstatsächliche Hintergründe und geltende Rechtslage

a) Die Baubranche ist einer der größten und wichtigsten Wirtschaftszweige Deutschlands. Nicht nur die Bautechnik hat sich in den vergangenen Jahrzehnten dynamisch weiterentwickelt, parallel hierzu und teilweise durch die technische Entwicklung bedingt, wurde das Baurecht zu einer komplexen Spezialmaterie, zu der mittlerweile eine detaillierte und – vom Rechtsanwender kaum noch zu überblickende – umfängliche Rechtsprechung ergangen ist.

Gesetzliche Grundlage für das private Baurecht ist das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und hier im Besonderen das Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB). Das Werkvertragsrecht ist mit Blick auf die unterschiedlichen Vertragsgegenstände sehr allgemein gehalten und verpflichtet den Unternehmer zur Herstellung und Verschaffung eines versprochenen Werkes, das heißt eines bestimmten Erfolgs, und den Besteller im Gegenzug zur Bezahlung der vereinbarten Vergütung (§ 631 BGB). Wegen der unterschiedlichen Gegenstände passen die werkvertraglichen Vorschriften nur bedingt für alle Werkverträge. Daher enthält das Bürgerliche Gesetzbuch eine Reihe von Sondervorschriften für bestimmte, aus dem Werkvertrag entwickelte Vertragstypen, etwa für den Reisevertrag (§§ 651a ff. BGB), oder innerhalb des Werkvertragsrechts bereits einzelne Spezialvorschriften für den Bauvertrag.

Die Arbeitsgruppe hat vorwiegend Fragenkreise erörtert, in denen das Werkvertragsrecht des BGB dem auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag und dem komplexen Baugeschehen nicht gerecht wird. Die Komplexität des Baugeschehens, beispielsweise während der Ausführung des Baus auftretende Veränderungen, erfordert spezielle Regelungen, wie sie das allgemeine Werkvertragsrecht nicht bietet. Durch die wenigen Spezialvorschriften für Bauverträge, die im BGB enthalten sind, wie § 632a Abs. 2 bis 4 zu Abschlagszahlungen oder § 648a zur Bauhandwerkersicherung, werden nur einzelne Lücken geschlossen. Für zentrale Aspekte fehlen auf den Bauvertrag zugeschnittene Regelungen oder weisen die bereits vorhandenen Regelungen Defizite auf. Dies gilt insbesondere hinsichtlich notwendiger oder vom Besteller gewünschter Vertragsanpassungen, der Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen und des Mängelgewährleistungsrechts. Ergänzend erfordern Regelungen bedarf es außerdem beim Kündigungsrecht und bei der Abnahme.

Durch das Fehlen klarer gesetzlicher Vorgaben wird eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen erschwert und einer auf Konfrontation ausgelegte Vertragskultur mit unklaren oder unvollständigen Ausschreibungen und intransparenten Kalkulations- und Abrechnungspraktiken Vorschub geleistet. Ziel der Arbeitsgruppe war eine ökonomischere Ausgestaltung der Regelungen, um für die Vertrags-

partner unnötigen Aufwand bei der Vertragsgestaltung und -abwicklung und in der Folge erhebliches Streitpotential zu vermeiden. Der zumeist längere Zeitablauf bis zur Fertigstellung des Bauwerks und die damit schwieriger werdende Beweislage, gepaart mit den nicht ausreichenden gesetzlichen Regelungen, die zu einer umfangreichen und nicht immer einheitlichen Rechtsprechung geführt haben, machen den Ausgang derartiger Verfahren in vielen Fällen für beide Vertragspartner schwer kalkulierbar und stellen ein großes finanzielles Risiko dar.

Ein Bedürfnis für klare gesetzliche Regelungen zum Bauvertrag besteht auch für die vielen kleineren Bauprojekte. Da diese Projekte häufig das gesamte Kapital der Bauherren binden, ist Rechts- und damit Kalkulationssicherheit gerade für diese Auftraggeber von eminenter Bedeutung. Mehrkosten durch Bauverzögerungen oder einen längeren Rechtsstreit sind für sie häufig nicht mehr zu finanzieren. Ausgewogene gesetzliche Regelungen zum Bauvertragsrecht, die die besonderen Belange der Verbraucherbauherren berücksichtigten, sind daher ein unverzichtbarer Baustein des gesetzlichen Verbraucherschutzes.

Für die Bauvorhaben öffentlicher Auftraggeber besteht mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB Teil B) ein umfangreiches Regelwerk für die Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen. Die VOB/B wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) herausgegeben und weiterentwickelt, um für die Baumaßnahmen der öffentlichen Hand klare und einheitliche Regeln zu gewährleisten. Der Gesetzgeber hat die Bestimmungen der VOB/B bei der Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) privilegiert und sie unter bestimmten Voraussetzungen einer Inhaltskontrolle entzogen (§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB). In ihrem originären Anwendungsbereich erfüllt die VOB/B ihre Aufgabe nach wie vor und wird auch künftig die Grundlage für die Abwicklung öffentlicher Bauaufträge sein. Dabei wird der DVA ein neues gesetzliches Leitbild zum Bauvertrag bei der Weiterentwicklung der VOB/B zu berücksichtigen haben.

Weil die VOB/B umfangreiche Vorgaben für die Abwicklung von Bauverträgen enthält, hat sie auch außerhalb ihres eigentlichen Anwendungsbereichs Verbreitung gefunden. Vielfach erfolgt eine vertragliche Einbeziehung eines Teils oder der gesamten Regelungen in private Bauverträge. Dies kann grundsätzlich als Hinweis auf die Praxistauglichkeit der Vorschriften gewertet werden, bestätigt aber vor allem den Befund, dass das Gesetz den Anforderungen der Praxis nicht genügt. Als Grundlage für Verträge über kleinere und mittlere private Bauvorhaben ist die VOB/B insbesondere wegen ihrer Detailregelungen häufig nicht geeignet. Aus diesem Grund empfiehlt der DVA die Anwendung der VOB/B ausschließlich zur Ver-

wendung gegenüber Unternehmen, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen, nicht jedoch gegenüber Verbrauchern.

Aber auch bei b-to-b-Verträgen besteht für die Vertragspartner eine erhebliche Rechtsunsicherheit, wenn nur Teile der dortigen Regelungen in den Vertrag einbezogen werden. Dann halten diese Regelungen einer AGB-Kontrolle nicht immer stand und werden von den Gerichten gemäß § 307 BGB für unwirksam erklärt. Bei Verbraucherverträgen ist eine Einbeziehung der VOB-Regelungen – ob ganz oder nur teilweise – immer der AGB-Kontrolle unterworfen. Insbesondere bei Regelungen der VOB/B, die vom geltenden Werkvertragsrecht wesentlich abweichen oder die dargestellten Lücken in den gesetzlichen Regelungen für den Bauvertrag schließen, besteht für den Verwender ein nicht unerhebliches Risiko, dass seine AGB sich nachträglich als unwirksam erweisen. Dies stellt eine für die Wirtschaft unnötige Rechtsunsicherheit dar. Außerdem erweist sich der Schutz für den Verbraucher durch die gerichtliche AGB-Kontrolle teilweise als unzureichend, weil vielfach ein gesetzliches Leitbild als Maßstab für die Kontrolle durch die Gerichte fehlt.

Wegen ihres häufig speziellen Zuschnitts auf die besondere Beziehung zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen können die Regelungen der VOB/B nicht uneingeschränkt als Vorbild für Regelungen zum Bauvertragsrecht des BGB herangezogen werden. Gleichwohl enthält die VOB an vielen Stellen Orientierungshinweise für praxisgerechte gesetzliche Lösungen. Die Vorgaben der VOB wurden daher immer wieder in die Diskussion der Arbeitsgruppe einbezogen und bei der Suche nach Lösungen berücksichtigt.

b) Architekten- und Ingenieurverträge werfen sowohl im Hinblick auf ihre Einordnung in das Werkvertragsrecht als auch bezüglich des Haftungsverbundes mit Bauerrichtungsverträgen Fragen auf. Im Unterschied zu Bauerrichtungsverträgen ist der vertraglich geschuldete Erfolg bei Abschluss des Architektenvertrags regelmäßig noch nicht abschließend und detailliert beschreibbar. Gegenstand der Erfolgsverpflichtung des Architekten kann es – insbesondere in den frühen Planungsphasen – sein, den beabsichtigten Bauerfolg nach den Vorstellungen des Bestellers zu entwickeln. Probleme bringt in der Praxis zudem die Erstreckung der gesamtschuldnerischen Haftung von Architekten auf Bauleistungsmängel mit sich. Architekten müssen aufgrund ihres Berufsrechts den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung in angemessener Höhe nachweisen. Dies führt in zunehmendem Maße dazu, dass sie im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung in vollem Umfang für vom Bauunternehmer mitverantwortende Herstellungsmängel in Anspruch genommen werden. Daraus ergeben sich unter Umständen erhebliche Haftungsdivergenzen. Der nach § 426 BGB rein rechtlich bestehende Ausgleichsanspruch von Architekten und Ingenieuren gegenüber dem mangel-

verantwortlichen Bauunternehmer wird wirtschaftlich bei einer Insolvenz des Bauunternehmers regelmäßig vollständig entwertet, da derzeit nur eine unzureichende Sicherheit für die Erfüllung dieses Ausgleichsanspruchs besteht. In der Praxis hat dies zu einer erheblichen Erhöhung der Haftpflichtversicherungskosten der Architekten und Ingenieure geführt.

c) Die Vorschläge der Arbeitsgruppe beziehen sich – entsprechend dem Prüfauftrag – auf Bauverträge. Erfasst sind damit Verträge nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB, das heißt Verträge über die Neuherstellung eines Bauwerks oder Arbeiten an einem Bauwerk und Verträge über ein Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür besteht, soweit auf sie nicht nach § 651 BGB die Vorschriften des Kaufrechts Anwendung finden.

Einige Vorschläge erscheinen als geeignet, auf das gesamte Werkvertragsrecht Anwendung zu finden. Entsprechende Hinweise finden sich in Fällen, die der Arbeitsgruppe als eindeutig erschienen, als „Merkposten“ im Text.

d) Aus Zeitgründen bzw. wegen des beschränkten Prüfauftrags konnte sich die Gruppe nicht mit allen Themenfeldern näher befassen, in denen sie Handlungsbedarf sieht. Sie regt an, insbesondere die folgenden Fragestellungen in naher Zukunft zu untersuchen und Lösungsvorschläge zu erarbeiten:

- Bauträgerrecht

Das Bauträgerrecht ist in § 632a BGB, § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (BGBl 2001 I, S. 981) und der Makler- und Bauträgerverordnung sehr unübersichtlich und nur fragmentarisch geregelt. Darüber hinaus wird die Absicherung des Bestellers durch das sogenannte Vormerkungsmodell zunehmend kritisch gesehen. Insbesondere im Fall der Insolvenz des Bauträgers haben sich in der Vergangenheit Schutzlücken mit zum Teil existenzvernichtenden Folgen gezeigt. Da das Bauträgerrecht nicht Gegenstand der Erörterungen war, ist auch nicht geprüft worden, ob die Vorschläge der Arbeitsgruppe auf dieses Gebiet übertragen werden können.

- Optimierung des Verfahrensrechts

Im Rahmen der Diskussionen in der Arbeitsgruppe wurde von Seiten der Praxisvertreter immer wieder beklagt, dass das geltende Zivilprozessrecht, insbesondere bei großen Bauprojekten mit vielen Beteiligten, vielfach an Grenzen stoße. Dies führt trotz des Interesses aller Beteiligten an schnellen Lösungen häufig zu einer langen Verfahrensdauer und einem erhöh-

ten Prozessrisiko. Exemplarisch hierfür sind die Regelungen zur Streitverkündung und das selbständige Beweisverfahren.

- Pflicht des Werkunternehmers zur Herausgabe von Unterlagen

Mit der Privatisierung der Aufgaben im Bauordnungsrecht gewinnt die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien für die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften an Bedeutung. Aus Sicht der Arbeitsgruppe sollte daher zeitnah diskutiert werden, inwieweit eine Normierung von Ansprüchen des Bestellers – insbesondere des Verbrauchers – auf Herausgabe von Unterlagen, die er zum Nachweis der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften benötigt, dazu geeignet ist, einen Ausgleich zu schaffen.

3. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und Empfehlungen

Die Arbeitsgruppe hat das Bauvertragsrecht von der vorvertraglichen Verhandlungssituation über den Vertragsschluss bis hin zur Abnahme und der Behandlung von Mängeln erörtert. Im Rahmen der Diskussion haben sich drei Leitmotive herauskristallisiert, auf die die Vorschläge der Arbeitsgruppe gerichtet sind: Zum einen soll die Kommunikation und die Kooperation zwischen den Vertragsparteien verbessert und auf klare vertragliche Vereinbarungen hingewirkt werden, um damit kostenintensive Konflikte und eine Störung des Liquiditätsflusses bei den Unternehmen möglichst zu vermeiden. Zum anderen soll ein zügiger Bauablauf gewährleistet und verhindert werden, dass ein Bauvorhaben infolge von Streitigkeiten längere Zeit ruht. Schließlich sieht die Arbeitsgruppe die Notwendigkeit, zum Schutz der Verbraucher spezielle Regelungen einzuführen.

Dem ersten Ziel dient unter anderem die gesetzliche Regelung von Prüf- und Hinweisobligationen des Unternehmers, etwa im Hinblick auf die vom Besteller vorgesehene Art der Bauausführung. Damit korrespondieren Mitwirkungsobligationen des Bestellers, der die Konsequenzen tragen soll, wenn er auf Hinweise des Unternehmers nicht reagiert und die erforderlichen Handlungen vornimmt. Die Arbeitsgruppe hat zudem Vorschläge für ergänzende Regelungen zur Abnahme erarbeitet, die die Parteien dazu anhalten sollen, sich im Falle der Abnahmeverweigerung über die Gründe dafür auszutauschen und frühzeitig um eine Dokumentation der Fakten zu kümmern. Für Bauverträge mit Verbrauchern wird zudem eine Baubeschreibungspflicht vorgeschlagen, um spätere Streitigkeiten über den geschuldeten Erfolg zu vermeiden.

Zur Erreichung des zweiten Ziels, der Gewährleistung eines zügigen Bauablaufs, strebt die Arbeitsgruppe klare Vorgaben für den Fall an, dass während der Bauausführung Vertragsanpassungen notwendig sind oder gewünscht werden. Der hierzu von der Arbeitsgruppe entwickelte Vorschlag sieht ein durch das Kriterium der Zumutbarkeit begrenztes einseitiges Leistungsbestimmungsrechts des Bestellers vor. Damit einher gehen Vorschläge für die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung in diesen Fällen, die Anreize setzen sollen sowohl für eine korrekte Ausschreibung der Besteller als auch für eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch die Unternehmen. Spekulationen einer Partei zu Lasten der anderen soll auf diese Weise vorgebeugt werden. Darüber hinaus schlägt die Arbeitsgruppe ein schnelles und effizientes Streitbelegungsverfahren vor, um im Konfliktfall schnell Rechtssicherheit für die Parteien herbeizuführen. Durch eine schnelle Entscheidung über die Höhe der Mehr- oder Mindervergütung und damit die Höhe der Abschlagszahlungen, die ein Unternehmer verlangen kann, trägt das Verfahren auch dazu bei, den Liquiditätsfluss der Unternehmen entscheidend zu verbessern. Für Bauverträge von Verbrauchern soll zudem eine Pflicht zur Festlegung der Bauzeit gesetzlich vorgeschrieben werden.

Um dem besonderen Schutzbedürfnis der Verbraucher Rechnung zu tragen, enthält der Bericht auch eine Reihe spezieller Empfehlungen für Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Dazu gehören die bereits erwähnten Pflichten zur Baubeschreibung und zur Festlegung der Bauzeit. Darüber hinaus sieht die Arbeitsgruppe ein Bedürfnis, für bestimmte Bauverträge von Verbrauchern ein – zeitlich eng begrenztes – Widerrufsrecht einzuführen.

Über die vorgenannten Leit motive hinaus hat die Arbeitsgruppe an weiteren Stellen – etwa bei der Kündigung – Regelungsbedarf festgestellt. Für die Vertragspartner besteht derzeit insbesondere bei einer außerordentlichen Kündigung des Bauvertrags aus wichtigem Grund Rechtsunsicherheit. Zu den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen einer solchen Kündigung hat die Gruppe detaillierte Vorschläge entwickelt. Außerdem wird empfohlen, dem Besteller eines Bauvertrags im Fall der Insolvenz des Unternehmers ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen.

Intensiv befasst hat sich die Arbeitsgruppe schließlich mit den Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags. Die Gruppe empfiehlt diese Verträge weiterhin dem Werkvertragsrecht zu unterstellen, wo nötig jedoch Sonderregelungen einzuführen, die den speziellen Bedürfnissen dieses Vertragstyps Rechnung tragen. Hierzu gehört beispielsweise eine eigene Beschreibung der vertragstypischen Pflichten sowie einen Anspruch des Architekten/Ingenieurs auf Teilabnahme zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerks. Darüber hinaus empfiehlt die Arbeitsgruppe die Einführung eines einmaligen Sonderkündigungs-

rechts am Ende der Zielfindungsphase für den Besteller und unter bestimmten Umständen auch für den Architekten/Ingenieur.

Die verschiedenen Vorschläge der Arbeitsgruppe sind aufeinander abgestimmt worden, damit sie ein in sich schlüssiges Gesamtkonzept bilden. Besonderer Wert wurde außerdem darauf gelegt, dass sich die Vorschläge problemlos in den Gesamtzusammenhang des Werkvertragsrechts und des Allgemeinen Schuldrechts einfügen.

B. Ergebnisse und Empfehlungen der Arbeitsgruppe im Einzelnen

Diskutiert wurden die folgenden Themen mit den nachfolgend dargestellten Ergebnissen und Empfehlungen an den Gesetzgeber. Die einzelnen Ergebnisse und Empfehlungen geben nicht die einhellige Meinung aller Arbeitsgruppenmitglieder wieder, dazu waren die Ausgangspositionen und Interessen zu unterschiedlich. Die Arbeitsgruppe betrachtet die Vorschläge jedoch als Gesamtpaket, dessen Elemente entweder für alle am Bau Beteiligten Vorteile bringen oder auf einem wechselseitigen Geben und Nehmen beruhen.*

1. Art und Umfang der geschuldeten Leistung und Mangelbegriff

Die Definition der geschuldeten Leistung bzw. des Mangels im Werkvertragsrecht in § 633 BGB bedarf einer Überarbeitung. Dabei sind folgende Eckpunkte zu berücksichtigen:

- **Beim geschuldeten Erfolg ist zwischen Beschaffenheit und Verwendungseignung zu unterscheiden.**

* Drei Verbände, der Zentralverband des Deutschen Handwerks, der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes und der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie haben am Ende der Erörterung in einer Gesamtbewertung erklärt, dass sie den Abschlussbericht nicht mittragen können. Es fehle vor allem an einer Bestandsanalyse darüber, ob und wo das Werkvertragsrecht in der Praxis Probleme aufwerfe. Sie befürchten eine Verschlechterung der Gesetzeslage, insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmer sowie neue Kosten und Risiken für die Auftragnehmer insbesondere bei Verbraucherverträgen. Besonders wenden sie sich gegen die Aufnahme eines gesetzlich bislang nicht vorgesehenen einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers und gegen die Festschreibung der aus ihrer Sicht viel zu weit gehenden Rechtsprechung zum funktionellen Mangelbegriff.

- **Vorrang hat sowohl hinsichtlich der Beschaffenheit als auch der Verwendungseignung die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung.**
- **Liegt keine Vereinbarung über die Verwendungseignung vor, muss sich das Werk für die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung, hilfsweise für die gewöhnliche Verwendung eignen. Soweit keine Vereinbarung über die Beschaffenheit vorliegt, muss das Werk die Beschaffenheit aufweisen, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die nach der Art des Werkes erwartet werden kann.**
- **Auch wenn eine Vereinbarung über die Beschaffenheit getroffen worden ist, muss sich das Werk für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die nach den Umständen übliche Verwendung eignen. Führt die Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien nicht zu der im Vertrag vorausgesetzten oder üblichen Verwendungseignung, d. h. besteht ein Widerspruch zwischen Baubeschreibung und berechtigten Funktionalitätserwartungen, trifft den Unternehmer eine Hinweisobliegenheit, sobald er diesen Widerspruch erkennt oder erkennen musste.**

Erläuterung:

Seit der Schuldrechtsmodernisierung wird der Begriff „Sachmangel“ in § 633 Abs. 2 BGB, dahingehend definiert, dass ein Werk frei von Sachmängeln ist, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

Die geänderte Rechtslage löste eine Reihe von Fragen aus. In dem Urteil vom 8. November 2007, VII ZR 183/05 (NZ Bau 2008, 94-98), nahm der BGH ausführlich hierzu Stellung und führte aus, dass das bisherige Verständnis von der „vereinbarten Beschaffenheit“, das auch die Funktionalität des Werks umfasste, sich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz nicht geändert habe. Durch diese Rechtsprechung des BGH, die die Funktionalität regelmäßig als Teil der vereinbarten Beschaffenheit ansieht und deshalb auf der ersten Stufe des werkvertraglichen Mangelbegriffs (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB) berücksichtigt, ist das Regelungsdefizit in § 633 Abs. 2 BGB aber nicht vollständig behoben. Diese Lösung greift insbesondere dann nicht, wenn der funktionale Erfolg deshalb nicht erreicht wird, weil gerade die

beanstandungsfreie Umsetzung fehlerhafter Beschaffenheitsvereinbarungen zur Entstehung eines Bauwerks geführt hat, das nicht die vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung besitzt. Die Erwägungen treffen gleichermaßen für das Bauvertragsrecht wie auch für alle anderen Werkverträge zu.

Vorgeschlagen wird daher eine Ergänzung von § 633 Abs. 2 BGB, die mit den unter Ziffer 13 dargestellten Einschränkungen für das Werkvertragsrecht insgesamt gelten soll. Maßgeblich für die geschuldete Leistung und die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, sollen die Vereinbarung sowie die sich aus dem Vertrag direkt oder indirekt ergebenden berechtigten Funktionalitätserwartungen sein.

Für die Beurteilung der Frage, was als „berechtigte Funktionalitätserwartungen“ anzusehen ist, sind die Auslegungsregelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 133, 157 BGB) heranzuziehen.

Die Umsetzung der Vorschläge zur geschuldeten Leistung und zum Mangelbegriff führt zu entsprechendem Anpassungsbedarf im Kaufrecht, wenn der seit der Schuldrechtsreform bestehende Gleichlauf der Regelungen im Kauf- und Werkvertragsrecht fortbestehen soll.

2. Baubeschreibungspflicht

Für Verträge mit Verbrauchern über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden soll eine Pflicht des Unternehmers zur Erstellung einer Baubeschreibung gesetzlich vorgeschrieben werden. Die Regelung soll nur für solche Fälle gelten, in denen der Verbraucher die wesentlichen Planungsvorgaben weder selbst noch durch einen von ihm Beauftragten macht.

Bei der Ausgestaltung sollen folgende Eckpunkte zu berücksichtigen werden:

- **Die Baubeschreibung ist dem Besteller in Textform und rechtzeitig vor Vertragsabschluss zur Verfügung zu stellen.**
- **In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des geschuldeten Werks in klarer und verständlicher Weise darzustellen. Hierzu gehören in der Regel:**

- > **eine allgemeine Beschreibung der herzustellenden Objekts (ggf. Haustyp und Bauweise),**
 - > **Art und Umfang der angebotenen Leistungen (ggf. Planung und Bauleitung, Arbeiten am Grundstück und Baustelleneinrichtung, Ausbaustufe),**
 - > **Gebäudedaten, Pläne (Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte),**
 - > **Angaben zum Energie- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,**
 - > **Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktion aller wesentlichen Gewerke**
 - > **Beschreibung der haustechnischen Anlagen,**
 - > **Angaben zu Qualitätsmerkmalen,**
 - > **Beschreibung der Sanitärobjekte, der Armaturen, Elektroanlage, Installation, Informationstechnologie und der Außenanlagen.**
- **In die Regelung soll ausdrücklich eine Vermutung aufgenommen werden, dass die Angaben in einer vorvertraglich übergebenen Baubeschreibung zum Vertragsinhalt geworden ist. Diese Vermutung kann insbesondere dadurch widerlegt werden, dass eine Einigung über Änderungen nachgewiesen wird.**
 - **Eine den Anforderungen des zweiten Punktes nicht genügende Baubeschreibung, ist nach dem Vorbild der Auslegungskriterien des AGB-Rechts zu Gunsten des Verbrauchers (ergänzend) auszulegen. Maßstab soll dabei das Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen sein. Ein Rücktrittsrecht aus diesem Grund soll dem Verbraucher nicht gewährt werden.**

Erläuterung:

Mit der Einführung einer Pflicht, bei Verbraucherverträgen die angebotene Leistung umfassend zu beschreiben, werden verschiedene Ziele verfolgt. Die Beschreibung dient zunächst dem Schutz der aufgrund der Vertragsverhandlungen entstandenen, gerechtfertigten Erwartungen des Bestellers. Die Beschreibung ermöglicht ihm eine Überprüfung der angebotenen Leistung durch einen sachverständigen Dritten und einen Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten und fördert damit den Wettbewerb. Die Regelung soll nur auf Verbraucherverträge Anwendung finden, weil die Praxis im b-to-b-Bereich auf eingeschliffene Mechanismen zurückgreifen kann.

Der vorgeschlagene Anwendungsbereich schließt an die Vorgaben der EU-Verbraucherrechtlicherichtlinie zu den vorvertraglichen Informationspflichten an. Danach ist der Verbraucher vor Vertragschluss über die wesentlichen Eigenschaften der Leistung zu informieren (Artikel 5 Abs. 1 Buchst. a). Ausgenommen vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden (Artikel 3 Abs. 3 Buchst. f). Diese Ausnahme ermöglicht es dem deutschen Gesetzgeber nicht nur für diesen Bereich eigene, weitergehende Vorgaben zur Information des Vertragspartners einzuführen, sondern macht dies sogar notwendig. Würde von einer ergänzenden Regelung für die in der Verbraucherrechtlicherichtlinie ausgenommenen Verträge abgesehen, führte dies zu einem nicht akzeptablen Ungleichgewicht: Für kleinere Bauverträge würden künftig die auf die Verbraucherrechtlicherichtlinie zurückgehenden Informationspflichten greifen, für größere Verträge dagegen keine entsprechenden Pflichten bestehen. Der Vorschlag sieht daher vor, für die von der Richtlinie nicht erfassten Bauverträge eine spezielle vorvertragliche Informationspflicht einzuführen.

Mit der Zeitvorgabe „rechtzeitig vor Vertragsschluss“ wird eine Formulierung vorgeschlagen, die im geltenden Recht bereits für verschiedene vertragliche Informationspflichten gilt. Für den Bauvertrag ist dies dahingehend auszulegen, dass dem Verbraucher vor dem Vertragsschluss ausreichend Zeit zu einer Überprüfung der angebotenen Leistung und einem Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten bleiben muss.

Angesichts der Vielfalt der Bauvorhaben ist der Inhalt der geschuldeten Leistung durch eine Generalklausel zu umreißen („In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des geschuldeten Werks in klarer und verständlicher Weise darzustellen.“), die durch eine Aufzählung des bei einem Standardbauwerk regelmäßig notwendigen Inhalts konkretisiert wird. Die Arbeitsgruppe geht im Übrigen davon aus, dass in der Baubeschreibung klar zum Ausdruck zu bringen ist, wenn ausnahmsweise bestimmte Unwägbarkeiten oder Risiken bei der angebotenen Leistung nicht berücksichtigt und mit dem angebotenen Preis nicht abgegolten sind (beispielsweise die Beschaffenheit des Baugrundes).

Aufgrund der bei Bauverträgen in aller Regel bestehenden asymmetrischen Informationslage zwischen Verbraucher und Unternehmer kann die mit dem Vorschlag einer Baubeschreibungspflicht angestrebte Verbraucherschutzfunktion nur erreicht werden, wenn die vorvertraglich dem Bauherrn übergebene Baubeschreibung im Zweifel auch zum Vertragsinhalt wird. Der Regelungsvorschlag dazu orientiert sich an Artikel 6 Abs. 5 der EU-Verbraucherrechtlicherichtlinie [§ 312d Abs. 1 Satz 2 BGB-E], der bzgl. der vorvertraglichen Informations-

pflichten bei Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen eine vergleichbare Regelung enthält.

Als Rechtsfolge einer den Anforderungen nicht genügenden Baubeschreibung soll eine Vertragsanpassung Vorrang haben vor einer Vertragsbeendigung, da diese häufig nicht im Sinne des Verbrauchers ist. Eine spezielle Regelung für den Fall des vollständigen Fehlens einer Baubeschreibung ist nicht erforderlich. Soweit in diesem Fall überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, reichen die allgemeinen Regelungen des Schadensersatzrechts als Rechtsfolge aus. Darüber hinaus kann dem Verbraucher bei einer Verletzung der Baubeschreibungspflicht ein Schadensersatzanspruch nach den allgemeinen Regelungen (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) zustehen, da die Baubeschreibungspflicht eine vorvertragliche Pflicht darstellt.

3. Festlegung der Bauzeit

Für Verträge mit Verbrauchern über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden) soll eine Pflicht zur Festlegung der Bauzeit gesetzlich vorgeschrieben werden. Die Regelung soll nur für solche Fälle gelten, in denen der Verbraucher die wesentlichen Planungsvorgaben weder selbst noch durch einen von ihm Beauftragten macht.

Bei der Ausgestaltung sollen folgende Eckpunkte berücksichtigt werden:

- **Die nach dem Vorschlag unter Nummer 2 vorvertraglich zu übergebende Baubeschreibung hat auch Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung zu enthalten. Wenn der Beginn der Baumaßnahme noch nicht feststeht, sind Angaben zur Dauer der Baumaßnahme zu machen.**
- **Darüber hinaus sind in den Bauvertrag selbst Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung aufzunehmen.**
- **Für den Fall dass der Bauvertrag keine Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung enthält, soll eine Vermutung gelten, dass die vorvertraglich übermittelten Angaben zur Fertigstellung zum Vertragsinhalt geworden sind. Diese Vermutung kann insbesondere dadurch widerlegt werden, dass eine Einigung über einen gegenüber den vorvertraglichen Angaben geänderten Termin nachgewiesen wird.**

- **Ist bereits eine Teilleistung bewirkt, aber offensichtlich, dass das Fertigstellungsdatum nicht eingehalten wird, soll dem Besteller ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen.**

Erläuterung:

Während die VOB davon ausgeht, dass in einem Bauvertrag in der Regel die Bauzeit vereinbart und Ausführungsfristen festgelegt werden (§ 12 VOB/A, § 5 VOB/B), enthält das Werkvertragsrecht des BGB keine Regelungen zur vertraglichen Festlegung zur Bauzeit.

Im Hinblick auf die Bedeutung der Einhaltung der Bauzeit sieht die Arbeitsgruppe zum Schutz der Verbraucher ein Bedürfnis, in das BGB eine Regelung zur vertraglichen Vereinbarung der Bauzeit aufzunehmen. Die Regelung soll an die Regelung zur Baubeschreibung anschließen und den gleichen Anwendungsbereich haben, da der Verbraucher bei Verträgen über den Bau neuer Gebäude und bei Verträgen über wesentliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden hinsichtlich des Fertigstellungszeitpunkts besonders schutzwürdig ist (Kündigung des bisherigen Mietvertrags, Planung des Umzugs etc.)

Der Vorschlag sieht vor, dass eine vorvertragliche Informationspflicht über den Zeitpunkt der Fertigstellung eingeführt wird. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest oder hängt von Besteller selbst ab, ist er über die Dauer der Baumaßnahme zu informieren. Die Information soll Bestandteil der vom Unternehmer zu übergebenden Baubeschreibung sein. Darüber hinaus soll eine Pflicht zur Aufnahme entsprechender Angaben in den Vertrag bestehen. Da sich der angestrebte Fertigstellungszeitpunkt häufig noch im Laufe der Vertragsverhandlungen ändert, soll hier die Vermutung, dass die Angaben der Leistungsbeschreibung Inhalt des Vertrags werden (vgl. Nr. 2), nur eingeschränkt gelten. Sie soll nur dann eingreifen, wenn der Bauvertrag keine Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt enthält.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer nicht eingehaltenen Fertigstellungsfrist soll der Besteller grundsätzlich auf die allgemeinen Regelungen zum Schuldnerverzug verwiesen werden. Für den Fall, dass bereits eine Teilleistung bewirkt ist, bietet allerdings das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 5 BGB keine für den Bauvertrag geeignete Lösung, denn beiden Parteien sind in diesem Fall in der Regel nicht mehr an einer Rückabwicklung des Vertrags interessiert. Dem Besteller soll daher zusätzlich ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen.

4. Widerrufsrecht des Verbrauchers

- **Für Verträge mit Verbrauchern über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden soll ein Widerrufsrecht eingeführt werden. Die Regelung soll nur für solche Fälle gelten, in denen der Vertrag nicht notariell beurkundet wird.**
- **Die Widerrufsfrist soll im Interesse der Rechtssicherheit kurz bemessen sein und 14 Tage ab Vertragsschluss betragen.**
- **Der Unternehmer hat den Verbraucher über das Widerrufsrecht in Textform zu belehren. Bei einer unterlassenen oder nicht korrekten Belehrung soll der Besteller das Widerrufsrecht bis zur Zahlung der ersten Rate nach § 632a Abs. 3 BGB ausüben können.**

Erläuterung:

Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht befürwortet zum Schutz der Verbraucher die Einführung eines gesetzlichen Widerrufsrechts bei größeren Bauverträgen.

Die vorgesehene Beschränkung des Widerrufsrechts auf Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden erscheint unter Abwägung der Risiken für den Verbraucher und der Interessen des Geschäftsverkehrs angemessen. Als problematisch hat sich in der Praxis insbesondere der Verkauf von schlüsselfertigen Häusern erwiesen, bei denen Verbraucher mit zeitlich begrenzten Rabattangeboten zu schnellen Vertragsabschlüssen gedrängt werden. Diese Fälle sind vom Anwendungsbereich erfasst. Der Einführung eines Widerrufsrechts bei Bauverträgen, die notariell beurkundet werden, bedarf es im Hinblick auf die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG vorgesehene Zeit für die Prüfung des Vertragsentwurfs (im Regelfall zwei Wochen) nicht.

Die vorgeschlagene Frist muss ausreichen, um den angestrebten Zweck zu erreichen, einem Verbraucher, der sich vorschnell zum Abschluss eines Bauvertrags entschlossen hat, während einer kurzen Bedenkzeit eine unkomplizierte Lösung vom Vertrag zu ermöglichen. Einige Mitglieder halten eine deutlich längere Frist (zwei Monate) für erforderlich.

5. Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers sowie Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers

In das BGB soll eine Regelung aufgenommen werden, in der für Bauverträge Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers sowie Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers normiert werden. Im Einzelnen wird Folgendes vorgeschlagen:

a) Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers

- **Obliegenheit des Unternehmers zur Prüfung der**
 - > vom Besteller für die Ausführung überlassenen Unterlagen,
 - > vom Besteller vorgesehenen Art der Ausführung,
 - > Güte der vom Besteller gelieferten Stoffe oder Bauteile,
 - > Beschaffenheit der Vorleistungen anderer Unternehmer.

- **Hinweisobliegenheit des Unternehmers, wenn er**
 - > aufgrund der Prüfungen unter a) Bedenken hat oder
 - > eine Anordnung des Bestellers für unberechtigt oder unzweckmäßig hält.

- **Der Hinweis hat unverzüglich nach Auftreten der Bedenken zu erfolgen. Er ist an den Besteller zu richten, muss inhaltlich klar und vollständig sein und hat – soweit erforderlich – auch über die sich daraus ergebenden erkennbaren Risiken zu informieren. Für den Hinweis soll Textform vorgeschrieben werden. Bei Verbraucherverträgen soll die Textform nicht abdingbar sein.**

- **Hat der Unternehmer einen Bedenkenhinweis erteilt, ist er für später auftretende Mängel, soweit sie Gegenstand seines Hinweises waren, nicht verantwortlich (Enthaftung nach dem Vorbild von § 13 Abs. 3 VOB/B).**

b) Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers

- **Der Besteller hat auf den Hinweis binnen einer angemessenen Frist zu reagieren und die erforderlichen Handlungen vorzunehmen.**

- **Kommt der Besteller durch das Unterlassen der notwendigen Handlungen in Annahmeverzug, kann der Unternehmer**

- > **die Arbeiten an dem Werk, soweit es hiervon betroffen ist, einstellen und eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 642 BGB),**
 - > **dem Besteller eine angemessene Frist für die Nachholung der Mitwirkungshandlung setzen und nach deren Ablauf kündigen (§ 643 BGB in geänderter Fassung).**
- c) Für die Fallkonstellation, dass Mängel an den Vorgaben oder Vorleistungen des Bestellers für den Unternehmer nicht erkennbar sind, kann die Arbeitsgruppe kein Votum abgeben. Während ein Teil der Gruppe die mit der Erfolgshaftung verbundene verschuldensunabhängige Mängelhaftung in diesem Fall einschränken und durch eine Prüfoliegenheit ersetzen will, sehen andere für diese Situation unter Hinweis auf die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers keinen Regelungsbedarf.**

Erläuterung:

Die Regelung soll das Zusammenwirken der beiden Vertragsparteien zur Herstellung eines mangelfreien Werks fördern. Daher soll sie sowohl Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers als auch eine Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers nach Eingang eines solchen Hinweises umfassen.

Normiert werden sollen die zentralen Prüf- und Hinweisobliegenheiten. Die Vorschläge orientieren sich dabei an den in der VOB/B enthaltenen Regelungen. Daneben können im Einzelfall weitere Prüf- und Hinweisobliegenheiten aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen treten. Die Prüftiefe hängt vom Einzelfall ab und ist daher einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich; der Maßstab für die Intensität der Prüfung soll jedoch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen. Vorrangiges Kriterium soll dabei die von dem jeweiligen Unternehmer zu erwartende Fachkenntnis sein.

Im Zuge einer gesetzlichen Normierung von Prüf- und Hinweispflichten sollte § 643 BGB, der die Rechtsfolgen einer unterlassenen Mitwirkung regelt, der Konzeption des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes entsprechend angepasst werden. Derzeit sieht § 643 BGB eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung vor, bei deren ergebnislosem Ablauf der Vertrag automatisch als aufgehoben gilt. Die Arbeitsgruppe schlägt dagegen – in Übereinstimmung mit

dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – vor, eine Fristsetzung ohne Kündigungsandrohung genügen zu lassen mit einem anschließenden Kündigungsrecht des Unternehmers.

Für die Fallkonstellation, dass Mängel bei den Vorgaben oder Vorleistungen des Bestellers für den Unternehmer nicht erkennbar sind, konnte sich die Arbeitsgruppe nicht auf ein einheitliches Votum einigen. Ein Teil der Arbeitsgruppe sieht auch für diese Situation einen Regelungsbedarf. Zwar bleibe die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers auch dann bestehen, wenn der Besteller den Entscheidungsspielraum des Unternehmers durch Vorgaben oder Vorleistungen einschränke. Im Hinblick darauf, dass der Mangel aus der Sphäre des Bestellers komme, solle jedoch die mit der Erfolgshaftung verbundene verschuldensunabhängige Mängelhaftung eingeschränkt und durch eine Prüfbliogenheit ersetzt werden. Die übrigen Teilnehmer sehen für diese Konstellation keinen Regelungsbedarf, da die Erfolgsverpflichtung des Unternehmers auch dann uneingeschränkt bestehen bleiben solle, wenn der Besteller dem Unternehmer Vorgaben mache oder Vorleistungen erbringe.

6. Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers und Begleitregelungen

6.1 Einseitiges Anordnungsrecht

6.1.1 Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers zur Änderung des Werkerfolgs

Dem Besteller soll bei Bauverträgen ein einseitiges Anordnungsrecht zustehen, um rechtsgeschäftliche Änderungen des Werkerfolgs zu erreichen. Hierzu sollen entsprechende Änderungen in das BGB aufgenommen werden. Das Verfahren zur Ausübung des einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers soll wie folgt ausgestaltet werden:

- **Die Verpflichtung des Unternehmers, einer Anordnung des Bestellers nachzukommen, soll durch das Kriterium der Zumutbarkeit begrenzt werden. Maßstab für die Zumutbarkeit sollen insbesondere die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers sein. Hierzu gehören auch innerbetriebliche Belange.**
- **Die Zumutbarkeit einer Anordnung soll grundsätzlich vom Besteller darzulegen und zu beweisen sein. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit geltend macht, in die der Besteller keinen Einblick hat.**

- **Anordnungen des Bestellers, die die Art der Ausführung der Bauleistung und die Bauzeit betreffen, sollen nur zu befolgen sein, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen.**
- **Der Besteller hat die aufgrund seines Änderungsverlangens erforderlichen Planungen vorzunehmen und dem Unternehmer entsprechende Leistungsvorgaben zu machen. Dies gilt nicht, wenn die ursprüngliche Planung vom Unternehmer stammt (u.a. bei Vergabe nach einer funktionalen Ausschreibung). In diesem Fall erfolgt auch die Planung der geänderten Leistung durch den Unternehmer.**
- **Aufgrund der Planungen und ggf. einer ergänzten Leistungsbeschreibung gibt der Bauunternehmer ein Nachtragsangebot ab. Der Unternehmer muss die Anordnung erst dann ausführen, wenn sich die Parteien über die Zumutbarkeit geeinigt haben oder eine gerichtliche bzw., soweit sich die Parteien darauf verständigt haben, eine außergerichtliche Entscheidung hierüber vorliegt.**

6.1.2 Einseitiges Anordnungsrecht zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs

Dem Besteller soll in Fällen, in denen er die Planung des Bauwerks vorgenommen hat ein einseitiges Anordnungsrecht zustehen, um Leistungen anzuordnen, die zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind. Hierfür soll folgendes Verfahren vorgesehen werden:

- **Auf einen nach Nummer 5 Buchstabe a erteilten Bedenkenhinweis hat der Besteller binnen angemessener Frist zu reagieren und mitzuteilen, ob er die zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs erforderlichen Leistungen wünscht oder auf einer Fortsetzung der Arbeiten nach den bisherigen Planungen besteht.**
- **Will er dem Bedenkenhinweis Rechnung tragen, hat der Besteller die ergänzenden Planungen vorzunehmen und dem Unternehmer die entsprechenden Leistungsvorgaben zur Verfügung zu stellen. Aufgrund dieser Planungen und ggf. einer ergänzten Leistungsbeschreibung des Bestellers gibt der Bauunternehmer ein Nachtragsangebot ab.**

- **Es soll in dieser Konstellation kein neues Zumutbarkeitskriterium eingeführt werden; dem Bauunternehmer sollen lediglich die allgemeine Leistungsverweigerungsrechte gemäß § 275 BGB zustehen. Liegen die ergänzenden Planungsvorgaben vor, hat der Unternehmer die Arbeiten unter Berücksichtigung der Anordnung fortzuführen.**

Erläuterung:

Die werkvertraglichen Regelungen im BGB kennen ein Anordnungsrecht des Bestellers nicht. Im Hinblick auf die beim Bauvertrag in der Regel andere Vertragssituation – es handelt sich meist um komplexe Langzeitverträge – wird für diese Werkverträge ein (einseitiges) Anordnungsrecht des Bestellers für erforderlich gehalten. In der VOB wurde diesem Bedürfnis bereits Rechnung getragen; § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B enthält entsprechende Regelungen.

Allerdings soll dieses einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Bauherrn nicht uneingeschränkt bestehen. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechte des Bauherrn schlägt die Arbeitsgruppe vor, zwischen Anordnungen zur rechtsgeschäftlichen Änderung des Werkerfolgs (Nr. 6.1.1) und Anordnungen zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs (Nr. 6.1.2) zu unterscheiden:

Für Anordnungen zur rechtsgeschäftlichen Änderungen des Werkerfolgs soll das Kriterium der Zumutbarkeit eingeführt werden. Dieses kann beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers betreffen, aber auch betriebsinterne Vorgänge. Bei der Abwägung, welche Leistungen für den Unternehmer zumutbar sind, sind die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen und müssen in einem ausgewogenen Verhältnis in die Bewertung einfließen. Zu berücksichtigen ist einerseits, dass der Unternehmer durch die Anordnung zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprechen. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung soll daher unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) liegen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass beide Vertragsparteien in dem Stadium der Abwicklung des Bauvertrags aneinander gebunden sind und ein Wechsel des Vertragspartners für den Besteller nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden ist.

Die Verteilung der Beweislast für die (Un-)Zumutbarkeit einer einseitigen Anordnung des Bestellers soll nach folgendem – den Verantwortungssphären der Parteien Rechnung tragenden – Modell erfolgen: Beweispflichtig für die Zumutbarkeit (z.B. das für die Ausführung notwendige Material ist beziehbar) ist grundsätzlich der Besteller, da er den Vertrag ändern will. Der Unternehmer trägt dann die Beweislast für die Unzumutbarkeit, wenn er sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat..

Anordnungen des Bestellers, die die Art der Ausführung der Bauleistung und die Bauzeit betreffen, sollen nur unter äußerst engen Voraussetzungen möglich sein, da es sich hierbei um besonders tiefe Eingriffe in die unternehmerische Freiheit handelt. Für derartige Anordnungen müssen schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen müssen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen.

Im Gegensatz zu den rechtsgeschäftlichen Änderungen des Werkerfolgs soll für Anordnungen, die ausschließlich der Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs dienen, kein neues Zumutbarkeitskriterium eingefügt werden. Hier sollen dem Unternehmer nur die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) zustehen. Zusätzliche Leistungen zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs können nur erforderlich werden bei einem Bauvertrag, der auf der Basis von Planungen des Bestellers oder seines Architekten abgeschlossen wurde, nicht dagegen, wenn der Besteller nur das Bauziel vorgegeben, d.h. dem Vertragsabschluss eine (rein) funktionale Ausschreibung vorausging. Hier liegt die Planungsverantwortung ausschließlich beim Unternehmer. Entsprechende Anordnungen können aus verschiedenen Gründen veranlasst sein, etwa durch Änderungen der Rechtslage oder behördliche Vorgaben. Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. Dann wird der Anordnung oft ein Bedenkenhinweis des Unternehmers vorausgehen, den dieser aufgrund seiner Prüf- und Hinweisobliegenheit erteilt hat.

6.2 Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen

Für die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung sollen folgende Eckpunkte gelten:

- **Die Preise für den infolge einer Anordnung des Bestellers geänderten Aufwand sollen nach den im Zeitpunkt der Ausführung der Nachtragsleistungen tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten ermittelt werden.**
- **Zur schlüssigen Darlegung der tatsächlich erforderlichen Kosten kann der Unternehmer auf seine Urkalkulation zurückgreifen. Die Kalkulationsansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation begründen eine widerlegliche Vermutung, dass die dort enthaltenen Werte den tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten entsprechen.**
- **Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn werden der hinterlegten Kalkulation entnommen. Fehlt diese oder entfällt die Vermutungswirkung der Kalkulation, müssen diese Kosten auf andere Weise schlüssig dargelegt werden.**
- **Die so ermittelten Kosten sind dann unter Abzug des durch die Änderung ersparten Aufwands auf die kalkulierten Preise für die unveränderten Leistungselemente aufzuschlagen.**
- **Ein sog. Vertragspreisniveaufaktor soll für die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nicht maßgebend sein.**
- **Die Parteien können einzelvertraglich eine andere Berechnungsmethode vereinbaren. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte andere Berechnungsmethoden sollen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen.**

Erläuterung:

Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Die gesetzliche Regelung soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen.

Die Mehr- oder Mindervergütung soll nicht auf der Grundlage der für die geänderte Bauleistung insgesamt „üblichen Vergütung“ im Sinne des § 632 BGB berechnet werden. Zum einen

gibt es für viele (Spezial-)Bauleistungen keine „übliche“ Vergütung. Zum anderen würde bei Änderungsnachträgen, bei denen nur die Art der Ausführung der Bauleistung, nicht jedoch der Aufwand (Material, Zahl der Arbeitsstunden etc.) geändert wird, eine Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach der üblichen Vergütung nicht zu angemessenen Ergebnissen führen.

In Fortführung der bisher üblichen Berechnungsmethoden wurde in der Arbeitsgruppe neben dem vorgeschlagenen ein Alternativmodell diskutiert, das bei der Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung zwischen einer Anordnung zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs und der Anordnung zur Änderung des Werkerfolgs unterscheidet. Danach soll

- > bei einer Anordnung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs die Mehr- oder Mindervergütung auf der Basis des ursprünglich vereinbarten Preisniveaus berechnet,
- > bei Leistungsänderungen demgegenüber auf die Vertragspreise unter Berücksichtigung der geänderten preisrelevanten Umstände (z.B. Materialpreise, Löhne) im Änderungszeitpunkt abgestellt werden.

Berücksichtigung finden sollen bei der Berechnung in beiden Fällen die Umstände der Änderung.

Dem Berechnungsmodell liegt die Überlegung zu Grunde, welchen Preis die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die zusätzlich notwendigen Leistungen beim Vertragsschluss bekannt gewesen wären und sie diese gleich berücksichtigt hätten.

Das von der Arbeitsgruppe letztlich favorisierte Modell berücksichtigt den Einwand, dass eine Differenzierung zwischen den beiden Anordnungsvarianten schwierig sein und unnötige Probleme bereiten kann. Im Einzelnen sieht es Folgendes vor:

Die für die unveränderten Vertragsleistungen vereinbarten Preise bleiben unberührt. Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten abgerechnet. Durch die Berechnung der Preise für diese Leistungen nach den tatsächlich erforderlichen Kosten werden Berechnungsspitzen gekappt und eine Spekulation der Vertragspartner mit möglichen Nachträgen verhindert. Im Übrigen ist der Ansatz der Ist-Kosten auch sachgerecht, weil die Preise für die weiteren Leistungen nicht im Wettbewerb erzielt worden sind. Eine Fortschreibung des Vertragspreises ist insoweit nicht gerechtfertigt. Die tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten werden zunächst saldiert und der in der jeweiligen Be-

zugsposition des Ausgangsvertrages für die Ausgangsleistung kalkulierte Gewinn wird so- dann hinzugerechnet bzw. der kalkulierte Verlust wird abgezogen.

Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung soll dabei nicht um einen sog. Vertrags- preisniveaufaktor ergänzt werden. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen ist, was im Ergebnis zu eine Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führt. Stattdessen soll die im Wettbe- werb für die Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspan- ne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe erhalten bleiben und da- durch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden. Ein Großauftraggeber, der zeitweilig in der Arbeitsgruppe mitgewirkt hat, vertritt dagegen eine andere Position. Er will die Unternehmen strikt an der ursprünglichen Kalkulation festhalten.

Um die Abrechnung praktikabel zu gestalten, soll außerdem eine widerlegliche Vermutung greifen, dass die in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Kalkulation enthaltenen Preis- und Kostenelemente den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen. Dadurch ist gewähr- leistet, dass die Vertragsparteien für die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten kei- ne Neuberechnung vornehmen müssen, sondern – wie bisher – auf die in der Regel vorhan- dene Urkalkulation des Unternehmers zurückgreifen können. Die Vermutungswirkung soll jedoch nur greifen, wenn die vom Unternehmer offenbarte oder zumindest hinterlegte Kalku- lation ausreichend aufgeschlüsselt ist. Ein wichtiger Nebeneffekt dieser Regelung ist der An- reiz für den Unternehmer, die Kalkulationen nachvollziehbar zu gestalten, um sie – gestützt auf die gesetzliche Vermutung – für die Berechnung der „Ist-Kosten“ heranziehen zu können. Er kann diese Kosten allerdings auch auf andere Weise schlüssig darlegen, wenn keine Ur- kalkulation existiert, bzw. keine plausiblen (schlüssigen) Angaben zur Höhe der tatsächlich erforderlichen Kosten enthält oder wenn er nach tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen will. Für den Unternehmer ergibt sich also ein Wahlrecht, ob er „Nachträge“ auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation oder nach tatsächlichen erforderlichen Kosten abrechnen will. Um Spekulationen bei der Preisgestaltung zu verhindern, soll der Unternehmer das Wahlrecht allerdings für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben können.

Die Arbeitsgruppe hält es für sinnvoll, über die Vorschläge hinausgehende Regelungen ein- zuführen, die die inhaltlichen Anforderungen an die Vertragskalkulation konkretisieren und vereinheitlichen, um die Transparenz und Nachvollziehbarkeit zu erhöhen. Sie können der Praxis im Wege von DIN-Normen oder Standards empfohlen werden.

6.3 Notwendigkeit und Konzeption eines Streitbeilegungsmechanismus

Ergänzend zu den Vorschlägen unter Nummer 6.1 und 6.2 bedarf es eines Streitbeilegungsmechanismus, mit dem die Parteien zeitnah eine für die weitere Bauausführung verbindliche Entscheidung erlangen können. Die Arbeitsgruppe sieht ein vertraglich vereinbartes Adjudikationsverfahren als eine denkbare Möglichkeit an. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen für die gesetzliche Anordnung eines außergerichtlichen Verfahrens wird jedoch ein schnelles gerichtliches Verfahren vorgeschlagen:

- Hierzu soll in der Zivilprozessordnung (ZPO) eine besondere Form eines beschleunigten Erkenntnisverfahrens („Bauverfügung“) geschaffen werden.
- Der Anwendungsbereich soll die nachfolgenden Streitigkeiten im Rahmen des einseitigen Anordnungsrechts des Bestellers umfassen:
 - a) Bei einer Vertragsänderung durch den Besteller besteht Uneinigkeit über die Zumutbarkeit der Anordnung.
 - b) Die Parteien streiten darüber, ob Anordnungen des Bestellers zur Art der Ausführung der Bauleistung und zur Bauzeit durch besonders schwerwiegende Gründe gerechtfertigt sind.
 - c) Besteller und Unternehmer können sich nicht über die Mehr- oder Mindervergütung einigen.
- Das Verfahren über die Bauverfügung soll sich überwiegend an dem Verfahren der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) orientieren, ergänzt um einzelne Spezialvorschriften, die teilweise an das Verfahren der einstweiligen Anordnung im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 49 ff. FamFG) angelehnt sind. Dabei sollen folgende zentralen Verfahrensvorschriften gelten:
 - > Der Antragsteller muss die Eilbedürftigkeit der geforderten Entscheidung (Verfügungsgrund) glaubhaft machen. Ist die Bautätigkeit begonnen worden, wird die Eilbedürftigkeit vermutet.
 - > Als Beweismaß soll die Glaubhaftmachung ausreichen. Das Gericht kann sich nicht nur der Strengbeweismittel, sondern auch des Freibeweises bedienen.

Anders als im Verfahren der einstweiligen Verfügung sollen nicht nur präsente Beweismittel zugelassen sein.

- > Über den Antrag auf Erlass einer Bauverfügung ist grundsätzlich mündlich zu verhandeln; das Gericht kann hiervon Ausnahmen machen. Der Termin soll binnen zwei Wochen ab Antragseingang stattfinden.**
 - > Das Gericht soll bereits zum ersten Termin einen Sachverständigen beiziehen. Im Hinblick auf eine schnelle Terminierung soll ggf. auch die Möglichkeit eröffnet werden, dass ein Gutachten im Termin zunächst mündlich vorgetragen und erst danach schriftlich vorgelegt wird.**
 - > Mit der Anordnung eines schriftlichen Gutachtens setzt das Gericht gleichzeitig eine Frist, innerhalb der das Gutachten zu erstellen ist.**
 - > Die Bauverfügung unterliegt keiner weiteren Überprüfung im Rechtsmittelzug.**
- Entsprechend dem Vorbild von § 1032 ZPO soll vorgesehen werden, dass eine wirksame Vereinbarung über ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren Vorrang hat und dem Erlass einer Bauverfügung entgegensteht.**

Erläuterung:

Die Einführung eines schnellen und effizienten Streitbeilegungsmechanismus ist aus Sicht der Arbeitsgruppe neben klaren Vorgaben zur Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung unverzichtbarer Bestandteil einer praxisgerechten Umsetzung der Vorschläge für ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers. Der Streitbeilegungsmechanismus soll nicht nur zu ausgewogenen Ergebnissen hinsichtlich des „ob“ einer Leistungsänderung oder Leistungsergänzung führen, sondern auch Streit um die Vergütung schnell (zumindest vorläufig) beilegen. Soweit der Unternehmer im Streitfall die Arbeiten an dem Bauwerk einstellen darf (vgl. Nr. 6.1.1), wird durch das Bauverfügungsverfahren die Bauunterbrechung zeitlich auf ein Minimum begrenzt.

Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht hat in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit der Einführung eines verpflichtenden Adjudikationsverfahrens diskutiert. Gegenüber einer gesetzlich angeordneten Adjudikation besteht im Bundesministerium der Justiz aus verfassungsrechtlichen jedoch deutliche Zurückhaltung. Die Einführung dieses Verfahrens würde die Gefahr bergen, dass das Bundesverfassungsgericht die Regelung als unvereinbar mit dem Justizgewährleistungsanspruch des Grundgesetzes ansieht. Damit verbunden wären die Nachteile jahrelanger rechtlicher Ungewissheit bis zu einer abschließenden verfassungs-

gerichtlichen Klärung. Die Arbeitsgruppe hat ihre Diskussion daher auf die verfassungsrechtlich unproblematische Möglichkeit der Einführung eines beschleunigten gerichtlichen Verfahrens konzentriert.

Über die bereits genannten Verfahrensvorschriften hinaus ist daher bei der weiteren Ausgestaltung des Verfahrens insbesondere darauf zu achten, dass dem Gericht eine schnelle Verfahrensabwicklung ermöglicht wird. Beispielsweise könnte vorgeschrieben werden, dass der Antrag dem Gegner im Parteibetrieb (§§ 191 ff. ZPO) zuzustellen ist und der Antragsteller die Urkunde über die erfolgte Zustellung dem Gericht vorzulegen hat. Um das Verfahren überschaubar zu halten, sollte eine Streitverkündung nicht zulässig sein. Das Gericht sollte durch eine entsprechende Regelung angehalten werden, zügig alles für die Entscheidungsfindung Erforderliche zu tun. Es sollte insbesondere die Befugnis haben, die Einnahme eines Augenscheins anzuordnen und ein Sachverständigengutachten einzuholen (§ 144 Abs. 1 ZPO). Auf der anderen Seite sollten die Parteien verpflichtet werden, zu einer schnellen Verfahrensabwicklung beizutragen, beispielsweise indem in den Schriftsätzen die streitigen Fragen hervorzuheben und Vorschläge zu machen sind, aus welchem Fachgebiet ein Sachverständiger hinzugezogen werden kann. Einwendungen gegen die Auswahl des Sachverständigen sollten binnen einer Frist von einer Woche geltend gemacht werden und diese Frist durch richterliche Entscheidung maximal um bis zu zwei Wochen verlängert werden können. Für die Zustellung der Verfügung sollten – im Gegensatz zur Zustellung des Antrags – die Vorschriften für das Erkenntnisverfahren gelten. Hinsichtlich der Tatsachenfeststellung könnte im Hauptsacheverfahren § 411a ZPO entsprechend angewandt werden, der die Verwertung von Sachverständigengutachten aus anderen Verfahren zulässt. Im Fall der Aufhebung der Bauverfügung im Hauptsacheverfahren sollten die Regelungen zum Schadensersatz aus dem Verfahren der einstweiligen Verfügung (§ 945 ZPO) zur Anwendung kommen. Ein Bedürfnis für eine Regelung zur Sicherheitsleistung sieht die Arbeitsgruppe nicht. Bei Verfahren zur Feststellung des Preises kann aus Sicht der Arbeitsgruppe ein Hauptsacheverfahren ausgeschlossen werden, da die endgültige Klärung der Höhe der Vergütung im Rahmen der Schlussrechnung möglich ist.

In der Arbeitsgruppe bestand weitgehend Einvernehmen darüber, dass das Instrument des Anordnungsrechts nur dann im Sinne eines ausgewogenen Interessenausgleichs wirken kann, wenn es durch ein beschleunigtes Entscheidungsverfahren begleitet wird. Einige Mitglieder haben grundsätzliche Zweifel, ob ein derartig leistungsfähiges gerichtliches Verfahren erreichbar ist. Sie wenden sich daher nicht nur gegen die Bauverfügung, sondern auch gegen das Anordnungsrecht.

Aus Sicht der vertretenen Landesjustizverwaltungen bedarf das Konzept der Bauverfügung einer vertiefteren Prüfung. Aus praktischer Sicht bestünden Zweifel, ob die bislang diskutierten Vorschläge den Gerichten tatsächlich eine wirksame Verfahrensbeschleunigung erlauben würden.

6.4 Flankierende Maßnahmen bei der Gerichtsorganisation / Änderungen im Gerichtsverfassungsgesetz

a) Hinsichtlich der Bauverfügung

- **Ergänzend zu den unter 6.3 vorgeschlagenen Verfahrensvorschriften wird eine Konzentrationszuständigkeit für die Bauverfügung befürwortet. Diese sollte bei wenigen Landgerichten (maximal einem oder zwei Landgerichten in jedem Oberlandesgerichtsbezirk) oder direkt beim Oberlandesgericht vorgesehen werden.**

b) Hinsichtlich aller Verfahren in Bau- und Architektensachen

Im Hinblick auf die Komplexität der Verfahren in Bau- und Architektensachen und die negativen wirtschaftlichen Folgen überlanger Bauprozesse regt die Arbeitsgruppe darüber hinaus an, weitere Maßnahmen zu prüfen, die zu einer höheren Konzentration von Wissen und Erfahrung in diesem Fachgebiet bei den Gerichten führen. Hierzu könnte insbesondere die Einrichtung von spezialisierten Spruchkörpern (Baukammern) bei den Landgerichten, die für alle Bau- und Architektensachen, einschließlich des neuen Verfahrens über eine Bauverfügung, zuständig sind, zählen.

Erläuterung:

Für die Akzeptanz des von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Verfahrens über eine Bauverfügung ist es von zentraler Bedeutung, dass die Entscheidung des Gerichts zügig und fundiert erfolgt und für die Parteien überzeugend ist. Daher hält es die Arbeitsgruppe für erforderlich, die Zuständigkeit für dieses Verfahren so zu konzentrieren, dass die Spruchkörper nicht nur gelegentlich mit Bauverfügungen befasst werden. Mit Blick auf das Ziel, ein „Stocken“ der Bauausführung weitgehend zu vermeiden, muss das Gericht ohne längere Einarbeitung in der Lage sein, die erforderlichen Verfahrensschritte anzuordnen und alsdann zu entscheiden.

Darüber hinaus sieht ein Teil der Arbeitsgruppe bei der Abwicklung von Bauprozessen durch die Gerichte generell Defizite. Durch die Komplexität des Bauprozesses werde eine zeitnahe und effektive Erledigung von Bausachen bei den Gerichten – insbesondere für in Bausachen unerfahrene Richter – erschwert. Dies führe zu überlangen Bauprozessen und in der Folge häufig zu wirtschaftlichen Belastungen für die Prozessparteien, die ihre Ansprüche erst verspätet oder gar nicht mehr realisieren können. Neben den in der Arbeitsgruppe nicht vertieft diskutierten Änderungen im Prozessrecht (vgl. Ausführungen unter A.2) sieht ein Teil der Arbeitsgruppe ein Bedürfnis für eine stärkere Zuständigkeitskonzentration in Bausachen bei den Gerichten. Hierzu könnten gesetzliche Vorgaben zur Einrichtung von spezialisierten Spruchkörpern (Baukammern) für alle Bau- und Architektensachen bei den Landgerichten beitragen. Zwar konnten bei einer statistischen Sonderauswertung der erstinstanzlichen Bau- und Architektensachen bei den Landgerichten im Bundesgebiet keine gravierenden Unterschiede zwischen Landgerichten, bei denen Baukammern eingerichtet sind, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, hinsichtlich der Verfahrensdauer festgestellt werden. Gleichwohl sehen vor allem die Arbeitsgruppenmitglieder aus der anwaltlichen Praxis Unterschiede in der Behandlung der Verfahren durch Baukammern, was auch zu mehr Akzeptanz der Entscheidungen bei den Parteien führt.

Die in der Arbeitsgruppe vertretenen Landesjustizverwaltungen haben sich gegen eine bundesgesetzlich vorgeschriebene Einrichtung von Baukammern ausgesprochen. Eine solche Vorgabe greife in die Geschäftsverteilungsautonomie der Gerichtspräsidien ein, auch sei eine Rechtfertigung dieses Eingriffs vor dem Hintergrund des Ergebnisses der statistischen Auswertung nicht ersichtlich.

Darüber hinaus ist aus Sicht der Arbeitsgruppe eine angemessene Bewertung der Bau- und Architektensachen im Rahmen der Personalbedarfsbemessung sicherzustellen, die der Komplexität und dem Umfang vieler Bauprozesse Rechnung trägt.

7. Abschlagszahlungen

- **Die Höhe der Abschlagszahlung soll sich grundsätzlich nach dem Wert der vom Unternehmer erbrachten vertragsgemäßen Teilleistungen bemessen, nicht wie derzeit nach dem Wertzuwachs auf Seiten des Bestellers.**
- **§ 632a Abs. 1 Satz 2 BGB soll dahingehend geändert werden, dass der Besteller die Abschlagszahlung nicht verweigern kann, wenn zu diesem Zeitpunkt an dem**

Bauwerk Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand bestehen. Er soll jedoch die Möglichkeit haben, einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung einzubehalten. Angemessen ist in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Kosten der Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands.

- **Solange in § 632a Abs. 3 BGB nur eine Absicherung des Verbrauchers in Höhe von 5% des Vergütungsanspruchs vorgesehen ist und damit im Gesetz keine ausreichende Pflicht zur Absicherung des Anspruchs auf Fertigstellung besteht, soll für Verbraucherverträge eine gesetzliche Obergrenze für Abschlagszahlungen festgelegt werden (Gesamtsumme der Abschlagszahlungen maximal 80% oder 90% der vereinbarten Gesamtvergütung).**
- **Die Neuregelungen des § 632a Abs. 1 und 3 BGB sollen zum Schutz des Verbrauchers „AGB-fest“ ausgestaltet werden. Hierzu soll § 308 BGB dahingehend ergänzt werden, dass eine Bestimmung unwirksam ist, die eine wesentliche Abweichung von der in § 632a Absatz 1 BGB festgelegten Höhe der Abschlagszahlungen zu Lasten eines Verbrauchers sowie einen ganz oder teilweisen Ausschluss der Sicherheitsleistung nach § 632a Absatz 3 BGB vorsieht.**

Erläuterung:

Die Regelung des § 632a BGB dient zum einen dazu, die Vorleistungspflicht des Unternehmers abzumildern, indem ihm die Möglichkeit eröffnet wird, Abschlagszahlungen vom Besteller zu verlangen. Mit der Begrenzung der Höhe der Abschlagszahlungen soll gleichzeitig der Besteller vor versteckten Vorauszahlungen geschützt werden.

Im Rahmen des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) wurde § 632a BGB zum 1. Januar 2009 dahingehend geändert, dass die Höhe der Abschlagszahlung danach berechnet wird, welcher Wertzuwachs auf Seiten des Bestellers durch die bisher erfolgten Baumaßnahmen eingetreten ist. Diese Änderung stößt in der Praxis auf Probleme, da die Höhe des Wertzuwachses durch die vom Unternehmer vorgenommenen Bauleistungen im Einzelfall schwer zu ermitteln und daher zwischen den Parteien häufig umstritten ist. Der Vorschlag, die Berechnung nach dem Wert der vom Unternehmer erbrachten Teilleistungen zu bemessen, folgt der Regelung in der VOB. § 16 Abs. Nr. 1 VOB/B sieht vor, dass Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung zu leisten sind.

Die in der Arbeitsgruppe vertretenen Verbraucherverbände wenden sich entschieden gegen die Rückkehr zu dem vor 2009 bestehenden Zustand.

§ 632a Abs. 1 Satz 2 erlaubt dem Besteller, Abschlagszahlungen zu verweigern, wenn an dem Bauwerk wesentliche Mängel bestehen. Diese Regelung bereitet in der Praxis immer wieder Probleme, etwa bei der Abgrenzung zwischen wesentlichen Mängeln und unwesentlichen Mängeln, die zu keiner Verweigerung der Abschlagszahlung berechtigen. Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass die werkvertragliche Erfolgsverpflichtung erst bei der Abnahme besteht und es grundsätzlich dem Unternehmer überlassen bleiben muss, wann er bestehende Abweichungen beseitigt. Daher soll künftig eine Verweigerung der Abschlagszahlung in diesen Fällen nicht mehr möglich sein. Bestehen an dem Bauwerk zum Zeitpunkt der Abschlagszahlung Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand, soll der Besteller aber das Recht haben, einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung einzubehalten. In Anlehnung an die Vorschrift des § 641 Abs. 3 BGB zum Einbehalt eines Teils der Vergütung nach der Abnahme wird vorgeschlagen, dass in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Kosten der Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands als angemessen anzusehen ist. Diese Regelung erscheint auch für in Bausachen unkundige Besteller praktikabel, da sie sich bei der Bemessung des Einhalts an den jeweiligen Ansätzen für die Leistung in der Kalkulation orientieren können.

Derzeit enthält lediglich § 632a Abs. 3 BGB eine – vielfach als unzureichend empfundene – gesetzliche Regelung zur Absicherung des Erfüllungsanspruchs des Verbrauchers. Danach ist dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung, eine Sicherheit in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs zu leisten. Ein Besteller, der keine zusätzliche vertragliche Absicherung durchsetzen kann, ist im Fall der Insolvenz des Unternehmers einem hohen Risiko ausgesetzt. Die Gruppe sieht daher die Notwendigkeit, durch geeignete gesetzgeberische Maßnahmen bei Verbraucherverträgen dem Risiko versteckter Vorleistungen in Form von überhöhten Abschlagszahlungen zu begegnen. Dies soll durch eine gesetzlich festgelegte Obergrenze für Abschlagszahlungen erfolgen. Die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft lehnt den Vorschlag dagegen ab. Er werde zu einer massiven Einschränkung der Liquidität der Wohnungsbauunternehmen führen und sei damit für viele Unternehmen wirtschaftlich nicht verkraftbar.

Die dem Schutz des Bestellers dienenden Regelungen des § 632a BGB werden bei Verbraucherverträgen häufig auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualvereinbarungen zu Lasten der Verbraucher umgangen. Empfohlen wird daher die Aufnahme eines Klauselverbots in § 308 BGB.

8. Absicherung des Bestellers und des Unternehmers

8.1 Absicherung des Bestellers

- **Beim gegenwärtigen Erkenntnisstand können (noch) keine Regelungen zur Absicherung des Bestellers vorgeschlagen werden.**

Erläuterung:

In Verträgen zwischen Unternehmern scheint die Absicherung des Bestellers die Regel zu sein; die VOB bestimmt allerdings nicht, dass eine Sicherheit zu leisten ist, sondern regelt nur die Folgen einer entsprechenden Vereinbarung. Demgegenüber ist die Absicherung in Verbraucherbauverträgen eine eher seltene Ausnahme. Angesichts des hohen Risikos, das eine Insolvenz des Unternehmers für den privaten Bauherrn bedeuten kann, wäre eine gesetzliche Absicherungspflicht wünschenswert.

Allerdings würden die Kosten der Absicherung das Bauen weiter verteuern. Auch ist zu befürchten, dass die Kreditlinie kleinerer Unternehmen durch die zusätzlichen Sicherungen überschritten wird und diese Unternehmen aus dem Markt ausscheiden.

Jedenfalls die letztgenannte Folge könnte möglicherweise vermieden werden, wenn anstelle der herkömmlichen Sicherungsmittel vom Bauherrn eine Multi-Risk-Versicherung abgeschlossen wird. Die gemeinsam mit Vertretern der Versicherungswirtschaft geführten Erörterungen haben hinsichtlich der Anforderungen an eine derartige Versicherung, der Kosten und des Grades der Verbindlichkeit der Absicherungspflicht nicht zu einem Ergebnis geführt, das es erlauben würde, einen Vorschlag für die Gesetzgebung zu unterbreiten. Die Idee einer Multi-Risk-Versicherung sollte durch eine umfassende Machbarkeitsstudie und Folgenabschätzung weiter verfolgt werden.

8.2 Absicherung des Unternehmers

8.2.1 Bauverträge zwischen Unternehmern

- **§ 648a Abs. 1 Satz 1 BGB soll dahingehend ergänzt werden, dass Bezugsgröße für die Berechnung des Absicherungsverlangens – soweit sich die Parteien über die**

Vergütung nicht einigen können – ggf. der durch eine Bauverfügung festgestellte Preis ist.

- **Verlangt der Unternehmer vom Besteller gemäß § 632a BGB Abschlagszahlungen oder haben die Parteien Abschlagszahlungen vereinbart, so beschränkt sich die Absicherungspflicht des Bestellers auf maximal 20% der vereinbarten Vergütung.**

Erläuterung:

Das BGB verfügt derzeit über zwei Instrumentarien zur Absicherung des Unternehmers: die Eintragung einer Sicherungshypothek des Bauunternehmers (§ 648 BGB) und die Bauhandwerkersicherung (§ 648a BGB). Nach § 648 BGB kann der Unternehmer eines Bauwerks für seine Forderung aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Diese Vorschrift wurde 1993 um § 648a BGB ergänzt. Im Rahmen dieser Vorschrift dient nicht das Baugrundstück als Grundlage der Sicherung, sondern die zum Bauen bestimmten Finanzierungsmittel des Bestellers. In der Folge zeigten sich jedoch Schwächen der Vorschrift, so dass § 648a BGB zum 1. Januar 2009 im Rahmen des FoSiG an verschiedenen Punkten überarbeitet wurde. Wie die aktuelle Diskussion zeigt, haben auch diese Änderungen die Kritik an der Regelung nicht beendet. Probleme bereiten insbesondere die Unsicherheit, ob und wann der Unternehmer den Anspruch auf Absicherung geltend macht, und die Höhe des Absicherungsverlangens des Unternehmers. Nach Ansicht der Arbeitsgruppe werden durch die Vorschläge zur Preisanpassung bei Nachträgen und das dazu gehörende Streitbeilegungsverfahren (Nr. 6.2 und 6.3) die Probleme hinsichtlich der Höhe des Sicherungsverlangens entschärft. Um dies zu verdeutlichen, soll § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB dahingehend ergänzt werden, dass Bezugsgröße für die Berechnung des Absicherungsverlangens – soweit sich die Parteien über die Vergütung nicht einigen können – ggf. der durch eine Bauverfügung festgestellte Preis ist. Darüber hinaus schlägt die Arbeitsgruppe vor, dass die Absicherungspflicht dann, wenn der Besteller Abschläge zu bezahlen hat, auf den Umfang der nächsten Abschlagszahlung beschränkt werden soll und maximal 20% der vereinbarten Vergütung betragen darf. Damit ist dem Absicherungsbedürfnis des Unternehmers ausreichend Rechnung getragen. Er kann vom Besteller entweder die Absicherung des gesamten noch offenen Vergütungsanspruchs oder während der Bauausführung Abschlagszahlungen verlangen und sich parallel hierzu das dann noch bestehende Vorleistungsrisiko absichern lassen. Die Obergrenze von 20% der vereinbarten Vergütung wird aus Gründen der Praktikabilität gewählt. Nach Erbringung einer Vorleistung im Wert von

20% der Vergütung dürften in der Regel die Voraussetzungen des § 632a BGB erfüllt sein, der den Unternehmer berechtigt, eine weitere Abschlagszahlung vom Besteller zu verlangen.

8.2.2 Bauverträge mit Verbrauchern

- **Die vertragliche Vereinbarung von Sicherheiten soll künftig nur bis zur Höhe des Vorleistungsrisikos des Unternehmers möglich sein. Haben die Parteien vereinbart, dass der Unternehmer in vollem Umfang vorzuleisten hat, kann folglich eine Absicherung bis zur Höhe der Auftragssumme vereinbart werden. Hat der Besteller dagegen Abschlagszahlungen zu leisten, darf nur eine Absicherung in Höhe des Betrags der nächsten Abschlagszahlung, maximal in Höhe von 20% der Auftragssumme vereinbart werden.**

Erläuterung:

Die Arbeitsgruppe hat sich nicht dafür entschieden, das in § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB normierte Verbraucherprivileg bei der Absicherungspflicht zu streichen. Danach finden die Vorschriften des § 648a Abs. 1 bis 5 BGB keine Anwendung, wenn der Besteller eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

Die Arbeitsgruppe sieht keine zwingenden Gründe für eine Änderung dieser Rechtslage, da die finanzielle Situation des Verbrauchers in der Regel durch die finanzierende Bank ausreichend geprüft wird. Kommt es nach dem Ende der Bauphase zu einer Einschränkung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bestellers, so betrifft dies in aller Regel die Ansprüche der finanzierenden Bank. Probleme bei der Begleichung der Vergütungsansprüche des Unternehmers entstehen nur dann, wenn sich die Kosten für das Bauprojekt durch unvorhergesehene Ereignisse wesentlich erhöhen und dadurch die für das Bauprojekt vorgesehene Finanzierung scheitert. Dabei handelt es sich nach Ansicht der Arbeitsgruppe jedoch um Ausnahmefälle, für die eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich ist.

Allerdings wäre die Absicherungspflicht ein Mittel dagegen, dass Verbraucher mit vorgeschobenen Argumenten fällige Zahlungen verweigern, was insbesondere bei mittelständischen Unternehmen zu finanziellen Engpässen führen kann. Eine derartige Zielsetzung ließe jedoch außer acht, dass der Besteller das Recht hat, bei Mängeln die Zahlung eines ange-

messenen Teils der Vergütung einzubehalten (§ 641 Abs. 3 BGB). Außerdem erfolgt die Auszahlung der jeweils fälligen Abschlagszahlungen – jedenfalls bei der in der Regel üblichen Fremdfinanzierung der Bauprojekte – durch die Bank, daher kann der Besteller keine Gelder einbehalten, um sie anderweitig zu verwenden.

Erörtert wurde schließlich, ob zum Schutz der Verbraucher die Einführung einer generellen Obergrenze, beispielsweise 50 Prozent der Auftragssumme, für die Vereinbarung von Sicherheiten bei Bauverträgen von Verbrauchern notwendig und sinnvoll ist. Die Arbeitsgruppe hat von einer entsprechenden Empfehlung jedoch Abstand genommen, da eine generelle Aussage über die Höhe des Absicherungsbedürfnisses des Unternehmers mit Blick auf die unterschiedliche Ausgestaltung der Verträge nicht möglich ist. Stattdessen soll im Gesetz festgelegt werden, dass Maßstab für die Höhe des Absicherungsbedürfnisses das jeweils bestehende Vorleistungsrisiko des Unternehmers ist. In der Praxis bedeutet dies, dass bei Verträgen, nach denen ein Unternehmer in vollem Umfang vorzuleisten hat, auch eine Absicherung bis zur Höhe der gesamten Auftragssumme vereinbart werden kann. Leistet der Besteller dagegen Abschlagszahlungen, beschränkt sich das Risiko des Unternehmers und damit sein Absicherungsbedürfnis auf den Betrag der nächsten Abschlagszahlung. Aus Gründen der Praktikabilität schlägt die Arbeitsgruppe in diesen Fällen die Einführung einer Obergrenze für die Absicherungspflicht des Bestellers von 20% der Auftragssumme vor.

Die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft lehnt diesen Vorschlag wegen der Folgen für die Unternehmen und die wirtschaftliche Durchführung von Bauvorhaben ab.

9. Abnahme von Werkleistungen

Die Regelung zur fiktiven Abnahme in § 640 Absatz 1 Satz 3 BGB soll überarbeitet werden. Außerdem soll eine Pflicht zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung eingeführt werden. Diese Regelungen sollen folgende Eckdaten haben:

- **Der Besteller muss künftig, um die Fiktion zu zerstören, Mängel benennen. Es genügt nicht, lediglich die Abnahme zu verweigern. Erklärt sich der Besteller innerhalb der vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist nicht, führt dies im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage zur fiktiven Abnahme, auch wenn wesentliche Mängel vorhanden sind.**

- **Voraussetzung für die fiktive Abnahme ist die Fertigstellung (nicht: Mangelfreiheit) des Werks.**
- **Ist der Besteller ein Verbraucher, hat der Unternehmer ihn auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Benennung von Mängeln verweigerten Abnahme hinzuweisen.**
- **Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, ist er nach Aufforderung des Unternehmers zur Mitwirkung an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks verpflichtet.**
- **Es soll eine Vermutung eingeführt werden, dass in der Zustandsfeststellung nicht benannte Mängel nach der Zustandsfeststellung entstanden sind. Sie soll nur bei offenkundigen Mängeln greifen und wenn dem Besteller das Werk verschafft worden ist. Sie greift nicht, wenn die Mängel ihrer Art nach nicht vom Besteller verursacht sein können.**
- **Zur Beschleunigung des Verfahrens können die Fristsetzung zur Abnahme und die Aufforderung zur Feststellung des Zustands miteinander verbunden werden.**

Erläuterung:

Die Regelungen des Werkvertragsrechts des BGB zur Abnahme haben sich bewährt und sollen in ihrer derzeitigen Fassung grundsätzlich erhalten bleiben. Als unzureichend wird jedoch empfunden, dass der Besteller durch Schweigen das Fälligwerden der Werklohnforderung hinausschieben kann und dann häufig erst nach Ablauf einer längeren Zeit im Gerichtsverfahren geklärt wird, ob im Zeitpunkt des Abnahmeverlangens keine wesentlichen Mängel vorlagen und der Besteller daher zur Abnahme verpflichtet war.

Durch die Vorschläge sollen die Parteien angehalten werden, sich im Falle der Abnahmeverweigerung über die Gründe dafür auszutauschen und frühzeitig um eine Dokumentation der Fakten zu kümmern. Dabei sollen die Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht verteilt werden und die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme nach § 640 Absatz 1 Satz 3 BGB erhalten bleiben. Die fiktive Abnahme soll jedoch effektiver ausgestaltet werden, da sie ein wichtiges Instrument zur Herbeiführung der Abnahmewirkungen bei unrechtmäßiger Abnahmeverweigerung des Bestellers darstellt.

Um die Fiktion des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB zu zerstören, soll es nicht mehr genügen, lediglich die Abnahme zu verweigern. Vielmehr muss der Besteller künftig Mängel benennen. Er ist allerdings nicht verpflichtet, bei der Abnahmeverweigerung alle Mängel zu benennen.

Erklärt sich der Besteller innerhalb der vom Unternehmer gesetzten angemessenen Frist nicht, soll dies im Gegensatz zur derzeitigen Rechtslage zur fiktiven Abnahme führen, auch wenn wesentliche Mängel vorhanden sind. Ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen werden soll, dass Voraussetzung für die fiktive Abnahme die „Fertigstellung“ des Werks ist. Die Einführung dieses Kriteriums soll ein zu frühes Andienen des Werkes unterbinden und damit einen missbräuchlichen Einsatz des Instruments der fiktiven Abnahme insbesondere gegenüber Verbrauchern verhindern.

Kommt es nicht zu einer Abnahme, weil die Vertragspartner über die Abnahmereife des Werks streiten, besteht darüber hinaus das Bedürfnis, den Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren, um in einem späteren Prozess die Sachaufklärung zu erleichtern. Ein entsprechendes Bedürfnis kann auch bestehen, wenn die Vertragspartner einig sind, dass das Werk nicht abnahmereif ist. Insbesondere wenn der Besteller das Werk ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen hat, entstehen bei einer späteren Abnahme häufig Unsicherheiten darüber, ob dann festgestellte Mängel aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers oder dem des Unternehmers stammen.

Der Besteller soll künftig in dieser Situation nach Aufforderung des Unternehmers zur Feststellung des Zustands des Werks verpflichtet sein. Die Zustandsfeststellung ersetzt nicht die Abnahme und hat auch keine sonstigen Ausschlusswirkungen.

Die Regelung soll um eine Vermutung ergänzt werden, dass in der Zustandsfeststellung nicht benannte Mängel nach der Zustandsfeststellung entstanden sind. Voraussetzungen für die Vermutung sind, dass es sich um offenkundige Mängel handelt, das heißt solche Mängel, die bei ordnungsgemäßer Zustandsfeststellung ohne weiteres hätten entdeckt werden müssen, und dass dem Besteller das Werk verschafft worden ist. Mit dieser Regelung soll der Risikoverschiebung Rechnung getragen werden, die mit der Inbesitznahme des Werkes durch den Besteller einhergeht. Die Vermutung greift jedoch nicht, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht sein kann.

Die Gruppe geht davon aus, dass grundsätzlich jede Partei die ihr entstehenden Kosten der Zustandsfeststellung selbst trägt.

10. Mängelrechte im Werk- und im Bauvertragsrecht

10.1 Mängelrechte vor Abnahme

Die Regelungen zu den Mängelrechten im Werkvertragsrecht sollen wie folgt ergänzt werden:

- Im BGB soll klargestellt werden, dass die Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB dem Besteller von Werkleistungen erst nach der Abnahme zustehen.
- Dem Besteller eines Bauwerks sollen unter engen Voraussetzungen bereits während der Ausführungsphase bestimmte über die allgemeinen Leistungsstörungenrechte der §§ 280, 281, 323 BGB hinausgehende Ansprüche zustehen.
- Diese Ansprüche sollen nur bestehen, wenn es sich um die Erfüllung gefährdende Abweichungen von der vertragsgemäßen Leistung handelt.
- Der Besteller soll dann die Möglichkeit haben, den Unternehmer zur Beseitigung der die Erfüllung gefährdenden Abweichung vom vertragsgemäßen Zustand aufzufordern und ihm hierzu eine angemessene Frist zu setzen, soweit diese nicht aus den in §§ 323 Abs. 2, § 636 BGB genannten Gründen entbehrlich ist,
- Nach erfolglosem Ablauf der Frist, kann der Besteller gegenüber dem Unternehmer entweder erklären, dass er den Vertrag ganz oder teilweise kündigt oder dass er die Beseitigung der die Erfüllung gefährdenden Abweichung auf Kosten des Unternehmers selbst vornehmen werde.
- Erklärt sich der Besteller nach Ablauf der Frist nicht, soll die Pflicht des Unternehmers zur Herstellung des Werkerfolgs fortbestehen.

Erläuterung:

Dem Wortlaut der §§ 634 ff. BGB ist eine eindeutige Regelung, ab wann dem Besteller die werkvertraglichen Mängelrechte zustehen, nicht zu entnehmen. Die unklare gesetzliche Regelung hat in der Literatur zu einer Vielzahl von Auffassungen – insbesondere im Bauvertragsrecht – geführt.

Aus systematischen Gründen, aber auch im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Abnahme im Werkvertragsrecht (Gefahrübergang, Verjährung, Beweislastumkehr) sind die Mängelrechte des § 634 ff. BGB an die Abnahme zu knüpfen. Erst zu diesem Zeitpunkt ist der Unternehmer verpflichtet, ein mangelfreies Werk zu übergeben. Wann er während der Herstellungsphase entstandene Mängel beseitigt, unterliegt grundsätzlich seiner Disposition. Dies soll im BGB klargestellt werden.

Allerdings besteht im Bauvertragsrecht vielfach ein besonderes Interesse des Bestellers, dass nicht vertragsgemäße Leistungen frühzeitig, das heißt unmittelbar nachdem sie erkannt wurden und möglichst noch während der Bauphase, beseitigt werden. Durch den weiteren Baufortschritt wird eine vertragsgemäße Erfüllung häufig unmöglich oder erheblich erschwert und damit eine fristgerechte und mangelfreie Fertigstellung nicht mehr gewährleistet. Darüber hinaus erfolgt die Herstellung eines Bauwerks in der Regel auf dem Grundstück des Bestellers. Er ist daher den Folgen eines Mangels in besonderer Weise ausgesetzt; er kann die Werkleistung auch nicht einfach zurückweisen und sich anderweitig eindecken. Das allgemeine Leistungsstörungenrecht des BGB (Rücktritt und Schadensersatz) stellt im Bauvertragsrecht nur ein unzureichendes Instrumentarium dar, wenn schon während der Ausführung nicht vertragsgemäße Leistungen festgestellt werden, da diese Rechte in der Regel erst ab Fälligkeit des Herstellungsanspruchs geltend gemacht werden können. Darüber hinaus ist ein Rücktritt für den Besteller meist mit erheblichen Nachteilen, wie zeitlichen Verzögerungen und finanziellen Mehraufwendungen, verbunden. Daher sollte aus Sicht der Arbeitsgruppe insoweit zwischen dem allgemeinen Werkvertragsrecht und dem Bauvertragsrecht unterschieden werden und sollten dem Besteller eines Bauwerks während der Ausführungsphase über das allgemeine Leistungsstörungenrecht hinausgehende Ansprüche zuerkannt werden.

Die Schwelle für die Interventionsmöglichkeit des Bestellers während der Bauphase soll nicht zu tief festgelegt werden; sie soll sich an den Voraussetzungen für den Rücktritt nach § 323 Abs. 4 BGB orientieren. Aus Sicht der Arbeitsgruppe ist eine Beschränkung auf die Erfüllung gefährdende Abweichungen von der vertragsgemäßen Leistung zumutbar. Bei unter dieser Schwelle liegenden Abweichungen muss der Unternehmer weiterhin die Möglichkeit haben selbst zu entscheiden, wie und wann er diese beseitigt.

Bevor der Besteller weitere Schritte unternimmt, hat er dem Unternehmer zunächst die Möglichkeit zu geben die die Erfüllung gefährdenden Abweichung vom vertragsgemäßen Zustand selbst zu beseitigen. Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung dieser Abweichung vom vertragsgemäßen Zustand, umfasst auch die notwendigen Vor- und Nacharbeiten.

Die Arbeitsgruppe hat intensiv diskutiert, ob das Selbstvornahmerecht des Bestellers von einer Kündigung des Vertrags abhängig sein soll, sich letztlich aber dagegen entschieden. Der Besteller wird so nicht dem Risiko ausgesetzt, dass sich seine Kündigung in einem gerichtlichen Verfahren später als unberechtigt erweist, was wesentlich höhere Schadenersatzansprüche auslösen kann als eine unberechtigte Ersatzvornahme. Indem Kündigung und Ersatzvornahme eine entsprechende Erklärung des Bestellers voraussetzen (Ausübung eines Wahlrechts), werden klare Verhältnisse hinsichtlich der jeweiligen Verpflichtungen der Vertragspartner herbeigeführt. Die erfolglose Fristsetzung soll den Besteller allerdings nicht verpflichten, anschließend den Vertrag zu kündigen oder den nicht vertragsgemäßen Zustand selbst zu beseitigen, da sich der Unternehmer ansonsten durch Nichtstun seinen vertraglichen Pflichten entziehen könnte. Nur dann, wenn der Besteller nach Fristablauf sein Wahlrecht ausübt und sich gegenüber dem Unternehmer erklärt, soll dessen Pflicht zur Herstellung des Werkerfolgs enden.

Die Vorschläge der Arbeitsgruppe weichen bewusst von den entsprechenden Regelungen der VOB/B (§ 4 Abs. 7 i.V.m. § 8 Abs. 3) ab, da diese in ihrer Ausgestaltung auf große Bauvorhaben und in Bausachen erfahrene Auftraggeber ausgerichtet sind und damit nicht für die mit einer Regelung im BGB auch erfassten Verbraucherverträge und kleinen Bauvorhaben.

10.2 Verlängerung der Gewährleistungsfrist

Die Arbeitsgruppe kann zu Beurteilung der Frage, ob bei Verbraucherverträgen ein Bedürfnis für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist für Bauwerke besteht, keine Empfehlung geben.

Erläuterung:

In der Literatur wird eine mögliche Verlängerung der Gewährleistungsfrist für Bauwerke und damit in Zusammenhang stehende Planungsleistungen nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB von bisher 5 Jahre auf 10 Jahre erörtert. Teilweise wird eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist nur für Verbraucherverträge vorgeschlagen, teilweise beschränkt auf „schwere Mängel“. Die Arbeitsgruppe hat dieser Frage ausführlich diskutiert. Eine entsprechende Empfehlung wird allerdings derzeit nicht gegeben.

Ausschlaggebend hierfür war, dass eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist für alle Mängel im Hinblick auf die mit zunehmendem Zeitablauf schwierigere Beweislage nicht sinnvoll ist und kaum zur Herstellung des Rechtsfriedens beiträgt. Eine Begrenzung auf „schwere Mängel“ wurde als problematisch angesehen, weil der Begriff schwer abzugrenzen ist. Eine Verlängerung würde darüber hinaus den Gleichlauf der Gewährleistungsfristen von Bauvertrags- und Kaufvertragsrecht beenden. Die Synchronisierung der Gewährleistungsfristen ist jedoch im Hinblick auf die durch den Unternehmer verbauten Materialien von Bedeutung, um dem Unternehmer auch weiterhin eine Rückgriffsmöglichkeit auf den Lieferanten zu eröffnen. Die Verlängerung der Fristen im Bauvertragsrecht würde daher eine parallele Verlängerung im Kaufrecht notwendig machen.

Erörtert wurde auch, ob eine Sonderregelung für Verbraucherverträge sinnvoll ist, da massive Baumängel gerade bei privaten Bauvorhaben zu einer Existenzbedrohung führen können. Im Gegensatz zum gewerblichen Auftraggeber ist der Verbraucher in der Regel nicht in der Lage, die Beseitigung von gravierenden Mängeln nachzufinanzieren. Er hat auch nicht die Marktmacht, die Vereinbarung von längeren Verjährungsfristen durchzusetzen. Allerdings wären unterschiedliche Gewährleistungsfristen für Verbraucher und b-to-b-Verträge mit Blick auf Rückgriffsmöglichkeiten des Unternehmers problematisch. Der Unternehmer, der aus einem Verbrauchervertrag in Anspruch genommen wird, müsste weiterhin die Möglichkeit zum Rückgriff auf den von ihm beauftragten Subunternehmer haben.

Da für Verbraucherverträge gleichwohl ein solcher Bedarf bestehen könnte, zur Beurteilung dieser Frage belastbare Daten jedoch fehlen, empfiehlt die Arbeitsgruppe, ein Forschungsvorhaben in Auftrag zu geben, in dessen Rahmen insbesondere folgende Fragen untersucht werden sollen:

- Wie häufig treten Schadensfälle nach mehr als fünf Jahren auf und wie viele davon sind existenzbedrohend?
- Für welche Bereiche werden in der Regel Verlängerungen der Gewährleistungsfrist vereinbart (Untersuchung der „AGB-Landschaft“)?
- Welche Schadensfälle treten typischerweise nach mehr als 5 Jahren auf? Ist auch nach längerem Zeitablauf beweisbar, dass sie auf einen Baumangel zurückzuführen sind?

Der Bedarf an Haushaltsmitteln zur Durchführung des Forschungsprojekts wurde im Bundesministerium der Justiz für die Jahre 2014 und 2015 bereits angemeldet.

10.3 Änderung von § 638 BGB

In § 638 Abs. 3 BGB soll klargestellt werden, dass die Minderung auch nach den Kosten der Mängelbeseitigung ermittelt werden kann.

Erläuterung:

Die Vorschrift zur Minderung im Werkvertragsrecht wurde durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu gefasst und an die entsprechende Regelung im Kaufrecht (§ 441 BGB) angepasst. Dabei wurde als Zeitpunkt, zu dem die Minderung berechnet wird, der Vertragsabschluss festgelegt. In der Literatur wird vielfach die Auffassung vertreten, dass die Übernahme der kaufrechtlichen Regelungen hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem die Minderung berechnet wird, nicht sinnvoll, sei, da – jedenfalls bei einem größeren Werk – der Verkehrswert zu diesem Zeitpunkt in der Regel noch nicht eindeutig feststehe.

Nach ausführlicher Diskussion wird eine entsprechende Änderung von § 638 BGB nicht befürwortet. Die Arbeitsgruppe ist der Auffassung, dass die derzeitige Regelung dogmatisch richtig ist, daher sollte es auch künftig bei der geltenden Formulierung bleiben und nicht auf den Zeitpunkt der Abnahme abgestellt werden. Würde auf die Abnahme abgestellt, bestehe außerdem die Gefahr, dass externe Aspekte, wie etwa Preissteigerungen, in die Überlegungen einbezogen würden. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass diese Änderung im Rahmen der Schuldrechtsreform vorgenommen wurde, um das generelle Ziel des Gleichlaufs der Regelungen für den Werkvertrag und den Kaufvertrag umzusetzen. Es sind keine hinreichenden Gründe ersichtlich, diese Entscheidung des Gesetzgebers zu revidieren.

Angeregt wird jedoch eine ergänzende Klarstellung in § 638 Abs. 3 BGB, dass die Minderung auch nach den Kosten der Mängelbeseitigung ermittelt werden kann. Gleichzeitig bedarf es dann auch einer Regelung zur Behandlung der Umsatzsteuer, etwa nach dem Vorbild von § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB für das Schadensersatzrecht.

11. Erfordernis einer Schlussrechnung

- **Neben der Abnahme soll weitere Voraussetzung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers die Vorlage einer Schlussrechnung sein.**

- **Die Schlussrechnung muss nachprüfbar, das heißt übersichtlich und für den Besteller nachvollziehbar sein.**
- **Einwendungen gegen die Prüfbarkeit sollen nach Ablauf einer bestimmten Frist von beispielsweise 30 Tagen ausgeschlossen sein.**
- **Die Regelung soll für alle Bauverträge, einschließlich der Architekten- und Ingenieurverträge gelten. Hierzu soll § 641 BGB ergänzt werden.**

Erläuterung:

Während nach dem Wortlaut von § 641 BGB die Vergütung beim Werkvertrag mit der Abnahme fällig wird, unabhängig davon, ob dem Besteller zu diesem Zeitpunkt eine Rechnung vorliegt oder nicht, ist beim VOB-Vertrag die Erteilung einer prüfbaren Schlussrechnung eine Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlusszahlung (§ 16 Abs. 3 VOB/B). In Literatur und Rechtsprechung wird teilweise die Auffassung vertreten, dass auch beim BGB-Bauvertrag die Vorlage einer Rechnung eine weitere ungeschriebene Fälligkeitsvoraussetzung sei. Jedenfalls entspricht es auch im Bereich der BGB-Bauverträge gängiger Praxis, dem Besteller eine mehr oder weniger detaillierte Schlussrechnung zu präsentieren. Bei Einheitspreisverträgen ist sie unverzichtbar, weil hier der Endpreis von der Menge der erbrachten Teilleistungen abhängig ist.

Um die gesetzliche Regelung an die Bedürfnisse der Praxis anzupassen, wird daher empfohlen, bei Bauverträgen – neben der Abnahme – die Vorlage einer Schlussrechnung zur weiteren Fälligkeitsvoraussetzung zu machen. Die Schlussrechnung muss nachprüfbar, das heißt übersichtlich und für den Besteller nachvollziehbar sein. Detaillierte Regelungen, wie die Schlussrechnung ausgestaltet sein muss, um die Voraussetzung der Nachprüfbarkeit zu erfüllen, sollen allerdings nicht in das Gesetz aufgenommen werden. Die Anforderungen an die Prüfbarkeit sind je nach Umfang und Komplexität des jeweiligen Auftrags sehr unterschiedlich und daher eine gesetzlichen Regelung nicht zugänglich. Aus Sicht der Arbeitsgruppe genügt es, in das Gesetz eine Generalklausel aufzunehmen, die die grundlegenden Anforderungen festlegt. Um zwischen den Parteien möglichst schnell Rechtssicherheit herzustellen, sollen Einwendungen des Bestellers gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung nur binnen einer überschaubaren Frist möglich sein.

Gelten soll die Regelung für alle Bauverträge, einschließlich der Architekten- und Ingenieurverträge. Hierzu soll § 641 Abs. 1 BGB ergänzt werden und für Bauverträge damit ein entsprechendes gesetzliches Leitbild geschaffen werden.

Keine Notwendigkeit wird gesehen, eine Frist zur Rechnungsstellung entsprechend dem Vorbild von § 14 Abs. 3 VOB/B einzuführen, um möglichen Manipulationen des Unternehmers hinsichtlich des Verjährungsbeginns zu begegnen. In der Regel dürfte das Interesse des Unternehmers an einer schnellen Bezahlung und damit einer schnellen Rechnungsstellung überwiegen. Die wenigen Manipulations- und Nachlässigkeitsfälle können aus Sicht der Arbeitsgruppe der Rechtsprechung überlassen bleiben. Dabei geht die Arbeitsgruppe davon aus, dass der Unternehmer eine Nebenpflicht aus dem Vertrag verletzt und die damit verbundenen Rechtsfolgen zu tragen hat, wenn er keine Rechnung erstellt, obwohl ihn der Besteller dazu aufgefordert hat.

Anders ist die Interessenlage beispielsweise bei öffentlichen Auftraggebern, die – aus Gründen des Haushaltsrechts und/oder um fristgerecht Zuschüsse zu beantragen – zeitnah eine Schlussrechnung benötigen. Die Möglichkeit, dem Auftragnehmer entsprechend § 14 Abs. 3 und 4 VOB/B eine Frist zur Rechnungsstellung zu setzen und nach deren erfolglosem Ablauf auch selbst die Rechnung zu erstellen, soll daher nicht beschnitten werden.

Die in § 641 Abs. 2 BGB normierten Ausnahmen für die Fälligkeit der Werklohnansprüche des Subunternehmers sollen nur für die Fälligkeitsvoraussetzung der Abnahme gelten (bspw. Fälligkeit ohne vorherige Abnahme, wenn der Hauptunternehmer vom Bauherrn die Vergütung für das Werk erhalten hat). Die neue Fälligkeitsvoraussetzung der Vorlage einer Schlussrechnung ist vom Subunternehmer wie von jedem anderen Unternehmer zu erfüllen.

12. Kündigung des Bauvertrags

Die Arbeitsgruppe schlägt vor, die Regelungen zur Kündigung des Bauvertrags wie folgt zu überarbeiten und zu ergänzen:

12.1 Voraussetzungen der Kündigung

- **Ergänzend zu dem bereits bestehenden Kündigungsrecht nach § 649 BGB soll beiden Vertragspartnern ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zustehen.**

- **Hinsichtlich der Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund soll auf § 314 BGB zurückgegriffen werden. Ein wichtiger Grund liegt danach vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrags nicht zugemutet werden kann.**

Erläuterung:

Das dem Besteller bisher schon zustehende jederzeitige freie Kündigungsrecht nach § 649 BGB soll unverändert erhalten bleiben. Darüber hinaus besteht jedoch aus Sicht der Arbeitsgruppe Regelungsbedarf hinsichtlich eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund beim Bauvertrag. Die derzeitige Rechtslage beim BGB-Vertrag führt in der Praxis zu Rechtsunsicherheit, da häufig erst nach Jahren in einem Gerichtsverfahren geklärt wird, ob die Gründe die erklärte – nur auf Richterrecht basierende – außerordentliche Kündigung rechtfertigen oder die Kündigung als freie Kündigung nach § 649 BGB anzusehen ist.

Die Normierung einzelner Kündigungstatbestände, wie dies in der VOB/B erfolgt ist, wird von der Arbeitsgruppe nicht befürwortet, da durch sie nicht alle unterschiedlichen Konstellationen erfasst werden können. Vorgeschlagen wird eine allgemeine Formulierung nach dem Vorbild von § 314 Abs. 1 BGB, auch wenn hierdurch nicht die wünschenswerte Rechtssicherheit erreicht werden kann. Die Anknüpfung an § 314 BGB, zu dem eine umfassende Rechtsprechung besteht, wird jedoch den Vertragspartnern einen Zuwachs an Sicherheit geben, ob im Einzelfall ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund tatsächlich gegeben ist. Dies gilt auch hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen einer Kündigung, wie beispielsweise der Notwendigkeit einer Fristsetzung zur Abhilfe.

- **Dem Besteller eines Bauvertrags soll darüber hinaus im Fall der Insolvenz des Unternehmers unter folgenden Voraussetzungen ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen:**
 - > **Vom Auftragnehmer oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger wurde das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt.**
 - > **Das Insolvenz- oder vergleichbare gesetzliche Verfahren wurde eröffnet.**

- > **Das Insolvenz- oder vergleichbare gesetzliche Verfahren wurde mangels Masse nicht eröffnet.**

Eine insolvenzbedingte Kündigung kann nur innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen, nachdem der Besteller vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

Erläuterung:

Darüber hinaus sieht die Arbeitsgruppe ein zwingendes Bedürfnis, dem Besteller im Fall der Insolvenz des Unternehmers ein Kündigungsrecht einzuräumen. Die Arbeitsgruppe hat sich dabei intensiv mit den dagegen vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt. Sie ist jedoch der Auffassung, dass das besondere Kündigungsrecht des Bauherrn nicht dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger widerspricht. Das Kündigungsrecht führt in der Regel nicht zu einer Reduzierung der Masse und damit auch nicht zu einer Gläubigerbenachteiligung, da der Besteller die Werkleistung, die der Unternehmer bis zur Insolvenz bzw. zur Kündigung erbracht hat, zu bezahlen hat. Das insolvente Unternehmen verliert durch die Kündigung lediglich die Aussicht auf den Gewinnanteil am restlichen Werklohn, wenn der Bau zu Ende geführt würde. Da der Bauherr jedoch seine Mängelgewährleistungsansprüche für die vor der Insolvenz erbrachten Leistungen gegen die nach der Insolvenz entstandene Werklohnforderung aufrechnen kann, wird der Unternehmer / Insolvenzverwalter diese Gewinnaussichten in der Praxis häufig ohnehin nicht realisieren können. Das Kündigungsrecht trägt vielmehr zu einer Schadensreduzierung auf Seiten des Bestellers bei, da es die Zeit eines Baustillstands verkürzt und wirkt sich damit positiv auf die zu verteilende Masse für die übrigen nicht bevorrechtigten Gläubiger aus.

Durch das Kündigungsrecht wird die Sanierung eines tatsächlich sanierungsfähigen Unternehmens nicht beeinträchtigt. Im Hinblick auf die Mehrkosten, die dem Besteller durch die Kündigung und die Suche nach einem anderen Unternehmer entstehen, wird er keine Kündigung aussprechen, wenn eine realistische Aussicht besteht, dass der Bau durch das insolvente Unternehmen, beispielsweise im Rahmen der Rettungsschirmverfahrens, zu Ende geführt wird. Die Einführung des Kündigungsrechts widerspricht daher nicht der Zielsetzung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG). Die Möglichkeit des Bauherrn sich abzusichern, etwa eine Sicherheitsleistung des Unternehmers zu vereinbaren, macht ein Kündigungsrecht nicht überflüssig, da eine vertraglich vereinbarte Absicherung vielfach nicht mehr zu realisieren ist, wenn der Bauunternehmer in finanzielle

Schwierigkeiten gerät. Außerdem besteht die Gefahr, dass die Sicherheit unter dem Aspekt der inkongruenten Deckung anfechtbar ist (§ 131 Insolvenzordnung).

Die Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass dem Besteller die Möglichkeit einer Kündigung auch eröffnet werden soll, wenn er selbst oder ein anderer Gläubiger den Insolvenzantrag gestellt hat. Das Risiko eines Missbrauchs dieses Instruments wird als gering angesehen, da die unberechtigte Stellung eines Insolvenzantrags durch eine Gläubiger ggf. Schadensersatzansprüche auslöst und daher in der Regel nicht vorschnell erfolgt. Die Beschränkung des Kündigungsrechts auf den Eigenantrag würde dagegen Fehlanreize setzen und den Unternehmer, der einen solchen Antrag frühzeitig stellt, bestrafen.

Eine Kündigungsmöglichkeit bei Zahlungseinstellung, ohne dass es eines Insolvenzantrags bedarf, wie es § 8 Abs. 2 VOB/B vorsieht, wird dagegen nicht befürwortet. Da die Regelung eine Konkretisierung der Kündigungsgründe für eine außerordentliche Kündigung darstellt, sollen die Anforderungen nicht zu niedrig angesetzt werden. Bei einem Verzicht auf diese Variante in einer BGB-Regelung müssen allerdings die möglichen Auswirkungen auf § 8 Abs. 2 VOB/B bedacht werden, der hinsichtlich dieser Variante dann nicht dem gesetzlichen Leitbild entsprechen würde, so dass Bedenken gegen dessen Angemessenheit entstehen könnten.

Eine insolvenzbedingte Kündigung kann nur innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen, nachdem der Berechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. Im Hinblick auf die im Rahmen des Insolvenzverfahrens anstehenden Entscheidungen des Insolvenzverwalters könnte auch erwogen werden, dem Besteller für den Fall, dass ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, eine konkrete Frist vorzugeben, in der er eine auf die Insolvenzeröffnung gestützte Kündigung aussprechen kann.

12.2 Ausübung der Kündigung

- **Eine Teilkündigung soll in beiden Fällen möglich sein; sie muss sich auf einen nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung beziehen.**
- **Für die Kündigung soll Schriftform gemäß § 126 BGB vorgesehen werden; ein Mangel der Form soll gemäß § 125 BGB zur Nichtigkeit führen.**

Erläuterung:

Eine Teilkündigung soll in beiden Fällen möglich sein. Diese muss sich auf einen „im Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung“ beziehen. Das Abgrenzungskriterium unterscheidet sich bewusst von dem Abgrenzungskriterium der Teilkündigung in § 8 Abs. 3 VOB/B. Der dort verwendete Begriff des „in sich abgeschlossenen Teils der Leistung“ bereitet in der Praxis vielfach Probleme und stellt eine unnötig hohe Hürde dar. Aus Sicht der Arbeitsgruppe genügt es, wenn die Kündigung auf einen nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung begrenzt wird.

Empfohlen wird außerdem, für die Kündigung Schriftform vorzusehen. Dies dient zum einen der Rechtsicherheit und der Beweissicherung, es soll aber vor allem die Bauvertragsparteien vor übereilten und später bereuten spontanen Handlungen schützen.

12.3 Rechtsfolgen der Kündigung

- **Nach einer Kündigung sind beide Vertragspartner zur Teilnahme an einer gemeinsamen Leistungsstandsabgrenzung verpflichtet, wenn ein Vertragspartner dies verlangt. Verweigert ein Vertragspartner die Mitwirkung oder bleibt schuldhaft fern, findet eine Beweislastumkehr zu seinen Lasten statt, wenn nach Fortführung der Bauarbeiten der genaue Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr festzustellen ist.**

- **Hinsichtlich der Vergütung soll folgendes gelten:**
 - > **Kündigt eine Partei aus einem wichtigen Grund, hat der Unternehmer nur Anspruch auf Bezahlung des Werklohns, der auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt.**

 - > **Kündigt der Besteller im Falle der Insolvenz des Unternehmers, hat dieser nur Anspruch auf Bezahlung des Werklohns, der auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt.**

Erläuterung:

Die nach einer Kündigung vorgesehene gemeinsame Leistungsstandsabgrenzung beider Vertragspartner dient der quantitativen Bewertung der bis zur Kündigung erbrachten Leistung. Die vorgeschlagene Rechtsfolge – eine Beweislastumkehr –, wenn einer der Vertragspartner die Mitwirkung an der Leistungsstandsabgrenzung ablehnt oder ihr schuldhaft fernbleibt, ist ein angemessener Anreiz, das notwendige Zusammenwirken der Parteien auch nach einer Kündigung zu fördern. Die Vorschläge orientieren sich im Übrigen an § 8 Abs. 6 VOB/B, der die Vertragspartner nach der Kündigung zu einem gemeinsamen Aufmass verpflichtet, und der Rechtsprechung des BGH hierzu (Urteil vom 22. Mai 2003, VII ZR 143/02, BauR 2003, 1207).

Hinsichtlich der Vergütung im Fall der freien Kündigung des Bestellers werden keine Änderungen vorgeschlagen. Die in § 649 Satz 2 und 3 BGB genannten Rechtsfolgen sind sinnvoll und ausgewogen. Danach ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich aber anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (Satz 2). Es wird vermutet, dass dem Unternehmer 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zusteht.

Kündigt eine Partei aus einem wichtigen Grund, soll der Unternehmer nur Anspruch auf Bezahlung des Werklohns haben, der auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt. Darüber hinaus können Ansprüche der Parteien auf Schadensersatz nach §§ 280 ff. BGB bestehen.

Bei einer insolvenzbedingten Kündigung des Bestellers, soll der Unternehmer ebenfalls nur einen Anspruch auf Bezahlung des Werklohns haben, der auf das bis zur Kündigung erbrachte Teilwerk entfällt. Dem Besteller kann darüber hinaus ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der Nichterfüllung des Restes zustehen.

13. Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags

Aufgrund der sachlichen und rechtlichen Unterschiede von Bau(errichtungs)verträgen und Architekten- und Ingenieurverträgen können die Vorschläge der Arbeitsgruppe unter Punkt 1 bis 12 nicht uneingeschränkt auf letztere übertragen werden. Dies gilt

insbesondere für die unter Punkt 1 bis 6.3 und 7 dargestellten Ergebnisse. Für Architekten- und Ingenieurverträge hat die Arbeitsgruppe die nachfolgenden Empfehlungen erarbeitet:

13.1 Rechtliche Qualifizierung des Architekten- und Ingenieurvertrags

- **Der Architekten- und Ingenieurvertrag soll weiterhin – entsprechend der bisher schon von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung – dem Werkvertragsrecht unterstellt werden. Im Folgenden werden jedoch Sonderregelungen vorgeschlagen, um den Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags Rechnung zu tragen.**

Erläuterung:

Die Einordnung des Architektenvertrags in das Vertragsrecht ist aufgrund der Vielgestaltigkeit der Aufgaben des Architekten nicht einfach, sie enthält typischerweise viele verschiedene Aufgaben. Bei einigen Aufgaben des Architekten wäre auch eine Zuordnung zum Dienstvertragsrecht vorstellbar. Der BGH hat sich in seiner Rechtsprechung jedoch durchgängig für eine Unterstellung des Architektenvertrags unter das Werkvertragsrecht entschieden und diese Bewertung zum einen damit begründet, dass die Tätigkeit des Architekten der Herbeiführung eines „Erfolges (§ 631 BGB)“ diene, nämlich der „Herstellung eines Bauwerks“, zum anderen festgestellt, dass die Anwendung des Werkvertragsrechts auf der Rechtsfolgenseite zu sachgerechteren Ergebnissen führe. Eine Qualifizierung des Architektenvertrags als „gemischten Vertrag“ würde zu einer nicht mehr zu beherrschenden Anwendung unterschiedlicher Regelungen der einzelnen Vertragstypen und damit in der Rechtsanwendung zu erheblichen Unsicherheiten führen. Da die Anwendung des Werkvertragsrechts für den Architekten erhebliche, teilweise belastende Konsequenzen hat, sollen diese Auswirkungen besonders geprüft und – wo nötig – durch besondere Regelungen abgemildert werden.

13.2 Definition des Erfolgs

Für den Architekten- und Ingenieurvertrag soll eine eigene Beschreibung der vertragstypischen Pflichten in das BGB aufgenommen werden, in der zum Ausdruck kommt, dass

- **zwischen dem Planungserfolg und den Planungsschritten / Leistungsschritten zu unterscheiden ist, da beide Aspekte sich ergänzen,**
- **die „Verdichtung“/Konkretisierung der Planung ein längerer Prozess ist und sich bis zur Detailplanung in der Schlussphase des Bauvorhabens fortsetzt,**
- **die Pflicht zur Konkretisierung des Erfolgs den Architekten//Ingenieur treffen soll und den Besteller die Mitwirkungspflicht, dafür Vorgaben zu machen.**

Erläuterung:

Die Definition des werkvertraglichen Erfolgs in § 631 Abs. 1 BGB, auch unter Berücksichtigung der unter Nummer 1 empfohlenen Änderungen zu § 633 BGB, trägt den Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags, insbesondere der Differenzierung zwischen den Planungszielen und den Planungsschritten /Leistungsschritten nicht hinreichend Rechnung.

Die Formulierung soll außerdem dazu beitragen, die im Laufe der Planentwicklung notwendige Konkretisierung des Erfolgs von der eine Mehr- oder Mindervergütung auslösenden Änderungsanordnung abzugrenzen. Änderungswünsche des Bestellers, die bereits getroffene Festlegungen betreffen, können dann nur noch über das Anordnungsrecht geltend gemacht werden.

13.3 Sonderkündigungsrecht

- **Beim Architekten- und Ingenieurvertrag soll ein Sonderkündigungsrecht eingeführt werden, das den Besteller verpflichtet, nur die bis dahin vom Architekten/Ingenieur erbrachten Leistungen zu vergüten. Das Kündigungsrecht soll einmalig am Ende der „Zielfindungsphase“ bestehen.**
- **Bei Verträgen mit Verbrauchern soll der Architekt/Ingenieur verpflichtet werden, den Verbraucher über das Kündigungsrecht zu informieren.**

- **Außerdem soll ein Kündigungsrecht des Architekten/Ingenieurs eingeführt werden, für den Fall, dass der Besteller seine Pflicht zur Mitwirkung an der Konkretisierung des Planungserfolgs verletzt.**

Erläuterung:

Um Probleme beim Übergang von der (nicht zu vergütenden) Akquise zum (honorarpflichtigen) Vertrag zu lösen, wurde die Einführung einer verpflichtenden Schrift-/Textform für den Architekten- und Ingenieurvertrag erwogen. Letztlich wurde diesen Überlegungen jedoch eine Absage erteilt, da sich die Abgrenzungsprobleme durch eine Formvorgabe nicht lösen lassen, stattdessen aber eine Reihe neuer Fragen zu lösen sind, wenn die Formvorschrift von den Parteien nicht beachtet wird.

Am Ende der Zielfindungsphase soll vielmehr ein besonderes Kündigungsrecht bestehen, das vorrangig den Verbraucher vor dem übereilten Abschluss eines umfassenden Architektenvertrags schützen soll. Mit „Zielfindungsphase“ bezeichnet die Arbeitsgruppe die Phase, in der Architekt und Bauherr gemeinsam die häufig noch vagen Vorstellungen des Bauherrn konkretisieren, um den geschuldeten Planungserfolg genau zu beschreiben. Der geschuldete Vertragserfolg in der Zielfindungsphase besteht darin, die Ziele und Grundlagen der geschuldeten Planungsleistungen nach den Vorgaben des Bestellers zu ermitteln und hierbei auch die Einschätzung der voraussichtlichen Kosten der geplanten Maßnahme vorzunehmen. Aufbauend auf den Ergebnissen der Zielfindungsphase ist der Besteller dann in der Lage, gemeinsam mit dem Architekten und/oder Ingenieur die Anforderung an den Planungserfolg der sich anschließenden Planungsphase konkret zu vereinbaren. Der in der Zielfindungsphase und der in der späteren Planungsphase geschuldete Werkerfolg sind demnach zu unterscheiden.

Mit dem Vorschlag kann gleichzeitig einer in der Praxis vielfach zu weitgehenden Ausdehnung der unentgeltlichen Akquise zu Lasten des Architekten entgegengewirkt werden. Durch das Kündigungsrecht signalisiert der Gesetzgeber auch, dass zum Zeitpunkt der grundlegenden Konzeption des Bauprojekts durchaus bereits ein Vertrag geschlossen sein kann.

In der Gruppe ist auch diskutiert worden, ob den Vertragsparteien zu einem späteren Zeitpunkt (beispielsweise nach Beendigung der Vorplanung und der Kostenberechnung) ein weiteres Kündigungsrecht gewährt werden soll. Die Arbeitsgruppe folgt diesem Vorschlag nicht,

weil zu diesem Zeitpunkt schon beachtliche Kosten entstanden sind, die dem Verbraucher mit dem Kündigungsrecht zum Ende der Zielfindungsphase gerade erspart werden sollen.

Die Arbeitsgruppe schlägt vor, das besondere Kündigungsrecht nicht nur für Verbraucherverträge vorzusehen, sondern auch auf b-to-b-Verträge zu erstrecken. Auch hier gibt es Verträge, die hinsichtlich der Beschreibung des Planungserfolgs noch konkretisierungsbedürftig sind und bei denen der Besteller nach der „Zielfindungsphase“ zu der Erkenntnis kommt, dass er die Gesamtkosten des Vorhabens unterschätzt hat und er von seiner Durchführung absehen will. Dass in der Praxis ein Bedürfnis zur vorzeitigen Lösung vom Vertrag besteht, zeigt sich daran, dass im Unternehmerbereich häufig „gestufte Verträge“ abgeschlossen werden, die beiden Vertragspartnern diese Möglichkeit eröffnen.

Schließlich soll das besondere Kündigungsrecht des Bestellers auch auf Ingenieurverträge ausgedehnt werden. Es gibt nämlich auch Ingenieurverträge, die hinsichtlich der Beschreibung des geschuldeten Planungserfolgs noch konkretisierungsbedürftig sind.

Zum Schutz des Verbrauchers soll der Architekt/Ingenieur verpflichtet werden, den Verbraucher über das besondere Kündigungsrecht, die Frist, in der dieses ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen dieser Kündigung im Gegensatz zu denen des allgemeinen Kündigungsrechts nach § 649 BGB informieren. Vorgeschlagen wird, dem Gesetz ein Musterformular für diese Information beizufügen.

Weiterhin wird von einem Teil der Arbeitsgruppe empfohlen, dass dem Architekten/Ingenieur bei einer fehlenden Mitwirkung durch den Besteller, ebenfalls eine erleichterte Lösungsmöglichkeit vom Vertrag eröffnet werden soll. Hintergrund der Überlegungen ist, dass im Hinblick auf die Besonderheiten des Architekten-/Ingenieurvertrags für das Gelingen eines Bauprojektes ein gutes Zusammenwirken beider Parteien erforderlich ist. Erweist sich in der Zielfindungsphase, dass dies nicht gewährleistet ist, soll es dem Architekten/Ingenieur möglich sein, den Vertrag unkompliziert vorzeitig zu beenden. Ihm soll jedoch nicht das Recht zustehen, sich ohne rechtfertigende Gründe vom Vertrag zu lösen; denn für den Besteller entstehen durch einen Architekten-/Ingenieurwechsel erhebliche Mehrkosten.

13.4 Teilabnahme

- **Es soll eine Regelung eingeführt werden, die dem Architekten/Ingenieur das Recht gibt, zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerks eine Teilabnahme hinsichtlich der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen zu verlangen.**

Erläuterung:

Mit dem Vorschlag zur Teilabnahme, soll die ungleiche Belastung des Architekten/Ingenieurs im Rahmen der gesamtschuldnerische Haftung von Architekt/Ingenieur und Bauunternehmer für Baumängel reduziert werden, die dadurch entsteht, dass die im Architekten-/Ingenieurvertrag gebündelten unterschiedlichen Leistungen teilweise über die eigentliche Bauphase hinausgehen (bspw. Objektbetreuung, Dokumentation). Dies führt nach geltendem Recht zu einem späteren Beginn der Gewährleistungsfrist für die Architekten-/Ingenieurleistung und in der Folge auch zu einem wesentlich späteren Ende der Frist als beim bauausführenden Unternehmer. Indem dem Architekten/Ingenieur das Recht eröffnet wird, zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerks eine Teilabnahme zu verlangen, wird hinsichtlich des überwiegenden Teils der Leistungen des Architekten/Ingenieurs ein Gleichlauf der Gewährleistungsfristen mit denen des Bauunternehmers erreicht.

13.5 Gesamtschuldnerische Haftung von Architekt/Ingenieur mit dem bauausführenden Unternehmer

- **Die Arbeitsgruppe sieht die Möglichkeit, dass die überproportionale Belastung der Architekten/Ingenieure, die aus der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer folgt, durch weitere gesetzgeberische Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Absicherung des Bestellers durch den Unternehmer, reduziert werden kann.**

Erläuterung:

Die Arbeitsgruppe hält es für notwendig, die überproportionale Belastung der Architekten/Ingenieure, die aus der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer folgt, durch gesetzgeberische Maßnahmen zu beseitigen, zumindest aber zu reduzieren und so einen Interessenausgleich zwischen Architekten und Bauunternehmern zu erreichen. Der Vorschlag zur Teilabnahme (Nr. 13.4) reicht dazu allein nicht aus. Auch wenn die Gewährleistungsfrist gegenüber dem bauausführenden Unternehmer noch nicht abgelaufen ist, nehmen Bauherren bei Mängeln, die sowohl der Bauunternehmer als auch der Architekt/Ingenieur zu verantworten haben, vorrangig letzteren in Anspruch, da der Architekt/Ingenieur aufgrund seiner Berufsordnung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet und damit die Realisierung von Schadensersatzansprüchen gesichert ist. Ist die Re-

alisierung des Regressanspruchs des Architekten/Ingenieurs bzw. seiner Versicherung gegenüber dem bauausführenden Unternehmer nicht mehr möglich, führt dies zu einer wirtschaftlich stärkeren Belastung der Architekten/Ingenieure als dies ihrem Beitrag zum Mangel entspricht.

Hierzu wurden verschiedene Lösungsmöglichkeiten diskutiert, die von der Abschaffung der gesamtschuldnerischen Haftung der am Bau Beteiligten, über die Einschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung durch Regelung der Rangfolge der Inanspruchnahme bis hin zu einer Versicherungspflicht auch des Bauunternehmers oder eine Absicherung des Bestellers durch eine vom Bauunternehmer zu stellende Sicherheit reichen.

Eine Abschaffung der gesamtschuldnerischen Haftung wird nicht befürwortet. Diese Lösung ginge ausschließlich zu Lasten des Bestellers und würde ihn prozessual benachteiligen, da er dann eine Schadensaufteilung zwischen den am Bau Beteiligten vornehmen und diese einzeln verklagen müsste. Geprüft werden soll allerdings eine Einschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung durch eine Regelung der Rangfolge der Inanspruchnahme. Auf diese Weise könnte einer erfolversprechenden Nachbesserung der Vorrang vor der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs eingeräumt und damit die Rangfolge der Gewährleistungsrechte auch im Verhältnis des Architekten zum Bauunternehmer zur Geltung gebracht werden. Gleichzeitig würde zumindest bei kleineren – leicht zu behebbenden – Baumängeln eine vorschnelle Inanspruchnahme des Architekten verhindert.

Die am ehesten geeignete Möglichkeit, das dargestellte Ungleichgewicht nachhaltig zu reduzieren, sieht die Arbeitsgruppe jedoch in einer Regelung zur Absicherung der Mängelhaftungsansprüche des Bestellers. Insbesondere eine Absicherung der Ansprüche durch eine Versicherung könnte aus Sicht der Gruppe eine - auch für die Bauunternehmen - finanziell tragbare Lösung darstellen. Die mögliche Ausgestaltung einer solchen Versicherung wurde von der Arbeitsgruppe intensiv diskutiert; dabei wurden vielversprechende Lösungsansätze gefunden. Angesichts der Komplexität einer solchen Regelung und der wirtschaftlichen Auswirkungen sollte – wie bereits unter Nummer 8.1 angeregt – vor weiteren Überlegungen zu diesem Thema eine Machbarkeitsstudie und Folgenabschätzung in Auftrag gegeben werden.

Mitglieder der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht und deren Unterarbeitsgruppen

a) Ressorts

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

b) Landesjustizverwaltungen

- Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Senatsverwaltung für Justiz von Berlin
- Niedersächsisches Justizministerium
- Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
- Sächsisches Staatsministerium der Justiz und für Europa

c) Experten

- Prof. Dr. Jochen Glöckner, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaften, Direktor des Instituts für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V.
- Wolfgang Grossam, Vorsitzender Richter am Landgericht Hamburg
- RA Michael Halstenberg, Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V., Frankfurt am Main
- RA Moritz Lembcke, Hamburg
- Prof. Stefan Leupertz, Präsident des Baugerichtstags, Kleve
- RA Prof. Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn
- Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg
- Hartwig Sprau, Vizepräsident beim BayObLG a.D., München
- Prof. Dr. Wolfgang Voit, Direktor des Instituts für Verfahrensrecht, Universität Marburg

Weitere Experten, die an einzelnen Sitzungen teilgenommen haben:

- Kaj Faust, VHV Allgemeine Versicherung AG, Hannover
- RAn Prof. Dr. Petra Kirberger, Siegen
- Ulrich Langen, AIA AG, Düsseldorf (Versicherungswirtschaft)
- Michael Werner, VHV Allgemeine Versicherung AG, Hannover

d) Verbände

- Bauherren Schutzbund e.V. / Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
- Bundesarchitektenkammer
- Bundesingenieurkammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesrechtsanwaltskammer
- GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmer e.V.
- Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen e.V.
- Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger e.V. – Bundesfachbereich Bau –
- Deutsche Kreditwirtschaft
- Deutscher Anwaltverein
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.
- Haus & Grund Deutschland
- Kommunale Spitzenverbände (Deutscher Städte- und Gemeindebund, Deutscher Städtetag und Deutscher Landkreistag)
- Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt
- Verband der Baumediatoren e. V.
- Verband privater Bauherren e.V.
- Zentralverband Deutsches Baugewerbe
- Zentralverband des Deutschen Handwerks

Weitere Verbände, die an einzelnen Sitzungen teilgenommen haben:

- Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V.
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
- Verband der beratenden Ingenieure VBI