



RUPRECHT-KARLS-UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG

INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND  
INTERNATIONALES PRIVAT- UND WIRTSCHAFTSRECHT

---

Rechtsvergleichende  
Untersuchung zu Kernfragen des  
Privaten Bauvertragsrechts

in

Deutschland, England, Frankreich,  
den Niederlanden und der Schweiz

---

Abschlussbericht

---

Projektnummer 514-33.93/06HS026

Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, Prof. Dr. Burkhard Hess  
und Dr. Stefan Huber, LL.M.

in Kooperation mit

Prof. Dr. Reinhold Thode, Peter Boos  
Dr. Stephanie Rohlfing-Dijoux, Dr. Richard Austen-Baker,  
Prof. Dr. Monika Chao-Duivis, Evelien Bruggeman,  
Prof. Dr. Hubert Stöckli, MCL, Dr. Thomas Siegenthaler, M.Jur.

---

Rechtsvergleichende Studie zum Bauvertragsrecht: Zwischenbericht

Im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung

## Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis .....	IV
Einführung .....	1
I.    Ausgangslage .....	1
II.   Gang der Untersuchung .....	5
A. Grundfragen .....	7
I.    Der Bauvertrag im System des Vertragsrechts.....	7
II.   Staatlicher Verbraucherschutz.....	13
B. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes .....	22
I.    Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss .....	22
II.   Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung.....	34
C. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	129
D. Resümee .....	132
Anhang 1: Länderbericht Deutschland.....	158
A. Grundfragen .....	158
I.    Systematik des Vertragsrechts .....	158
II.   Staatlicher Verbraucherschutz.....	159
III.  Privatautonome Vertragsgestaltung .....	160
B. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes .....	163
I.    Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss .....	163
II.   Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung.....	166
C. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	209
Anhang 2: Länderbericht England .....	211
A. Prefatory Remarks.....	211
I.    Jurisdiction.....	211
II.   Consumer Construction Contracts.....	211
B. General Principles .....	213
I.    Structure of the Law of Contract .....	213
II.   Consumer Protection.....	214
III.  Standard Forms of Contract .....	214

C. Some Aspects of Consumer Protection.....	217
I.    Formation of Contract.....	217
II.   Execution of Contract .....	220
D. Procedural Aspects of Consumer Protection .....	246
E. Other Problems .....	247
Anhang 3: Länderbericht Frankreich .....	248
A. Einleitung.....	248
B. Grundfragen .....	249
I.    Systematik des Vertragsrechts .....	249
II.   Staatlicher Verbraucherschutz.....	254
III.  Privatautonome Vertragsgestaltung .....	256
C. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes .....	259
I.    Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss .....	259
II.   Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung .....	266
D. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	313
E. Nicht angesprochene Probleme .....	314
Anhang 4: Länderbericht Niederlande .....	326
A. General Principles .....	326
I.    Structure of the Law of Contract .....	326
II.   Consumer Protection.....	328
III.  Standard Forms of Contract .....	330
B. Some Aspects of Consumer Protection.....	333
I.    Formation of Contract.....	333
II.   Execution of Contract .....	336
C. Procedural Aspects of Consumer Protection .....	357
D. Other Problems .....	358
Anhang 5: Länderbericht Schweiz .....	363
A. Vorbemerkungen .....	363
B. Grundfragen .....	364
I.    Systematik des Vertragsrechts .....	364
II.   Staatlicher Verbraucherschutz.....	365

III.    Privatautonome Vertragsgestaltung .....	365
C.  Ausgestaltung des Verbraucherschutzes .....	367
I.    Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss .....	368
II.   Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung.....	370
D.  Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	391
E.  Nicht angesprochene Probleme .....	391

# Inhaltsverzeichnis

## Einführung

I.	Ausgangslage .....	1
1.	Rückgriff auf vorformulierte Klauselwerke .....	1
2.	Privatpersonen als Besteller .....	3
II.	Gang der Untersuchung .....	5
A.	Grundfragen .....	7
I.	Der Bauvertrag im System des Vertragsrechts .....	7
1.	Deutschland.....	7
2.	England .....	8
3.	Frankreich.....	8
a.	Allgemeines Werkvertragsregime.....	8
b.	Sonderregeln für den Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern.....	9
c.	Bauträgerverträge .....	10
d.	Contrat de promotion immobilière.....	10
e.	Zwingendes Recht .....	11
4.	Niederlande .....	11
5.	Schweiz .....	12
6.	Kurzresümee .....	12
II.	Staatlicher Verbraucherschutz .....	13
1.	Sonderregelungen für Verbraucherbauverträge .....	13
a.	Deutschland.....	13
b.	England.....	13
c.	Frankreich.....	13
d.	Niederlande.....	14
e.	Schweiz.....	15
2.	Privatautonome Vertragsgestaltung mittels Modell-AGB und Musterverträgen .....	15

a.	Deutschland.....	15
b.	England.....	16
c.	Frankreich.....	17
d.	Niederlande.....	19
e.	Schweiz.....	20
3.	Kurzresümee .....	21
B.	Ausgestaltung des Verbraucherschutzes.....	22
I.	Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss.....	22
1.	Formerfordernisse .....	22
a.	Deutschland.....	22
b.	England.....	23
c.	Frankreich.....	23
d.	Niederlande.....	23
e.	Schweiz.....	24
2.	Mindestinformationen .....	24
a.	Deutschland.....	24
(1)	Vorvertragliche Informationspflichten .....	24
(2)	Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt .....	25
b.	England.....	26
c.	Frankreich.....	26
(1)	Grundregel.....	26
(2)	Verträge über Ein- und Zweifamilienhäuser .....	27
(3)	Bauverträge über Wohngebäude .....	28
(4)	praktische Erfahrungen.....	29
d.	Niederlande.....	29
e.	Schweiz.....	30
3.	Widerrufsrecht .....	30
a.	Deutschland.....	30
b.	England.....	31
c.	Frankreich.....	31
d.	Niederlande.....	31
e.	Schweiz.....	32
4.	Funktional äquivalente Regelungen .....	32
a.	Deutschland.....	32
b.	England.....	32
c.	Frankreich.....	32
d.	Niederlande.....	32
e.	Schweiz.....	33

5. Kurzsümee ..... 33



II.	Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung.....	34
1.	Finanzströme und Sicherheiten.....	34
a.	Werklohnzahlung.....	34
(1)	Zeitpunkt der Werklohnzahlung.....	34
(a)	Deutschland.....	34
(b)	England.....	35
(c)	Frankreich.....	35
(d)	Niederlande.....	36
(e)	Schweiz.....	36
(2)	Privatautonome Vereinbarung von Voraus- oder Abschlagszahlungen.....	37
(a)	Deutschland.....	37
(b)	England.....	38
(c)	Frankreich.....	38
(d)	Niederlande.....	39
(e)	Schweiz.....	40
(3)	Sicherheitsleistung für künftige Werklohnforderung.....	40
(a)	Deutschland.....	40
(b)	England.....	41
(c)	Frankreich.....	42
(d)	Niederlande.....	42
(e)	Schweiz.....	42
(4)	Verjährung der Werklohnforderung.....	43
(a)	Deutschland.....	43
(b)	England.....	44
(c)	Frankreich.....	44
(d)	Niederlande.....	44
(e)	Schweiz.....	44
(5)	Kurzresümee.....	45
b.	Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung.....	46
(1)	Schutz durch Erfordernis der Abnahme.....	46
(a)	Deutschland.....	46
i.	Grundsätzliches.....	46
ii.	Abnahmefiktionen.....	47
iii.	Recht zur Abnahmeverweigerung.....	48
iv.	Auswirkung der Abnahme auf Vertragsstrafen.....	49
(b)	England.....	49
(c)	Frankreich.....	49
i.	Grundsätzliches.....	49
ii.	Recht zur Abnahmeverweigerung.....	50
iii.	Abschlagsforderungen.....	50
(d)	Niederlande.....	51
(e)	Schweiz.....	51
(2)	Erfordernis einer Rechnung.....	52
(a)	Deutschland.....	52
(b)	England.....	53
(c)	Frankreich.....	54
(d)	Niederlande.....	54
(e)	Schweiz.....	54
(3)	Zurückbehaltungsrecht bei Mängeln.....	54
(a)	Deutschland.....	54
(b)	England.....	55
(c)	Frankreich.....	56
(d)	Niederlande.....	56
(e)	Schweiz.....	56
(4)	Gewährleistungssicherheit.....	57

(a)	Deutschland .....	57
(b)	England .....	57
(c)	Frankreich .....	57
(d)	Niederlande .....	58
(e)	Schweiz .....	58
(5)	Schutz des Auftraggebers bei Abschlagszahlungen .....	59
(a)	Deutschland .....	59
(b)	England .....	61
(c)	Frankreich .....	61
(d)	Niederlande .....	62
(e)	Schweiz .....	62
(6)	Zahlungsansprüche von Subunternehmern .....	63
(a)	Deutschland .....	63
(b)	England .....	63
(c)	Frankreich .....	63
(d)	Niederlande .....	64
(e)	Schweiz .....	64
(7)	Beitreibung der Werklohnforderung .....	65
(a)	Deutschland .....	65
(b)	England .....	66
(c)	Frankreich .....	66
(d)	Niederlande .....	66
(e)	Schweiz .....	67
(8)	Kurzresümee .....	67
c.	Insolvenz des Unternehmers .....	70
(1)	Folgen der Insolvenz des Unternehmers .....	70
(a)	Deutschland .....	70
(b)	England .....	74
(c)	Frankreich .....	75
(d)	Niederlande .....	78
(e)	Schweiz .....	78
(2)	Privatautonome Sicherungsmechanismen .....	79
(a)	Deutschland .....	79
(b)	England .....	81
(c)	Frankreich .....	81
(d)	Niederlande .....	81
(e)	Schweiz .....	81
(3)	Kurzresümee .....	82
d.	Kostenanschlag .....	83
(1)	Deutschland .....	83
(2)	England .....	84
(3)	Frankreich .....	84
(4)	Niederlande .....	84
(5)	Schweiz .....	84
2.	Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung .....	85
a.	Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität .....	85
(1)	Deutschland .....	85
(a)	Gesetzliche Regelung .....	85
(b)	Privatautonome Gestaltung .....	86
(2)	England .....	86
(3)	Frankreich .....	87
(4)	Niederlande .....	88
(5)	Schweiz .....	88
b.	Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen .....	89
(1)	Deutschland .....	89
(2)	England .....	90
(3)	Frankreich .....	90

(4) Niederlande.....	90
(5) Schweiz.....	91
c. Kurzfassunge.....	91
3. Gefahrtragung .....	92
a. Deutschland.....	92
b. England.....	92
c. Frankreich.....	93
d. Niederlande.....	93
e. Schweiz.....	93
4. Pflichtverletzung des Unternehmers.....	94
a. Baumängel: Grundfragen .....	94
(1) Begriffsbestimmung .....	94
(a) Deutschland .....	94
(b) England .....	95
(c) Frankreich .....	95
(d) Niederlande.....	95
(e) Schweiz.....	96
(2) Verschuldensunabhängige Gewährleistungsrechte des Auftraggebers .....	96
(a) Deutschland .....	96
(b) England .....	98
(c) Frankreich .....	98
(d) Niederlande.....	100
(e) Schweiz.....	100
(3) Zusätzliche Ansprüche bei Verschulden oder Vertretenmüssen des Unternehmers .....	101
(a) Deutschland .....	101
(b) England .....	101
(c) Frankreich .....	101
(d) Niederlande.....	102
(e) Schweiz.....	102
(4) Mängelrüge.....	102
(a) Deutschland .....	102
(b) England .....	103
(c) Frankreich .....	103
(d) Niederlande.....	103
(e) Schweiz.....	104
(5) Gewährleistungsfrist .....	104
(a) Deutschland .....	104
(b) England .....	106
(c) Frankreich .....	106
(d) Niederlande.....	107
(e) Schweiz.....	107
(6) Beweislastverteilung .....	108
(a) Deutschland .....	108
(b) England .....	108
(c) Frankreich .....	108
(d) Niederlande.....	109
(e) Schweiz.....	109
(7) Kurzfassunge .....	110
b. Baumängel: Einzelaspekte .....	112
(1) Nacherfüllung und Einwand der Unverhältnismäßigkeit.....	112
(a) Deutschland .....	112
(b) England .....	112

(c) Frankreich .....	113
(d) Niederlande .....	113
(e) Schweiz .....	113
(2) Vorteilsausgleich „Neu für Alt“ .....	113
(a) Deutschland .....	113
(b) England .....	114
(c) Frankreich .....	114
(d) Niederlande .....	114
(e) Schweiz .....	114
(3) Kostenvorschuss bei Selbstvornahme .....	114
(a) Deutschland .....	114
(b) England .....	115
(c) Frankreich .....	115
(d) Niederlande .....	115
(e) Schweiz .....	115
(4) Kurzresümee .....	115
c. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung.....	115
(1) Ausschluss einzelner Gewährleistungsrechte .....	116
(a) Deutschland .....	116
(b) England .....	116
(c) Frankreich .....	117
(d) Schweiz .....	117
(2) Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Mängel.....	117
(a) Deutschland .....	117
(b) England .....	117
(c) Frankreich .....	118
(d) Niederlande .....	118
(e) Schweiz .....	118
(3) Beschränkung der Gewährleistung auf Fälle schuldhaften Handelns .....	118
(a) Deutschland .....	118
(b) England .....	118
(c) Frankreich .....	119
(d) Niederlande .....	119
(e) Schweiz .....	119
(4) Haftungsausschluss für bloß mittelbar verursachte Schäden .....	119
(a) Deutschland .....	119
(b) England .....	120
(c) Frankreich .....	120
(d) Niederlande .....	120
(e) Schweiz .....	121
(5) Kumulative Begrenzung der Schadensersatzhaftung wegen leichter Fahrlässigkeit auf unmittelbare Schäden und Fälle wesentlicher Mängel .....	121
(6) Begrenzung der Schadensersatzhaftung auf Fälle versicherbarer Risiken .....	121
(7) Summenmäßige Begrenzung der Haftung des Unternehmers? .....	122
(8) Verkürzung der Gewährleistungsfrist .....	122
(a) Deutschland .....	122
(b) England .....	123
(c) Frankreich .....	123
(d) Niederlande .....	123
(e) Schweiz .....	124
(9) Kurzresümee .....	124
d. Langsame Bauausführung.....	124
(1) Deutschland .....	124
(2) England.....	127
(3) Frankreich.....	128
(4) Niederlande.....	128
(5) Schweiz.....	128

C. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	129
I.    Deutschland.....	129
II.   England.....	130
III.  Frankreich.....	130
IV.  Niederlande .....	130
V.    Schweiz .....	131
D. Resümee .....	132
I.    Grundansätze einer möglichen Weiterentwicklung des Bauvertragsrechts .....	132
II.   Empfehlungen zur inhaltlichen Ausgestaltung.....	135
1.  Notarielle Form versus Widerrufsrecht .....	135
2.  Insolvenzabsicherung.....	139
3.  Zurückbehaltungsrecht bei Mängeln.....	142
4.  Gewährleistungsfristen .....	143
5.  Beweislast bei der Mängelhaftung.....	145
6.  Absicherung künftiger Werklohnforderungen .....	146
7.  Obergrenzen für Abschlagszahlungen .....	148
8.  Absicherung von Subunternehmern .....	150
9.  Einsatz alternativer Streitbeilegungsmethoden.....	151
III.  Abschließende Würdigung und Fazit.....	153
Anhang 1: Länderbericht Deutschland .....	158
A. Grundfragen .....	158
I.    Systematik des Vertragsrechts .....	158

II.	Staatlicher Verbraucherschutz .....	159
III.	Privatautonome Vertragsgestaltung .....	160
B.	Ausgestaltung des Verbraucherschutzes.....	163
I.	Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss.....	163
1.	Formerfordernisse .....	163
2.	Mindestinformationen .....	164
3.	Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen .....	165
4.	Andere funktional äquivalente Regelungen .....	166
II.	Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung.....	166
1.	Finanzströme und Sicherheiten.....	166
a.	Zeitpunkt der Werklohnzahlung.....	166
b.	Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung.....	172
c.	Insolvenz des Unternehmers.....	183
d.	Kostenanschlag .....	189
2.	Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung.....	190
a.	Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität.....	190
b.	Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen .....	192
3.	Gefahrtragung .....	193
4.	Pflichtverletzung des Unternehmers.....	194
a.	Baumängel: Grundfragen .....	194
b.	Baumängel: Einzelaspekte .....	201
c.	Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung.....	202
d.	Andere Pflichtverletzungen des Unternehmers.....	206
C.	Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	209
Anhang 2: Länderbericht England.....		211
A.	Prefatory Remarks.....	211
I.	Jurisdiction.....	211
II.	Consumer Construction Contracts .....	211

B. General Principles .....	213
I. Structure of the Law of Contract.....	213
II. Consumer Protection .....	214
III. Standard Forms of Contract .....	214
C. Some Aspects of Consumer Protection .....	217
I. Formation of Contract.....	217
1. Formal Requirements .....	217
2. Minimum Standard of Information.....	218
3. Right of Withdrawal .....	219
4. Equivalent Instruments .....	220
II. Execution of Contract .....	220
1. Payment .....	220
a. Payment Date .....	220
b. Quid Pro Quo.....	224
c. Contractor's Insolvency .....	231
d. Estimation of Costs.....	232
2. Possibilities to Adjust or Terminate the Contract .....	233
a. Variations .....	233
b. Determination of the Contract.....	235
3. Bearing the Risk .....	235
4. Breach of Contract by the Contractor .....	236
a. Defective Work: General Aspects.....	236
b. Defective Work: Specific Aspects .....	240
c. Exclusion and Restriction of Liability for Defects.....	242
d. Other Breaches of Contract by the Contractor .....	245
D. Procedural Aspects of Consumer Protection .....	246
E. Other Problems.....	247
Anhang 3: Länderbericht Frankreich .....	248
A. Einleitung.....	248

B. Grundfragen .....	249
I.    Systematik des Vertragsrechts .....	249
II.   Staatlicher Verbraucherschutz .....	254
III.  Privatautonome Vertragsgestaltung .....	256
C. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes .....	259
I.    Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss .....	259
1.  Formerfordernisse .....	259
2.  Mindestinformationen .....	260
3.  Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen .....	263
4.  Andere funktional äquivalente Regelungen .....	264
II.   Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung .....	266
1.  Finanzströme und Sicherheiten .....	266
a.  Zeitpunkt der Werklohnzahlung .....	266
b.  Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung .....	270
c.  Insolvenz des Unternehmers .....	281
d.  Kostenanschlag .....	291
2.  Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung .....	292
a.  Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität .....	292
b.  Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen .....	294
3.  Gefahrtragung .....	296
4.  Pflichtverletzung des Unternehmers .....	298
a.  Baumängel: Grundfragen .....	298
b.  Baumängel: Einzelaspekte .....	307
c.  Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung .....	309
d.  Andere Pflichtverletzungen des Unternehmers .....	311
D. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	313
E. Nicht angesprochene Probleme .....	314



Anhang 4: Länderbericht Niederlande .....	326
A. General Principles .....	326
I. Structure of the Law of Contract.....	326
II. Consumer Protection .....	328
III. Standard Forms of Contract .....	330
B. Some Aspects of Consumer Protection .....	333
I. Formation of Contract.....	333
1. Formal Requirements .....	333
2. Minimum Standard of Information.....	333
3. Right of Withdrawal .....	335
4. Equivalent Instruments .....	335
II. Execution of Contract .....	336
1. Payment .....	336
a. Payment Date .....	336
b. Quid pro Quo .....	337
c. Contractor's Insolvency .....	343
d. Estimation of Costs .....	345
2. Possibilities to Adjust or Terminate the Contract .....	345
a. Variations .....	345
b. Determination of the Contract.....	347
3. Bearing the Risk .....	348
4. Breach of Contract by the Contractor .....	349
a. Defective Work: General Aspects.....	349
b. Defective Work: Specific Aspects .....	353
c. Exclusion and Restriction of Liability for Defects.....	355
d. Other Breaches of Contract by the Contractor .....	356
C. Procedural Aspects of Consumer Protection .....	357
D. Other Problems.....	358

Anhang 5: Länderbericht Schweiz.....	363
A. Vorbemerkungen .....	363
B. Grundfragen .....	364
I.    Systematik des Vertragsrechts .....	364
II.   Staatlicher Verbraucherschutz .....	365
III.  Privatautonome Vertragsgestaltung .....	365
C. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes.....	367
I.    Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss.....	368
1. Formerfordernisse .....	368
2. Mindestinformationen .....	368
3. Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen .....	369
4. Andere funktional äquivalente Regelungen .....	370
II.   Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung.....	370
1. Finanzströme und Sicherheiten .....	370
a. Zeitpunkt der Werklohnzahlung.....	370
b. Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung.....	372
c. Insolvenz des Unternehmers.....	378
d. Kostenanschlag .....	379
2. Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung .....	380
a. Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität.....	380
b. Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen .....	382
3. Gefahrtragung .....	382
4. Pflichtverletzung des Unternehmers.....	383
a. Baumängel: Grundfragen .....	383
b. Baumängel: Einzelaspekte .....	387
c. Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung .....	388
d. Andere Pflichtverletzungen des Unternehmers .....	390

D. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes .....	391
E. Nicht angesprochene Probleme.....	391

## Einführung

### I. Ausgangslage

Der Bauvertrag ist kein eigenständiger Vertragstyp des BGB. Er ist dem allgemeinen Werkvertragsregime unterworfen, das nur sehr vereinzelt bauvertragsspezifische Normen umfasst.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund wird angesichts der zunehmenden Komplexität von Bauprojekten seit Langem beklagt, dass die gesetzlichen Regelungen den Besonderheiten von Bauverträgen nicht mehr in ausreichendem Maße Rechnung tragen.<sup>2</sup>

#### 1. Rückgriff auf vorformulierte Klauselwerke

Wird die (dispositive) gesetzliche Regelung eines Sachverhalts den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht, so reagiert der betroffene Verkehrskreis mit der privatautonomen Vereinbarung anderer Regeln, die ihm sachgerechter erscheinen. Dementsprechend ist in der deutschen Bauwirtschaft bei Abschluss eines Bauvertrages die Einbeziehung vorformulierter Klauselwerke, die für die Durchführung von Bauvorhaben entwickelt worden sind, üblich geworden. Dieser Befund an sich stellt zwar keine Besonderheit dar; freilich gehen die Geltungskraft und der Grad der juristischen Durchdringung dieser Klauselwerke in der Bauwirtschaft besonders weit. Besondere Bedeutung kommt dabei Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) zu. Dabei handelt es sich um ein sehr häufig verwendetes Klauselwerk, das von dem deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen entwickelt worden ist und regelmäßig aktualisiert wird. Diesem

---

<sup>1</sup> Vgl. bspw. § 648 Abs. 1 und § 648a BGB.

<sup>2</sup> S. bspw. MünchKomm/*Busche*, 4. Aufl. München 2005, § 631 BGB Rn. 126; MESSERSCHMIDT/KAPPELLMANN/*von Rintelen*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, Einl. VOB/B Rn. 42; MESSERSCHMIDT/VOIT/*Voit*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt A Rn. 4 und 12.

Ausschuss gehören sowohl Vertreter der öffentlichen Hand als auch Vertreter der Wirtschaft an.<sup>3</sup>

Geschaffen wurde die VOB aber ursprünglich zur Bekämpfung von Missständen im öffentlichen Auftragswesen.<sup>4</sup> Hiervon zeugt noch heute Teil A der VOB, der Richtlinien zur Vergabe von Bauwerkleistungen aufstellt und in § 3 Nr. 2 die öffentliche Ausschreibung von Bauleistungen vorsieht. Vorrangiges Ziel war es also, die zuvor undurchsichtige Auftragsvergabe der öffentlichen Hand in ein transparenteres System zu überführen.<sup>5</sup> Für die Abwicklung von Bauverträgen sind nur die Teile B und C der VOB von Bedeutung. Teil B enthält „*Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*“, Teil C „*Allgemeine Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen*“.<sup>6</sup>

Die VOB/B ist kein Gesetz und gilt auch nicht gewohnheitsrechtlich. Um ihr Geltung zu verschaffen, müssen die Parteien sie kraft Vereinbarung in den Vertrag einbeziehen.<sup>7</sup> In der Regel wird eine Seite die VOB/B in den Vertrag einführen, so dass deren Regelungen AGB-Charakter haben<sup>8</sup> und daher grundsätzlich einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen müssten. Bestandteile der VOB/B, die den anderen Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wären demnach unwirksam.

Die Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass die Regelungen der VOB/B „*einen der Eigenart des Bauvertrags angepaßten gerechten Ausgleich zwischen den Belangen des Bauherrn und des Bauunternehmers*“ bezwecken,<sup>9</sup> bzw. dass sie einen „*im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der Interessen*“

---

<sup>3</sup> Genauere Informationen über den Ausschuss und dessen Arbeit finden sich unter <http://www.bmvbs.de/dokumente/-,302.4158/Artikel/dokument.htm>

<sup>4</sup> Staudinger/*Peters* (2003), Vorbem. zu §§ 631 ff. BGB Rn. 77. Allgemein zur Entwicklungsgeschichte der VOB INGENSTAU/KORBION/*Vygen*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, Einleitung Rn. 12 ff.

<sup>5</sup> MünchKomm/*Busche*, 4. Aufl. München 2005, § 631 BGB Rn. 133.

<sup>6</sup> Zumindest dem 4. und 5. Abschnitt von Teil C kommt vertragsrechtlicher Charakter zu; vgl. BGH NJW-RR 2004, 1248, 1249 sowie allgemein MESSERSCHMIDT/VOIT/*Schwenker*, Privates Baurecht, München 2008, Teil F Rn. 31 ff.

<sup>7</sup> KAPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*von Rintelen*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, Einl. VOB/B Rn. 38.

<sup>8</sup> Vgl. aber INGENSTAU/KORBION/*Vygen*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, Einleitung Rn. 27, der darauf hinweist, dass es im Unternehmerverkehr in jedem Einzelfall einer sehr sorgfältigen Prüfung bedürfe, ob die VOB/B wirklich von einer Seite gestellt worden seien oder deren Verwendung nicht von beiden Seiten in gleichem Maße intendiert gewesen sei.

<sup>9</sup> BGH NJW 1959, 142.

bewirken.<sup>10</sup> Aus dieser Feststellung heraus folgte die Rechtsprechung vor der Schuldrechtsmodernisierung im Jahre 2001, dass die Einzelbestimmungen der VOB/B einer Inhaltskontrolle am Maßstab des AGBG entzogen waren, sofern die VOB/B in toto ohne inhaltliche Abweichungen Vertragsbestandteil geworden war.<sup>11</sup>

Ob der BGH diesen Kurs unter Geltung des neuen Schuldrechts fortsetzen wird, hat er bisher offengelassen.<sup>12</sup> Zweifel daran hat der Gesetzgeber dadurch genährt, dass er im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nicht sämtliche Regelungen der VOB von der AGB-Kontrolle ausgenommen hat, sondern lediglich – wie schon zuvor in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG – im Rahmen von zwei besonderen Klauselverboten eine Privilegierung der VOB statuiert hat, nämlich in § 308 Nr. 5 BGB (fingierte Erklärungen) und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB (Erleichterung der Verjährung). Darüber hinaus bestehen grundsätzliche Zweifel an der Vereinbarkeit einer Privilegierung der VOB mit der europäischen Klauselrichtlinie (ausführlich dazu unten S. 15).

## **2. Privatpersonen als Besteller**

Die soeben beschriebene formularmäßige Abkehr vom dispositiven Gesetzesrecht hat einen solchen Umfang angenommen, dass sich die in der Praxis angewandten Regelungen zu großen Teilen nicht mehr aus dem gesetzlichen Werkvertragsrecht ergeben.<sup>13</sup> Dies gilt nicht nur für Bauverträge der öffentlichen Hand oder von gewerblichen Bestellern. Der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ schätzt, dass Teil B der VOB auch 70 bis 80 Prozent aller Verbraucherbauverträge zugrunde liegt.<sup>14</sup> Dies führt gem. § 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B regelmäßig dazu, dass die „*Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen*“ in Teil C der VOB ebenfalls Vertragsbestandteil werden, sofern dies wirksam vereinbart wurde, sei es nach allgemeinem Vertragsrecht im Unternehmensverkehr, sei es unter Beachtung

---

<sup>10</sup> BGHZ 86, 135 ff., 141; 111, 394 ff., 397; BGH NJW 1996, 1346 ff., 1347.

<sup>11</sup> BGHZ 86, 135 ff., 142; seit BGH NJW 2004, 1597 – diese Entscheidung betrifft noch das frühere AGBG – mit der Maßgabe, dass unabhängig vom Gewicht der Modifikation jedes Abweichen von der VOB/B den Weg zu einer Inhaltskontrolle am Maßstab des AGBG eröffnet (s. dazu ausführlich unten S. 15).

<sup>12</sup> Ganz ausdrücklich BGH NJW 2004, 1597; das KG geht hingegen davon aus, dass sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert hat, NZBau 2007, 584, 586. Das KG hat aber die Revision zugelassen. Derzeit ist das Verfahren beim BGH anhängig unter dem Az. VII ZR 55/07.

<sup>13</sup> MünchKomm/Busche, 4. Aufl. München 2005, § 631 BGB Rn. 126.

<sup>14</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 4, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

der Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB bei Verwendung gegenüber Nichtunternehmern.<sup>15</sup>

Dabei drängt sich aus verbraucherrechtlicher Sicht die Frage auf, ob die ursprünglich für die Vergabe und Abwicklung öffentlicher Aufträge geschaffene VOB den Belangen von Verbrauchern als Bestellern von Bauleistungen hinreichend Rechnung trägt.<sup>16</sup> Beklagt werden neben der bereits erwähnten Privilegierung der VOB/B im AGB-Recht – gegen die auch ein vom Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. in Auftrag gegebenes Gutachten ins Feld geführt wird<sup>17</sup> – mangelnde gesetzliche Regelungen zur Gewährleistung von Angebotstransparenz, Kostensicherheit und Qualitätssicherung.<sup>18</sup> Die Kritik erstreckt sich nicht nur auf die *lex lata*, sondern auch auf die *lex ferenda* in Gestalt des Entwurfs eines Forderungssicherungsgesetzes.<sup>19</sup> Die im Einzelnen vorgebrachten *monita* sowie die darauf aufbauenden Verbesserungsvorschläge betreffen folgende Bereiche:

- Schutz des Verbrauchers vor einem übereiltem Bauvertragsschluss;
- Schutz des Verbrauchers vor einem Bauvertragsschluss auf unzureichender Informationsgrundlage;
- Schutz des Verbrauchers vor Vorleistung;
- Genereller Schutz des Verbrauchers vor unangemessenen allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauunternehmers;
- Absicherung des Verbrauchers im Insolvenzfall des Bauunternehmers;

---

<sup>15</sup> Die technischen Regeln in Abschnitt 2 und 3 der VOB/C können freilich auch ohne Einbeziehung insoweit Wirkung entfalten, als der Unternehmer ohnehin gem. §§ 631 Abs. 1 i.V.m. 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB ein Werk schuldet, das den Allgemeinen Regeln der Technik entspricht. Soweit also die in Abschnitt 2 und 3 der VOB/C aufgeführten Regeln den Allgemeinen Regeln der Technik entsprechen, ist die vertragliche Einbeziehung irrelevant. Entscheidend bleibt die Frage der Einbeziehung aber für die vertragsrechtlichen Abschnitte 4 und 5 der VOB/C sowie die übrigen Regeln, die von den Allgemeinen Regeln der Technik abweichen. Vgl. dazu MESSERSCHMIDT/KAPPELLMANN/*von Rintelen*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 1 VOB/B Rn. 19 ff.

<sup>16</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005; ebenfalls kritisch *Kniffka*, Das gesetzliche Bauvertragsrecht, Mannheim 2006, vor § 631 BGB Rn. 35 und *Tempel*, NZBau 2002, 465 ff. sowie 532 ff., 538.

<sup>17</sup> *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern und die VOB Teil B, Zur Bedeutung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Berlin 2005.

<sup>18</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 2, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>19</sup> BT-Drs. 16/511 vom 2. Feb. 2006.

- Erleichterung der Durchsetzbarkeit von Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen des Verbrauchers;
- Schutz des Verbrauchers gegen vorläufige Titulierung unberechtigter Werklohnforderungen.

Vor dem Hintergrund dieser Reformvorschläge verfolgt die vorliegende Studie das Ziel, das Bauvertragsrecht in England, Frankreich, den Niederlanden und der Schweiz zu untersuchen, um aus den Erfahrungen dieser Länder Orientierungshilfen für eine mögliche Reform des deutschen Bauvertragsrechts abzuleiten. Der Fokus der Untersuchung liegt dabei auf den angesprochenen Bereichen; wo es zur besseren Verdeutlichung der Gesamtzusammenhänge erforderlich erscheint, werden freilich auch darüber hinausgehende Probleme, die sich bei Abschluss und Durchführung von Verbraucherbauverträgen stellen, thematisiert und Bauverträge in den Blick genommen, an denen zwar kein Verbraucher beteiligt ist, die von ihrer Struktur her aber mit Verbraucherbauverträgen vergleichbar sind.

## **II. Gang der Untersuchung**

Basierend auf dem funktionalen Ansatz der rechtsvergleichenden Wissenschaft ist im Folgenden nicht von den deutschen Regelungen des Bauvertragsrechts auszugehen, sondern von den tatsächlichen Problemen, die sich bei der Verwirklichung von Bauvorhaben ergeben. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass die ausländischen Lösungsansätze in ihrem jeweiligen Kontext umfassend dargestellt und beleuchtet werden können.

Auf der Grundlage dieses problemorientierten Ansatzes bietet es sich an, die verschiedenen Stadien von Bauprojekten in chronologischer Reihenfolge durchzuspielen und die einzelnen Rechtsordnungen daraufhin zu untersuchen, wie sie die im jeweiligen Stadium auftretenden Probleme bewältigen. So ergibt sich eine zeitliche Zweiteilung in die Phase des Vertragsschlusses und die Phase der Vertragsdurchführung. Die sich an diesem roten Faden orientierende Analyse bildet das Kernstück der rechtsvergleichenden Untersuchung (**B**).

Zuvor soll in einem einleitenden Abschnitt ein Überblick über die grundsätzliche Systematik der zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnungen gegeben werden. Von besonderem Interesse ist dabei, ob diese Rechtsordnungen im Bereich des



Bauvertragsrechts spezielle Verbraucherschutzregelungen aufweisen und welche Rolle Musterverträge oder Modell-AGB spielen **(A)**.

Im abschließenden Teil der Untersuchung soll geklärt werden, inwieweit ein etwaiger materiell-rechtlicher Verbraucherschutz prozessual flankiert ist **(C)**.

## A. Grundfragen<sup>20</sup>

### I. Der Bauvertrag im System des Vertragsrechts

#### 1. Deutschland

Wie bereits in der Einführung erwähnt, unterliegt der Bauvertrag im deutschen Recht den allgemeinen Regelungen über den Werkvertrag. Diese unterscheiden nicht zwischen verschiedenen Bauvertragstypen.

Für Bauträgerverträge<sup>21</sup> sind neben dem Werkvertragsrecht insbesondere auch die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (AbschlagsV) sowie die Verordnung über die Pflichten der Makler-, Darlehens- und Anlagenvermittler, Bauträger und Baubetreuer (Makler- und Bauträgerverordnung – MaBV) zu beachten.

Die werkvertraglichen Regelungen des BGB sind grundsätzlich dispositiver Natur.<sup>22</sup> Abweichende Vertragsbestimmungen stehen freilich unter dem Vorbehalt der AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB. Die Regelungen der MaBV sind hingegen öffentlich-rechtlicher Natur und als Gewerberecht vom Bauträger zwingend bei der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung zu beachten.<sup>23</sup> Vertragliche Regelungen, die in Widerspruch zu den in der MaBV statuierten Verboten stehen, sind gem. § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtig. Ein Verstoß gegen die Vorschriften der MaBV kann außerdem gem. § 18 MaBV als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

---

<sup>20</sup> Sofern keine Verweise auf Literatur oder Rechtsprechung vermerkt sind, beruhen die folgenden Angaben der rechtsvergleichenden Untersuchung auf den Länderberichten sowie auf den Tagungsbeiträgen der Landesberichterstatter; die Länderberichte sind im Anhang abgedruckt; dort finden sich unter dem jeweiligen Unterpunkt meist noch zusätzliche Details.

<sup>21</sup> Das kaufrechtliche Element der Bauträgerverträge soll hier nicht weiter behandelt werden.

<sup>22</sup> Eine Ausnahme stellt § 639 BGB dar.

<sup>23</sup> Thode, Immobilienrecht 2000, 267, 283 ff.; MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 41 ff.

## 2. England

Die wichtigste<sup>24</sup> englische Gesetzesregelung für Bauverträge findet sich im *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*. Dessen Regelungen sind zwingender Natur. Er gilt in seinem ersten Teil aber nur für staatlich subventionierte Bauvorhaben, und Teil 2 findet gem. *section 106* gerade dann keine Anwendung, wenn der Auftraggeber selbst das zu errichtende Gebäude zu Wohnzwecken nutzen möchte. Auf mündlich geschlossene Verträge ist der *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* generell nicht anwendbar (vgl. *section 107*).

Das englische Bauvertragsrecht ist daher in erster Linie durch die Rechtsprechung Fall für Fall entwickelt worden. Die einzelnen Regelungen werden daher im jeweiligen Zusammenhang dargestellt.

## 3. Frankreich

In Frankreich gibt es sowohl im *Code civil* (im Folgenden C. civ.) als auch im *Code de la construction et de l'habitation* (im Folgenden CCH) spezielle Regelungen für Bauverträge. Diese unterscheiden drei verschiedene Kategorien von Bauverträgen: Solche, die dem Werkvertrag zuzuordnen sind, solche, die dem Kaufvertrag zuzuordnen sind und schließlich solche, die dem Auftrag zuzuordnen sind. Innerhalb dieser drei Kategorien bestehen wiederum verschiedene Bauvertrags-typen, die unterschiedlichen Regeln folgen.

### a. Allgemeines Werkvertragsregime

Der grundlegende Vertragstyp ist der Werkvertrag („*contrat de louage d'ouvrage*“ oder „*contrat d'entreprise*“<sup>25</sup>), der in den Art. 1779 f. und 1792 C. civ. geregelt ist.

Eine Definition des Werkvertrags findet sich in Art. 1779 C. civ. Demnach fallen sämtliche Verträge, in denen ein Architekt, Bauunternehmer, Dachdecker, Elektriker etc. seinem Vertragspartner gegen Vergütung die Durchführung von Arbeiten zur Errichtung eines Gebäudes verspricht, zunächst unter die allgemeinen Vorschriften des Werkvertrags. Unter diesen allgemeinen Regelungen des *Code civil* finden sich

---

<sup>24</sup> Es gibt noch technische Regelungen wie den *Defective Premises Act 1972*.

<sup>25</sup> Im privaten Baurecht wird dieser Vertragstyp auch „*maîtrise d'oeuvre*“ genannt.

auch zwingende Haftungsvorschriften, auf die im jeweiligen Kontext zurückzukommen sein wird.

## **b. Sonderregeln für den Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern**

Für Verträge, die den Bau eines Ein- oder Zweifamilienhauses auf einem Grundstück des Auftraggebers<sup>26</sup> betreffen,<sup>27</sup> gelten neben den allgemeinen Werkvertragsregeln spezielle Regelungen des *Code de la construction et de l'habitation*. Dabei geht es in den meisten Fällen um Form-, Garantie- und Haftungsvorschriften sowie darüber hinausgehende Schutzvorschriften zugunsten des Auftraggebers. All diese Vorschriften sind gem. Art. L. 230-1 CCH zwingender Natur.

Die Gruppe der Verträge über den Bau von Ein- und Zweifamilienhäusern lässt sich wiederum in zwei Untergruppen unterteilen:

- Den „*Contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture d'un plan*“ (Bauvertrag über ein Ein- oder Zweifamilienhaus mit Planerstellung) i.S.d. Art. L. 231-1 ff. CCH. Dieser Vertragstyp zeichnet sich innerhalb des französischen Bauvertragsrechts durch den höchsten Auftraggeberschutz aus.
- Den „*Contrat de construction d'une maison individuelle sans fourniture d'un plan*“ (Bauvertrag über ein Ein- oder Zweifamilienhaus ohne Planerstellung) i.S.d. Art. L. 232-1 ff. CCH. Dieser Vertrag verpflichtet den Baunternehmer, ein Gebäude zu einem Festpreis zumindest bis zur Errichtung des Daches, der Isolation, der Balkone und der Schließung des Gebäudes durch Fenster und Türen<sup>28</sup> zu erbauen. Bei diesem Vertragstyp ist der Auftraggeberschutz weniger ausgeprägt als bei dem zuerst genannten, aber deutlich höher als bei einem reinen Werkvertrag.

Soweit ein Unternehmer einen Plan selbst erstellt oder anderweitig zur Verfügung stellt und sich verpflichtet, einen Teil oder die Gesamtheit der erforderlichen Bauarbeiten zu einem Pauschalpreis durchzuführen, liegt unabhängig von der

---

<sup>26</sup> Dem Grundstückseigentum des Auftraggebers wird ein Recht gleichgestellt, auf dem Grundstück wie ein Eigentümer ein Gebäude errichten zu dürfen (z.B. als Erbbauberechtigter).

<sup>27</sup> Im Folgenden wird dieser Bauvertragstyp verkürzt als „Vertrag über die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses“ bezeichnet.

<sup>28</sup> „*Travaux de gros oeuvre, de mise hors d'eau, et hors d'air*“.

Bezeichnung, die die Parteien dem Vertrag gegeben haben, ein Bauvertrag über ein Ein- oder Zweifamilienhaus vor.<sup>29</sup> Daraus folgt die Anwendung der zwingenden Vorschriften des CCH.<sup>30</sup>

### **c. Bauträgerverträge**

Der „*Contrat de vente d'immeuble à construire*“ (Kaufvertrag über ein zu erstellendes Gebäude) ist den besonderen Regelungen der Art. 1601-1 bis 1601-4, 1642-1, 1646-1 und 1648 Abs. 2 C. civ. unterworfen. Die Besonderheit dieses Vertrags liegt darin, dass sich der Unternehmer neben der Errichtung eines Gebäudes dazu verpflichtet, seinem Vertragspartner das Eigentum an dem zu bebauenden Grundstück zu übertragen. Es handelt sich also um einen Spezialfall des Kaufvertrags mit besonderen Regelungen über die Errichtung eines Gebäudes. Dieser Vertragstyp untergliedert sich wiederum in zwei Untertypen:

- Den „*Vente en l'état futur d'achèvement*“ (Kaufvertrag über ein zukünftiges Gebäude) und
- Den „*Vente à terme*“ (Kaufvertrag mit aufschiebender Bedingung der Fertigstellung des Gebäudes).

Wird der Vertrag erst geschlossen, wenn das Gebäude bereits erstellt ist, handelt es sich hingegen nicht um einen Bauträgervertrag, sondern um einen klassischen Immobilienkaufvertrag, den sog. „*Vente clés en mains*“. Dieser unterliegt den allgemeinen Regelungen des *Code civil* über Kaufverträge.

### **d. Contrat de promotion immobilière**

Bei dem „*Contrat de promotion immobilière*“ erteilt der Grundstückseigentümer einem Unternehmer den Auftrag, zu einem bestimmten Preis ein Gebäude auf seinem Grundstück zu erstellen. Es handelt sich um eine Unterform des Auftrags i.S.v. Art. 1831-1 C. civ., der grundsätzlich den allgemeinen Regelungen des *Code civil* unterliegt.<sup>31</sup> Ist Vertragsgegenstand die Errichtung eines Gebäudes, das

---

<sup>29</sup> Vgl. Länderbericht Frankreich, S. 248 unter Verweis auf eine *réponse ministérielle*.

<sup>30</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 27. Juni 2001, RDI 2002, 76 mit Anmerkung *Tomasin*.

<sup>31</sup> Diese sind identisch mit den Art. L. 221-1–L. 221-5 CCH.

zumindest auch zu Wohnzwecken genutzt werden soll, so sind ergänzend die speziellen Schutzvorschriften der Art. L. 222-1 ff. CCH heranzuziehen.

Der Unternehmer kann das Gebäude selbst errichten, sofern er über entsprechende Möglichkeiten verfügt (Generalunternehmer). Dann unterliegt er den Haftungsregeln für Werkunternehmer. Alternativ kann er sich darauf beschränken, für Rechnung des Auftraggebers Verträge mit Architekten und Bauunternehmern zur Errichtung des vertraglich vereinbarten Gebäudes abzuschließen (Generalübernehmer). In diesem Fall greifen die speziellen Haftungsregeln des *Code de la construction et de l'habitation*.

Die Abgrenzung zwischen dem Generalunternehmervertrag und dem Bauvertrag über ein Ein- oder Zweifamilienhaus ist problematisch. In beiden Fällen ist der Auftraggeber Eigentümer des Grundstücks und lässt durch den Unternehmer ein Gebäude errichten. Aber in letzterem Fall ist der Auftraggeber durch zwingende Gesetzesregelungen deutlich besser geschützt als in ersterem. Die Rechtsprechung grenzt die beiden Vertragstypen danach ab, ob der Unternehmer das Recht hat, im Namen des Auftraggebers mit Dritten Verträge zur Bauausführung abzuschließen.<sup>32</sup>

#### **e. Zwingendes Recht**

Die Vorschriften über die Haftung des Unternehmers sowie die übrigen zugunsten des Auftraggebers etablierten Schutzvorschriften sind im französischen Recht grundsätzlich zwingender Natur.

### **4. Niederlande**

In den Niederlanden unterliegen Bauverträge teilweise den kaufrechtlichen und teilweise den werkvertraglichen Vorschriften des niederländischen Zivilgesetzbuches (Titel 1 und 12 von Buch 7). Darunter finden sich auch einige verbraucher-schützende Vorschriften, die zwingender Natur sind (ausführlich dazu unten S. 14).

Die Bücher 3 und 6 des niederländischen Zivilgesetzbuches, die das allgemeine Vertragsrecht umfassen, spielen ebenfalls eine große Rolle.

---

<sup>32</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 1. Feb. 1972, bull. civ. III, n°73.

Ein Charakteristikum der niederländischen Baubranche ist die regelmäßige Verwendung von Modellverträgen (ausführlich dazu unten S. 19).

## **5. Schweiz**

In der Schweiz gibt es keine Spezialregelungen für Bauverträge. Sie unterliegen daher dem allgemeinen Werkvertragsregime der Art. 363 ff. OR.

Architektenverträge, in denen dem Architekten neben der Planung auch die Bauleitung (Gesamtvertrag) oder nur die Bauleitung übertragen wird, unterliegen hingegen dem Auftragsrecht in den Art. 394 ff. OR. Anders als im deutschen Recht kann ein Auftrag nach schweizerischem Recht also wie in Frankreich entgeltlich sein. Bei einem Gesamtvertrag ist auf den Planungsteil allerdings Werkvertragsrecht anzuwenden. Dies wird vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass reine Planungsverträge ebenfalls dem Werkvertragsregime folgen.

Das Werkvertragsrecht ist durchgehend dispositiv, während die Regelung zur jederzeitigen grundlosen Beendigung des Auftrags in Art. 404 OR zwingender Natur ist.

## **6. Kurzsüme**

Aus der Gruppe der hier untersuchten Rechtsordnungen sticht die französische aufgrund ihrer detailreichen Regelung verschiedener Bauvertragstypen besonders hervor. Das Regelungskonzept des französischen Gesetzgebers verursacht in der Praxis allerdings zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten und führt aufgrund seiner Komplexität bei sämtlichen Beteiligten, insbesondere auch bei den Auftraggebern, deren Schutz die zwingenden Normen eigentlich bezwecken, zu großer Verunsicherung.<sup>33</sup>

Mit der Schaffung verschiedener Bauvertragstypen ist im Rahmen einer etwaigen Reform des deutschen Werkvertragsrechts daher Vorsicht geboten. Überzeugender erscheint die Ausarbeitung einheitlicher Regelungen für alle Bauverträge mit einigen zusätzlichen Sondernormen für Verbraucherbauverträge (s. dazu näher S. 21).

---

<sup>33</sup> Angaben der französischen Landesberichterstatterin *Rohlfing-Dijoux* während des Arbeitsgruppentreffens in Heidelberg im Oktober 2007.

## **II. Staatlicher Verbraucherschutz**

### **1. Sonderregelungen für Verbraucherbauverträge**

#### **a. Deutschland**

Zwingende Sonderregelungen für Verbraucherbauverträge existieren in der deutschen Rechtsordnung bisher nur sehr punktuell, so bspw. in § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB. Mit dem geplanten Forderungssicherungsgesetz soll in § 632a Abs. 3 BGB eine weitere Verbraucherschutznorm eingeführt werden.<sup>34</sup>

Im Gegensatz zum Kaufvertragsrecht enthält das Werkvertragsregime, dem der Bauvertrag unterfällt, jedoch keinen speziellen Abschnitt zum Verbraucherschutz. Vor diesem Hintergrund hat der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ empfohlen, im Zuge anstehender Reformen des Werkvertragsrechts zwingende Verbraucherschutznormen zu schaffen.<sup>35</sup>

Allgemeine zwingende Schutzregelungen, die im Bauvertragsrecht in zunehmendem Maße eine wichtige Rolle spielen, sind die Normen zur AGB-Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle in den §§ 305 ff. BGB.

#### **b. England**

England kann bei der Ausarbeitung etwaiger Verbraucherschutzvorschriften keinen Orientierungspunkt bieten. In der englischen Rechtsordnung gibt es keine speziellen Vorschriften für Verbraucherbauverträge.

#### **c. Frankreich**

Eine Vielzahl verbraucherschutzrechtlicher Normen findet sich hingegen in Frankreich, insbesondere für die Errichtung von Ein- oder Zweifamilienhäusern auf einem Grundstück des Auftraggebers. Zu dessen Gunsten statuieren die Art. L. 231-1 ff. sowie die Art. L. 232-1 ff. CCH ein besonders hohes Schutzniveau.

---

<sup>34</sup> Vgl. den Gesetzentwurf in BT-Drs. 16/511 vom 2. Feb. 2006, S. 5.

<sup>35</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 19, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf); auf die inhaltlichen Vorschläge wird im jeweiligen Zusammenhang eingegangen.



Dabei handelt es sich allerdings nicht um Verbraucherschutz im engeren Sinne, sondern um den Schutz des sog. „nicht spezialisierten“ Erwerbers. Das Gesetz geht nämlich davon aus, dass jeder nicht in der Baubranche tätige Erwerber eines Ein- oder Zweifamilienhauses schutzbedürftig ist. Selbst derjenige, der einen Teil des zu errichtenden Gebäudes für seine Berufsausübung nutzen möchte – was insbesondere bei Freiberuflern der Fall sein kann – kommt in den Genuss der Schutzvorschriften des *Code de la construction et de l'habitation*, sofern das Haus zumindest teilweise zu Wohnzwecken errichtet wird.

An dieser Stelle sollen die zwingenden Schutzvorschriften nur kurz aufgezählt werden. Die Einzelheiten werden im jeweiligen Zusammenhang besprochen:

- Schriftform nach Art. L. 231-1 CCH;
- Aushändigung einer ausführlichen Informationsschrift;
- Gesetzliche Mindestanforderungen für den Vertragsinhalt.

Bei allen Bauverträgen, die die Errichtung eines Gebäudes betreffen, das zumindest teilweise zu Wohnzwecken genutzt werden soll, gewährt das Gesetz dem Auftraggeber eine siebentägige Überlegungsphase, bevor die vertragliche Bindungswirkung eintritt, sofern der Vertrag keinen direkten Bezug zur beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeit des Auftraggebers aufweist (ausführlich dazu S. 31).

#### **d. Niederlande**

Auch in den Niederlanden finden sich im Zusammenhang mit Bauverträgen spezielle, zwingende Regeln zum Schutz der Verbraucher:

- Schriftformerfordernis für Bauträgerverträge gem. Art. 7:2 nIZGB;
- 3-tägige Überlegungsfrist gem. Art. 7:2 bzw. 7:766 nIZGB;
- Recht auf Eintragung einer Vormerkung gem. Art. 7:3 nIZGB;
- Beschränkung von Abschlagszahlungen gem. Art. 7:767 nIZGB;
- Zurückbehaltungsrecht gem. Art. 7:768 nIZGB.

## **e. Schweiz**

In der Schweiz gibt es wie in England keine speziellen Regelungen für Verbraucherbauverträge.

## **2. Privatautonome Vertragsgestaltung mittels Modell-AGB und Musterverträgen**

### **a. Deutschland**

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, wird in deutschen Bauverträgen häufig auf Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Bezug genommen. Wird dieses Klauselwerk von einer Seite in den Vertrag eingeführt, so handelt es sich der Natur nach um allgemeine Geschäftsbedingungen, die grundsätzlich einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen.<sup>36</sup> Welche Klauseln vor diesem Hintergrund bedenklich erscheinen bzw. unwirksam sind, wird im Folgenden im jeweiligen Zusammenhang erläutert. Als Beispiel soll hier zumindest die Abnahmefiktion in § 12 Nr. 5 VOB/B angeführt werden (ausführlich dazu unten S. 47 f.).

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung von einer Inhaltskontrolle am Maßstab des früheren AGBG jedoch dann absieht, wenn der Vertrag auf das gesamte Regelwerk der VOB/B ohne Einschränkung und ohne Modifizierung Bezug nimmt.<sup>37</sup> Bislang ungeklärt ist allerdings die Frage, ob diese Privilegierung unter dem neuen Schuldrecht vollumfänglich aufrechterhalten wird oder nur noch die in § 308 Nr. 5 BGB (Erklärungsfiktion) und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB (Verjährungsverkürzung) ausdrücklich erwähnten Klauseln der VOB betrifft.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> In der Baupraxis ist im reinen Unternehmerverkehr aber stets sorgfältig zu prüfen, ob die AGB-Kontrolle wirklich greift. Da die VOB/B sowohl die Auftraggeber- als auch die Auftragnehmerinteressen berücksichtigen, kann es durchaus vorkommen, dass beide Seiten aus eigenem Entschluss heraus die Verwendung der VOB/B anstreben. In solch einem Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Seite der anderen die VOB/B bei Vertragsschluss gestellt hat. Dann aber scheidet eine Anwendung der §§ 305 ff. BGB aus. Vgl. bpsw. WERNER/PASTOR/*Werner*, *Der Bauprozess*, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1007.

Anders verhält es sich aber bei Verbraucherbauverträgen. Gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, sie werden durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt. Letzteres ist in aller Regel nicht der Fall.

<sup>37</sup> BGH, BauR 2004, 668.

<sup>38</sup> Das KG geht davon aus, dass sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert hat, NZBau 2007, 584, 586. Es hat aber die Revision zugelassen. Derzeit ist das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 anhängig.

Unabhängig von dieser Frage ist zumeist aber schon deswegen eine Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB vorzunehmen, weil in der Praxis die VOB/B nur selten unverändert Verwendung findet.<sup>39</sup>

Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, inwieweit eine Privilegierung der VOB/B europarechtskonform ist. Es ist durchaus zweifelhaft, ob die speziellen Privilegierungstatbestände der §§ 308 Nr. 5 und 309 Nr. 8 b) ff) BGB mit der Klauselrichtlinie vereinbar sind. Geht man davon aus, dass die Richtlinie nur eine enge Kompensation durch sachlich zusammenhängende Klauseln, nicht jedoch eine weite Kompensation im Sinne einer Gesamtbetrachtung der Klauselwerks ermöglicht,<sup>40</sup> erscheint die deutsche Regelung bedenklich.<sup>41</sup> Der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ zieht gänzlich in Zweifel, dass die VOB/B bei Verwendung gegenüber Verbrauchern zu ausgewogenen Bauverträgen führt. Er hat in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts die Privilegierung der VOB/B als massive Verbraucherbenachteiligung bezeichnet.<sup>42</sup> Auch der 1. Baugerichtstag hat sich für das Gebiet der Verbraucherbauverträge gegen das Kontrollprivileg der VOB/B ausgesprochen.<sup>43</sup>

## **b. England**

In England hat das *Joint Contracts Tribunal* (JCT) zahlreiche Standardbauverträge ausgearbeitet. Diese Non-profit-Organisation verfolgt das Ziel, den verschiedenen Bedürfnissen entsprechend unterschiedliche Musterverträge anzubieten. Daher finden sich inzwischen fast 50 Standardbauverträge im Angebot des JCT.<sup>44</sup> Fol-

---

<sup>39</sup> Als einschneidende Veränderung ist daher die Entscheidung BGH, BauR 2004, 668 anzusehen, die die Privilegierung auf die Fälle einer völlig unveränderten Übernahme der VOB/B beschränkt hat. Vgl. dazu bspw. WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 8. Aufl. Köln 2008, Rn. 1021.

<sup>40</sup> So *Pfeiffer* in GRABITZ/HILF, Das Recht der Europäischen Union, München Stand Okt. 2007, Bd. IV, A 5, Art. 4 RL (EWG)93/13, Rn. 16 f.; *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern und die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 66 ff.; a.A. KG, NZBau 2007, 584, 586. Das KG hat aber die Revision zugelassen. Derzeit wird das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 geführt. Zur Klärung der Frage erscheint eine Vorlage an den EuGH geboten.

<sup>41</sup> *Gebauer*, BauR 2004, 1843 ff., 1848; *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern und die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 81; a.A. KG, NZBau 2007, 584, 586. Das KG hat aber die Revision zugelassen. Derzeit wird das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 geführt.

<sup>42</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 4; abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>43</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

<sup>44</sup> <http://www.jctltd.co.uk/stylesheet.asp?file=492003234840>.

gende Musterverträge sind speziell für die Fälle ausgearbeitet, in denen der Auftraggeber ein Verbraucher ist:

- JCT HO/C – *Building contract and consultancy agreement for a home owner/occupier*;
- JCT HO/B – *Building contract for a home owner/occupier who has not appointed a consultant to oversee the work*;
- JCT HO/RM – Home repair and maintenance contract.

Verwendet ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher einen dieser Standardverträge, so unterliegen die Musterklauseln einer Inhaltskontrolle am Maßstab der *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*. Das *Joint Contracts Tribunal* hat die genannten Musterverträge nach eigenen Angaben aber stets unter Berücksichtigung dieser *Regulations* ausgearbeitet.

Die Verwendung dieser Verbraucherbaumusterverträge hat sich in der bisherigen Praxis jedoch nicht durchsetzen können. Kontrahiert ein Verbraucher unmittelbar mit einem Bauunternehmer, enthält der Vertrag zumeist die allgemeinen Geschäftsbedingungen des jeweiligen Bauunternehmers. Entscheidet sich der Verbraucher hingegen dazu, einen Baubetreuer einzuschalten, so greift dieser bei der Beauftragung des ausführenden Bauunternehmens häufig auf den Mustervertrag *JCT form for Minor Works* zurück. Dabei handelt es sich allerdings um einen Standardvertrag, der für die Unternehmer-Unternehmer-Beziehung ausgearbeitet worden ist.

Generell ist zu konstatieren, dass den Musterverträgen im reinen Unternehmerverkehr mehr Erfolg beschieden ist. Dabei ist es üblich, die Musterklauseln lediglich durch einen Verweis zum Vertragsinhalt zu machen.

### **c. Frankreich**

Die „*Association française de normalisation*“ (Afnor) hat für private Bauvorhaben einen Katalog von Musterklauseln entworfen. Dieser Mustertext (*norme Afnor P03-001*<sup>45</sup>) wurde durch eine staatliche Verordnung genehmigt und ist daher einer Inhaltskontrolle am Maßstab des *Code de la consommation* entzogen.

---

<sup>45</sup> Zu erwerben bei <http://www.boutique.afnor.org>.

Für Verträge über Ein- oder Zweifamilienhäuser mit Planerstellung gibt es daneben noch weitere Modellklauseln, die die Durchführung der Bauarbeiten, die Preisgestaltung sowie Vertragsstrafen betreffen. Auch diese Musterklauseln sind durch eine Verordnung genehmigt worden.<sup>46</sup>

Darüber hinaus gibt es Modellklauseln für Versicherungsverträge, die die baurechtlichen Garantien absichern. Diese Standardwerke sind unter Berücksichtigung der gesetzlich geforderten Mindestgarantien entwickelt worden.<sup>47</sup>

Die meisten Bauverträge, die mit Verbrauchern abgeschlossen werden, inkorporieren die soeben erwähnten Klauselwerke. Deren Einbeziehung ist durch einen bloßen Verweis möglich.<sup>48</sup>

Verwendet ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher allgemeine Geschäftsbedingungen, die keinem per Verordnung genehmigten Mustertext entsprechen, unterliegen die Vertragsklauseln einer allgemeinen Inhaltskontrolle am Maßstab des *Code de la Consommation*.<sup>49</sup>

Darüber hinaus erfolgt eine besondere Inhaltskontrolle bei Bauverträgen über Ein- oder Zweifamilienhäuser mit Planerstellung. Gem. Art. L.231-3 CCH sind in derartigen Verträgen folgende Klauseln unwirksam:

- Klauseln, die den Auftraggeber verpflichten, dem Bauunternehmer eine Vollmacht zum Abschluss der für den Bau erforderlichen Darlehen einzuräumen, ohne zu präzisieren, dass diese Vollmacht in ausdrücklicher Form genaue Angaben über die Darlehensbedingungen enthalten muss;
- Klauseln, die die Rückzahlung der bei Vertragsunterzeichnung hinterlegten 3%-Garantiesumme davon abhängig machen, dass der Auftraggeber den Nachweis für die Ablehnung mehrerer Darlehensanträge erbringt;
- Klauseln, die als taugliche verwaltungsrechtliche Genehmigung eine Baugenehmigung ausreichen lassen, die architektonische oder technische Anforderungen aufstellt, die im Vergleich zum ursprünglich geplanten Projekt eine substantielle Änderung erforderlich machen;

---

<sup>46</sup> VO des Conseil d'Etat vom 27. Nov. 1991 (D. 91-1201), Journal Officiel vom 29. Nov. 1991, Anlage I zu dem französischen Länderbericht, abgedruckt auf S. 248.

<sup>47</sup> Vgl. dazu Art. A. 243-1 Code des assurances.

<sup>48</sup> S. Länderbericht Frankreich, S. 256.

<sup>49</sup> Vgl. dazu *Tomasin* in MALINVAUD, Droit de la construction, Dalloz 2007/2008, n° 220.150, S. 243.

- Klauseln, die die Verpflichtung des Bauunternehmers, die Bauarbeiten innerhalb der vertraglich festgelegten Frist durchzuführen, aufgrund anderer Umstände als schlechtem Wetter und höherer Gewalt entfallen lassen;
- Klauseln, die die Schlüsselübergabe von der vollständigen Werklohnzahlung abhängig machen und somit das Recht des Auftraggebers vereiteln, den bei Abnahme noch ausstehenden Teil der Werklohnforderung im Falle von geäußerten Vorbehalten zu hinterlegen;
- Klauseln, die dem Auftraggeber untersagen, die Baustelle bei Fälligkeit einer Abschlagszahlung zu besichtigen.

Nach Art. L. 231-7 Abs. 2 CCH ist außerdem jede Klausel unwirksam, durch die der Auftraggeber dem Unternehmer die Vollmacht erteilt, ohne Nachweis des Baufortschritts von der finanzierenden Bank die Auszahlung der Valuta des Finanzierungsdarlehens oder eines Teiles davon an sich einzufordern.

#### **d. Niederlande**

In den Niederlanden gibt der Minister für Wohnungsbau gemeinsam mit dem Minister für Verkehr und Wasserbauverwaltung Musterklauselwerke sowie Modellverträge für Bauvorhaben heraus. Bei der Ausarbeitung dieser Regelwerke werden zumeist Notar- sowie Anwaltsvereine, Verbraucherschutzorganisationen, Repräsentanten der Bauwirtschaft und Spezialisten des niederländischen Instituts für Baurecht hinzugezogen. Ein anderer Herausgeber für Modellverträge ist das *Garantie Instituut Woningbouw* (GIW).

Die in der Baubranche wichtigsten Musterklauselwerke und Modellverträge sind die folgenden:

- UAV 1989 (Einheitliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauarbeiten): Dieses Klauselwerk ist für Fälle gedacht, in denen es sich bei dem Auftraggeber um keinen Verbraucher handelt. Es baut auf dem klassischen Prinzip auf, dem zufolge Planung und Bauausführung in verschiedenen Händen liegen;
- UAV-GC 2005 (einheitliche Vertragsbedingungen für Gesamtverträge): Bei diesem Klauselwerk liegen Planung und Bauausführung in einer Hand;

- *De model Koop-/aannemingsovereenkomst* (kombinierter Kauf- und Bauvertrag): Bei diesem Muster handelt es sich nicht lediglich um Modell-AGB, sondern um ein komplettes Vertragsformular, in dem nur noch die Vertragsparteien, die Bezeichnung des konkreten Vertragsobjektes und einige weitere Eckdaten ergänzt werden müssen. Dieser Modellvertrag ist für Bauvorhaben konzipiert, bei denen der Auftraggeber ein Verbraucher ist. Gegenstand dieses Modellvertrages ist neben der Errichtung eines Bauwerkes der Verkauf des dazugehörigen Grundstücks. Der Unternehmer kann das Bauwerk entweder selbst errichten oder lediglich als Generalübernehmer auftreten und die eigentlichen Bauleistungen an andere Unternehmer vergeben.<sup>50</sup>

Der zuletzt genannte Modellvertrag wird in fast 90% aller Bauträgerprojekte verwendet. Diese hohe Prozentzahl wird noch beeindruckender, wenn man sich vergegenwärtigt, dass in den Niederlanden Wohnhäuser höchst selten auf einem Grundstück errichtet werden, das bereits dem Auftraggeber gehört. Fast durchweg wird der kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag mit der GIW-Garantie<sup>51</sup> kombiniert (dazu ausführlich unten S. 78).

Der Modellvertrag sowie die beiden zuerst genannten Musterklauselwerke unterliegen einer Inhaltskontrolle am Maßstab des Gesetzes, das die Klauselrichtlinie in den Niederlanden umgesetzt hat. Daher wurde in Folge der *Océano-Grupo*-Entscheidung des EuGH<sup>52</sup> die ursprünglich in dem kombinierten Modellkauf- und Bauvertrag enthaltene Schiedsklausel im Januar 2007 dahin gehend abgeändert, dass der Verbraucher im Falle eines Rechtsstreits nunmehr die Wahl zwischen den staatlichen Gerichten und dem *Raad van Arbitrage voor de Bouw* hat (ausführlich dazu unten S. 358).

## **e. Schweiz**

In der Schweiz gibt es weder einen Modellvertrag noch Modell-AGB, die auf die speziellen Bedürfnisse von Verbrauchern zugeschnitten wären. Weit verbreitet ist aber die Verwendung der sog. SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/91), die „*Allgemeine*

---

<sup>50</sup> In leicht abgewandelter Form gibt es diesen Modellvertrag auch für den Wohnungsbau.

<sup>51</sup> „*GIW Garantie- en waarborgregeling*“.

<sup>52</sup> Rs. C-240 bis 244/98, Slg. 2000 I-4963.

*Bedingungen für Bauarbeiten*“ enthält.<sup>53</sup> Sie wurde vom Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Verein unter Beteiligung verschiedener Interessenverbände erarbeitet.

Da die Schweiz keine generelle Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen kennt, kann eine in einem Bauvertrag enthaltene Klausel allenfalls an der schweizerischen Ungewöhnlichkeitsregel scheitern.

### **3. Kurzsümee**

Vor dem Hintergrund der deutschen Diskussion um die Privilegierung der VOB/B im Rahmen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB fällt auf, dass die Modellklauselwerke in den übrigen EU-Staaten grundsätzlich einer Inhaltskontrolle am Maßstab des Gesetzes, das die europäische Klauselrichtlinie umsetzt, unterworfen sind. Auch Frankreich stellt hier keine Ausnahme dar, zeichnet sich jedoch durch die Besonderheit aus, ein von der *Anfor* ausgearbeitetes Modellklauselwerk durch eine staatliche Verordnung genehmigt zu haben. Auf diese Weise wurde dem Modellregelwerk der Charakter dispositiven Gesetzesrechts verliehen, was freilich einer Inhaltskontrolle am Maßstab der AGB-Regelungen entgegensteht.

Aus deutscher Perspektive ist weiterhin bemerkenswert, dass es in drei der vier untersuchten ausländischen Rechtsordnungen für unterschiedliche Bauvertragstypen jeweils entsprechende Musterklauselwerke gibt. Diese Beobachtung stützt die seit einiger Zeit vorgebrachte Kritik an der deutschen Praxis, die VOB/B sowohl für die Beziehung zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen als auch für die Unternehmer-Unternehmer- sowie für die Verbraucher-Unternehmer-Beziehung zu verwenden.

Insbesondere die Niederlande zeigen hier eine interessante Alternative auf: Ohne sich in der Vielfalt der englischen Musterklauselwerke zu verlieren, sind dort durch pluralistisch besetzte, hochkompetente Gremien Modellverträge ausgearbeitet worden, die verschiedenen Vertragssituationen Rechnung tragen. Daneben wird ein Mindestmaß an Verbraucherschutz durch einige wenige, aber klare Regelungen im niederländischen Zivilgesetzbuch garantiert.

---

<sup>53</sup> Diese Modell-AGB können unter [www.sia.ch](http://www.sia.ch) heruntergeladen werden.



## **B. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes**

### **I. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss**

#### **1. Formerfordernisse**

##### **a. Deutschland**

Der Werkvertrag des BGB kann grundsätzlich ohne Beachtung einer besonderen Form abgeschlossen werden.

Etwas anderes gilt jedoch dort, wo der Werkvertrag mit einem formbedürftigen Rechtsgeschäft zu einer rechtlichen Einheit verbunden wird, wie etwa beim Bauträgervertrag,<sup>54</sup> bei dem der Besteller zugleich Erwerber des zu bebauenden Grundstücks werden soll. Die in § 311b Abs. 1 BGB vorgesehene notarielle Beurkundung von Verträgen, die zur Übertragung oder zum Erwerb eines Grundstücks verpflichten, dient unter anderem auch dem Schutz der Erwerber. Deren Schutzbedürftigkeit ergibt sich daraus, dass sie oftmals große Teile des Vermögens einsetzen müssen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Privatpersonen neu zu errichtende Wohnhäuser oder Eigentumswohnungen erwerben wollen.<sup>55</sup>

In wirtschaftlicher Hinsicht stellt sich die Situation aber kaum anders dar, wenn Privatpersonen auf einem eigenen oder separat zu erwerbenden Grundstück einen Neubau bspw. durch einen Generalunternehmer errichten lassen. Die Errichtung eines Wohnhauses kann – auch ohne mit dem Grunderwerb verbunden zu sein – den Einsatz großer Vermögensteile erfordern. Dies wirft die Frage auf, ob nicht auch hier erwerberschützende Formvorschriften angebracht sind.

---

<sup>54</sup> *Schoofs/Hafkesbrink*, Bauvertrag und Bauprozess, Köln u.a. 2007, Rn. 37; *MESSERSCHMIDT/VOIT/von Rintelen*, Privates Baurecht, München 2008, § 631 BGB Rn.42; s. allgemein zum Bauträgerrecht *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. Köln u.a. 2005; *Hansen/Nitschke/Brock*, Bauträgerrecht, Neuwied 2006; *MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E.

<sup>55</sup> Siehe *MünchKomm/Kanzleiter*, 5. Aufl. München 2007, § 311b Rn. 2.

## **b. England**

England kann in dieser Hinsicht nicht als Vorreiter dienen. Das englische Recht kennt nämlich keine Formerfordernisse für Bauverträge. Verträge über Bauleistungen geringeren Umfangs werden häufig sogar mündlich geschlossen.

## **c. Frankreich**

Anders verhält es sich in Frankreich. Hier bedarf jeder Bauvertrag über die Errichtung eines Gebäudes, das zumindest teilweise zu Wohnzwecken genutzt werden soll, der Schriftform. Bei Verträgen über den Bau von Ein- und Zweifamilienhäusern zieht die Nichtbeachtung der Schriftform sogar strafrechtliche Sanktionen nach sich.

Bei zwei Vertragstypen sind neben der Schriftform noch weitere Formerfordernisse zu beachten:

- Ein Generalübernehmervertrag entfaltet Dritten gegenüber nur dann Wirkung, wenn er gem. Art. 1831-3 C. civ. im Immobilienregister veröffentlicht wird. Voraussetzung einer solchen Veröffentlichung ist die notarielle Beurkundung des Vertrages gem. Art. L. 213-1 CCH. *Inter partes* ist der Generalübernehmertrag aber auch in privatschriftlicher Form wirksam.
- Der Bauträgervertrag nach Art. 1601-1 ff. C. civ. bedarf der notariellen Beurkundung. Bei Nichtbeachtung dieser Form ist der Vertrag gem. Art. L. 261-11 Abs.1 CCH nichtig. Ein Vorvertrag kann dagegen privatschriftlich erfolgen.

## **d. Niederlande**

Auch in den Niederlanden unterliegen Bauverträge, bei denen der Auftraggeber ein Verbraucher ist, gem. Art. 7:2 nLZGB bzw. Art. 7:766 nLZGB der Schriftform. Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist der Vertrag nichtig. Bemerkenswerterweise ist selbst bei Bauträgerverträgen im Hinblick auf deren schuldrechtlichen Teil die Schriftform ausreicht. Eine notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich.

## **e. Schweiz**

Die schweizerische Rechtslage entspricht der deutschen: Bauverträge können grundsätzlich formlos geschlossen werden. Anders verhält es sich lediglich bei Bauträgerverträgen. Diese bedürfen auch in ihrem werkvertraglichen Teil der notariellen Beurkundung gem. Art. 216 OR.

## **2. Mindestinformationen**

### **a. Deutschland**

#### (1) VORVERTRAGLICHE INFORMATIONSPFLICHTEN

Für Bauverträge statuiert die deutsche Rechtsordnung keine spezifischen vorvertraglichen Informationspflichten. Lediglich bei Bauträgerverträgen ist die gewerberechtliche Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 3 MaBV<sup>56</sup> zu beachten.

Da kritisiert wird, dass die aktuelle Rechtslage dazu führe, dass Verbraucher Bauverträge häufig auf einer unzureichenden Informationsgrundlage abschließen, hat der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht aus Freiburg vorgeschlagen, den Unternehmer, der auch wesentliche Teile der Bauplanung zu leisten hat, dazu zu verpflichten, den Besteller vor Vertragsabschluss über die zu erbringenden Bauleistungen eindeutig und erschöpfend in schriftlicher Form zu informieren. Nach dem Vorschlag des Freiburger Arbeitskreises soll der Verbraucher den Bauvertrag innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss widerrufen können, wenn diese Informationspflicht verletzt wird.<sup>57</sup>

Die Notwendigkeit einer solchen Regelung hat der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts noch einmal unterstrichen.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Wie bereits erwähnt, ist die MaBV nicht zivilrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur.

<sup>57</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 5 Abs. 2, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>58</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 5; abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

## (2) MINDESTANFORDERUNGEN AN DEN VERTRAGSINHALT

Um der Leistungsverpflichtung des Werkunternehmers die nötige Bestimmtheit zu verleihen, ist eine vertragliche Definition der zu erbringenden Bauleistung erforderlich. Erst aus einer solchen Leistungsbeschreibung wird für beide Vertragsparteien ersichtlich, was konkret geschuldet ist. Sie soll das Pflichtenprogramm des Bauunternehmers möglichst genau und abschließend beschreiben und kann durch Zeichnungen, Berechnungen oder Urkunden weiter konkretisiert werden.<sup>59</sup>

Aus Sicht des Bestellers ermöglicht eine detaillierte Leistungsbeschreibung im Angebot des Bauunternehmers einen Vergleich mit konkurrierenden Werkunternehmern und eine bessere Kalkulation der gesamten Baufinanzierung: Zum einen kann der Besteller auf der Basis eines ausführlichen Angebots vom Leistungsumfang identische oder ähnliche Parallelangebote prüfen. Zum anderen kann er einschätzen, welche weiteren separat zu vergütenden Aufträge er noch vergeben muss, um sein wirtschaftliches Ziel zu erreichen.<sup>60</sup>

Die Realität sieht jedoch häufig anders aus. Bei den im Neubaubereich dominierenden Bauträger-, Generalunternehmer- und Generalübernehmerverträgen werden ungenaue Leistungsbeschreibungen wie etwa Beschreibungen von 4 bis 6 Seiten für ein schlüsselfertiges Haus bemängelt.<sup>61</sup>

Diese Praxis verstößt aber gegen keine gesetzliche Regelung. Besondere Mindestanforderungen für den Inhalt von Bauverträgen sieht die deutsche Rechtsordnung nicht vor. Aus den allgemeinen Vertragslehren folgt zwar, dass die *essentialia negotii* Gegenstand der Vereinbarung geworden sein müssen. Die daraus resultierenden Anforderungen sind aber gering. Nur wenn die Leistungsbeschreibung so lückenhaft oder gar in sich widersprüchlich ist, dass die geschuldete Leistung durch Auslegung nicht ermittelt werden kann, fehlt es an den *essentialia negotii*. Eine solche Annahme ist aber auf außergewöhnliche Sonderfälle beschränkt. In der Praxis liegt das eigentliche Problem zumeist eher darin, dass die

---

<sup>59</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*von Rintelen*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt H Rn. 1 ff.

<sup>60</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 5, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>61</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 5 f., abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf). Vgl auch Thode, ZNotP 2004, 131.

Leistungsbeschreibung zwar nicht völlig unzureichend – da einer konkretisierenden Auslegung zugänglich –, aber immerhin so unklar ist, dass für den Auftraggeber bei Vertragsabschluss keine Transparenz besteht und bei Vertragsdurchführung häufig ein kostspieliger Streit um die richtige Vertragsauslegung entsteht.<sup>62</sup>

Vor diesem Hintergrund hat sich der 1. Deutsche Baugerichtstag mit der Frage beschäftigt, ob eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen „aus einer Hand“ in das BGB aufgenommen werden sollte. Mit knapper Mehrheit hat er dies abgelehnt, zugleich jedoch empfohlen, Regelungen in anderen EU-Ländern auf mögliche Lösungen des beschriebenen Problems hin zu untersuchen.<sup>63</sup>

## **b. England**

In England stellt sich die Lage ganz ähnlich dar. Für Bauverträge gibt es weder spezifische vorvertragliche Informationspflichten noch spezifische Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt. Die *essentialia negotii* müssen freilich vereinbart worden sein.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass sich in England im praktischen Alltag dasselbe Problem zeigt wie in Deutschland: Häufig wird darüber gestritten, welche Leistung konkret geschuldet wird.

## **c. Frankreich**

Frankreich verfügt demgegenüber über ein komplexes Regelungssystem, um derartige Probleme zu vermeiden.

### (1) GRUNDREGEL

Jeder Bauvertrag über die Errichtung eines Gebäudes, das zumindest teilweise zu Wohnzwecken genutzt werden soll, unterliegt den in Art. L. 222-3 CCH genannten inhaltlichen Mindestanforderungen. Darüber hinaus sind dem Vertrag bestimmte Anlagen beizulegen, so z.B. eine genaue Leistungsbeschreibung sowie der ursprüngliche Kostenanschlag.

---

<sup>62</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*von Rintelen*, Privates Baurecht, München 2008, § 631 BGB Rn. 60.

<sup>63</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

Für andere Bauverträge ist dagegen kein bestimmter Inhalt vorgeschrieben.

## (2) VERTRÄGE ÜBER EIN- UND ZWEIFAMILIENHÄUSER

Für Verträge über die Errichtung von Ein- oder Zweifamilienhäusern bestehen darüber hinaus noch weitere Anforderungen. Nach Art. L.231-2 CCH i.V.m. Art. L.232-1 Abs. 2 CCH ist zwingender Vertragsinhalt:

- die genaue Festlegung des zu bebauenden Grundstücks;
- die Beschreibung der technischen Eigenschaften des zu errichtenden Gebäudes;
- die Angabe des endgültigen Pauschalpreises (unter Vorbehalt der Fälle, in denen seine Anpassung vorgesehen ist) sowie die Bedingungen für etwaige Abschlagszahlungen;
- die Festlegung der für die Durchführung der Bauarbeiten vorgesehenen Fristen sowie die im Falle der Spätleistung fälligen Vertragsstrafen;
- die Bezeichnung der vom Auftraggeber nach Art. 242-1 *Code des assurances* abgeschlossenen Gebäudehaftpflichtversicherung;
- der Hinweis, dass sich der Auftraggeber nach Art. L. 111-23 CCH bei der Abnahme des Bauwerks von einem speziell dafür zugelassenen Unternehmer oder jedem anderen Unternehmer, der eine Haftpflichtversicherung für diese Aufgabe abgeschlossen hat, beraten lassen kann;
- der Nachweis einer Fertigstellungsgarantie durch den Unternehmer.

Außerdem ist dem Vertrag gem. Art. 231-9 CCH eine Informationsschrift beizufügen. Der Inhalt dieser Informationsschrift muss einem Modell entsprechen, das vom Ministerium für Verbraucherschutz sowie vom Bauministerium genehmigt worden ist.<sup>64</sup>

Ist neben der Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses auch die Planerstellung Gegenstand des Bauvertrages, sind die inhaltlichen Mindestan-

---

<sup>64</sup> Eine aktuelle Modellinformationsschrift wurde durch den „arrêté“ vom 28. Nov. 1991 festgelegt, Journal Officiel vom 30. Nov. 1991 (siehe Anlage II des im Anhang abgedruckten Länderberichts über die französische Rechtslage, S. 248).

forderungen noch strenger. In diesem Falle sind folgende weitere Punkte in den Vertrag aufzunehmen:

- Nennung des Eigentumstitels des Auftraggebers oder des dinglichen Rechts, das ihn zum Bau berechtigt;
- Bestätigung, dass das geplante Projekt mit den Vorschriften des *Code de la construction* und des *Code de l'urbanisme* im Einklang steht;
- Beschreibung sämtlicher Arbeiten zur Vorbereitung des Erdbodens sowie zur Verlegung der Anschlüsse an die verschiedenen Versorgungsnetze und der verschiedenen Außen- oder Innenarbeiten, die für die Errichtung und Nutzung des Gebäudes unabdingbar sind. Fehlt diese Leistungsbeschreibung, ist der Vertrag nichtig;
- Beschreibung der Arbeiten, deren selbstständige Ausführung sich der Auftraggeber vorbehält, sowie die Bezifferung der dafür anfallenden Kosten. Der Auftraggeber hat durch eine handschriftliche, unterzeichnete Randbemerkung an der entsprechenden Stelle des Vertrags zu bestätigen, dass er die aufgeführten Arbeiten sowie die dadurch entstehenden Kosten selbst übernimmt;
- Hinweis auf die Baugenehmigung und andere verwaltungsrechtliche Genehmigungen, die dem Vertrag in Kopie beizulegen sind;
- Hinweis auf die Finanzierungsmodalitäten einschließlich Art und Umfang der dem Auftraggeber gewährten Darlehen;
- Angabe des Datums für den Beginn der Bauarbeiten.

Die Nichtbeachtung dieser inhaltlichen Mindestanforderungen führt zur absoluten Nichtigkeit des Vertrags.

### (3) BAUTRÄGERVERTRÄGE ÜBER WOHNGBÄUDE

Bauträgerverträge über Wohngebäude im Sinne von Art. 1601-1 ff. C. civ. unterliegen den in Art. L. 261-11 CCH vorgesehenen Mindestanforderungen:

- Beschreibung des vertragsgegenständlichen Gebäudes oder Gebäudeteils;
- Angabe des Preises sowie der Zahlungsmodalitäten;

- Hinweis auf eventuelle Modalitäten einer Preisanpassung;
- Hinweis auf die Fertigstellungs- oder Rückzahlungsgarantie;
- Bestimmung der Lieferfrist;

Dem Vertrag sind außerdem folgende Anlagen beizufügen:

- Darstellung des vertragsgegenständlichen Gebäudes mittels eines Planes;
- Beschreibung des Gebäudes sowie seiner Einrichtung;
- Beschreibung der technischen Eigenschaften des Gebäudes, wie z.B. der Art der verwendeten Materialien.

Die Nichtbeachtung dieser inhaltlichen Mindestanforderungen hat die relative Nichtigkeit des Vertrags zur Folge. Dies entspricht im deutschen Recht der Anfechtbarkeit des Vertrags, die ausschließlich vom Auftraggeber vor Abschluss der Bauarbeiten geltend gemacht werden kann.

Denkbar ist auch eine Schadensersatzhaftung des Notars, wenn der fehlerhafte Vertrag auf dessen Fahrlässigkeit zurückzuführen ist.

#### (4) PRAKTISCHE ERFAHRUNGEN

Aufgrund der zahlreichen gesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt von Wohnbauverträgen regeln, kommt es in Frankreich nur selten zu Streitigkeiten über den genauen Leistungsinhalt eines solchen Vertrages.

#### **d. Niederlande**

Im niederländischen Recht gibt es für Bauverträge grundsätzlich<sup>65</sup> weder spezifische vorvertragliche Informationspflichten noch spezifische Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt.<sup>66</sup>

Dennoch stellt sich in der Praxis nur sehr selten das Problem unzureichender Leistungsbeschreibungen. Dies liegt vor allem daran, dass zumeist der Modellvertrag „*De model Koop-/aannemingsovereenkomst*“ verwendet wird, der die Parteien zu einer ausführlichen Regelung anhält. Als problematisch erweisen sich

---

<sup>65</sup> Eine Ausnahme ist Art. 7:754 nIZGB, der bei Verbraucherbauverträgen aber kaum eine Rolle spielt; s. dazu den niederländischen Länderbericht in Anlage 4.



allerdings die Fälle, in denen ein Auftraggeber auf seinem eigenen Grundstück ein Gebäude errichten lässt, weil hier kein gleichwertiger Modellvertrag zur Verfügung steht.

### **e. Schweiz**

Auch in der Schweiz gibt es für Bauverträge grundsätzlich weder spezifische vorvertragliche Informationspflichten noch spezifische Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt.

In Gegensatz zu den Niederlanden, wo das Problem durch den regelmäßig Verwendung findenden Modellvertrag entschärft wird, führt diese Rechtslage in der Schweiz aber wie in Deutschland und England zu zahlreichen Streitigkeiten um den genauen Leistungsinhalt. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Praxis nur selten auf funktionale Leistungsbeschreibungen zurückgreift.

Eine gewisse Abhilfe stellt immerhin das Beststellungsänderungsrecht des Bauherrn dar, das die Modell-AGB der SIA-Norm 118 vorsehen (dazu ausführlich unten S. 88). Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Unternehmer ein Nachforderungsrecht hat, wenn der Auftraggeber von diesem Beststellungsänderungsrecht Gebrauch macht.

## **3. Widerrufsrecht**

### **a. Deutschland**

Abgesehen von besonderen Situationen, wie z.B. dem täuschungsbedingten Vertragsschluss, hat der Verbraucher keine Möglichkeit, sich in solch einer Weise vom Vertrag zu lösen, dass der Zustand wiederhergestellt wird, der bestünde, wenn niemals ein Vertrag geschlossen worden wäre. Da mit den in Bauverträgen in aller Regel vorgesehenen Abschlagszahlungen kein Zahlungsaufschub verbunden ist, sondern die gesetzlich vorgesehene Fälligkeit zeitlich nach vorne verlegt wird, greift auch nicht das speziell für Teilzahlungsgeschäfte vorgesehene Widerrufsrecht.<sup>67</sup> Es

---

<sup>66</sup> Freilich ist auch hier erforderlich, dass die *essentialia negotii* vereinbart worden sind.

<sup>67</sup> BGHZ 165, 325.

gibt allerdings den Vorschlag, *de lege ferenda* Verbrauchern nach Abschluss eines Bauvertrages ein Widerrufsrecht i.S.v. § 355 BGB zu gewähren.<sup>68</sup>

## **b. England**

Für die Beurteilung des soeben vorgestellten Vorschlags kann auf englische Erfahrungen nicht zurückgegriffen werden. Denn das englische Recht kennt für Verbraucherbauverträge wie das derzeit geltende deutsche Recht kein spezielles Widerrufsrecht.

## **c. Frankreich**

Der französische Gesetzgeber hat sich demgegenüber dafür entschieden, Personen, die einen Bauvertrag ohne direkten Bezug zu ihrer beruflichen oder geschäftlichen Tätigkeit schließen, eine Bedenkzeit einzuräumen, indem er ihnen die Möglichkeit gegeben hat, den Eintritt der vertraglichen Bindung auch noch nach Abgabe ihrer Vertragszustimmung zu verhindern. Gem. Art. L. 271-1 CCH wird ein Bauvertrag zwischen einem Unternehmer und einem sog. „*nicht professionellen Auftraggeber*“ über ein Gebäude, das zumindest auch zu Wohnzwecken genutzt werden soll, erst nach Ablauf einer Widerrufsfrist von 7 Tagen wirksam.

Die Sieben-Tages-Frist beginnt erst dann zu laufen, wenn der Unternehmer dem Auftraggeber den Vertrag per Einschreiben mit Rückschein zugeschickt und der Auftraggeber diesen Brief erhalten hat. Eine Widerrufserklärung ist ihrerseits nur wirksam, wenn sie dem Unternehmer per Einschreibebrief mit Rückschein zugeht.

## **d. Niederlande**

In den Niederlanden hat der Verbraucher die Möglichkeit, den Vertrag innerhalb von drei Tagen zu widerrufen (Art. 7:2 bzw. 7:766 nIZGB).

Der kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag verlängert diese Widerrufsfrist um zwei Tage. Darüber hinaus ermöglicht dieser Modellvertrag dem Verbraucher, sich vom

---

<sup>68</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 6, wenngleich an dieser Stelle nur als Sanktion für die Verletzung von Informationspflichten angedacht. Die Stellungnahme ist abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf)

Bauvertrag zu lösen, wenn er die zur Finanzierung erforderlichen Kredite nicht zu beschaffen vermag.

#### **e. Schweiz**

Wie in Deutschland und in England gibt es auch in der Schweiz für Bauverträge kein spezielles Widerrufsrecht.

### **4. Funktional äquivalente Regelungen**

#### **a. Deutschland**

In Deutschland gibt es neben den in Abschnitt B.I.2.a(1) erwähnten keine weiteren bauvertragsrechtlichen Instrumente, die Verbraucher vor einem übereilten, auf unzureichender Informationsgrundlage basierenden Vertragsschluss schützen sollen.

#### **b. England**

In England sind keine speziellen bauvertragsrechtlichen Instrumente bekannt, die den Verbraucher vor einem übereilten Bauvertragsabschluss ohne ausreichende Informationsgrundlage schützen sollen.

#### **c. Frankreich**

Das französische Recht weist eine bemerkenswerte Konstruktion auf, um die geschilderten Mindestanforderungen an den Inhalt von Bauverträgen effektiv durchzusetzen: Die um Finanzierung gebetene Bank darf ein Darlehensangebot erst dann unterbreiten, wenn sie sich vergewissert hat, dass der Bauvertrag den Anforderungen von Art. L. 231-2 CCH entspricht.

#### **d. Niederlande**

In den Niederlanden wurde heftig darüber diskutiert, ob statt eines Widerrufsrechts für Verbraucher die notarielle Beurkundung von Verbraucherbauverträgen vorgeschrieben werden sollte. Letztlich vermochte das Argument, dass der Verbraucher vom Notar eingehend belehrt werde, aber nicht zu überzeugen.

## **e. Schweiz**

In der Schweiz verhält es sich wie in England: Es gibt keine speziellen bauvertragsrechtlichen Instrumente, die den Verbraucher vor einem übereilten Bauvertragsabschluss ohne ausreichende Informationsgrundlage schützen sollen.

## **5. Kurzsümee**

Vor dem Hintergrund der in Deutschland geäußerten Forderung, *de lege ferenda* Verbraucherbauverträge der notariellen Form zu unterwerfen, kann zunächst einmal festgehalten werden, dass eine solche Regelung in keiner der hier untersuchten Rechtsordnungen existiert. Der niederländische Gesetzgeber hat sich sogar ganz bewusst gegen die Statuierung eines solchen Formerfordernisses entschieden. Stattdessen hat er für Verbraucherbauverträge ein gesetzliches Widerrufsrecht eingeführt, weil er ein solches Instrument nicht nur für kostengünstiger, sondern auch für effektiver hielt. Der französische Verbraucher profitiert ebenfalls von einem solchen Widerrufsrecht. Zahlen über die Ausübung dieses Rechts liegen bislang jedoch nicht vor.

Neben einem Widerrufsrecht sehen die französische sowie die niederländische Rechtsordnung für Verbraucherbauverträge die Schriftform vor. Die gesetzliche Statuierung eines solchen Schriftformerfordernisses erscheint in Deutschland zur Verbesserung des Verbraucherschutzes auf dem Gebiet des Baurechts allerdings nicht unbedingt geeignet, weil Bauverträge in aller Regel ohnehin schriftlich geschlossen werden.

Interessanter erscheint demgegenüber die Idee, bestimmte Vertragsinhalte gesetzlich festzulegen. Frankreich geht diesen Weg offenbar mit Erfolg. Die Kontrolle über die Einhaltung des gesetzlichen Mindeststandards den finanzierenden Banken aufzubürden, dürfte allerdings zu einer Verteuerung von Baudarlehen führen.<sup>69</sup>

Vorzugswürdig ist daher möglicherweise der niederländische Weg, Modellverträge in Form von Vertragsformularen auszuarbeiten, die die Parteien durch die Vorgabe entsprechender Felder zu einer ausführlichen Leistungsbeschreibung anhalten.

---

<sup>69</sup> Zwar sind in Frankreich Baukredite deutlich günstiger als in Deutschland; dies hat aber andere Gründe.

## II. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung

### 1. Finanzströme und Sicherheiten

#### a. Werklohnzahlung

##### (1) ZEITPUNKT DER WERKLOHNZAHLUNG

###### (a) *Deutschland*

Gem. § 641 Abs. 1 BGB hat der Verbraucher den Werklohn grundsätzlich erst nach Abnahme des Werkes zu entrichten (ausführlich zum Erfordernis der Abnahme unten S. 46).<sup>70</sup>

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz statuiert § 632a BGB. Dieser Norm zufolge kann der Unternehmer für in sich abgeschlossene Werkteile eine Abschlagszahlung verlangen, sobald er die entsprechende vertragsmäßige Leistung erbracht hat. Dieser Anspruch setzt allerdings voraus, dass der Besteller Eigentum an dem Teilwerk erhält oder dass ihm hierfür zumindest eine entsprechende Sicherheit geleistet wird.

In der Praxis ist diese Norm bislang wenig hilfreich. Das Problem resultiert aus der erforderlichen Abgeschlossenheit des Werkteiles, für den die Abschlagszahlung verlangt werden darf. Es herrscht große Unsicherheit darüber, wann dieses Kriterium erfüllt ist. Nach einer restriktiven Auffassung soll ein Werkteil nur dann in sich abgeschlossen sein, wenn er für den Besteller bereits selbstständig nutzbar ist oder wenn die verbleibenden Restleistungen im Geschäftsverkehr häufig als Teilleistung vergeben werden. Bei der Errichtung eines Gebäudes dürfte dies bspw. auf den fertiggestellten Rohbau zutreffen.<sup>71</sup> Bei anderen Zwischenstadien führt das Merkmal der Abgeschlossenheit hingegen zu Unklarheit.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Die Erstellung einer Rechnung ist nach herrschender Meinung hingegen keine Fälligkeitsvoraussetzung. Vgl. dazu ausführlich unten S. 52. Unbestritten ist demgegenüber, dass die Erstellung einer Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung ist, wenn die VOB/B Vertragsbestandteil geworden sind. Vgl. § 16 Nr. 3 VOB/B; siehe dazu INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Nr. 3, Rn. 8.

<sup>71</sup> Vgl. Palandt/*Sprau*, 67. Aufl. München 2008, § 632a Rn. 5.

<sup>72</sup> Vgl. die Beispiele bei WERNER/PASTOR/Werner, *Der Bauprozess*, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1218a, der sich allerdings gegen eine restriktive Betrachtung ausspricht.

Um den Bedürfnissen der Praxis künftig besser Rechnung zu tragen, ist derzeit geplant, das Merkmal der Abgeschlossenheit zu streichen.<sup>73</sup> Stattdessen soll es künftig ausreichen, wenn der Unternehmer die erbrachten Leistungen in einer prüfbaren Aufstellung nachweist. Im Zuge der angestrebten Reform soll in § 632a BGB zugleich klargestellt werden, dass eine Abschlagszahlung nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden darf. Wegen solcher Mängel soll der Besteller lediglich das Doppelte der Summe, die zur Beseitigung des Mangels erforderlich ist, zurückbehalten dürfen. Auf diese Weise wird § 632a BGB den Regelungen der VOB/B angeglichen (siehe dazu sogleich S. 37).

Zu guter Letzt sei auf eine Besonderheit bei Bauträgerverträgen hingewiesen: § 3 Abs. 1 MaBV statuiert bestimmte gewerberechtliche Bedingungen, die erfüllt sein müssen, bevor der Unternehmer vom Auftraggeber Geld entgegennehmen darf. Praktische Relevanz entfalten diese Vorschriften aber in erster Linie, wenn vertraglich ein Ratenzahlungsplan vereinbart ist (daher ausführlich dazu im dortigen Zusammenhang S. 37 sowie S. 59).

*(b) England*

In England ist der Werklohn spätestens mit Fertigstellung des Bauwerkes und Übersendung der Rechnung fällig.

Bei Verträgen, die in den Anwendungsbereich des *Housing Grants Act 1996* fallen (dazu oben S. 8), sieht das Gesetz bereits während der Bauphase Abschlagszahlungen vor: *Section 110 Abs. 3 Housing Grants Act 1996* verweist auf Teil II des *Scheme for Construction Contracts*. Dort ist ein genaues Schema für die zu erbringenden Abschlagszahlungen in Abhängigkeit vom jeweiligen Baufortschritt festgeschrieben.

*(c) Frankreich*

Liegt keiner der im Folgenden erörterten Spezialfälle vor und enthält der Bauvertrag keine abweichende Regelung, wird der Werklohn in Frankreich grundsätzlich mit Fertigstellung und Abnahme des Bauwerkes fällig.

---

<sup>73</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511, S. 1, 5, 15.

Anders verhält es sich bei Bauträgerverträgen. Hier wird der Zahlungsanspruch gem. Art. 1601-3 C. civ. sukzessive mit Baufortschritt fällig. Gem. Art. R. 261-14 CCH darf der Unternehmer maximal folgende Raten verlangen:

- 35 % bei Fertigstellung der Fundamente;
- weitere 35 % bei Fertigstellung des Daches;
- weitere 25 % bei Fertigstellung des Gebäudes.

Die Restsumme wird am Tag der Gebäudeübergabe fällig. Vor Vertragsunterzeichnung darf keinerlei Anzahlung verlangt werden.

Bei Verträgen über die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses mit Planerstellung dürfen ebenfalls vor Vertragsschluss keinerlei Zahlungen wie bspw. Reservierungsgebühren verlangt werden. Die Nichtbeachtung dieses Verbots zieht strafrechtliche Konsequenzen nach sich. Wie bereits erörtert, gehört bei diesem Bauvertragstyp die genaue Festlegung der Zahlungsmodalitäten zu den Mindestanforderungen an den Vertragsinhalt. Es ist allgemein üblich, Abschlagszahlungen in Abhängigkeit des Baufortschritts festzulegen. Gleiches gilt für andere Verträge über die Errichtung eines Gebäudes, das zumindest teilweise zu Wohnzwecken verwendet werden soll (zu alledem s. unten S. 38).

#### *(d) Niederlande*

In den Niederlanden kann der Unternehmer die Begleichung der Lohnforderung unmittelbar nach Fertigstellung des Werkes verlangen.<sup>74</sup> Der Auftraggeber ist einem Zahlungsanspruch aber nur ausgesetzt, wenn er eine Rechnung erhält. Zahlt der Auftraggeber zwei Wochen nach Erhalt der Schlussrechnung nicht, so schuldet er Verzugszinsen.

Art. 7:767 nIZGB gestattet dem Unternehmer außerdem, vom Auftraggeber Abschlagszahlungen in Abhängigkeit vom jeweiligen Baufortschritt zu verlangen.

#### *(e) Schweiz*

Gem. Art. 372 OR wird der Werklohn mit der Ablieferung des Werkes fällig. Im Grunde setzt dies bei Bauverträgen lediglich die Vollendung des Werkes voraus.

---

<sup>74</sup> Zur in der Praxis üblichen Anfertigung eines Übergabeprotokolls s. unten S. 51.

## (2) PRIVATAUTONOME VEREINBARUNG VON VORAUS- ODER ABSCHLAGSZAHLUNGEN

### (a) *Deutschland*

Üblicherweise werden in der Praxis Regelungen vereinbart, die über die derzeitige Fassung von § 632a BGB hinausgehen.

Bei Vereinbarung der VOB/B hat der Unternehmer gem. § 16 Nr. 1 dieses Klauselwerkes das Recht, Abschlagszahlungen für erbrachte Leistungen zu verlangen. Voraussetzung ist zwar immer die Vorlage einer nachprüfbaren Abschlagsrechnung für die in Rechnung gestellte Teilleistung (ausführlich zum Erfordernis einer Rechnung s. unten S. 52). Die Zeitabstände zwischen den einzelnen Abschlagsforderungen kann aber der Unternehmer nach seinem Ermessen festlegen.

In Abweichung von dieser Musterklausel wird der Praxis jedoch empfohlen, die Fälligkeit der Abschlagszahlungen mittels der Angabe des jeweils erforderlichen Baufortschritts bereits im Vertrag zu bestimmen.<sup>75</sup>

Für Bauträgerverträge sind Sonderregelungen in der MaBV zu beachten. Diese Verordnung schränkt über die Statuierung öffentlich-rechtlicher Entgegennahmeverbote die Privatautonomie bei der Ausgestaltung von Abschlagszahlungen in dreifacher Weise ein: Eine Abschlagszahlungsvereinbarung in einem Bauträgervertrag<sup>76</sup> darf maximal sieben Raten vorsehen, muss die in der Verordnung vorgegebenen Zeitpunkte beachten und darf die dort genannten Ratenhöhen nicht überschreiten (§ 3 Abs. 2 MaBV).<sup>77</sup> Jeder Verstoß gegen diese Vorgaben führt gem. § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Klausel und zur Anwendung des allgemeinen Werkvertragsrechts.<sup>78</sup> Außerdem begeht der Unternehmer, der die Vorgaben der Verordnung missachtet, eine Ordnungswidrigkeit gem. § 18 MaBV.

Um vor dem Hintergrund des nationalen AGB-Rechts keine Zweifel an der Wirksamkeit von Abschlagszahlungsklauseln aufkommen zu lassen, die den Vorgaben von § 3 Abs. 2 MaBV entsprechen, hat der deutsche Gesetzgeber eine solche

---

<sup>75</sup> INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Nr. 1 Rn. 16.

<sup>76</sup> Genau genommen handelt es sich bei Bauträgerverträgen, die sich an den MaBV orientieren, nicht um Abschlags-, sondern um Vorauszahlungen. S. dazu unten S. 181.

<sup>77</sup> Die in der MaBV genannten Werte sind Maximalwerte; zur Frage, inwieweit neben den öffentlich-rechtlichen Regelungen der MaBV auf zivilrechtlicher Ebene das Äquivalenzgebot von Leistung und Gegenleistung zu beachten ist, s. SCHMIDER/WAGNER/LORITZ/Wagner, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen, 2. Aufl., Bd. 5, 6112 Rn. 93.

<sup>78</sup> BGH, NJW 2000, 818, 819 f.



Vertragsgestaltung mit der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen ausdrücklich von einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ausgenommen. Vereinzelt gibt es allerdings Stimmen, die die Vereinbarkeit einer solchen Vertragsgestaltung mit den Vorgaben der europäischen Klauselrichtlinie anzweifeln.<sup>79</sup>

Der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ hat in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts<sup>80</sup> die Forderung aufgestellt, die Vorgaben, die für Bauträgerverträge bereits existieren, in ähnlicher Weise auf alle Verbraucherbauverträge zu erstrecken (ausführlich dazu unten S. 59.). Der 1. Deutsche Baugerichtstag hat sich gegen eine solche Gesetzregelung ausgesprochen.<sup>81</sup>

*(b) England*

In England wird neuer Wohnraum sehr häufig in Form von Bauträgermodellen errichtet. In diesen Fällen hat der Auftraggeber zwar meist keinen großen Einfluss auf die Bauweise; im Gegenzug braucht er aber den vertraglich vereinbarten Preis bis auf einen kleinen Anteil erst nach Fertigstellung des Gebäudes zu entrichten. Lediglich eine geringe Summe wird üblicherweise als Reservierungsgebühr vereinbart, die unmittelbar nach Vertragsschluss zu begleichen ist.

In anderen Bauverträgen ist es demgegenüber üblich, Abschlagszahlungen in Abhängigkeit vom Baufortschritt zu vereinbaren. An der Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen bestehen keine Zweifel. Eine gesetzliche Regelung, die die maximalen Beträge für Abschlagszahlungen festgelegt, gibt es nicht.

*(c) Frankreich*

In französischen Bauverträgen wird häufig eine Sicherheitsleistung des Auftraggebers vereinbart. Einer solchen Vereinbarung zufolge hat der Besteller eine bestimmte Summe<sup>82</sup> auf ein auf seinen Namen eröffnetes Konto einzuzahlen. Die

---

<sup>79</sup> Thode, ZfIR 2001, 345; MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 80.

<sup>80</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 7; abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>81</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

<sup>82</sup> In bestimmten Fällen maximal 3% des Gesamtpreises.

entsprechende Forderung gegen die Bank ist weder pfändbar noch abtretbar, und der Auftraggeber kann darüber auch nicht mehr verfügen. Ist der Vertrag aufgrund der Ausübung des Widerrufsrechts oder aus einem anderen Grunde unwirksam, erhält der Auftraggeber die eingezahlte Summe unverzüglich zurück. Andernfalls wird sie auf die erste fällige (Abschlags)Zahlung angerechnet und an den Bauunternehmer ausgekehrt.

Neben der Vereinbarung einer solchen Sicherheitsleistung sehen Bauverträge in Frankreich üblicherweise die Leistung von Abschlagszahlungen vor.

Für Verträge über die Errichtung von Ein- oder Zweifamilienhäusern mit Planerstellung legt Art. R 231-7 CCH folgende Obergrenzen fest:

- max. 15 % bei Eröffnung der Baustelle;
- max. weitere 10 % bei Fertigstellung der Fundamente;
- max. weitere 15 % bei Fertigstellung der Außenmauern;
- max. weitere 20 % bei Fertigstellung des Daches;
- max. weitere 15 % bei Fertigstellung der Zwischenwände, Türen und Fenster;
- max. weitere 20 % bei Fertigstellung der Innenausstattung, der Sanitäranlagen, der Tischlerarbeiten sowie der Heizung.

Die Restzahlung von min. 5 % ist bei Abnahme fällig. Wenn der Auftraggeber sich bei der Abnahme von einem Bauunternehmer oder anderem Bauspezialisten beraten lässt, wird die Restsumme erst 8 Tage nach Schlüsselübergabe fällig. Macht der Auftraggeber bei der Abnahme Mängelvorbehalte geltend, kann er die verbleibenden 5 % des Preises bis zur Beseitigung der aufgezeigten Mängel hinterlegen (ausführlich zu diesem Fragenkreis unten S. 56).

Für andere Bauverträge über Gebäude, die zumindest auch zu Wohnzwecken errichtet werden, setzt Art. R. 222-7 CCH der Vereinbarung von Abschlagszahlungen zwei Obergrenzen: Die erste zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Fundamente, die zweite zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Daches.

#### *(d) Niederlande*

Gem. Art. 7:767 nIZGB darf ein Verbraucher, der einen Bauvertrag abschließt, grundsätzlich zu keinen Vorauszahlungen verpflichtet werden. Einzige Ausnahme

ist eine Garantiezahlung von 10% des gesamten Werklohnes vor Beginn der Bauarbeiten.

Der kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag beinhaltet ein System von Abschlagszahlungen. Demnach sind bei Beginn der Arbeiten 10% des Gesamtpreises zu entrichten, bei Übergabe des Gebäudes sind ebenfalls 10% zu entrichten, und während der Bauphase ist der übrige Preis in 20%-Schritten zu bezahlen.

*(e) Schweiz*

Die SIA-Norm 118 sieht in Art. 144 monatliche Abschlagszahlungen des Bauherrn vor. Die Höhe entspricht dem Wert der bereits erbrachten Arbeitsleistung.<sup>83</sup> Daher hat der Unternehmer, der diesen Anspruch geltend macht, eine überprüfbare Aufstellung der bereits fertiggestellten Arbeiten vorzulegen.

(3) SICHERHEITSLAISTUNG FÜR KÜNFTIGE WERKLOHNFORDERUNG

*(a) Deutschland*

Gem. § 648 BGB kann der Unternehmer zur Sicherung seiner Werklohnforderung die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ein solcher Anspruch setzt aber voraus, dass der Unternehmer zumindest eine Teilleistung erbracht hat. Außerdem ist die Hypothek der Höhe nach auf einen dieser Teilleistung entsprechenden Werklohnanspruch begrenzt. Die Fälligkeit dieses Teilanspruchs ist freilich nicht erforderlich.

Wesentlich weiter geht der später eingefügte § 648a BGB. Er gibt dem Unternehmer bereits vor Aufnahme der Bauarbeiten das Recht, eine Sicherheitsleistung für seine künftige Werklohnforderung zu verlangen. Macht der Unternehmer von diesem Recht Gebrauch, kann der Besteller bspw. durch die Beibringung einer Bankgarantie Sicherheit leisten. Weigert der Besteller sich hingegen, Sicherheit zu leisten, so hat der Unternehmer keine Möglichkeit, die Bestellung einer Sicherheit gerichtlich durchzusetzen.<sup>84</sup> In einem solchen Fall räumt das Gesetz dem Unternehmer lediglich ein Leistungsverweigerungs- sowie Vertragsaufhebungsrecht mit

---

<sup>83</sup> Allerdings kann der Auftraggeber 10% dieser Summe als Erfüllungssicherheit zurückbehalten.

anschließendem Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens ein. Bauträger können sich in aller Regel aber nicht auf § 648a BGB berufen.<sup>85</sup> Da ein Bauträger das Bauwerk auf seinem eigenen Grundstück errichtet, fehlt es bei ihm am erforderlichen Sicherungsinteresse.<sup>86</sup> Außerdem findet § 648a BGB keine Anwendung, wenn der Auftraggeber eine natürliche Person und Vertragsgegenstand die Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses ist.

§ 648a BGB soll durch das bereits erwähnte Forderungssicherungsgesetz<sup>87</sup> reformiert werden: Falls der Besteller die Sicherheit nicht innerhalb einer vom Unternehmer gesetzten Frist leistet, soll der Unternehmer künftig die Wahl haben zwischen der Kündigung und der Aufrechterhaltung des Bauvertrages. Entscheidet er sich für Letzteres, soll er seinen Sicherungsanspruch gerichtlich geltend machen können. Entscheidet er sich hingegen für die Kündigung, soll er die vereinbarte Vergütung unter Abzug dessen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt, verlangen dürfen.

Der Schutz des Bauunternehmers soll im Übrigen durch das Bauforderungssicherungsgesetz gewährleistet werden. Da dessen Regelungen jedoch für unzureichend erachtet werden, hat der 1. Deutsche Baugerichtstag empfohlen, Modelle des europäischen Auslands zur Sicherung des Unternehmers zu überprüfen.<sup>88</sup>

#### *(b) England*

In England ist der Auftraggeber gesetzlich nicht dazu verpflichtet, dem Unternehmer eine Sicherheit für dessen künftige Werklohnforderung zu leisten. Entsprechende Vereinbarungen sind in englischen Bauverträgen zwar möglich, aber eher unüblich.

---

<sup>84</sup> BERG/VOGELHEIM/WITTLER/*Boisserée*, Bau- und Architektenrecht, Köln 2006, Rn. 850; MESSERSCHMIDT/VOIT/*Cramer*, Privates Baurecht, München 2008, § 648a BGB Rn. 3.

<sup>85</sup> MünchKomm/*Busche*, 4. Aufl. München 2005, § 648a BGB Rn. 5; Pause, NZBau 2002, 648, 650.

<sup>86</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Cramer*, Privates Baurecht, München 2008, § 648a BGB Rn. 10 unter Verweis auf § 648 BGB Rn. 29; INGENSTAU/KORBION/*Joussen*, VOB-Kommentar, Neuwied 2007, Anhang 2 Rn. 13.

<sup>87</sup> Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511

<sup>88</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises I des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akl-neu.pdf>.

*(c) Frankreich*

Bei Bauverträgen mit einem Volumen von über 12 000 € hat der Unternehmer gegen seinen Auftraggeber gem. Art. 1799-1 C. civ. einen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Diesen Anspruch kann der Auftraggeber entweder durch Beibringung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft eines Kreditinstituts oder durch Bestellung einer Hypothek am Baugrundstück erfüllen. Nicht erforderlich ist eine solche Sicherheitsleistung allerdings dann, wenn der Auftraggeber den Bau durch ein Darlehen finanziert. In diesem Fall ist die finanzierende Bank gem. Art. 1799-1 Abs. 2 C. civ. nämlich gehalten, die Darlehenssumme nicht an den Auftraggeber, sondern unmittelbar an den Bauunternehmer auszuzahlen, sobald der Werklohn fällig ist. Der zuletzt beschriebene Weg ist der in der Praxis übliche.

*(d) Niederlande*

Wie bereits erläutert, hat der Unternehmer gegen den Auftraggeber bei Baubeginn gem. Art. 7:767 nIZGB einen Anspruch auf Zahlung von 10% des Werklohns. Darüber hinaus räumt das Gesetz dem Auftraggeber keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung ein. Auch in der Praxis ist es nicht üblich, eine entsprechende Vereinbarung zu schließen.

*(e) Schweiz*

In der Schweiz hat der Unternehmer gem. Art. 837 Ziff. 3 ZGB einen Anspruch auf Einräumung eines Bauhandwerkerpfandrechts am Baugrundstück. Die Belastung trifft den Grundeigentümer, der im Unterschied zum deutschen Recht nicht notwendigerweise der Werklohnschuldner sein muss. Dies kann für den Grundeigentümer erhebliche Nachteile mit sich bringen, so z.B. wenn der Generalunternehmer, der seinerseits Subunternehmer eingeschaltet hat, insolvent wird.

Diese Regelung ist zwingender Natur, so dass ein Unternehmer im Voraus auf seinen Sicherungsanspruch nicht verzichten kann. Allerdings verwirkt er den Anspruch gem. Art. 839 Abs. 2 ZGB, wenn das Pfandrecht nicht innerhalb von 3 Monaten nach Vollendung der pfandberechtigten Arbeiten im Grundbuch eingetragen wird.

#### (4) VERJÄHRUNG DER WERKLOHNFORDERUNG

##### (a) *Deutschland*

Die Verjährungsfrist der Werklohnforderung beträgt gem. § 195 BGB 3 Jahre. Die Verjährung beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis erlangen müsste. Entstehungszeitpunkt des Anspruchs im Sinne dieser Norm ist der Fälligkeitszeitpunkt.<sup>89</sup> Gemäß § 641 Abs. 1 BGB wird der Werklohnanspruch mit der Abnahme des Werkes durch den Besteller fällig. Die Erstellung der Schlussrechnung ist nach herrschender Meinung keine Fälligkeitsvoraussetzung.<sup>90</sup>

Anders verhält es sich, wenn Teil B der VOB Vertragsbestandteil geworden ist. In diesem Fall setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs neben der Abnahme des Werkes stets die Aufstellung einer prüfbaren Schlussrechnung voraus.<sup>91</sup> Der Besteller ist grundsätzlich sogar erst dann zur Zahlung verpflichtet, wenn er die Schlussrechnung geprüft hat.<sup>92</sup> Ist das Werk durch den Besteller abgenommen, so wird der Werklohnanspruch aber unabhängig von der Frage, ob der Besteller die Rechnungsprüfung abgeschlossen hat, spätestens zwei Monate nach Zugang der Schlussrechnung fällig.<sup>93</sup>

Gem. § 212 BGB beginnt die Verjährung erneut, wenn der Schuldner den Anspruch anerkennt (Verjährungsunterbrechung). Die Umstände, unter denen die Verjährung gehemmt wird, werden in den §§ 203 ff. BGB aufgeführt. Wichtige Beispiele sind die Erhebung der Klage sowie die Aufnahme von Verhandlungen zwischen Schuldner und Gläubiger.

---

<sup>89</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Baden-Baden 2007, Das Mandat in Bau-sachen, Teil 1 Rn. 595; Erman/*Schmidt-Räntsch*, BGB-Kommentar, 11. Aufl. Köln 2004, § 199 Rn. 3.

<sup>90</sup> Der BGH hat entschieden, dass die Fälligkeit im Sinne des Verjährungsrechts keine Rechnung voraussetzt, BGHZ 79, 176. Ausführlich dazu WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1368 ff. Allgemein zum Erfordernis einer Rechnung unten S. 52.

<sup>91</sup> Vgl. § 16 Nr. 3 VOB/B; s. dazu INGENSTAU/KORBION/*Locher*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Nr. 3, Rn. 8.

<sup>92</sup> So weit will bei einem reinen BGB-Vertrag niemand gehen; kritisch aber *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, 16. Aufl. Köln 2007, Rn. 323.

<sup>93</sup> Vgl. dazu KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT//*Messerschmidt*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 16 VOB/B Rn. 193.

*(b) England*

Die Verjährungsfrist für den Zahlungsanspruch beträgt sechs Jahre, wenn der Vertrag nicht notariell beurkundet worden ist (*section 5 Limitation Act*). Andernfalls beträgt die Verjährungsfrist sogar 12 Jahre.

Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fertigstellung des Bauwerks zu laufen.

*(c) Frankreich*

Die Verjährungsfrist für den Werklohnanspruch beträgt gem. Art. 2277 C. civ. fünf Jahre. Sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem die Abnahme erfolgt ist.

Gem. Art. 2244 C. civ. führen gerichtliche Handlungen und Zustellungen wie z.B. die Einleitung eines Mahnverfahrens zur Unterbrechung der Verjährung. In gleicher Weise unterbricht die Anerkennung des Schuldners gem. Art. 2248 C. civ. die Verjährung.

*(d) Niederlande*

In den Niederlanden verjährt die Werklohnforderung gem. Art 7:28 nIZGB zwei Jahre nach Fertigstellung des Bauwerkes.

*(e) Schweiz*

Auf die Werklohnforderung findet grundsätzlich die ordentliche Verjährungsfrist von 10 Jahren Anwendung. Diese beginnt gem. Art. 372 i.V.m. Art. 130 OR mit der Fälligkeit des Werklohnanspruchs, also mit Vollendung des Werkes, zu laufen. Eine Ausnahme gilt jedoch für Zahlungsforderungen aufgrund von Handwerksarbeit: Diese verjähren gem. Art. 128 Ziff. 3 OR innerhalb von fünf Jahren.

Die Fristen sind der Disposition der Parteien in jeder Hinsicht entzogen (vgl. Art. 129 OR).

Der Fristenlauf wird in der Praxis vor allem durch Betreibungsbegehren oder Ladungen zu einem amtlichen Sühneversuch unterbrochen (vgl. Art. 173 Abs. 1 OR).

(5) KURZRESÜMEE

Bei der Absicherung künftiger Werklohnforderungen des Bauunternehmers fällt in der französischen Rechtsordnung erneut die Einbindung der Banken auf. Dort ist eine Bank, die ein Bauvorhaben finanziert, per Gesetz gehalten, die Darlehensvaluta unmittelbar an den Bauunternehmer auszukehren. Die deutsche Rechtsordnung verpflichtet die Banken zwar nicht zu einem solchen Vorgehen; dies wäre angesichts des dem deutschen Recht zugrunde liegenden Grundsatzes der Trennung von Darlehensvertrag und finanziertem Geschäft, der für Fälle des finanzierten Immobilienerwerbs in § 358 Abs. 3 S. 3 BGB eine spezielle Ausprägung erfahren hat, auch systemfremd. In der Praxis finden sich aber durchaus privatautonome Abtretungsvereinbarungen, die mit der französischen Rechtslage vergleichbare Rechtsfolgen herbeiführen.<sup>94</sup> Selbst wenn eine solche Abtretung der Darlehensauszahlungsansprüche vom Besteller an den Unternehmer nicht den Anforderungen von § 648a Abs. 2 BGB entspricht,<sup>95</sup> wird sie bisweilen vom Unternehmer akzeptiert, um den in § 648a Abs. 3 BGB statuierten Kostenerstattungsanspruch zu vermeiden. Auf diese Weise führt § 648a BGB indirekt zu Vereinbarungen, die der französischen Rechtslage im Ergebnis ähneln. Vom Anwendungsbereich des § 648a BGB sind aber Bauverträge ausgenommen, die eine natürliche Person zur Errichtung eines Einfamilienhauses schließt, so dass § 648a BGB in diesem Bereich auch keine indirekte Ausstrahlungswirkung entfalten kann. Es ist fraglich, ob dieser völlige Ausschluss für einen effektiven Verbraucherschutz wirklich erforderlich ist. Es erscheint unter Berücksichtigung der Sicherungsinteressen des Bauunternehmers einem Verbraucher durchaus zumutbar, dass die Darlehensvaluta von der finanzierenden Bank unmittelbar an den Bauunternehmer ausgekehrt wird, solange die Auszahlung von einer Genehmigung des Verbrauchers abhängt. Eine entsprechende modifizierende Ergänzung von § 648a BGB erscheint durchaus überlegenswert. Bauherren eines Einfamilienhauses sollten aber

---

<sup>94</sup> Vgl. für solch einen Fall bspw. BGH, NJW-RR 2004, 1347 sowie OLG Brandenburg, OLGR 2003, 181.

<sup>95</sup> So ENGLERT/MOTZKE/WIRTH/Motzke, Kommentar zum BGB Bauvertragsrecht, Neuwied 2007, § 648a Rn. 48. Demgegenüber scheint das OLG Brandenburg, OLGR 2003, 181, davon auszugehen, dass eine Abtretung von Darlehensauszahlungsansprüchen den Anforderungen von § 648a Abs. 2 BGB genügen könne. So auch Henkel, Bauhandwerkersicherung, Heidelberg 1999, S. 159 f.



nicht zu einer über die Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs hinausgehenden Sicherheitsleistung verpflichtet werden.

Kritischer ist demgegenüber der schweizerische Weg zu betrachten, dem zufolge Bauunternehmer selbst dann gegen den Eigentümer des Baugrundstücks einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek haben, wenn sie selbst nur Subunternehmer des Generalunternehmers sind und mit dem Eigentümer des Baugrundstücks gar keinen Werkvertrag geschlossen haben. Diese Regelung schützt zwar Subunternehmer in recht effektiver Weise, führt aber zu dem Problem, dass der Bauherr im Falle der Insolvenz des Generalunternehmers möglicherweise für eine Leistung doppelt zahlen muss. Daher erfährt diese Regelung in der Schweiz auch heftige Kritik (s. dazu ausführlich im Zusammenhang mit Direktansprüchen von Subunternehmern unten S. 64).

## **b. Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung**

### (1) SCHUTZ DURCH ERFORDERNIS DER ABNAHME

#### *(a) Deutschland*

##### *i. Grundsätzliches*

Gem. § 641 Abs. 1 BGB setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs die Abnahme des Bauwerks durch den Besteller voraus. Unter Abnahme ist dabei die körperliche Hinnahme unter Billigung des Werkes als vertragsgemäße Leistung zu verstehen.<sup>96</sup>

Dieses Abnahmeerfordernis besteht aber nur nach Fertigstellung des Gesamtwerkes, wenn der Unternehmer die nach etwaigen Abschlagszahlungen verbleibende Restforderung geltend machen will. Gem. § 632a BGB ist eine Abnahme für die Geltendmachung von Abschlagszahlungen hingegen nicht erforderlich (ausführlich dazu oben S. 34). Gleiches gilt nach § 16 Nr. 1 VOB/B.<sup>97</sup>

Die Abnahme kann auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Erforderlich ist ein Verhalten, in dem die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß

---

<sup>96</sup> BGHZ 48, 257, 262; vgl. allgemein ENGLERT/MOTZKE/WIRTH/*Schalk*, Kommentar zum BGB Bauvertragsrecht, Neuwied 2007, § 640 Rn. 2.

<sup>97</sup> Vgl. allgemein zur Fälligkeit von Abschlagszahlungen BGH NJW 1979, 650, 651.

zum Ausdruck kommt.<sup>98</sup> Eine solche Billigung kann sich je nach den Umständen bspw. in der rügelosen Nutzung des Bauwerkes manifestieren.

*ii. Abnahmefiktionen*

Das Werkvertragsrecht sieht zwei Abnahmefiktionen<sup>99</sup> vor.

Gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB wird eine Abnahme fingiert, wenn das Werk vollendet ist, keine wesentlichen Mängel aufweist, der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und diese Frist verstrichen ist.

Die zweite Abnahmefiktion findet sich in § 641a BGB. Dieser Norm zufolge steht die von einem Gutachter erteilte Fertigstellungsbescheinigung der Abnahme gleich. In der Praxis wird diese Möglichkeit jedoch selten genutzt, weil die Fertigstellungsbescheinigung selbst dann nicht erteilt werden darf, wenn das Werk nur unwesentliche Mängel aufweist.<sup>100</sup> Da sich diese Regelung bisher nicht bewährt hat, soll sie im Zuge des im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Forderungssicherungsgesetzes<sup>101</sup> gestrichen werden.<sup>102</sup>

Ist Teil B der VOB wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so kommen zu den eben erwähnten Abnahmefiktionen zwei weitere hinzu.

Gem. § 12 Nr. 5 (1) VOB/B wird die Abnahme fingiert, wenn das Werk fertiggestellt worden ist, es keine wesentlichen Mängel aufweist<sup>103</sup> und seit der schriftlichen Mitteilung über die Fertigstellung des Werkes 12 Werkzeuge verstrichen sind.

---

<sup>98</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Messerschmidt*, Privates Baurecht, München 2008, Rn. 128 ff.

<sup>99</sup> Vgl. zu der Frage, ob es sich bei den im Folgenden genannten Normen wirklich um eine gesetzliche Fiktion im eigentlichen Sinne handelt, *Motzke*, NZBau 2000, 489, 494.

<sup>100</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 313; vgl. auch die frühe Kritik von *Thode*, NZBau 2002, 297, 303.

<sup>101</sup> Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>102</sup> Die Abschaffung dieser Norm hat bereits der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg gefordert; vgl. dessen baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Empfehlung Nr. 15, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>103</sup> So die Rechtsprechung, die ein abnahmereifes Werk verlangt; vgl. BGH, NJW-RR 89, 979. In der Literatur ist diese Voraussetzung umstritten: dafür bspw. INGENSTAU/KORBION/*Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 12 Nr. 5 VOB/B Rn. 6 sowie MESSERSCHMIDT/VOIT, Privates Baurecht, München 2008, § 12 VOB/B Rn. 15, wo aber eine großzügige Sichtweise der Abnahmereife befürwortet wird, um die Abnahmefiktion des § 12 Nr. 5 VOB/B nicht zu entwerten; gänzlich gegen die Voraussetzung der Abnahmereife bspw. KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Havers*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 12 VOB/B Rn. 106.

Gem. § 12 Nr. 5 (2) VOB/B wird eine Abnahme weiterhin dann fingiert, wenn der Besteller das Bauwerk 6 Werkzeuge lang genutzt hat. Es ist umstritten, ob die Abnahmereife des Bauwerks Grundvoraussetzung der Fiktion ist.<sup>104</sup>

Da dem in Verbraucherbauverträge einbezogenen Teil B der VOB in aller Regel AGB-Charakter zukommt (s. oben S. 15), verstoßen die darin enthaltenen Abnahmefiktionen grundsätzlich gegen § 308 Nr. 5 BGB und sind in Verbraucherbauverträgen somit unwirksam. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt gem. § 308 Nr. 5 a.E. BGB allerdings dann, wenn Teil B der VOB ohne Veränderung in seiner Gesamtheit Vertragsbestandteil geworden ist. Wie bereits erwähnt, ist jedoch zweifelhaft, ob eine solche Privilegierung der VOB/B mit der europäischen Klauselrichtlinie vereinbar ist.<sup>105</sup>

### *iii. Recht zur Abnahmeverweigerung*

Die Abnahme des Bauwerks kann verweigert werden, wenn das Bauwerk Mängel aufweist, die nicht lediglich unwesentlich sind. Die Unwesentlichkeitsschwelle ist in jedem Fall überschritten, sobald ein Mangel die Gebrauchsfähigkeit des Werkes beeinträchtigt.<sup>106</sup>

Erklärt der Besteller die Abnahme, so hat er im Hinblick auf ihm bekannte Mängel einen Vorbehalt zu erklären, um insoweit seine Rechte zu wahren (vgl. § 640 Abs. 2 BGB; ausführlich dazu unten S. 102). Die Erklärung eines solchen Vorbehalts erhält dem Besteller aber lediglich seine Mängelansprüche sowie seinen Anspruch auf etwaig verwirkte Vertragsstrafen (mehr dazu unter Punkt iv). Im Übrigen treten die gewöhnlichen Rechtsfolgen der Abnahme ein: Fälligkeit des Werklohnanspruchs, Übergang von Leistungs- und Gegenleistungsgefahr, Beginn der Gewährleistungsfrist, Veränderung der Beweislast bezüglich Schlechterfüllung. Darüber, dass erstere und letztere Wirkung im Hinblick auf die vorbehaltenen Mängel nicht ein-

---

<sup>104</sup> Vgl. dazu einerseits KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Havers*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 12 VOB/B Rn. 106 und andererseits INGENSTAU/KORBION/*Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 12 Nr. 5 VOB/B Rn. 6.

<sup>105</sup> Gegen die Vereinbarkeit spricht sich bspw. aus *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 81. Für die Vereinbarkeit KG, NZBau 2007, 584, 586. Das KG hat aber die Revision zugelassen. Derzeit ist das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 anhängig. Vgl. außerdem oben S. 15.

<sup>106</sup> Vgl. grundsätzlich zum Kriterium der Unwesentlichkeit WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, Köln 2008, 12. Aufl. 2008, Rn. 1366.

treten, besteht weitgehend Einigkeit.<sup>107</sup> Ungeklärt ist dies allerdings für die an zweiter und dritter Stelle genannten Wirkungen, insbesondere den Beginn der Gewährleistungsfrist.<sup>108</sup>

*iv. Auswirkung der Abnahme auf Vertragsstrafen*

Damit der Auftraggeber seinen Anspruch auf eine bereits verwirkte Vertragsstrafe behält, muss er bei der Abnahme einen entsprechenden Vorbehalt erklären (vgl. § 341 Abs. 3 BGB). Im Falle einer Abnahmefiktion gilt dies jedoch nur für die in der VOB/B vorgesehenen Abnahmefiktionen.<sup>109</sup>

*(b) England*

Im englischen Recht setzt die Fälligkeit der Werklohnforderung keine Abnahme des Werkes voraus. Entscheidend ist allein die Fertigstellung des Gebäudes. Eine solche liegt aber bspw. noch nicht vor, wenn das Gebäude mit derartigen Mängeln behaftet ist, dass die Reparaturkosten 1/3 des gesamten Werklohnes betragen.<sup>110</sup>

Bedient sich der Auftraggeber eines Baubetreuers, so sieht der Bauvertrag häufig vor, dass die Werklohnforderung erst dann fällig ist, wenn der Baubetreuer das Bauwerk begutachtet und als vertragskonform erachtet hat.

*(c) Frankreich*

*i. Grundsätzliches*

Grundsätzlich setzt die Fälligkeit der Werklohnforderung bei Bauverträgen die Abnahme i.S.v. Art. L. 111-19 Abs.1 CCH voraus.

Die Abnahme ist gem. Art. 1792-6 C. civ. ein einseitiges Rechtsgeschäft. Sie besteht in der Erklärung des Auftraggebers, das erstellte Bauwerk als den vertraglich

---

<sup>107</sup> Zur Beweislastfrage s. bspw. BGH, NJW-RR 1997, 339; vgl. dazu *Thode*, ZfBR 1999, 116, 120.

<sup>108</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 350.

<sup>109</sup> Staudinger/*Jagmann* (München 2004), § 341 BGB Rn. 41 f.; Palandt/*Sprau*, 67. Aufl. München 2008, § 640 Rn. 13.; a.A. MESSERSCHMIDT/VOIT/*Messerschmidt*, Privates Baurecht, München 2008, § 640 BGB Rn. 312; WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 2276. Vgl. auch die Ausführungen im Zusammenhang mit der Erklärung eines Vorbehalts zum Erhalt von Gewährleistungsansprüchen, unten S. 102.

<sup>110</sup> Vgl. BEALE, *Chitty on Contracts*, 29. Aufl. London 2004, Bd. II, Rn. 37-009.

geschuldeten Gegenstand zu akzeptieren. Notfalls kann die Abnahmeerklärung auf gerichtlichem Wege herbeigeführt werden.

Die Abnahme kann grundsätzlich auch schlüssig erklärt werden. Erforderlich ist dafür ein Verhalten, das die Akzeptanz des Werkes eindeutig erkennen lässt.<sup>111</sup> Die Inbesitznahme des Gebäudes ist dabei notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung.<sup>112</sup>

Verträge über die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses bilden die Ausnahme von dem soeben genannten Grundsatz. Hier kann die Abnahme nicht in schlüssiger Form erklärt werden. Art. L. 231-6 (IV) CCH schreibt Schriftform vor.

Ein Abnahmefiktionen kennt das französische Recht nicht.

### *ii. Recht zur Abnahmeverweigerung*

Entspricht das Bauwerk nicht den vertraglichen Vereinbarungen oder weist es (andere) Mängel auf, so hat der Besteller die Möglichkeit, bei Abnahme einen Vorbehalt zu erklären.<sup>113</sup> Unabhängig von ihrer Art und Bedeutung rechtfertigen sämtliche Mängel und Abweichungen von vertraglich vereinbarten Eigenschaften eine solche Erklärung.<sup>114</sup>

### *iii. Abschlagsforderungen*

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Erforderlichkeit einer Abnahme stellen die Abschlagsforderungen dar. Deren Fälligkeit setzt nicht voraus, dass der Bauabschnitt, für den die Abschlagszahlung erbracht werden soll, vom Auftraggeber abgenommen worden ist.

Der Unternehmer muss dem Auftraggeber aber in der Regel einen sog. „*état de situation*“ (Situationsbericht) übersenden. In Verträgen, die den allgemeinen Modellgeschäftsbedingungen der AFNOR unterliegen, sind darin folgende Punkte aufzulisten:

- die seit Baubeginn durchgeführten Arbeiten;

---

<sup>111</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 12. Okt. 1988, Bull. civ. III, n°137.

<sup>112</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 16 Juli 1987, Bull. civ. III, n°143, RDI 1987, 454 mit Anmerkung von *Malinvaud/Boubli*.

<sup>113</sup> Zu den Folgen eines trotz sichtbarer Mängel unterlassenen Vorbehalts s. unten S. 103.

- die auf die Baustelle gelieferten oder bei dem Unternehmer für die Baustelle besonders verwahrten Baumaterialien, für die Zahlungen geleistet werden sollen.

*(d) Niederlande*

In den Niederlanden setzt die Fälligkeit von Abschlagszahlungen lediglich die Fertigstellung des Bauabschnitts voraus, für den die Abschlagszahlung verlangt wird.

Anders verhält es sich bei der Fälligkeit der Restforderung. Gem. Art. 7:768 nIZGB kann der Auftraggeber während eines Zeitraumes von 3 Monaten nach Fertigstellung des Bauwerks 5% der Werklohnforderung bei einem Notar hinterlegen, um so eine Sicherheit für eventuelle Gewährleistungsansprüche zu behalten. Nach Ablauf der drei Monate hat der Unternehmer einen Anspruch auf Auskehrung dieser Restsumme, wenn keiner der in Art. 6:262 nIZGB genannten Fälle vorliegt.

In der Praxis ist es allgemein üblich, dass die Parteien nach vollständiger Beendigung der Arbeiten das Bauwerk gemeinsam besichtigen und anschließend ein Übergabeprotokoll anfertigen. Bei einem solchen Prozedere kann der Auftraggeber die Unterzeichnung des Übergabeprotokolls verweigern, wenn das Haus zu Wohnzwecken nicht verwendet werden kann. Sämtliche sichtbare Mängel sind in dem Übergabeprotokoll zu vermerken, damit die entsprechenden Gewährleistungsrechte nicht verloren gehen (dazu ausführlich unten S. 103).

*(e) Schweiz*

Nach schweizerischem Recht setzt die Fälligkeit der Werklohnforderung keine Genehmigung des Werkes durch den Auftraggeber voraus. Erforderlich ist lediglich die faktische Übergabe des Werkes bzw. bei einer Immobilie die Vollendungserklärung des Unternehmers.

Eine andere Regelung findet sich in der SIA-Norm 118. Nach diesen Modell-AGB ist eine Abnahme des Werkes mit Genehmigungswirkung erforderlich. Nach Art. 162 und 164 SIA-Norm 118 kann diese Abnahme aber auch konkludent erklärt werden. Die Abnahmeerklärung wird sogar fingiert, wenn eine gemeinsame Prüfung des

---

<sup>114</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 19. Juni 1996, RDI 1996, 581; Cour de cassation 3e civ. vom 6. Dez. 2005, RDI 2006, 136.

Bauwerks unterbleibt, weil der Auftraggeber die Mitwirkung unterlässt oder keine Seite eine solche Prüfung verlangt. Bei wesentlichen Mängeln kann die Abnahme gem Art. 161 SIA-Norm 118 verweigert werden. Ist bereits eine Vertragsstrafe verwirkt worden, so ist bei der Abnahme ein Vorbehalt zu erklären, um den entsprechenden Anspruch zu erhalten (Art. 160 Abs. 2 OR). Dies gilt sogar für die Akzeptanzfiktion (zur Frage des Verlustes von Gewährleistungsansprüchen s. unten S. 104).

## (2) ERFORDERNIS EINER RECHNUNG

### (a) *Deutschland*

Gem. § 641 Abs. 1 BGB wird der Werklohnanspruch im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes fällig. Nach herrschender Meinung ist die Erteilung einer Schlussrechnung keine Fälligkeitvoraussetzung.<sup>115</sup>

Nach einem Vorschlag des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg sollte die Fälligkeit der Werklohnforderung generell von der Erteilung der Schlussrechnung abhängig gemacht werden. Abgelehnt wird in dem Freiburger Vorschlag allerdings ausdrücklich das weitergehende Erfordernis einer „prüfbar“ Rechnung.<sup>116</sup>

Selbst unter der aktuellen Rechtslage befindet sich der Besteller aber vor Erhalt der Schlussrechnung grundsätzlich nicht in Zahlungsverzug. Verzug setzt gem. § 286 Abs. 4 BGB nämlich ein Vertretenmüssen und folglich nach § 276 Abs. 1 BGB ein Verschulden des Schuldners voraus. Kennt der Besteller mangels Schlussrechnung

---

<sup>115</sup> Nachdem der BGH dies in einer früheren Entscheidung nur für die Fälligkeit im Sinne der Verjährungsvorschriften entschieden hatte, hat er dies in jüngerer Zeit in allgemeiner Form formuliert: BGH vom 24. Feb. 2002, NJW 2002, 1567, 1568 unter II.2; vgl. auch MÜCHKOMM/BUSCHE, 4. Aufl. München 2005, § 641 Rn. 7; INGENSTAU/KORBION/LOCHER, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Rn. 14. Für einen Überblick über frühere in die entgegengesetzte Richtung gehende OLG-Entscheidungen s. bspw. WERNER/PASTOR/WERNER, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1370. Generell a.A. bspw. KAPPELLMANN/LANGEN, Einführung in die VOB/B, 16. Aufl. Köln 2007, Rn. 315, 322.

<sup>116</sup> Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 10, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

den exakten Rechnungsbetrag nicht, so kann ihm wegen des Ausbleibens der Zahlung aber auch kein Vorwurf gemacht werden.<sup>117</sup>

Als problematisch erweist sich hingegen § 641 Abs. 4 BGB. Dieser Norm zufolge hat der Besteller die in Geld festgesetzte Vergütung unabhängig vom Verzugseintritt ab dem Zeitpunkt der Abnahme mit einem Zinssatz von 4 % (vgl. § 246 BGB) zu verzinsen. Es gibt zwar verschiedene Ansätze, um diese Zinspflicht des Auftraggebers nicht vor Erhalt einer Schlussrechnung entstehen zu lassen.<sup>118</sup> Zwingend erscheinen all diese Konstruktionen jedoch nicht, und durch höchstrichterliche Rechtsprechung ist bisher keiner dieser Versuche abgesichert. Sollte man rechtspolitisch zu der Überzeugung gelangen, dass der Besteller vor Erhalt der Schlussrechnung keinem pauschalisierten Nutzungsherausgabeanspruch ausgesetzt sein soll, wäre daher zu erwägen, die Norm des § 641 Abs. 4 BGB allgemein oder zumindest für Verbraucherbauverträge zu modifizieren.

Ist Teil B der VOB Vertragsbestandteil geworden, so setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs die Vorlage einer prüfaren<sup>119</sup> Schlussrechnung voraus (vgl. § 16 Nr. 3 VOB/B). Trotz dieser erschwerten Fälligkeitsvoraussetzung sieht das Klauselwerk keinen Anspruch auf Fälligkeitszinsen vor. Stattdessen findet sich in § 16 Nr. 5 eine ausführliche Regelung für Verzugszinsen. Es besteht Einigkeit darüber, dass diese Zinsregelung abschließend ist und sogar die Regelung des § 641 Abs. 4 BGB über Fälligkeitszinsen verdrängt.<sup>120</sup>

#### *(b) England*

Im Falle einer Pauschalpreisvereinbarung ist eine nachprüfbarere Rechnung nicht erforderlich. Allein die Fertigstellung des Gebäudes führte zur Fälligkeit der Werklohnforderung.

---

<sup>117</sup> INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Rn. 14; MESSERSCHMIDT/VOIT/Messerschmidt, Privates Baurecht, München 2008, § 641 BGB Rn. 73 f.

<sup>118</sup> Messerschmidt will das Merkmal der *in Geld festgesetzten* Vergütung ablehnen, solange keine Schlussrechnung erstellt ist, MESSERSCHMIDT/VOIT/Messerschmidt, Privates Baurecht, München 2008, § 641 BGB Rn. 270; Busche rät dem Besteller, sich vor Erhalt der Schlussrechnung auf eine Einrede aus § 273 BGB zu beufen. Der Besteller habe nämlich seinerseits gegen den Unternehmer einen Informationsanspruch, der unter anderem auf Mitteilung und Aufschlüsselung der verbleibenden Werklohnhöhe gerichtet sei, MünchKomm/Busche, 4. Aufl. München 2005, § 641 Rn. 8.

<sup>119</sup> Dem Auftraggeber ist der Einwand fehlender Prüffähigkeit der Rechnung verwehrt, wenn er diesen nicht innerhalb von 2 Monaten nach Rechnungserhalt geltend macht; vgl. BGH, NZBau 2006, 783.



*(c) Frankreich*

Abschlagszahlungen werden in Frankreich ohne prüfbare Rechnung fällig. Der Unternehmer hat dem Auftraggeber aber einen Situationsbericht (s. dazu bereits oben S. 50) und zumindest eine provisorische Zahlungsabrechnung vorzulegen, aus der die für die bisher erbrachten Arbeiten fällige Gesamtsumme sowie die aktuell geschuldete Abschlagszahlung hervorgeht.

*(d) Niederlande*

Ohne Rechnung unterliegt der Auftraggeber keinem Zahlungsanspruch.

*(e) Schweiz*

Die Fälligkeit der Werklohnforderung setzt nach schweizerischem Recht keine Rechnung voraus. Selbst der Verzugseintritt ist ohne Rechnung denkbar, weil eine Haftung wegen Verzugs in der Schweiz kein Verschulden voraussetzt.

Ist die SIA-Norm 118 Vertragsbestandteil geworden, hat der Unternehmer hingegen eine prüfbare Schlussabrechnung vorzulegen. Fälligkeit des Zahlungsanspruchs tritt ein, sobald der Bauherr bzw. sein sachverständiger Bauleiter die Rechnung geprüft hat, spätestens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von zwei bis vier Monaten<sup>121</sup> nach Rechnungsausstellung. Bei dieser Konzeption ist es ausgeschlossen, dass der Auftraggeber mit der Werklohnzahlung ohne Schlussabrechnung in Verzug kommt.

(3) ZURÜCKBEHALTUNGSRECHT BEI MÄNGELN

*(a) Deutschland*

Ist das Werk mangelbehaftet, so kann der Besteller gem. § 641 Abs. 3 BGB die Zahlung des Werklohns mindestens in Höhe des Dreifachen der Summe, die für die Mängelbeseitigung erforderlich ist, verweigern. Durch das Einbehalten eines Mehrfachen dessen, was zur Reparatur erforderlich ist, soll Druck auf den Werkunternehmer ausgeübt werden, um ihn zu einer schnellen Mängelbeseitigung zu

---

<sup>120</sup> S. nur INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Rn. 21 m.w.N.

<sup>121</sup> Die genaue Frist hängt von den Umständen ab; vgl. Art. 154 Abs. 2 und Art. 155 Abs. 2 SIA-Norm 118.

bewegen.<sup>122</sup> Durch das Forderungssicherungsgesetz<sup>123</sup> soll aus dieser Mindestsumme eine Regelsumme werden, die das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten beträgt. Diese Kürzung des Druckzuschlags begegnet Kritik, weil der Druckzuschlag als wesentliches Element zur Durchsetzung des Mängelbeseitigungsanspruchs angesehen wird: Es bestehe die Gefahr, dass sich die Beseitigung von Mängeln unter der geplanten Neuregelung lange hinauszögere.<sup>124</sup>

In jedem Fall stehen dem Unternehmer vor der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten die Rechte aus § 648a BGB zu, d.h. er kann von dem Besteller für die Restwerklohnforderung eine Sicherheit verlangen. Wie bereits erwähnt, ist dieses Recht unter der aktuellen Rechtslage allerdings gerichtlich nicht durchsetzbar (s. oben S. 40). Verweigert der Besteller die Sicherheitsleistung, so kann der Unternehmer den Werkvertrag in der Weise kündigen, dass er von der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung frei wird. Freilich steht ihm dann auch nur noch der um den durch den Mangel verursachten Minderwert gekürzte Restwerklohnanspruch zu.<sup>125</sup> Zu bedenken ist dabei jedoch, dass § 648a BGB keine Anwendung findet, wenn der Auftraggeber eine natürliche Person ist und der Vertrag die Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses betrifft (s. dazu bereits oben S. 40).

Nach der Mängelbeseitigung hat der Unternehmer einen Anspruch auf Zahlung des Restwerklohnes. Eine erneute Abnahme durch den Besteller ist nicht erforderlich.

#### *(b) England*

Bei mangelhafter Werkausführung hat der Auftraggeber das Recht, einen Teil der Werklohnforderung zurückzubehalten.

Fällt der Bauvertrag in den Anwendungsbereich des *Housing Grant Act* 1996, ist die Absicht, das Zurückbehaltungsrecht auszuüben, innerhalb von fünf Tagen nach Fälligkeit der Werklohnforderung mitzuteilen (*section* 110).

---

<sup>122</sup> Sogenannter „*Druckzuschlag*“; Vgl. BGH NJW 1982, 2494 f.

<sup>123</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>124</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 17 f., abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>125</sup> S. dazu BGH, NJW 2004, 1525 f.

*(c) Frankreich*

Grundsätzlich hat der Auftraggeber das Recht, im Falle von Mängeln einen Teil der Werklohnforderung zurückzubehalten.<sup>126</sup>

Ist Vertragsgegenstand die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses mit Planerstellung, so kann der Auftraggeber im Falle von Mängeln die Abnahme unter Vorbehalt erklären und 5% der Werklohnforderung hinterlegen. Vor Beseitigung der Mängel hat der Unternehmer keinen Zugriff auf das hinterlegte Geld. Man könnte also von einem modifizierten, pauschalisierten Zurückbehaltungsrecht sprechen.

Bei einem Bauträgervertrag soll die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts jedoch mit dem kaufrechtlichen Element unvereinbar sein, weil das französische Kaufvertragsrecht im Falle von Mängeln kein Zurückbehaltungsrecht kennt.

Wird ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt, ist die Fälligkeit der Restlohnforderung von der Abnahme des ausgebesserten Werkes abhängig.

*(d) Niederlande*

Wie bereits beschrieben, kann der Auftraggeber gem. Art. 7:768 nIZGB während eines Zeitraumes von drei Monaten nach Fertigstellung 5% der Werklohnforderung bei einem Notar hinterlegen, um so eine Sicherheit für eventuelle Gewährleistungsansprüche zu behalten. Ein Nachweis von Mängeln ist dafür nicht erforderlich. Nach Ablauf der drei Monate hat der Unternehmer einen Anspruch auf Auskehrung dieser Restsumme, wenn keiner der in Art. 6:262 nIZGB genannten Fälle vorliegt (vgl. bereits oben S. 51).

*(e) Schweiz*

Gem. Art. 82 OR hat der Auftraggeber das Recht, im Falle von Mängeln einen Teil der Werklohnforderung zurückzubehalten. Die Höhe entspricht dem Zwei- bis Dreifachen der voraussichtlichen Nachbesserungskosten. Da das schweizerische Recht für die Fälligkeit der Lohnforderung keine Abnahme im Sinne des deutschen Rechts voraussetzt, wird die Restlohnforderung fällig, sobald der Unternehmer das Werk nachgebessert hat.

---

<sup>126</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 21. Mai 2003, Bull. Civ. III, n°105.

Anders liegen die Dinge unter der SIA-Norm 118, nach der die Abnahme auch für Nachbesserungsarbeiten durchzuführen ist, soweit sie hinsichtlich der betroffenen Mängel zurückgestellt wurde. Letzteres ist gem. Art. 161 Abs. 3 SIA-Norm 118 dann möglich, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt.

#### (4) GEWÄHRLEISTUNGSSICHERHEIT

##### (a) *Deutschland*

Ohne besondere Vereinbarung ist der Unternehmer nicht verpflichtet, dem Auftraggeber eine Gewährleistungssicherheit beizubringen. Selbst bei Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag besteht keine derartige Pflicht.

Freilich bleibt es den Parteien unbenommen, eine Pflicht zur Sicherheitsleistung zu vereinbaren. Ist dies der Fall und haben die Parteien darüber hinaus die VOB/B in den Vertrag einbezogen, so finden sich in § 17 dieses Regelungswerks Einzelheiten zum Sicherungszweck sowie zur Art und Weise der Sicherheitsleistung.

##### (b) *England*

Gesetzlich ist der Unternehmer nicht verpflichtet, dem Auftraggeber eine Gewährleistungssicherheit zu stellen.

In der Praxis ist es im Falle der Errichtung eines neuen Hauses bzw. einer neuen Wohnung aber üblich, zu Gunsten des Auftraggebers eine 10-Jahres-Garantie der *National House Building Confederation* (NHBC) abzuschließen.

##### (c) *Frankreich*

Zur Absicherung der Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers sieht das Gesetz bestimmte Pflichtversicherungen des Auftragnehmers vor:

Der Bauunternehmer hat gem. Art. L. 242-1 und 242-2 C. assur. eine Versicherung<sup>127</sup> nachzuweisen, die alle Fälle abdeckt, die unter die 10-jährige Gewährleistung fallen (zu dieser Gewährleistung s. unten S. 98 f.). Diese Versicherungspflicht trifft sämtliche Unternehmer, die der in Art. 1792-1 C. civ. statuierten 10-

---

<sup>127</sup> „Assurance de responsabilité décennale“.

jährigen Gewährleistungspflicht unterliegen. Keine Versicherungspflicht besteht hingegen für die Fälle, die lediglich von der zweijährigen Gewährleistungspflicht erfasst werden, d.h. für weniger gravierende Mängel (ausführlich dazu unten S. 98 f.).

Wird bei den Vertragsverhandlungen ein Notar eingeschaltet, ist dieser verpflichtet, ausdrücklich auf das Bestehen bzw. Fehlen des Versicherungsschutzes hinzuweisen. Andernfalls macht sich der Notar schadensersatzpflichtig.

In Bauverträgen über die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses ist die Versicherungspolice gem. Art. L. 231-2 Buchstabe j) und k) CCH ausdrücklich aufzuführen.

Der Bauunternehmer muss seiner Versicherungspflicht vor Eröffnung der Baustelle nachkommen. Verstöße gegen die Versicherungspflicht können gem. Art. L. 243-3 C. assur. mit einer Geldstrafe von bis zu 75.000 € oder sogar mit Haft bis zu sechs Monaten sanktioniert werden.

#### *(d) Niederlande*

Wie bereits erläutert, hat der Auftraggeber das Recht, während eines Zeitraumes von drei Monaten nach Fertigstellung des Bauwerkes 5% der Werklohnforderung so zu hinterlegen, dass der Auftragnehmer keinen Zugriff auf das Geld hat (vgl. dazu oben S. 36).

Darüber hinaus sieht der kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag eine selbstständige Garantie vor, die die spätere Mängelbeseitigung gewährleisten soll.

#### *(e) Schweiz*

In der Schweiz ist der Bauunternehmer nicht dazu verpflichtet, dem Auftraggeber eine Gewährleistungssicherheit zu verschaffen.

Auch in der Schweiz enthält aber der gebräuchliche Mustervertrag eine entsprechende Regelung: Nach Art. 181 SIA-Norm 118 ist der Unternehmer verpflichtet, dem Auftraggeber eine Bankbürgschaft oder einen entsprechenden Versicherungsschutz für die Ansprüche aus den Mängeln zu verschaffen, die der Auftraggeber in den ersten beiden Jahren nach Übergabe des Bauwerks rügt.

(5) SCHUTZ DES AUFTRAGGEBERS BEI ABSCHLAGSZAHLUNGEN

(a) *Deutschland*

Der Anspruch auf Abschlagszahlung für ein in sich abgeschlossenes Teilwerk gemäß § 632a BGB besteht nur, wenn dem Auftraggeber das Eigentum an dem Teilwerk verschafft oder ihm dafür zumindest Sicherheit geleistet wird.<sup>128</sup> Errichtet der Unternehmer das Werk auf einem Grundstück des Auftraggebers, ist diese Voraussetzung allerdings grundsätzlich erfüllt, weil das Eigentum an dem Bauwerk gem. § 946 i.V.m § 94 BGB zeitgleich mit dessen Errichtung auf den Besteller übergeht. Aus diesem Grunde erscheint es auch unproblematisch, dass § 16 Nr. 1 (1) VOB/B dem Unternehmer einen Anspruch auf Abschlagszahlung einräumt, ohne diesen ausdrücklich vom vorherigen Eigentumsübergang bzw. von einer vorherigen Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Zwar kann gem. § 16 Nr. 1 (1) S. 3 VOB/B ein Abschlag sogar für Baustoffe verlangt werden, die noch gar nicht verbaut sind, sondern lediglich auf der Baustelle lagern. Für diesen Fall verlangt aber auch § 16 Nr. 1 (1) VOB/B den vorherigen Eigentumsübergang oder zumindest eine entsprechende Sicherheitsleistung.

Allerdings wird kritisiert, dass aus einer angemessenen Verpflichtung zur Zahlung von Abschlägen in der Praxis rasch eine unangebrachte Vorleistungspflicht des Bestellers werden könne. Werde nur ein Pauschalpreis vereinbart, aus dem der Anteil der einzelnen Leistungen nicht ohne weiteres ersichtlich sei, so lasse sich für den Besteller nur schwer ermitteln, ob die geforderte Zahlung der bereits erbrachten Leistung entspreche. Dies könne dazu führen, dass Werkunternehmer den Besteller durch überhöhte Abschlagsforderungen in Vorleistung treten lassen würden.<sup>129</sup> Die Versuche, Verbraucher zu Vorleistungen zu verpflichten, seien in der Praxis jedenfalls durchaus verbreitet.<sup>130</sup> Das Problem der Vorleistungen unter dem

---

<sup>128</sup> In der durch das Forderungssicherungsgesetz angestrebten Neufassung von § 632a BGB soll dieses Erfordernis in der generellen Voraussetzung einer dem Besteller nicht mehr entziehbaren Leistung aufgehen; vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>129</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 7, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>130</sup> Vgl. die Angaben des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 9, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

Deckmantel von Abschlagszahlungen versucht<sup>131</sup> der für Bauträgerverträge geltende § 3 Abs. 2 MaBV durch die Festsetzung maximaler Prozentsätze<sup>132</sup> für bestimmte Teilleistungen zu verhindern (s. dazu bereits oben S. 37). Für andere praxisrelevante Vertragsarten wie den Generalunternehmervertrag fehlen derartige Regelungen jedoch in Deutschland.

Abgesehen von dieser Kritik erscheinen vor allem Bauträgerverträge problematisch, weil der Unternehmer hierbei das Werk auf einem in seinem Eigentum befindlichen Grundstück errichtet. Für diese Verträge gilt aber die die soeben erwähnte gewerberechtliche Sonderregelung in § 3 MaBV.<sup>133</sup> Dessen Abs. 1 zufolge darf der Unternehmer Geld von seinem Auftraggeber nur dann entgegennehmen, wenn ein Notar die Wirksamkeit des Bauvertrages schriftlich bestätigt hat, dem Unternehmer kein vertragliches Rücktrittsrecht eingeräumt worden ist, zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf Eigentumsübertragung eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen worden ist, die Freistellung des Vertragsobjektes von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, gesichert ist und die Baugenehmigung bereits vorliegt. Dieser Sicherungsmechanismus kann allerdings nicht verhindern, dass es sich bei den vom Besteller im Rahmen eines klassischen Bauträgervertrags während der Bauphase erbrachten Zahlungen um Vorauszahlungen handelt.<sup>134</sup> Insbesondere im Falle der Insolvenz des Unternehmers erscheint die Sicherung des Bestellers daher unzureichend (s. dazu unten S. 70 f.).

---

<sup>131</sup> Zweifel an dem Erfolg dieses Versuchs nährt beim Bauträgervertrag die Tatsache, dass der Besteller während der Bauphase kein Eigentum an Grundstück und Gebäude erhält. Im Grunde handelt es sich daher bei den vom Besteller im Rahmen der Durchführung eines typischen Bauträgervertrags erbrachten Zahlungen um Vorleistungen; vgl. dazu MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 52 ff.; Thode, ZNotP 2006, 208 sowie unten S. 181.

<sup>132</sup> Zur Frage, inwieweit daneben auf zivilrechtlicher Ebene das Gebot der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu beachten ist, vgl. oben Fn. 77.

<sup>133</sup> Vgl. für einen Vorschlag, in Orientierung an den gewerberechtlichen Regelungen der MaBV zivilrechtliche Regelungen für Bauträgerverträge in das BGB zu integrieren, den Diskussionsentwurf des Ausschusses der Bundesnotarkammer für Schuld- und Liegenschaftsrecht, abrufbar unter [http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Stellungnahmen\\_Positionspapiere/Bautraegervertragsrecht.html](http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Stellungnahmen_Positionspapiere/Bautraegervertragsrecht.html).

<sup>134</sup> S. Fn. 131.

*(b) England*

Lässt ein Auftraggeber in England ein Bauwerk auf seinem eigenen Grundstück errichten, so gelangt das Bauwerk wie in Deutschland sukzessive mit seiner Errichtung in das Eigentum des Auftraggebers, weil auch im englischen Recht Bauteile, die mit dem Erdboden fest verbunden sind, als wesentlicher Bestandteil des jeweiligen Grundstücks angesehen werden. Auf diese Weise wird verhindert, dass der Auftraggeber Abschlagszahlungen erbringt, ohne seinerseits eine Gegenleistung zu erhalten.

Handelt es sich um einen Bauträgervertrag, bei dem der Auftragnehmer das Bauwerk auf einem Grundstück errichtet, das sich noch nicht im Eigentum des Auftraggebers befindet, so ist es unüblich, Abschlagszahlungen zu vereinbaren. Unmittelbar nach Vertragsschluss hat der Auftraggeber lediglich eine relativ geringe Reservierungsgebühr zu bezahlen. Das Risiko, diese Geldsumme im Falle einer Insolvenz des Auftragnehmers zu verlieren, trägt der Auftraggeber allerdings in vollem Umfang.

Bei Verträgen, die in den Anwendungsbereich des *Housing Grants Act* 1996 fallen (dazu oben S. 8), sieht das Gesetz für die gesetzlich geschuldeten Abschlagszahlungen ein genaues Zahlungsschema vor, das sich am jeweiligen Baufortschritt orientiert (vgl. dazu bereits oben S. 35).

*(c) Frankreich*

Auch in Frankreich werden Bauwerke, die mit dem Erdboden fest verbunden sind, als wesentliche Bestandteile des Grundstücks angesehen. Daher gelangen die einzelnen Gebäudeteile sukzessive mit Baufortschritt in das Eigentum des Auftraggebers, sofern der Unternehmer das Bauwerk auf einem Grundstück des Auftraggebers errichtet.

Bei Bauträgerverträgen geht das Eigentum am Grundstück gem. Art. 1601-3 C. civ. (Art. L. 261-3 CCH) bereits mit Vertragsschluss auf den Auftraggeber über. Auf diese Weise wird sogar bei Bauträgerverträgen sichergestellt, dass der Auftraggeber für seine Abschlagszahlungen eine Gegenleistung erhält.

Dass die Höhe der Abschlagszahlung nicht völlig außer Verhältnis zu der bereits erbrachten Werkleistung steht, gewährleisten in Frankreich die für alle Wohnbau-



verträge gesetzlich festgeschriebenen Maximalwerte, die sich am jeweiligen Baufortschritt orientieren und objektive Bezugspunkte wie bspw. die Fertigstellung des Daches haben (ausführlich zu den einzelnen Regelungen oben S. 35 und 38).

Eine generelle Kontrolle wird im Übrigen durch die finanzierenden Banken ausgeübt. Diese kehren das Darlehen nämlich nicht an den Auftraggeber, sondern unmittelbar an den Bauunternehmer aus. Dabei haben sie vor der ersten Zahlung darauf zu achten, dass der Bauunternehmer die erforderliche Fertigstellungsgarantie beigebracht hat. Im weiteren Verlauf kontrollieren sie außerdem vor jeder Abschlagszahlung den Baufortschritt, um einer eigenen Schadensersatzhaftung gegenüber dem Auftraggeber zu entgehen.

*(d) Niederlande*

Im niederländischen Raum ist der typische Bauvertrag, der von Verbrauchern abgeschlossen wird, der Bauträgervertrag. Anders als im deutschen Recht ist hierbei aber zwingend vorgeschrieben, dass die erste Abschlagszahlung frühestens dann zu erbringen ist, wenn der Baugrund bereits in das Eigentum des Auftraggebers übergegangen ist. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass das Bauwerk, das anschließend errichtet wird, sukzessive in das Eigentum des Auftraggebers gelangt, weil Bauteile, die mit dem Erdboden fest verbunden sind, auch in den Niederlanden als wesentliche Bestandteile des jeweiligen Grundstückes angesehen werden.

Außerdem enthält dieser Modellvertrag ein genaues Zahlungsschema für die einzelnen Abschlagszahlungen, wodurch das Risiko verdeckter Vorleistungen verringert wird (vgl. dazu bereits oben S. 39).

*(e) Schweiz*

Das Gesetz sieht keine Abschlagszahlungen vor. Wird in einem Bauvertrag die SIA-Norm 118 zu Grunde gelegt, so hat der Auftraggeber zwar Abschlagszahlungen zu erbringen; die Fälligkeit einer solchen Abschlagszahlung setzt gem. Art. 142 SIA-Norm 118 jedoch voraus, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine überprüfbare Aufstellung der Leistungen, für die er den Abschlag begehrt, zu übermitteln hat.

(6) ZAHLUNGSANSPRÜCHE VON SUBUNTERNEHMERN

(a) *Deutschland*

Im deutschen Recht werden dem Subunternehmer keine unmittelbaren Zahlungsansprüche gegen den Auftraggeber des Hauptunternehmers eingeräumt. Im Verhältnis zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer ist zugunsten des Letzteren allerdings die Regelung über die Durchgriffsfälligkeit in § 641 Abs. 2 BGB zu beachten, die durch das Forderungssicherungsgesetz noch erweitert werden soll.<sup>135</sup>

(b) *England*

Auch in England gilt der Grundsatz, dass eine Vertragspartei nur Ansprüchen der anderen Vertragspartei, nicht jedoch Ansprüchen Dritter ausgesetzt ist.<sup>136</sup> Diese Grundregel ist auch dann anwendbar, wenn der Auftraggeber gegenüber dem Hauptunternehmer bereits einen bestimmten Subunternehmer für konkrete Arbeiten benannt hat.<sup>137</sup>

Der JCT-Modellvertrag sieht für letzteren Fall aber die Einräumung eines unmittelbaren Zahlungsanspruches vor. Es ist jedoch noch nicht absehbar, ob sich diese Modellregel in der Praxis durchsetzen wird.

(c) *Frankreich*

Subunternehmer haben im französischen Recht unter folgenden Voraussetzungen einen direkten Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber des Hauptunternehmers:<sup>138</sup>

- Der Hauptunternehmer ist insolvent oder befindet sich zumindest in Zahlungsschwierigkeiten;
- Der Subunternehmer hat den Hauptunternehmer erfolglos gemahnt und dem Auftraggeber eine Kopie der Mahnung zukommen lassen;

---

<sup>135</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>136</sup> House of Lords, *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. Selfridge & Co. Ltd* [1915] AC 487; vgl. auch BEALE, Chitty on Contracts, 29. Aufl. London 2004, Bd. II, Rn. 37-169 sowie *Murdoch/Hughes*, Construction Contracts, 4. Aufl. London 2008, para. 19.6.2.

<sup>137</sup> BEALE, Chitty on Contracts, 29. Aufl. London 2004, Bd. II, Rn. 37-171.

<sup>138</sup> „*Action directe*“.

- Die Leistungen, für die Zahlung begehrt wird, müssen dem Auftraggeber des Hauptunternehmers tatsächlich zugutegekommen sein;

Die Höhe dieses Anspruchs ist begrenzt auf die Restwerklohnforderung, die der Auftraggeber dem Hauptunternehmer noch schuldet. Außerdem kann der Auftraggeber dem Subunternehmer dieselben Einwendungen entgegenhalten, die er gegenüber dem Hauptunternehmer geltend machen könnte.

Leistet der Auftraggeber unmittelbare Zahlungen an den Subunternehmer, wird er in entsprechender Höhe von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Hauptunternehmer frei.

#### *(d) Niederlande*

In den Niederlanden gilt wie in Deutschland und England der Grundsatz, dass der Auftraggeber nur Zahlungsansprüchen seines unmittelbaren Vertragspartners ausgesetzt ist. Subunternehmer haben daher keine direkten Zahlungsansprüche gegen den Auftraggeber des Hauptunternehmers.

#### *(e) Schweiz*

Grundsätzlich ist auch in der Schweiz der Auftraggeber keinen Zahlungsansprüchen von Subunternehmern des Hauptunternehmers ausgesetzt.

Ein Problem resultiert in der Schweiz aber daraus, dass die Bestellung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nicht voraussetzt, dass der Zahlungsschuldner Eigentümer des Grundstückes ist (dazu bereits oben S. 42). Dies ermöglicht es auch Subunternehmern, ihre Zahlungsansprüche gegen den Hauptunternehmer durch eine Bauhandwerkersicherungshypothek an dem Grundstück, dessen Eigentümer der Auftraggeber des Hauptunternehmers ist, abzusichern. Dies kann den Auftraggeber dazu zwingen, den Werklohn des Subunternehmers zu bezahlen, um eine drohende Zwangsversteigerung seines Grundstückes abzuwenden. Zwar hat der Auftraggeber einen Regressanspruch gegen den Hauptunternehmer; auf diese Weise wird aber das Insolvenzrisiko des Hauptunternehmers vom Subunternehmer auf den Auftraggeber abgewälzt.

(7) BEITREIBUNG DER WERKLOHNFORDERUNG

(a) *Deutschland*

Das Mahnverfahren bietet für den Unternehmer die Möglichkeit, zur Durchsetzung seiner Werklohnforderung auf schnellem Wege einen Mahnbescheid und darauf aufbauend einen Vollstreckungsbescheid zu erwirken. Dies setzt allerdings voraus, dass der Auftraggeber dem Mahnbescheid nicht widerspricht. Erfolgt ein solcher Widerspruch, erhält der Unternehmer – jedenfalls zunächst – keinen Vollstreckungstitel, sondern es wird ein Streitiges Verfahren durchgeführt.

Um in einem Streitigen Verfahren den Kläger vom Insolvenzrisiko des Beklagten zu befreien, soll durch das Forderungssicherungsgesetz<sup>139</sup> die sogenannte vorläufige Zahlungsanordnung eingeführt werden. Im Rahmen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens kann der Erlass einer solchen Anordnung beantragt werden. Der Antrag ist dann erfolgreich, wenn die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat und der Erlass einer Zahlungsanordnung unter Abwägung der Parteiinteressen zur Abwendung besonderer Nachteile des Klägers, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben, gerechtfertigt ist. Da eine Zahlungsanordnung nur aufgrund mündlicher Verhandlung ergehen kann, wird das Recht des Beklagten auf rechtliches Gehör gewahrt. Erlässt das Gericht die Zahlungsanordnung, so kann der Kläger daraus die Zwangsvollstreckung betreiben. Unterliegt der Kläger im Hauptsacheverfahren, so hat er der Gegenseite den Schaden, der dieser durch die Vollstreckung entstanden ist, zu ersetzen.

Der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ hat sich in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts vehement gegen die Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung bei Gerichtsverfahren über Ansprüche aus Verbraucherbauverträgen ausgesprochen.<sup>140</sup> Auch der 1. Baugerichtstag hat sich gegen die geplante Regelung ausgesprochen.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> BT-Drs. 16/511 vom 2. Feb. 2006, S. 1–32.

<sup>140</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 18 ; abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>141</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises I des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akl-neu.pdf>.

*(b) England*

In England gewährleistet ein Prozessmanagementsystem, dass Rechtsstreitigkeiten, die keine besonderen Schwierigkeiten aufweisen, in einem besonders zügigen, einfachen Verfahren entschieden werden.

Darüber hinaus sieht der *Housing Grants Act* für Verträge, die in seinen Anwendungsbereich fallen, ein besonderes Verfahren vor, bei dem ein neutraler Spezialist aus der Baubranche in einem äußerst zügigen Verfahren, das mit einem Gerichtsverfahren in keiner Weise vergleichbar ist, eine bindende Entscheidung trifft. Gegen diese Entscheidung können zwar die Gerichte angerufen werden; ein solches Vorgehen entfaltet aber keinen Suspensiveffekt, so dass die unterlegene Partei das Insolvenzrisiko der Gegenseite trägt. Aufgrund dieser Besonderheit findet dieses Verfahren auf Verträge, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, keine Anwendung.

*(c) Frankreich*

Art. 809 Abs. 2 NCPC sieht ein summarisches Verfahren vor,<sup>142</sup> das es einem Bauunternehmer ermöglicht, fällige Abschlagsforderungen durchzusetzen, wenn dies erforderlich ist, um den Bau fortzuführen. Die Einleitung eines solchen summarischen Verfahrens vor dem Präsidenten des Landgerichts setzt allerdings die Eilbedürftigkeit voraus.

In der Praxis machen Bauunternehmer von diesem Verfahren jedoch nur selten Gebrauch. Weitaus häufiger sind es die Auftraggeber, die mithilfe dieses summarischen Verfahrens gegen den Bauunternehmer vorgehen, um Schadensersatzansprüche durchzusetzen.

*(d) Niederlande*

Das einzige besonders schnelle spezifisch baurechtliche Verfahren,<sup>143</sup> in dem der Unternehmer in den Niederlanden seine Werklohnforderung durchsetzen kann, setzt voraus, dass die Ansprüche des Auftraggebers durch die sogenannte GIW-Garantie (ausführlich dazu unten S. 81) gesichert sind. In einem solchen Fall hat der Unternehmer die Möglichkeit, die letzten 5 % der Werklohnforderung, die der

---

<sup>142</sup> „*Référé-provision*“.

Auftraggeber für einen Zeitraum von drei Monaten im Anschluss an die Fertigstellung des Bauwerks mittels besonderer Hinterlegung zurückhalten darf (dazu oben S. 56), nach Ablauf dieser drei Monate in einem besonders schnellen Schiedsgerichtsverfahren geltend zu machen.

*(e) Schweiz*

In der Schweiz gibt es für beide Vertragsparteien die grundsätzliche Möglichkeit, nach dem schweizerischen Schuldbetreibungsgesetz den Weg des Zahlungsbefehls zu beschreiten. Darüber hinaus gibt es kein spezielles Verfahren, das den gleichen Zweck verfolgt wie die geplante vorläufige Zahlungsanordnung in Deutschland.

(8) KURZRESÜMEE

Zunächst kann festgehalten werden, dass die deutsche Rechtsordnung mit ihren Regelungen zur Abnahme innerhalb der hier untersuchten Rechtsordnungen einen Mittelweg beschreitet. Anders als in England, den Niederlanden und der Schweiz setzt die Fälligkeit der Restwerklohnforderung neben der Fertigstellung des Bauwerks zwar die Abnahme durch den Auftraggeber voraus. Um die Interessen des Bauunternehmers zu berücksichtigen, wird diese aber unter bestimmten Umständen fingiert. Frankreich, wo die Fälligkeit der Werklohnforderung ebenfalls von der Abnahme des Bauwerkes abhängt, kennt demgegenüber keine solche Fiktion. Bei Verträgen über die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses bedarf die Abnahmeerklärung dort sogar der Schriftform, so dass nicht einmal eine schlüssige Abnahmeerklärung möglich ist.

Vor dem Hintergrund der hierzulande geführten Diskussion um die Existenz einer dritten Voraussetzung für die Werklohnfälligkeit – der Ausstellung einer prüfbaren Schlussrechnung – fällt auf, dass ein solches Rechnungserfordernis nur im niederländischen Zivilgesetzbuch vorgesehen ist. Obwohl der BGH sich mit seiner Entscheidung gegen diese Fälligkeitsvoraussetzung deutlicher Kritik ausgesetzt hat, liegt er also ganz auf der Linie der Mehrheit der in dieser Studie herangezogenen Rechtsordnungen. Dieser Vergleich der bloßen Gesetzeslage darf freilich nicht

---

<sup>143</sup> Die vorläufige Leistungsanordnung (kort geding) ist ein allgemeines Institut des niederländischen Prozessrechts und liegt außerhalb des Zuschnitts dieser Studie.

darüber hinwegtäuschen, dass die Baurechtspraxis aus Praktikabilitätsgründen anders aussieht.

Im Hinblick auf die geplante Reduzierung des Druckzuschlags bei der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wegen beobachteter Mängel lässt sich zunächst konstatieren, dass die Schweiz sich zwischen der aktuellen und der ins Auge gefassten deutschen Rechtslage bewegt: Nach schweizerischem Recht hat der Auftraggeber nämlich das Recht, dass Zwei- bis Dreifache der vermutlichen Reparaturkosten zurückzuhalten. Eine interessante Alternative zu einer solchen auf konkreten Feststellungen beruhenden Ausübung des Zurückbehaltungsrechts findet sich in Frankreich: Unabhängig von der Höhe der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten kann der Auftraggeber eines Ein- oder Zweifamilienhauses 5% der gesamten Werklohnforderung im Wege der Hinterlegung zurückhalten, um auf diese Weise seine Gewährleistungsrechte abzusichern. Dies erspart dem Auftraggeber das schwierige Unterfangen, die für eine Mangelbeseitigung benötigten Kosten einzuschätzen. Noch weiter gehen die Niederlande: Dort kann der Auftraggeber völlig unabhängig von der Existenz eines Mangels 5% der gesamten Werklohnforderung mittels Hinterlegung für einen gewissen Zeitraum zurückhalten, um auf diese Weise *etwaige* Gewährleistungsansprüche abzusichern.

Aber auch über diesen konkreten Punkt hinaus hat die rechtsvergleichende Gegenüberstellung der verschiedenen nationalen Lösungen deutlich werden lassen, dass die deutsche Rechtsordnung bei der Frage von Gewährleistungssicherheiten hinter den übrigen Rechtsordnungen zurückbleibt.<sup>144</sup> Das höchste Auftraggeber-schutzniveau bietet in diesem Bereich die französische Rechtsordnung: In Frankreich ist der Bauunternehmer per Gesetz verpflichtet, zur Absicherung der Gewährleistungsansprüche seines Auftraggebers eine Pflichtversicherung abzuschließen. In den Niederlanden und in England gibt es zumindest standardisierte Modellgarantien, die in der Praxis üblicherweise zur Absicherung der Gewährleistungsansprüche des Bauherrn abgeschlossen werden. In der Schweiz verpflichtet immerhin die SIA-Norm 118 den Bauunternehmer zur Beibringung einer Gewährleistungssicherheit, deren Mindestumfang vorgegeben ist. Insbesondere die ersten drei

---

<sup>144</sup> Auch die im geplanten Forderungssicherungsgesetz vorgesehene Sicherheit in Höhe von 5 % des gesamten Werklohns soll Gewährleistungsansprüche nur erfassen, wenn der Auftraggeber bei Abnahme wegen der entsprechenden Mängel einen Vorbehalt erklärt hat; vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 16/511, S. 15.

Wege begegnen nicht nur dem Grundproblem einer fehlenden Absicherung des Auftraggebers in der Zeit nach Errichtung des Gebäudes, sondern eliminieren oder reduzieren zumindest auch das Risiko unklarer Vereinbarungen über den Sicherungsfall.<sup>145</sup>

Vor dem Hintergrund des in Deutschland geäußerten Vorschlags, in Orientierung an der MaBV Obergrenzen für Abschlagszahlungsvereinbarungen für alle Verbraucherbauverträge gesetzlich festzuschreiben, bieten erneut der französische sowie der niederländische Weg interessante Orientierungspunkte. Während Frankreich in der Tat für sämtliche Wohnbauverträge maximale Abschlagssummen gesetzlich festgelegt hat, findet sich in den Niederlanden eine detaillierte Abschlagszahlungsregelung in dem Modellvertrag, der in der weit überwiegenden Anzahl von Verbraucherbauverträgen Verwendung findet. Im Unterschied zur VOB/B überlässt diese Regelung die Zeitpunkte des Zahlungsbegehrens gerade nicht dem Ermessen des Bauunternehmers, sondern setzt sie in Abhängigkeit zu bestimmten Etappen des Baufortschritts. So wird das Risiko verdeckter Vorleistungen des Auftraggebers minimiert. Selbst die liberale englische Rechtsordnung sieht bei Verträgen, die in den Anwendungsbereich des *Housing Grants Act* 1996 fallen, zumindest für die gesetzlich geschuldeten Abschlagszahlungen ein genaues Zahlungsschema vor, das sich am jeweiligen Baufortschritt orientiert.

Namentlich im Hinblick auf Bauträgerverträge ist zu konstatieren, dass der Verbraucher in Frankreich, den Niederlanden und England Zahlungen nach der in diesen Ländern üblichen Praxis frühestens dann zu erbringen hat, wenn ihm das Baugrundstück bereits übereignet worden ist. In Frankreich beruht diese Lage sogar auf zwingenden gesetzlichen Vorgaben. In den Niederlanden ist eine solche Regelung zumindest in dem Mustervertrag vorgesehen, der bei nahezu sämtlichen für Verbraucher durchgeführten Bauträgerprojekten Verwendung findet. Hier beschreitet Deutschland mit der gewerberechtlichen Lösung der MaBV, die dem Unternehmer bereits vor Übereignung des Grundstücks die Entgegennahme von

---

<sup>145</sup> Selbst wenn ein Bauunternehmer in Deutschland eine Sicherheit stellt, fehlt es hierzulande mangels zwingender, dispositiver oder auch nur modellhafter Vorgaben häufig an einer klaren Bestimmung des Sicherungsfalls. Vgl. WERNER/PASTOR/Werner, *Der Bauprozess*, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1252.



Zahlungen gestattet, und der sich daran orientierenden Vertragspraxis einen Sonderweg, der zunehmend Kritik erfährt.<sup>146</sup>

Zum Schutz der Subunternehmer hat Frankreich mit einem speziell ausgestalteten Direktanspruch gegen den Auftraggeber des Hauptunternehmers einen Weg gefunden, der im Gegensatz zur schweizerischen Lösung weitreichender Bauhandwerkersicherungshypotheken das Risiko einer Doppelzahlung für den Auftraggeber ausschließt. Diese Konstruktion klingt auf den ersten Blick attraktiv, hat sich in der Praxis jedoch nicht bewährt, weil es offenbar kaum Fälle gibt, in denen die restriktiven Anforderungen des Direktanspruchs vorliegen. In aller Regel scheitert dieser nämlich daran, dass der Auftraggeber für die vom Subunternehmer erbrachten Leistungen bereits Zahlungen an den Hauptunternehmer geleistet hat.<sup>147</sup>

Zu guter Letzt bleibt anzumerken, dass es in Frankreich einen mit der geplanten vorläufigen Zahlungsanordnung vergleichbaren Rechtsschutzmechanismus gibt. Bemerkenswerterweise nutzen dieses Instrument aber weniger die Bauunternehmer als vielmehr die Auftraggeber, die damit Ersatzansprüche für die Durchführung von dringenden Reparaturmaßnahmen durchsetzen.

### **c. Insolvenz des Unternehmers**

#### (1) FOLGEN DER INSOLVENZ DES UNTERNEHMERS

##### *(a) Deutschland*

Das BGB enthält für den Fall der Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei kein spezielles Vertragsauflösungsrecht.<sup>148</sup> Kommt der Unternehmer aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten allerdings seinen werkvertraglichen Pflichten nicht mehr nach, so stehen dem Besteller die allgemeinen Rücktritts- bzw. Kündigungs-

---

<sup>146</sup> Vgl. die Empfehlung 6 des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, der zufolge das Vormerkungsmodell des deutschen Bauträgervertrags keine ausreichende Sicherheit für den Besteller darstellt; abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>; vgl. außerdem die Kritik von MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 50 ff. sowie von Thode, ZNotP 2004, 210.

<sup>147</sup> So die Angaben der französischen Landesberichterstatterin Rohlfing-Dijoux auf dem Heidelberger Arbeitsgruppentreffen im Oktober 2007.

<sup>148</sup> § 321 BGB gilt nur, wenn eine Partei vorleistungspflichtig ist.

möglichkeiten zur Verfügung (entweder § 314 BGB analog oder (Teil-)Rücktritt gemäß § 323 BGB).<sup>149</sup>

Der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg hat vorgeschlagen, dem Besteller für den Fall der Zahlungseinstellung des Unternehmers ein Kündigungsrecht einzuräumen. Gleiches soll nach dem Freiburger Vorschlag für die Fälle gelten, in denen ein Antrag gestellt wird, über das Vermögen des Unternehmers das Insolvenzverfahren zu eröffnen, in denen ein solches Insolvenzverfahren eröffnet wird oder in denen ein solches mangels Masse abgelehnt wird.<sup>150</sup> Dieser Vorschlag, der sich weitgehend an den Regelungen der VOB/B (siehe dazu sogleich) orientiert, ist vom Gesetzgeber bisher aber nicht aufgegriffen worden.

Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird das allgemeine Leistungsstörungsrecht durch die Insolvenzregeln zwar nicht grundsätzlich verdrängt, aber zumindest überlagert:

Ist der Bauvertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt, so hat der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO das Recht, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrages zu wählen.

Übt der Insolvenzverwalter dieses Wahlrecht nicht aus, so kann ihn der Auftraggeber zur Ausübung des Wahlrechts auffordern. Wenn der Insolvenzverwalter nicht unverzüglich reagiert, verliert er sein Wahlrecht. Alsdann hat der Auftraggeber das Recht, von seinem Anspruch auf Erstellung des Restbauwerkes auf einen

---

<sup>149</sup> Vgl. dazu *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 83 ff. Seit der Schuldrechtsmodernisierung geht die herrschende Meinung wohl davon aus, dass auf BGB-Bauverträge die Vorschrift des § 323 BGB und nicht die Kündigungsnorm § 314 BGB anwendbar sei. Der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg hat in seinem baurechtlichen Entwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>) darauf hingewiesen, dass bei komplexen Werkverträgen das Institut des Rücktritts mit den entsprechenden Rückabwicklungsfolgen ungeeignet sei (vgl. Empfehlung Nr. 7). Stattdessen solle im Werkvertragsrecht den Vertragsparteien ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund eingeräumt werden. Dadurch werde eine komplizierte Rückabwicklung für die Vergangenheit überflüssig. Obgleich dieser Kritik im Ansatz zuzustimmen sein mag, sind die Auswirkungen der Grundentscheidung für ein Rücktrittsrecht weniger gravierend als behauptet: Da nach einem Rücktritt die bereits erbrachte Bauleistung in aller Regel nicht mehr zurückgewährt werden kann, ohne dass sie zerstört würde, schuldet der Besteller nämlich Wertersatz für die bereits erbrachte Werkleistung. Die Höhe dieses Wertersatzes orientiert sich an der im Bauvertrag vorgesehenen Vergütung. Dadurch nähert sich die Erklärung des Rücktritts auf Rechtsfolgenseite der Kündigung deutlich an.

<sup>150</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 17, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

Schadensersatzanspruch statt der Leistung überzugehen. Ein solcher Schadensersatzanspruch ist in der Praxis aber kaum realisierbar, weil der Auftraggeber diesbezüglich lediglich die Stellung eines Insolvenzgläubigers innehat. Praktische Bedeutung kann dieser Schadensersatzanspruch immerhin dann entfalten, wenn der insolvente Unternehmer gegen den Auftraggeber wegen des bereits erstellten Teilwerkes noch einen Vergütungsanspruch hat und das Aufrechnungsverbot des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO nicht greift.<sup>151</sup> Diese rechtliche Möglichkeit bleibt freilich reine Theorie, wenn der Auftraggeber für die bisher erbrachten Arbeiten Abschlagszahlungen geleistet hat, so dass kein nennenswerter Vergütungsanspruch mehr im Raum steht.

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Erfüllung des Bauvertrages, so kommt es zu einer zeitlichen Aufspaltung des Vertragsverhältnisses: Während der Anspruch auf Vergütung für das bereits erbrachte Teilwerk einer Aufrechnung grundsätzlich zugänglich ist,<sup>152</sup> unterliegt der Werklohnanspruch für die Errichtung des Restbauwerkes dem Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Zeigen sich an dem Bauwerk Mängel, steht dem Auftraggeber grundsätzlich ein Anspruch auf Mangelbeseitigung zu. Hat der Auftraggeber den vollen Werklohn noch nicht gezahlt, kann der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO zwischen Mangelbeseitigung und Nichterfüllung wählen. In letzterem Falle kann der Auftraggeber Schadensersatz statt der Mangelbeseitigung verlangen. Es stellt sich aber erneut das soeben geschilderte Problem: Er ist Insolvenzgläubiger, so dass sein Schadensersatzanspruch allenfalls im Rahmen einer Aufrechnung Nutzen entfalten kann.

Wird das Insolvenzverfahren zu einem Zeitpunkt eröffnet, zu dem der Auftraggeber das fertiggestellte Werk bereits abgenommen und den gesamten Werklohn gezahlt hat, ist er im Hinblick auf etwaige Gewährleistungsansprüche lediglich Insolvenzgläubiger. Die praktischen Chancen, diese Ansprüche zu realisieren, sind dementsprechend gering.

---

<sup>151</sup> S. dazu VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Baden-Baden 2007, Das Mandat in Bausachen, Teil 1 Rn. 787; *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 344 ff. Für eine teleologische Reduktion dieses Aufrechnungsverbotes im Falle einer engen synallagmatischen Verknüpfung von Hauptforderung und Gegenforderung *Schmitz*, a.a.O. unter Generalisierung von Einzelentscheidungen der Rechtsprechung. In diesem Sinne wohl die ganz h.M., vgl. nur *Schoofs/Hafkesbrink*, Bauvertrag und Bauprozess, Köln u.a. 2007, Rn. 1417.

<sup>152</sup> Freilich mit der Einschränkung des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO.

Ein Sonderproblem stellt der Bauträgervertrag dar: Hier errichtet der Auftragnehmer das Bauwerk auf einem Grundstück, das in seinem Eigentum steht. Anders als bei der Errichtung des Bauwerks auf einem Grundstück des Auftraggebers erhält der Auftraggeber hier also nicht sukzessive mit Baufortschritt Eigentum an dem jeweils errichteten Teilwerk. Der Auftraggeber hat lediglich einen Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums nach kompletter Fertigstellung des Bauwerks. Dieser schuldrechtliche Anspruch ist im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers in der Regel aber nicht realisierbar. Um den Auftraggeber vor dem Verlust etwaig erbrachter Teilzahlungen<sup>153</sup> zu schützen, darf der Auftragnehmer gem. § 3 MaBV Geldzahlungen daher nur dann entgegennehmen, wenn zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf Übertragung des Grundstückseigentums eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist und die Freistellung des Grundstücks von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, gesichert ist. § 106 InsO gewährleistet, dass der Insolvenzverwalter diesen Sicherungsmechanismus nicht zu Fall bringen kann. Diese Norm entzieht nämlich den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch der Disposition des Insolvenzverwalters und verhindert auf diese Weise, dass der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO die Erfüllung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung ablehnt, was zum Untergang dieses Anspruchs und zur Löschung der akzessorischen Vormerkung führen würde.<sup>154</sup>

In allen soeben beschriebenen Konstellationen, sowohl beim normalen Bauvertrag als auch beim Bauträgervertrag, stellen sich jedoch zwei Probleme: Dem Auftraggeber entstehen durch die Bauverzögerung sowie die Beauftragung eines Drittunternehmers mit der Fertigstellung des Bauwerkes erhebliche Mehrkosten im Vergleich zum ursprünglichen Bauvertrag. Selbst wenn er diesbezüglich einen Schadensersatzanspruch gegen den insolventen Unternehmer haben sollte, so ist dieser Schadensersatzanspruch kaum in nennenswertem Umfang realisierbar. Das gleiche Problem stellt sich im Hinblick auf die Gewährleistungsansprüche für das bereits erstellte Teilwerk.

Da in diesem Punkt bisher eine Schutzlücke des Bestellers bemängelt wird, soll hier mit dem bereits erwähnten Forderungssicherungsgesetz eine Änderung der Rechts-

---

<sup>153</sup> Zur Frage, wie solche Teilzahlungen bei Bauträgerverträgen zu qualifizieren sind – als Abschlags- oder Vorauszahlungen –, s. oben Fn. 131.

lage herbeigeführt werden. Falls der Besteller ein Verbraucher ist und der Bauvertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat, soll dem Besteller künftig bei dessen erster Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Bauwerkes geleistet werden. Die Höhe der Sicherheit beträgt 5 % des Vergütungsanspruches. Mängelansprüche sind von dieser Sicherheit allerdings nur dann erfasst, wenn der Besteller bereits bei der Abnahme einen Vorbehalt wegen der Mängel erklärt.<sup>155</sup> Diese Neuregelung wird sowohl hinsichtlich der Höhe der Sicherheit als auch hinsichtlich der beschränkten Erfassung von Mängelansprüchen als unzureichend kritisiert. Es wird gefordert, die Sicherheit auf 10 % zu erhöhen und auf sämtliche Gewährleistungsansprüche auszudehnen.<sup>156</sup> Darüber hinaus hat sich der 1. Baugerichtstag sich dafür ausgesprochen, beim „*Bauen aus einer Hand*“ eine Bestellersicherheit für Verbraucher gegen die Folgen einer Unternehmerinsolvenz gesetzlich vorzusehen.<sup>157</sup>

*(b) England*

Der Insolvenzverwalter des Bauunternehmens kann gegen den Auftraggeber die Werklohnforderung geltend machen. Dem kann der Auftraggeber zwar seine Gegenansprüche im Wege der Aufrechnung entgegenhalten. Diese Möglichkeit hilft aber freilich wenig, wenn der Auftraggeber dem Unternehmer bereits Abschlagszahlungen geleistet hat. Letzteres ist in England bei Verbraucherbauverträgen jedoch eher die Ausnahme. Das eigentliche Problem besteht daher für den Auftraggeber darin, einen Unternehmer zu finden, der das bereits begonnene Bauwerk zu einem vernünftigen Preis abschließt.

---

<sup>154</sup> *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 840 ff.

<sup>155</sup> Siehe die Begründung des Gesetzesvorschlages, BT-Drs. 16/511, S. 15. Dieses Reformvorhaben orientiert sich an einem Vorschlag des Freiburger Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ (abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>) und kommt der Forderung des „Verbraucherzentrale Bundesverband“ entgegen; vgl. dessen Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 14, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>156</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 16 f., abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>157</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

(c) *Frankreich*

Die Insolvenz des Unternehmers hat zunächst auf das Schicksal des Bauvertrages keinen Einfluss. Insbesondere hat der Auftraggeber nicht das Recht, den Bauvertrag aufgrund der Insolvenz des Unternehmers zu kündigen. Wie in Deutschland obliegt die Abwicklung des Vertrages nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmens dem Insolvenzverwalter. Dieser hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob er den Bauvertrag fortführen oder kündigen möchte. Der Auftraggeber kann den Insolvenzverwalter diesbezüglich zu einer Stellungnahme auffordern. Dieser hat dann innerhalb eines Monats über die Fortsetzung der Vertragsdurchführung zu entscheiden. Antwortet der Insolvenzverwalter dem Auftraggeber innerhalb der Monatsfrist nicht, gilt der Vertrag als aufgelöst.<sup>158</sup>

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Kündigung oder wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt, greifen zugunsten des Auftraggebers besondere Schutzmechanismen. Diese unterscheiden sich erneut von Vertragstyp zu Vertragstyp:

Das höchste Schutzniveau besteht wiederum bei Bauverträgen über die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses. Gem. Art. L. 231-2 k) CCH hat der Unternehmer vor Beginn der Bauarbeiten eine Fertigstellungsgarantie abzuschließen.<sup>159</sup> Ohne eine solche Garantie ist der Bauvertrag nichtig. Die Garantie ist in der Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft eines zugelassenen Kreditinstitutes oder in Form einer Versicherung beizubringen. Inhalt der Garantie ist die Durchführung der geschuldeten Bauarbeiten, die vom Bauunternehmer nicht realisiert werden.<sup>160</sup> Die Verpflichtung des Kreditinstitutes bzw. der Versicherung geht also weit über eine bloße Zahlungspflicht hinaus. Im Grunde tritt das Kreditinstitut bzw. die Versicherung im Rahmen des Bauvertrages an die Stelle des Bauunternehmers. Daher umfasst die Garantie auch die Haftung für eine verspätete Fertigstellung des Gebäudes<sup>161</sup> sowie die Haftung für offene Mängel, soweit diesbezüglich bei der Ab-

---

<sup>158</sup> Vgl. zu alledem Art. 37 des Gesetzes über Insolvenzen und Sanierungen vom 25. Januar 1985.

<sup>159</sup> „*Garantie extrinsèque de livraison*“.

<sup>160</sup> Die Bank bzw. die Versicherung beauftragt daher im Garantiefall ein anderes Bauunternehmen mit der Fortführung des Bauprojektes.

<sup>161</sup> Vgl. Art. L. 231-6 c) CCH; vgl. dazu Cour de cassation 3e civ. vom 11. Mai 2000, Recueil Dalloz-Sirey 2000, somm., 162.

nahme des Werkes ein Vorbehalt erklärt wird. Im Gegenzug ist das Kreditinstitut bzw. die Versicherung dazu berechtigt, mit Baufortschritt vom Auftraggeber die fälligen Abschlagszahlungen einzufordern.

Die Garantie entfaltet ihre Wirkung vom Beginn der Bauarbeiten an bis zur Abnahme des Bauwerkes. Danach kann der Auftraggeber Ansprüche aus dieser Garantie nicht mehr geltend machen, selbst wenn der Bauunternehmer nach Abnahme insolvent wird und deswegen Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers nicht mehr erfüllen kann. In diesem Fall greift aber häufig die gesetzlich vorgeschriebene Gewährleistungsgarantie (s. dazu oben S. 57)

Unternehmer, die entgegen den gesetzlichen Vorgaben keine Garantie beibringen, machen sich strafbar.<sup>162</sup> Noch deutlich größere Wirkung als diese repressive Regelung hat aber die Rechtsprechung, der zufolge sich die Bank, die die Errichtung des Gebäudes finanziert, schadensersatzpflichtig macht, wenn sie das Darlehen auszahlt, ohne überprüft zu haben, ob der Bauunternehmer einen erforderlichen Garantievertrag abgeschlossen hat.<sup>163</sup>

Das strenge Erfordernis der soeben beschriebenen Garantie wird teilweise heftig kritisiert, weil es kleinen und mittelständischen Bauunternehmen bisweilen sehr schwer fällt, die erforderliche Garantie zu beschaffen. In jedem Fall ist die Beibringung einer solchen Garantie für kleine Unternehmen deutlich teurer als für große Bauunternehmen. Dieser Kritik wird entgegengehalten, dass es im Grunde doch der beste Verbraucherschutz sei, wenn auf diese Weise nicht ausreichend solide Unternehmen vom Markt ausgeschlossen würden.<sup>164</sup>

Bei Bauträgerverträgen ist der Unternehmer ebenfalls verpflichtet, eine Garantie beizubringen.<sup>165</sup> Gem. Art. L. 261-11 CCH hat er dabei die Wahl zwischen einer Fertigstellungs-<sup>166</sup> und eine Rückzahlungsgarantie.<sup>167</sup> Anders als bei Verträgen über die Errichtung von Ein- oder Zweifamilienhäusern ist Gegenstand dieser Fertig-

---

<sup>162</sup> Vgl. das Kapitel über Strafvorschriften im CCH in den Art. L. 241-1 ff.

<sup>163</sup> S. bspw. Cour de cassation com. vom 29. Okt. 2003, RDI 2004, S.185; Cour de cassation 3e civ. vom 12. Feb. 2003, Bull. civ. III, n°31.

<sup>164</sup> Vgl. zu alledem *Tomasin* in MALINVAUD, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, n°223.60, S.285.

<sup>165</sup> „Garantie de bonne fin“.

<sup>166</sup> „Garantie d'achèvement“.

<sup>167</sup> „Garantie de remboursement“.

stellungsgarantie aber lediglich der Ersatz der Kosten, die für die Fertigstellung des Gebäudes aufzuwenden sind.<sup>168</sup> Der Garantiefall tritt ein, wenn der Unternehmer zahlungsunfähig ist oder nicht mehr über die zur Fertigstellung des Gebäudes erforderlichen Mittel verfügt.<sup>169</sup> Nach Fertigstellung des Gebäudes kann der Auftraggeber auch hier keine Ansprüche mehr aus dem Garantievertrag geltend machen. Wird die Rückzahlungsgarantie gewählt, hat der Auftraggeber im Garantiefall lediglich Anspruch auf Rückzahlung der bereits geleisteten Zahlungen. Bei dieser Garantie tritt der Garantiefall dann ein, wenn der Bauvertrag aufgehoben wird, weil der Unternehmer nicht mehr in der Lage ist, das Gebäude fertigzustellen.

In drei Fällen ist der Unternehmer von jeglicher Pflicht, eine Garantie beizubringen, befreit.<sup>170</sup> Ein bemerkenswerter Fall betrifft typische Bauträgermodelle: Wenn Gegenstand des Bauvertrages ein Wohnhaus ist, das zu einem Komplex von mindestens 20 Häusern gehört, und bereits die Fundamente sowie die Anschlüsse an Wasser, Gas und Strom fertiggestellt sind, ist der Unternehmer von der Beibringung einer Garantie befreit, wenn der Vertrag maximal folgende Abschlagszahlungen vorsieht:

- 20% bei Fertigstellung der Fundamente (gegenüber den gesetzlich zulässigen 35%);
- weitere 25% bei Fertigstellung des Daches und der Isolation (gegenüber den sonst zulässigen weiteren 35%);
- weitere 15% bei Fertigstellung (gegenüber den sonst zulässigen 25%).

Bei den übrigen Bauverträgen gibt es keine Pflichtgarantien.

Subunternehmer des insolventen Hauptunternehmers erfahren in Frankreich einen gewissen Schutz in Form des beschränkten Direktanspruchs gegen den Auftraggeber des Hauptunternehmens (dazu bereits ausführlich oben S. 63).

---

<sup>168</sup> „*Garantie extrinsèque*“ gem. Art. R. 261-17 CCH.

<sup>169</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 4. Jan. 1977, Bull. civ. III, n°4.

<sup>170</sup> Vgl. Art. R. 261-18 und R. 261-19 CCH.



*(d) Niederlande*

In den Niederlanden besteht keine gesetzliche Pflicht für Bauunternehmer, Versicherungen oder Garantien beizubringen, die den Auftraggeber im Falle einer Insolvenz des Bauunternehmers schützen.

In 90% aller Fälle ist es aber üblich, einen Verbraucherbauvertrag mit einer sogenannten GIW-Garantie auszustatten. Diese Garantie sichert den Insolvenzfall des Bauunternehmers zu Gunsten des Auftraggebers vollständig ab (s. dazu unten S. 81).

Bemerkenswerterweise ist die Zahl von Insolvenzen in der niederländischen Baubranche jedoch ohnehin recht gering. Dies hängt damit zusammen, dass die meisten Bauvorhaben von Privatleuten in Form des Bauträgermodells verwirklicht werden. Die Bauträger sind in der Regel darauf angewiesen, die Flächen, die für ein Bauträgermodell ausreichend groß sind, der öffentlichen Hand abzukaufen. Die öffentliche Hand besteht beim Verkauf der entsprechenden Grundstücke aber zu meist darauf, dass die Unternehmer die späteren Bauverträge im Gesamtpaket mit einer GIW-Garantie anbieten. Unternehmer, die einen Bauvertrag mit GIW-Garantie anbieten wollen, müssen wiederum dem Verband angehören, der hinter dieser Garantie steht. Da dieser Verband regelmäßig die finanzielle Leistungsfähigkeit seiner Mitglieder überprüft, werden durch diese Besonderheiten der niederländischen Baubranche unsolide Bauunternehmen vom Markt der Verbraucherbauverträge praktisch ausgeschlossen.

*(e) Schweiz*

Auch in der Schweiz führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmens nicht automatisch zur Auflösung des Bauvertrages. Vielmehr hat der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, die Vertragserfüllung fortzusetzen.<sup>171</sup> Entscheidet sich der Insolvenzverwalter dagegen, hat der Besteller das Recht, vom Bauvertrag mit Wirkung *ex tunc* zurücktreten.<sup>172</sup> Alternativ kann der

---

<sup>171</sup> Art. 211 Abs. 2 SchKG.

<sup>172</sup> Art. 83 Abs. 2 OR.

Besteller über die Verzugsregelungen mit Mitwirkung *ex nunc* den Vertrag aufheben.<sup>173</sup>

Nach Art. 181 SIA-Norm 118 hat der Auftraggeber für die Gewährleistungsphase einen Anspruch auf Beibringung einer Solidarbürgschaft einer Bank oder Versicherung.

Schließlich gibt es Überlegungen, einen Architekten, der dem Bauherrn ein wirtschaftlich schwaches Bauunternehmen empfohlen hat, für Schäden, die dem Bauherrn aus der Insolvenz des Bauunternehmers entstehen, haften zu lassen.

Subunternehmer des insolventen Hauptunternehmens erfahren in der Schweiz einen gewissen Schutz über den Anspruch auf Einräumung einer Sicherheitshypothek am Baugrundstück, der selbst dann besteht, wenn der Grundstückseigentümer und der Zahlungsschuldner nicht identisch sind (dazu ausführlich bereits oben S. 64).

## (2) PRIVATAUTONOME SICHERUNGSMECHANISMEN

### (a) *Deutschland*

Das Klauselwerk der VOB räumt dem Auftraggeber besondere Kündigungsrechte für den Fall ein, dass der Auftragnehmer in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt, ein solcher Antrag zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger gestellt wird, ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder die Eröffnung eines solchen mangels Masse abgelehnt wird. Zweifel an der Wirksamkeit dieser Klausel werden durch § 119 InsO ausgelöst.<sup>174</sup> Dieser Norm zufolge sind nämlich solche Klauseln unwirksam, die das in § 103 InsO statuierte Wahlrecht des Insolvenzverwalters beschränken. Vor diesem Hintergrund spricht in der Tat einiges für eine Unwirksamkeit der Kündigungsklausel insoweit, als sie eine Kündigung ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglicht. Die Rechtsprechung hat sich zwar mit diesen Zweifeln auseinandergesetzt, sie letztlich aber

---

<sup>173</sup> Art. 107, 366 OR.

<sup>174</sup> Vgl. *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 66 ff.

unter Berufung auf einen Gegenschluss aus § 112 InsO nicht für überzeugend gehalten.<sup>175</sup>

Diese Kündigungsrechte ermöglichen es dem Auftraggeber zumindest, im Falle von finanziellen Schwierigkeiten des Auftragnehmers zügig Klarheit über das Schicksal des Bauvertrages herbeizuführen. Macht der Auftraggeber von diesem Kündigungsrecht gebraucht, so treffen ihn aber folgende Nachteile: Die Mehrkosten, die durch die Vergabe der Restarbeiten an einen neuen Auftragnehmer im Vergleich zum ursprünglichen Vertragspreis entstehen, hat grundsätzlich der Auftraggeber selbst zu tragen. Im Hinblick auf seine Gewährleistungsansprüche für das bereits erstellte Teilwerk ist er lediglich Insolvenzgläubiger.

Um diese Nachteile auf Auftraggeberseite zu vermeiden, arbeitet die Praxis teilweise mit Vertragserfüllungssicherheiten. Gängiges Sicherungsmittel ist bspw. die Bankbürgschaft.<sup>176</sup> Befindet sich in einem Bauvertrag, der eine entsprechende Sicherungsabrede enthält, ein wirksamer Verweis auf die VOB/B, so ist der darin enthaltene § 17 zu beachten.

Gefährlich ist der Ausspruch einer Kündigung oder eines Rücktritts bei Bauträgerverträgen: Tritt hier der Auftraggeber zurück, so verliert er seinen Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums und erhält im Gegenzug lediglich einen Anspruch auf Rückzahlung der erbrachten Abschlagszahlungen. Dieser Rückzahlungsanspruch ist jedoch durch die Vormerkung nicht gesichert. Stattdessen hat der Insolvenzverwalter nun einen Anspruch auf Löschung dieser Vormerkung, weil der durch sie gesicherte Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums weggefallen ist. Dies führt dazu, dass der Auftraggeber mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der erbrachten Abschlagszahlungen bloßer Insolvenzgläubiger ist.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> OLG Düsseldorf vom 8. Sept. 2006, BeckRS 2006 Nr. 11122, para. II.3.

<sup>176</sup> Vgl. KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Thierau*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 17 VOB/B Rn. 102; WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1249 ff.

<sup>177</sup> *Thode*, ZNotP 2004, 210, 212; MESSERSCHMIDT/VOIT/*Wagner*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 69.

*(b) England*

Da bei den meisten Bauverträgen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, die Zahlung der Werklohnforderung erst mit Fertigstellung des Bauwerks fällig wird und in aller Regel keine Abschlagszahlungen vereinbart werden, besteht kaum ein Bedürfnis, den Verbraucher durch eine zusätzliche Fertigstellungsgarantie zu schützen.

*(c) Frankreich*

In Frankreich wird der Schutz von Verbrauchern im Insolvenzfall des Bauunternehmers durch die bereits erwähnten Pflichtgarantien beziehungsweise Pflichtversicherungen gewährleistet (vgl. oben S. 75). Die Praxis sieht bisher kein Bedürfnis, darüber hinauszugehen.

*(d) Niederlande*

Wie bereits erwähnt, wird in den Niederlanden in aller Regel zugunsten der Verbraucher die sogenannte GIW-Garantie abgeschlossen. In diesem Fall gewährleistet das sogenannte „Hausbau-Garantie-Institut“ die Fertigstellung des Gebäudes sowie die Beseitigung etwaiger Mängel, falls der Bauunternehmer insolvent wird.

*(e) Schweiz*

Die Vertragspraxis achtet in aller Regel darauf, dass der Unternehmer selbst bei der Vereinbarung von Abschlagszahlungen grundsätzlich in Vorleistung zu treten hat. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass der Auftraggeber im Zeitpunkt der Erbringung der Abschlagszahlung bereits eine entsprechende Gegenleistung erhalten hat.

Freilich verhindert diese Vertragspraxis nicht, dass der Auftraggeber im Falle der Insolvenz des Bauunternehmers die etwaigen Mehrkosten der Fertigstellung zu tragen hat. Daher hat die SIA-Norm 118 in das Abschlagszahlungssystem noch ein zusätzliches Element eingebaut: Der Auftraggeber ist berechtigt, jeweils 5% der eigentlich geschuldeten Abschlagszahlungen als Fertigstellungssicherheit zurückzubehalten.

(3) KURZRESÜMEE

Im Falle der Insolvenz des Bauunternehmers stellen sich in der Praxis häufig zwei Probleme: Zum einen übersteigen die Kosten für die Beauftragung eines Ersatzunternehmens mit der Fertigstellung des Bauwerks in aller Regel deutlich die nach Abzug der bereits erbrachten Abschlagszahlungen noch offene Restwerklohnforderung des ursprünglichen Bauunternehmers. Zum anderen hat der Auftraggeber für die Beseitigung von Mängeln an dem Teilwerk, das der inzwischen insolvente Unternehmer errichtet hat, selbst aufzukommen. Dies kann für natürliche Personen, die ein Haus zu Eigennutzung errichten lassen wollten, in finanzieller Hinsicht fatale Folgen haben.

Die schärfste Waffe zur Bekämpfung dieser Probleme hat der französische Gesetzgeber gezogen: Bauunternehmer, die sich zur Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses auf einem Grundstück des Auftraggebers verpflichtet haben, sind per Gesetz angehalten, zugunsten des Auftraggebers eine Fertigstellungsgarantie abzuschließen. Diese Garantie bietet dem Auftraggeber ein Rundum-sorglos-Paket. Der Garantiegeber schuldet dem Auftraggeber nämlich nicht nur die Geldsumme, die zur Fertigstellung des Hauses erforderlich ist, sondern die Fertigstellung als solche. Auf diese Weise wird der Auftraggeber von jeglichem organisatorischen Aufwand entlastet. Neben dieser Fertigstellungsgarantie profitiert der Auftraggeber von der gesetzlich vorgeschriebenen Gewährleistungsgarantie, so dass das Insolvenzrisiko des Bauunternehmers auch für den Fall schwerer Baumängel abgesichert ist. Erneut fällt in Frankreich die Einbindung der finanzierenden Banken auf. Da die Rechtsprechung Banken, die den Abschluss der gesetzlich vorgeschriebenen Garantieverträge vor Auskehrung der Darlehensvaluta nicht überprüft haben, dem Auftraggeber gegenüber für die daraus entstehenden Schäden haften lässt, überprüfen die Banken bereits aus eigenem Interesse die Einhaltung der gesetzlichen Erfordernisse durch die Bauunternehmen. Kritik erfährt die Regelung in Frankreich allerdings insofern, als kleinere Bauunternehmen Schwierigkeiten haben, die gesetzlich vorgeschriebenen Garantien beizubringen und somit aus dem Markt gedrängt werden.

Der gleiche Effekt ist in den Niederlanden zu beobachten, hat dort aber andere Ursachen und wird dort offenbar auch gutgeheißen – möglicherweise, weil der größte Verbraucherschutz darin gesehen wird, unsolide Unternehmen vom Markt aus-

zuschließen. In den Niederlanden ist zwar weder der Abschluss einer Fertigstellungsgarantie noch der Abschluss einer Gewährleistungsgarantie gesetzlich vorgeschrieben. Dennoch werden in der Praxis fast alle Verbraucherbauverträge durch eine umfassende Garantie komplettiert. Die Ursache dafür liegt in einer Besonderheit des niederländischen Bauwesens: Dort ist es eher unüblich, ein Wohnhaus auf einem eigenen Grundstück errichten zu lassen. In aller Regel wird der Neubau von Wohnraum in großen Bauträgerprojekten realisiert. Da die Bauträger das dafür benötigte Land zumeist von der öffentlichen Hand erwerben müssen, kann diese den Verkauf an Bedingungen, wie z.B. den Abschluss bestimmter Garantieverträge, knüpfen.

Die niederländische Lösung lässt sich zwar nicht unmittelbar auf Deutschland übertragen, weil die hier herrschenden Umstände nicht vergleichbar sind. Denkbar wäre aber bspw. die Aufnahme einer Verpflichtung des Bauunternehmers zum Abschluss bestimmter Garantieverträge in ein Standardklauselwerk, das eigens für Verbraucherbauverträge entworfen wird. Ergänzt werden könnte eine solche Klausel durch Vertragsmuster für die benötigten Garantieverträge.

Der Weg, den das geplante Forderungssicherungsgesetz beschreitet, bleibt hingegen sowohl hinter der niederländischen als auch hinter der französischen Garantiekonstruktion zurück, weil unklar ist, ob die im Falle der Insolvenz des Bauunternehmers für den Auftraggeber entstehenden Mehrkosten wirklich nur 5% der gesamten Werklohnforderung ausmachen.

#### **d. Kostenanschlag**

##### (1) DEUTSCHLAND

Eine Regelung zum Kostenanschlag findet sich in § 650 BGB. Demnach handelt es sich bei einem Kostenanschlag grundsätzlich um eine unverbindliche Berechnung der voraussichtlichen Kosten.

Stellt sich allerdings während der Bauausführung heraus, dass der Kostenanschlag wesentlich überschritten werden wird, so kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer lediglich eine Teilvergütung für die bisher erbrachte Bauleistung zu.

Wenn der Unternehmer bei der Berechnung der voraussichtlichen Kosten schuldhaft eine Pflichtverletzung begangen hat, kann der Besteller außerdem Ersatz des Schadens verlangen, der ihm aus der fehlerhaften Berechnung entstanden ist.

(2) ENGLAND

In aller Regel verweist der Bauvertrag auf den vorherigen Kostenanschlag und macht ihn dadurch für beide Vertragsparteien verbindlich.

(3) FRANKREICH

Bei einem Kostenanschlag handelt es sich um ein Angebot des Unternehmers, das dieser dem Auftraggeber bei den Vertragsverhandlungen unterbreitet. Nimmt der Auftraggeber dieses Angebot an, wird der Kostenanschlag Bestandteil des Bauvertrages und somit verbindlich. Arbeiten, die im Kostenanschlag nicht enthalten sind, können dem Auftraggeber nur dann in Rechnung gestellt werden, wenn dieser die Durchführung der Arbeiten verlangt oder zumindest seine Zustimmung zu deren Realisierung erteilt hat.<sup>178</sup>

(4) NIEDERLANDE

In aller Regel ist der Unternehmer an seinen Kostenanschlag, der als ein Angebot verstanden wird, gebunden, sobald der Auftraggeber einen auf dem Kostenanschlag aufbauenden Auftrag erteilt hat.

(5) SCHWEIZ

Das schweizerische Recht unterscheidet wie die deutsche Rechtsordnung deutlich zwischen einem Vertragsangebot und einem Kostenanschlag, der lediglich eine Schätzung der Kosten darstellt. Dennoch ist der Kostenanschlag bei der späteren Vertragsdurchführung nicht bedeutungslos. Überschreitet der Unternehmer seinen Kostenanschlag unverhältnismäßig, so hat der Auftraggeber das Recht, vom Vertrag zurückzutreten oder die Werklohnforderung herabzusetzen. Daneben sind Schadensersatzansprüche aus *culpa in contrahendo* denkbar.

---

<sup>178</sup> Cour de cassation 3e civ vom 8. Nov. 2000, Construction – Urbanisme 2001, n°28 mit Anmerkung *Sizaire*; Cour de cassation 3e civ. vom 19. Feb. 2002, Construction – Urbanisme 2002, n° 140.

## **2. Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung**

### **a. Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität**

#### (1) DEUTSCHLAND

##### *(a) Gesetzliche Regelung*

Die Mehrzahl der Verbraucherbauverträge wird zu einem Pauschalpreis abgeschlossen. Stellt der Unternehmer fest, dass er zur Herbeiführung des versprochenen Erfolges, d.h. zur Errichtung des Bauwerkes, mehr oder andere Materialien benötigt als ursprünglich geplant, geht dies zu seinen Lasten. Nur bei einer unvorhersehbaren und unzumutbaren Abweichung der tatsächlichen Umstände von den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss kann der Unternehmer gem. § 313 BGB eine Vertragsanpassung verlangen. Dies kommt in der Praxis jedoch so gut wie nie vor.

Ergibt sich während der Bauphase auf Auftraggeberseite ein Bedürfnis für eine Planänderung, muss der Auftraggeber im Einvernehmen mit dem Auftragnehmer eine Vertragsänderung herbeiführen. Ein einseitiges Vertragsänderungsrecht sieht das Werkvertragsrecht nicht vor. In besonderen Ausnahmesituationen mag der Auftragnehmer allerdings aus Treu und Glauben verpflichtet sein, einer entsprechenden Vertragsänderung zuzustimmen.<sup>179</sup>

Um den daraus resultierenden Schwierigkeiten bei komplexen Bauvorhaben zu begegnen, hat der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg vorgeschlagen, dem Besteller das Recht einzuräumen, nach Vertragsschluss Änderungen oder Ergänzungen des Werkes anzuordnen. Dieses Recht soll nur dann ausgeschlossen sein, wenn wichtige Gründe entgegenstehen. Im Gegenzug soll dem Unternehmer freilich ein Anspruch auf eine entsprechende Zusatzvergütung eingeräumt werden.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil I Rn. 426.

<sup>180</sup> Vgl. zu alledem den Entwurf des Arbeitskreises E § 2, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.



*(b) Privatautonome Gestaltung*

Ist Teil B der VOB Vertragsbestandteil geworden, steht dem Auftraggeber gem. § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B für bestimmte Bereiche ein einseitiges Vertragsänderungsrecht zu. Er kann in den Grenzen der Zumutbarkeit Änderungen des Bauentwurfs anordnen und darüber hinaus die Erbringung zusätzlicher Leistungen, die zur Erreichung des ursprünglichen Vertragszwecks erforderlich werden, verlangen. Im Gegenzug hat der Auftragnehmer gem. § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B das Recht, im Falle einer Änderung des Bauentwurfs eine Preisanpassung zu verlangen und für zusätzlich erbrachte Leistungen eine zusätzliche Vergütung in Rechnung zu stellen.

Es bestehen zwar Zweifel, ob das einseitige Vertragsänderungsrecht einer Inhaltskontrolle am Maßstab von § 307 BGB standhält.<sup>181</sup> Eine Unwirksamkeit dieser Klausel kommt jedoch nur in Betracht, wenn Verwender des Klauselwerks der Auftraggeber ist. Bei Verbraucherbauverträgen wird dies in aller Regel nicht der Fall sein. Typischerweise führt in diesem Falle nämlich der Auftragnehmer die VOB/B in den Vertrag ein.

(2) ENGLAND

Bauverträge, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, werden auch in England zu meist zu einem Pauschalpreis abgeschlossen. In diesem Fall trägt – wie in Deutschland – der Unternehmer das Risiko, dass er mehr Material benötigt oder mehr bzw. andere, teurere Arbeiten erforderlich sind als ursprünglich geplant. Im Gegenzug trägt der Auftraggeber das Risiko, dass wider Erwarten weniger Material oder weniger Arbeitsleistung benötigt werden.

Grundsätzlich besteht auch in England für keine Partei die Möglichkeit, den Vertrag einseitig zu ändern. Etwas anderes gilt allerdings unter den JCT-Standardverträgen. Hier wird dem Besteller das Recht eingeräumt, die Durchführung von Zusatzarbeiten zu verlangen. Der Unternehmer hat dann seinerseits das Recht, für diese Zusatzarbeiten eine Zusatzvergütung zu verlangen. Die Höhe dieser Zusatzvergütung wird durch einen neutralen Dritten festgelegt.

---

<sup>181</sup> Vgl. INGENSTAU/KORBION/*Keldungs*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 1 Nr. 3 VOB Rn. 12 ff.

(3) FRANKREICH

Auch in Frankreich werden Bauverträge mit Verbrauchern üblicherweise zu einem Pauschalpreis abgeschlossen.<sup>182</sup> Wird bei der anschließenden Vertragsdurchführung erkennbar, dass im Vergleich zur ursprünglichen Kalkulation zusätzliche Baumaterialien oder zusätzliche Arbeiten erforderlich sind, untersagt Art. 1793 C. civ. dem Bauunternehmer ausdrücklich, dafür eine Zusatzvergütung zu verlangen. Der Unternehmer, dem bei der Preiskalkulation Irrtümer unterlaufen sind, bleibt also auch in Frankreich an den vereinbarten Festpreis gebunden. Nach ständiger Rechtsprechung rechtfertigt selbst die Tatsache, dass sich aufwendige Arbeiten erst nachträglich als unerlässlich herausgestellt haben, keine Preiserhöhung.<sup>183</sup> Sogar für den Bauunternehmer unvorhersehbare Umstände gestatten keine Erhöhung des Pauschalpreises.<sup>184</sup>

Eine Ausnahme stellt jedoch der Generalübernehmervertrag dar. Hier ist trotz eines Pauschalpreises eine Vereinbarung zulässig, der zufolge unvorhergesehene Ausgaben des Generalunternehmers eine Anpassung des Vertragspreises rechtfertigen.<sup>185</sup> Die Summe der möglichen Nachforderungen ist allerdings der Höhe nach zu begrenzen.

Deutlich besser als die Lage des Auftragnehmers stellt sich die Lage des Auftraggebers dar: Er hat ein grundsätzliches Leistungsänderungs- und Ergänzungsrecht. Nur wenn die zusätzlichen Leistungen einen gewissen Umfang erreichen, wird dem Auftragnehmer das Recht zugestanden, eine zusätzliche Vergütung zu verlangen.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> „*Marché à forfait*“.

<sup>183</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 21. Jan. 1981, RDI 1981, 511 mit Anmerkung *Malinvaud/Boubli*; Cour de cassation 3e civ. vom 6. Mai 1998, RDI 1998, 377 mit Anmerkung *Boubli*.

<sup>184</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 20. Nov. 2002, RDI 2003, 60 mit Anmerkung *Boubli*.

<sup>185</sup> Vgl. Art. L. 222-3 d) CCH.

<sup>186</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 8. März 1995, Bull. civ. III, n°73: Abweichung von den ursprünglichen Bauplänen und Baubeschreibungen auf Verlangen des Auftraggebers; Cour de cassation 3e civ. vom 11. Okt. 2000, RDI 2001, 54 für zusätzliche Arbeiten in Höhe von 574.000 FF bei einem Gesamtvolumen in Höhe von 807.000 FF; Cour de cassation 3e civ. vom 26. Juni 2002, Construction – Urbanisme 2002, n° 238: Erhöhung der Gebäudefläche um 20 %.

#### (4) NIEDERLANDE

Auch in den Niederlanden werden Verbraucherbauverträge grundsätzlich zu einem Pauschalpreis abgeschlossen. Daher trägt der Bauunternehmer das Risiko etwaig erforderlicher Zusatzmaterialien bzw. Zusatzarbeiten.

Der Verbraucher seinerseits hat die Möglichkeit, von dem Auftragnehmer die Erbringung zusätzlicher Leistungen zu verlangen.

Im Falle unvorhergesehener Veränderungen der äußeren Umstände hat auch der Auftragnehmer das Recht, den Leistungsinhalt einseitig zu ändern. Er ist aber verpflichtet, eine Leistung zu erbringen, die dem Qualitätsstandard entspricht, der ursprünglich vereinbart worden war.<sup>187</sup> Wird für ihn die Leistungserbringung aufgrund der Veränderung der äußeren Umstände sogar teurer, hat er keinen Anspruch auf einen erhöhten Werklohn.

Bauverträge, an denen kein Verbraucher beteiligt ist, enthalten in der Regel ausführliche Klauseln im Hinblick auf Arbeiten, die während der Bauphase zusätzlich erforderlich werden.<sup>188</sup>

#### (5) SCHWEIZ

Bei Vereinbarung eines Pauschalpreises trägt grundsätzlich der Unternehmer das Risiko etwa erforderlicher Mehrarbeit bzw. etwa erforderlicher Zusatzmaterialien. Hier kann eine Zusatzvergütung nur verlangt werden, wenn die Mehrarbeit bzw. die Zusatzmaterialien aufgrund eines Änderungswunsches des Auftraggebers erforderlich werden.

Ein solches Änderungsrecht räumt die SIA-Norm 118 dem Auftraggeber in ihrem Art. 84 ein. Haben die Parteien die Anwendung der Norm SIA-118 hingegen nicht vereinbart, so besteht kein einseitiges Leistungsänderungsrecht.

---

<sup>187</sup> Vgl. Art. 6:258 nIZGB sowie Art. 4 und 6 des kombinierten Modellkauf- und Bauvertrages.

<sup>188</sup> Vgl. bspw. UAV 1989.

## **b. Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen**

### (1) DEUTSCHLAND

Gem. § 649 BGB hat der Auftraggeber bis zur Vollendung des Bauwerkes ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Die Kündigungserklärung unterliegt keiner Formvorschrift und muss auch keinen Kündigungsgrund enthalten. Für das bereits erstellte Teilwerk hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Vergütung. Dieser Werklohnanspruch wird allerdings erst mit Abnahme des Teilwerkes fällig.<sup>189</sup> Dementsprechend hat der Unternehmer gegen den Besteller einen Anspruch auf Abnahme, es sei denn, das Teilwerk weist Mängel auf, die die Unwesentlichkeitsschwelle des § 640 Abs. 1 S. 2 BGB überschreiten. Mit dieser Abnahme geht die Vergütungsgefahr auf den Besteller über. Da die Kündigung nur *ex nunc* wirkt, bleiben etwaige Gewährleistungsansprüche für das bereits erstellte Teilwerk von der Kündigung unberührt. Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Abnahme des Teilwerkes.

Für das Teilwerk, das aufgrund der Kündigung nicht mehr zu erbringen ist, kann der Unternehmer die ursprüngliche Vergütung unter Abzug dessen, was er infolge der Vertragsaufhebung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, verlangen.<sup>190</sup>

Um für den Vergütungsanteil, der sich auf das noch nicht errichtete Teilwerk bezieht, in der Praxis schwierige Kalkulationen zu vermeiden, soll mit dem Forderungssicherungsgesetz<sup>191</sup> eine gesetzliche Vermutung eingeführt werden, der zufolge dem Unternehmer 5% des eigentlich noch nicht verdienten Vergütungsanteils zustehen.

Sind die VOB/B Vertragsbestandteil geworden, ist die Kündigung gem. § 8 Nr. 5 schriftlich zu erklären.

---

<sup>189</sup> BGH vom 11. Mai 2006, NZBau 2006, 569. Für Probleme, die daraus im Insolvenzfall des Bauunternehmers für den Insolvenzverwalter entstehen können, s. *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 135 ff.

<sup>190</sup> Dieser zweite Vergütungsanteil ist nicht umsatzsteuerpflichtig, weil es an einem steuerrechtlichen Austauschverhältnis fehlt. Diese Sichtweise ist mit der europäischen Umsatzsteuerrichtlinie 77/388/EWG vereinbar. Vgl. BGH BauR 2008, 506 sowie EuGH Rs. C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-les-Bains*.

<sup>191</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

(2) ENGLAND

In England hat der Auftraggeber kein besonderes Kündigungsrecht, das er ohne jeden Grund ausüben kann. Dies erscheint angesichts des englischen Grundsatzes, dem zufolge die Durchführung eines Vertrags nicht eingeklagt werden kann, auch nicht erforderlich.

(3) FRANKREICH

Ist in dem Bauvertrag ein Pauschalpreis vereinbart worden, gestattet Art. 1794 C. civ. dem Auftraggeber, sich jederzeit einseitig vom Vertrag zu lösen. Allerdings hat der Auftraggeber dem Unternehmer die bereits erfolgten Arbeiten zu vergüten und ihm darüber hinaus für den nicht erfüllten Vertragsteil den entgangenen Gewinn zu ersetzen.<sup>192</sup> Für Verträge, in die die allgemeinen Modellgeschäftsbedingungen der *Afnor* einbezogen worden sind, enthält Art. 20-1-4 der Norm *Afnor* P03-001 eine Berechnungsregelung für die Entschädigung des Unternehmers.<sup>193</sup>

Die Parteien können stattdessen aber auch vereinbaren, dass der Auftraggeber im Falle einer vorzeitigen, grundlosen Kündigung eine pauschale Vertragsstrafe in Höhe von bspw. 20% des Gesamtauftragsvolumens zu zahlen hat.<sup>194</sup>

(4) NIEDERLANDE

Art. 7:764 nIZGB räumt dem Auftraggeber das Recht ein, den Bauvertrag jederzeit ohne besonderen Grund zu kündigen. Macht der Auftraggeber von diesem Recht Gebrauch, so schuldet er dem Unternehmer jedoch den Werklohn abzüglich dessen, was dieser durch die Nichterbringung eines Teils seiner Leistung erspart hat. Das Gesetz statuiert eine Vermutung, der zufolge dem Unternehmer 10% des eigentlich noch nicht verdienten Vergütungsanteils zustehen.

Diese Regelung ist dispositiver Natur und in dem kombinierten Modellkauf- und Bauvertrag abbedungen. Daher findet sie auf den Großteil der Verbraucherbauverträge keine Anwendung.

---

<sup>192</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 6. März 2002, Construction – Urbanisme 2002, n°166.

<sup>193</sup> Zur Anwendung dieser Berechnung s. Cour de cassation 3e civ. vom 15. Juni 2000, RDI 2000, 573; Cour de cassation 3e civ. vom 6. März 2002, RDI 2002, 213 mit Anmerkung *Boubli*.

<sup>194</sup> Vgl. Cour d'appel de Paris vom 29. Okt. 1992, Recueil Dalloz-Sirey 1993, IR 37.

(5) SCHWEIZ

Gem. Art. 377 OR kann der Auftraggeber den Bauvertrag jederzeit ohne Angabe von Gründen mit Wirkung *ex nunc* beenden. Die entsprechende Kündigungserklärung unterliegt keinen Formerfordernissen. Der Auftraggeber hat dem Unternehmer allerdings die bereits geleistete Arbeit zu vergüten und ihm im Hinblick auf den nicht erfüllten Vertragsteil den entgangenen Gewinn zu ersetzen.

**c. Kurzresümee**

Für die in Deutschland geführte Diskussion um die Einführung eines einseitigen Leistungsänderungs- und -ergänzungsrechts des Auftraggebers bietet sich erneut ein Blick in die Niederlande und nach Frankreich an. Beide Rechtsordnungen geben dem Auftraggeber ein solches Recht. Ein besonders hohes Auftraggeberschutzniveau findet sich wiederum in Frankreich, wo im Falle einer Pauschalpreisvereinbarung der Bauunternehmer selbst bei Auftreten unvorhersehbarer Umstände keine Vertragsanpassung verlangen darf, der Auftraggeber seinerseits jedoch kleinere Leistungsänderungen sogar ohne eine entsprechende Anpassung des Vertragspreises und größere Veränderungen zumindest gegen Mehrzahlung verlangen kann.

Für den Fall der grundlosen Kündigung des Bauvertrages kennt das niederländische Gesetz schon seit Längerem eine Regelung wie sie durch das Forderungssicherungsgesetz in Deutschland eingeführt werden soll. Das niederländische ZGB stellt die Vermutung auf, dass der entgangene Gewinn des Bauunternehmers 10% seiner eigentlich noch nicht verdienten Vergütung beträgt. In der Praxis findet diese Regelung bei der Durchführung von Verbraucherbauverträgen allerdings keine Anwendung, weil das einseitige grundlose Kündigungsrecht des Auftraggebers in dem üblicherweise verwendeten Modellvertrag gänzlich abgedungen ist.

### **3. Gefahrtragung**

#### **a. Deutschland**

Unter dem Werkvertragsregime des BGB gehen Preis- und Leistungsgefahr erst mit der Abnahme auf den Besteller über (vgl. § 644 BGB). Wird ein bereits errichtetes Teilwerk vor Fertigstellung des gesamten Gebäudes durch ein Ereignis zerstört, das außerhalb der Einflussosphäre der Parteien liegt, braucht der Auftraggeber daher die bereits ausgeführten, aber zerstörten Leistungen nicht zu vergüten. Nach wie vor hat er einen Anspruch auf Errichtung des vertraglich vereinbarten Werkes.

In den VOB/B findet sich in § 7 Nr. 1 eine Regelung zur Vergütungsgefahr, die von § 644 Abs. 1 BGB abweicht. Wird das bereits errichtete Teilwerk durch höhere Gewalt zerstört, hat der Auftragnehmer dieser Regelung zufolge gegen den Auftraggeber für das bereits errichtete, aber zerstörte Teilwerk einen Vergütungsanspruch in entsprechender Anwendung von § 6 Nr. 5 VOB/B. Verlangt der Auftraggeber die Neuerrichtung, steht dem Auftragnehmer dafür ein erneuter Vergütungsanspruch gem. § 2 Nr. 6 VOB/B zu.

Wenn die VOB/B Vertragsbestandteil geworden sind, geht die Vergütungsgefahr also bereits bei der Errichtung des Bauwerks sukzessive mit Baufortschritt auf den Auftraggeber über. Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Gefahrtragungsklausel der VOB/B in Verbraucherbauverträgen einer isolierten Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhält.<sup>195</sup>

#### **b. England**

In England trägt der Unternehmer die Kosten der Wiedererrichtung, wenn ein bereits errichtetes Teilwerk vor Fertigstellung des gesamten Gebäudes durch ein Ereignis zerstört wird, das außerhalb der Einflussosphäre der Parteien liegt. Üblicherweise findet sich in schriftlichen Bauverträgen eine Klausel, die den Unternehmer verpflichtet, dieses Risiko zu versichern.

---

<sup>195</sup> Dafür KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Lederer*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 7 VOB/B Rn. 8; dagegen ULMER/BRANDNER/HENSEN/*Christensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2006, Anhang § 310 Rn. 1000 a.E.

### **c. Frankreich**

Preis- und Leistungsgefahr gehen in Frankreich wie in Deutschland erst mit der Abnahme vom Bauunternehmer auf den Auftraggeber über. Bis zur Abnahme trägt daher der Unternehmer gem. Art. 1788 C. civ. das Risiko des zufälligen Untergangs eines bereits errichteten Teilwerkes.<sup>196</sup>

Die Rechtslage unterscheidet sich aber insofern von der deutschen, als der Auftraggeber gegen den Unternehmer keinen Anspruch auf Neuerrichtung hat. Er ist lediglich von seinem Vergütungsanspruch befreit. Hat er bereits Abschlagszahlungen geleistet, kann er diese zurückfordern. Der Unternehmer hat jedoch das Recht, die Fortführung des Bauvertrages zu wählen. In diesem Fall ist er verpflichtet, den zerstörten Teil des Bauwerkes auf eigene Kosten neu zu errichten.<sup>197</sup>

Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Risikoverteilung zulasten des Auftraggebers ändern, sind unwirksam, sofern es sich um einen Bauvertrag handelt, der die Errichtung eines Gebäudes zum Gegenstand hat, das zumindest auch zu Wohnzwecken genutzt werden soll.

### **d. Niederlande**

Der in den Niederlanden gebräuchliche kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag enthält ausdrücklich eine Regelung, die der Regelung im deutschen Werkvertrag entspricht. Demnach trägt der Unternehmer bis zur Übergabe des Gebäudes das Risiko des Untergangs eines bereits errichteten Teilwerkes. Er ist verpflichtet, das zerstörte Werk auf eigene Kosten neu zu errichten.

In Verträgen, an denen kein Verbraucher beteiligt ist, finden sich häufig deutlich kompliziertere Regelungen zur Risikoverteilung.

### **e. Schweiz**

Auch in der Schweiz trägt der Unternehmer bis zur Übergabe des Gebäudes das Risiko des zufälligen Untergangs eines bereits errichteten Teilwerk (vgl. Art. 376

---

<sup>196</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 19. Feb. 1986, RDI 1986, 362 mit Anmerkung *Malinvaud/Boubli*.

<sup>197</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 28. Okt. 1992, Bull. civ. III, n°281.



Abs. 1 OR). Daher hat er den zerstörten Gebäudeteil auf eigene Kosten erneut zu errichten.

Diese gesetzliche Regelung ist aber dispositiver Natur. So enthält die SIA-Norm 118 eine andere Klausel, die der Regelung in den deutschen VOB/B ähnelt: Beruht der Untergang auf höherer Gewalt wie bspw. einer Naturkatastrophe, so hat der Unternehmer einen Anspruch auf eine Vergütung für die bereits geleistete Arbeit, wenn die entsprechende finanzielle Belastung des Auftraggebers der Billigkeit entspricht.<sup>198</sup>

#### **4. Pflichtverletzung des Unternehmers**

##### **a. Baumängel: Grundfragen**

###### (1) BEGRIFFSBESTIMMUNG

###### *(a) Deutschland*

Eine Definition des Sachmangels findet sich in § 633 Abs. 2 BGB. Demnach weist ein Bauwerk einen Mangel auf, wenn es nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Ist eine Beschaffenheit vertraglich nicht vereinbart, so liegt ein Mangel dann vor, wenn das Bauwerk für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ungeeignet ist. Lässt sich solch eine Verwendung aus dem Vertrag nicht ableiten, liegt ein Mangel dann vor, wenn das Bauwerk für die gewöhnliche Verwendung ungeeignet ist oder nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist. In der Praxis resultiert ein Problem häufig aus der ungenauen Leistungsbeschreibung, so dass in langen Rechtsstreitigkeiten geklärt werden muss, was überhaupt geschuldet war.<sup>199</sup> Als generelle Leitlinie lässt sich zumindest formulieren, dass der Unternehmer eine Werkleistung schuldet, die den anerkannten Regeln der Technik entspricht.<sup>200</sup> Sind die VOB/B Vertragsbestandteil

---

<sup>198</sup> Vgl. Art. 187 Abs. 3 SIA-Norm 118.

<sup>199</sup> Vgl. zu diesem Problem VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 598; MESSERSCHMIDT/VOIT/*von Rintelen*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt H, Rn. 1 ff.

<sup>200</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Drossart*, Privates Baurecht, München 2008, § 633 Rn. 30 ff.

geworden, stellt § 13 Nr. 1 VOB/B dies sogar ganz ausdrücklich klar. Einen inhaltlichen Unterschied zum reinen BGB-Vertrag bedeutet dies jedoch nicht.<sup>201</sup>

*(b) England*

In England gibt es sehr häufig Rechtsstreitigkeiten um die Frage, ob ein Bauwerk vertragskonform errichtet worden ist. Bei der Entscheidung derartiger Streitigkeiten wird grundsätzlich eine funktionale Betrachtungsweise vorgenommen. Ist Gegenstand eines Bauvertrages bspw. die Errichtung eines Wohnhauses, so hat der Unternehmer alle Leistungen zu erbringen, die erforderlich sind, um das Gebäude bewohnbar zu machen.<sup>202</sup>

*(c) Frankreich*

Im Mittelpunkt des französischen Gewährleistungsrechts steht seit der Reform von 1978 nicht mehr der Mangel, sondern der Begriff des Schadens. Gem. Art. 1792 C. civ. haftet der Unternehmer für alle Schäden, die am Gebäude innerhalb der jeweiligen Gewährleistungsfrist sichtbar werden und die die Standfestigkeit des Bauwerks beeinträchtigen oder auf andere Weise dazu führen, dass das Gebäude zu seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht genutzt werden kann.<sup>203</sup>

Bleibt die Schwere des Schadens unterhalb dieser Schwelle, so kommt es entscheidend darauf an, ob das Bauwerk die vertraglich geschuldete Beschaffenheit aufweist. Ist dies nicht der Fall, haftet der Bauunternehmer ebenfalls nach Art. 1792 C. civ.<sup>204</sup>

*(d) Niederlande*

In den Niederlanden ist die Frage der Baumängelhaftung ebenfalls sehr häufig Gegenstand von Gerichtsverfahren. Entscheidendes Kriterium für die Streitentscheidung ist dabei jeweils die Vertragskonformität des errichteten Bauwerks.

---

<sup>201</sup> Vgl. INGENSTAU/KORBION/Wirth, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, vor § 13 VOB/B, Rn. 121.

<sup>202</sup> Vgl. *Williams v. Fitzmaurice* (1858) 3 H & N 844.

<sup>203</sup> „*Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit [...] des dommages, même résultant d'un vice de sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.*“

(e) Schweiz

Auch in der Schweiz stellt jede Abweichung von der geschuldeten Leistung einen Mangel dar. Was geschuldet ist, ergibt sich aus der Parteivereinbarung sowie daraus, was der Auftraggeber nach Treu und Glauben erwarten darf.

Art. 166 Abs. 2 der SIA-Norm 118 wiederholt die gesetzliche Regelung mit folgender Formulierung: *„Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte Eigenschaft nicht aufweist; oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z.B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch).“*

(2) VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE GEWÄHRLEISTUNGSRECHTE DES AUFTRAGGEBERS

(a) Deutschland

Gem. § 634 Nr. 1 BGB i.V.m. § 635 BGB hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Nacherfüllung. Macht der Auftraggeber diesen Anspruch geltend, so kann der Unternehmer zwischen der Beseitigung des Mangels und der Errichtung eines neuen Werkes wählen. Bei Bauverträgen wird er in der Regel freilich auf Ersteres zurückgreifen.

Grundsätzlich muss der Besteller dem Unternehmer eine Chance zur Nacherfüllung geben, bevor er zu anderen Rechten wie der Minderung oder Selbstvornahme übergehen kann. Beseitigt der Unternehmer den Mangel aber nicht innerhalb einer angemessenen Frist, die ihm der Besteller gesetzt hat, so kann der Besteller den Mangel durch einen anderen Unternehmer beheben lassen und von dem ursprünglichen Unternehmer Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 637 BGB).

Stattdessen kann der Besteller auch gem. § 634 Nr. 3 i.V.m. § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten.<sup>204</sup> Da er das Bauwerk aber nicht zurückgegeben kann, ohne es zu zerstören, hat er im Rahmen des Rückabwicklungsverhältnisses gem. § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz für das Gebäude zu leisten. Maßstab für die Berechnung

---

<sup>204</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 16. Okt. 2002, Recueil le Dalloz 2003, jurisprudence 300 mit Anmerkung *Malinvaud*.

<sup>205</sup> Für die Frage, ob nicht die Kündigung das geeignetere Instrument wäre, s. oben S. 70.

des Wertersatzes ist die im Bauvertrag vorgesehene Vergütung. So führt ein Rücktritt im Ergebnis lediglich zu einer Minderung des Werklohnanspruchs.

Wird während der Bauphase bereits vor dem vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt ein Mangel sichtbar, so gestaltet sich die Lage für den Besteller bei einem reinen BGB-Vertrag schwierig. Zwar ist sein Erfüllungsanspruch auf Erstellung eines mangelfreien Werkes gerichtet. Dieser Anspruch ist während der Bauphase aber noch nicht fällig. Vor Fälligkeit kann der Besteller daher grundsätzlich nicht die Beseitigung bereits sichtbarer Mängel verlangen.<sup>206</sup> Allenfalls dann, wenn eine spätere Mangelbeseitigung durch die Fortführung der Arbeiten erheblich erschwert würde, ist zu erwägen, dem Besteller bereits während der Bauphase einen Mangelbeseitigungsanspruch zu geben.<sup>207</sup> In diesem Punkt besteht aber derzeit große Rechtsunsicherheit.

Um hier für klare Verhältnisse zu sorgen, räumt § 4 Nr. 7 VOB/B dem Besteller bereits vor Fertigstellungsfrist einen Mangelbeseitigungsanspruch ein. Sind die VOB/B Vertragsbestandteil geworden, so verbessert sich also insofern die Position des Bestellers. Nach der Rechtsprechung des BGH soll dem Besteller aber auch in diesem Rahmen ohne Kündigung des Vertrags<sup>208</sup> kein Selbstvornahmerecht zustehen.<sup>209</sup>

Für die Schaffung eines umfassenden Mangelbeseitigungs- und Selbstvornahmerechts während der Bauphase hat sich der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg ausgesprochen.<sup>210</sup> Dieser Vorschlag greift die in der Praxis erhobene Forderung<sup>211</sup> nach einer solchen Regelung auf, führt aber dazu, dass auf der Baustelle

---

<sup>206</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Drossart*, Privates Baurecht, München 2008, § 634 Rn. 2.

<sup>207</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 609.

<sup>208</sup> Gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B kann sich die Entziehung des Auftrags auch auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränken.

<sup>209</sup> BGH, NJW-RR 1998, 235; zustimmend KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Merkens*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 4 VOB/B Rn. 149; kritisch hingegen INGENSTAU/KORBION/*Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 4 Nr. 7 VOB/B Rn. 62 ff.

<sup>210</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 3 Abs. 3, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>211</sup> Vgl. INGENSTAU/KORBION/*Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 4 Nr. 7 VOB/B Rn. 62 ff.

möglicherweise ein Drittunternehmer auftaucht, dessen Tätigkeit nicht eingeplant war. Dies kann bei einer im Übrigen uneingeschränkten Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses mit dem ursprünglichen Unternehmer Koordinierungsprobleme verursachen. Diese Gefahr veranlasste den BGH sogar dazu, die zuvor genannten Regelungen der VOB/B, die während der Bauphase gerade kein Selbstvornahmerecht des Bestellers vorsehen als interessengerecht einzustufen.<sup>212</sup>

Auch der „Verbraucherzentrale“ Bundesverband hat in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts eine ausdrückliche Regelung gefordert, die dem Verbraucher das Recht gibt, bereits während der Herstellung des Werkes die unverzügliche Beseitigung von Mängeln zu verlangen.<sup>213</sup> Ein Selbstvornahmerecht ohne Vertragskündigung wird dort jedoch nicht gefordert.

*(b) England*

Entspricht das Bauwerk nicht der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit, hat der Bauunternehmer seine vertraglichen Pflichten verletzt. Eine solche Vertragsverletzung löst in England unabhängig vom Verschulden einen Schadensersatzanspruch aus. Diese Schadensersatzhaftung entfällt nur in extremen Ausnahmesituationen, so z.B. wenn eine korrekte Vertragserfüllung aufgrund höherer Gewalt unmöglich geworden ist.<sup>214</sup>

*(c) Frankreich*

Weist das Gebäude – in französischer Terminologie – einen Schaden auf, so hat der Auftraggeber gegen den Bauunternehmer einen Anspruch auf Nachbesserung.<sup>215</sup>

Im Rahmen der einjährigen Gewährleistung (siehe dazu unten S. 98 f.) hat der Auftraggeber ein Selbstvornahmerecht mit entsprechender Kostenerstattung, wenn er dem Unternehmer erfolglos eine Frist zur Schadensbeseitigung gesetzt hat. War

---

<sup>212</sup> BGH, NJW-RR 1986, 1148.

<sup>213</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 13, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>214</sup> *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* [1956] AC 696.

<sup>215</sup> „*Réparation en nature*“.

der Auftraggeber gezwungen, in Vorlage zu treten, hat er neben dem reinen Erstattungsanspruch einen Zinsanspruch.

In den übrigen Gewährleistungsfällen kommt gem. Art. 1792 C. civ. sowohl ein Anspruch auf Nachbesserung als auch ein Anspruch auf Kostenersatz nach entsprechender Selbstvornahme in Betracht. Einen Nachbesserungsversuch kann der Auftraggeber in diesen Fällen aber nur dann ablehnen, wenn keine ausreichenden Garantien für eine ordnungsgemäße Durchführung der Reparatur bestehen.<sup>216</sup>

Darüber hinaus hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Ersatz der Folgeschäden wie bspw. seines Nutzungsausfallschadens.<sup>217</sup>

Unbekannt ist dem französischen Bauvertragsrechts hingegen die Minderung. Lediglich bei Verträgen, die ein kaufrechtliches Element enthalten, hat der Auftraggeber die Möglichkeit, den Preis wegen Mängeln am Gebäude zu mindern. Ausgeschlossen ist ein Minderungsrecht aber in jedem Fall, wenn der Unternehmer dem Auftraggeber anbietet, den Schaden am Gebäude zu beheben (vgl. Art. 1642-1 C. civ.).

Auch ein Vertragsauflösungsrecht besteht infolge eines Mangels nur bei Verträgen, die ein kaufrechtliches Element beinhalten. Wie das Minderungsrecht scheidet aber auch das Vertragsauflösungsrecht aus, wenn der Unternehmer dem Auftraggeber die Beseitigung der Gebäudeschäden anbietet.

Sämtliche Gewährleistungsansprüche kann der Unternehmer abwehren, indem er darlegt und beweist, dass der Schaden am Gebäude auf höherer Gewalt, einem Verhalten des Auftraggebers oder dem Verhalten eines Dritten beruht.

Gewährleistungsansprüche entstehen frühestens mit der Abnahme. Zeigen sich bereits während der Bauphase Mängel am Gebäude, so kann der Auftraggeber allerdings kraft seines vertraglichen Erfüllungsanspruchs die sofortige Mängelbeseitigung verlangen.

---

<sup>216</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 28. Sept. 2005, JCP Edition Générale 2006, II n° 10010 mit Anmerkung *Noblot*.

*(d) Niederlande*

Der in den Niederlanden gebräuchliche kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag räumt dem Auftraggeber im Falle von Mängeln einen Nachbesserungsanspruch ein. Ein Selbstvornahmerecht hat dieser jedoch nur, wenn er dem Bauunternehmer erfolglos die Möglichkeit gegeben hat, den Mangel zu beheben, oder wenn die Reparatur so dringlich ist, dass keine Zeit verbleibt, dem Unternehmer eine solche Nachbesserungschance zu geben.

Ist eine Nachbesserung unmöglich oder unverhältnismäßig, so beschränken sich die Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers auf ein Minderungsrecht sowie einen Anspruch auf Ersatz der Folgeschäden.

Ein Vertragsauflösungsrecht hat der Auftraggeber nur, wenn der Bauunternehmer ein Gebäude errichtet hat, das im Verhältnis zum Vertragsgegenstand ein *aliud* darstellt.

Bereits vor Gebäudeübergabe hat der Auftraggeber das Recht, die sofortige Beseitigung der Mängel zu verlangen, die sich während der Bauphase zeigen.

Entsteht zwischen den Vertragsparteien Streit über die Gewährleistungsansprüche, besteht die Möglichkeit, ein spezielles Schiedsverfahren zu durchlaufen.<sup>218</sup> Dies hat sich in der Praxis als äußerst effektiv erwiesen.

*(e) Schweiz*

Gem. Art. 368 Abs. 2 OR hat der Auftraggeber im Falle von Mängeln einen Nachbesserungsanspruch.

Ein Selbstvornahmerecht mit entsprechendem Kostenerstattungsanspruch hat der Auftraggeber nur dann, wenn der Bauunternehmer mit der Nachbesserung in Verzug geraten ist.<sup>219</sup> In einem solchen Fall hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Kostenvorschuss. Faktisch versagt dieser Anspruch auf Kostenvorschuss jedoch zumeist, weil er selbst bei eiligen Reparaturmaßnahmen nur im ordentlichen Gerichtsverfahren durchsetzbar ist.

---

<sup>217</sup> Cour de cassation 1<sup>re</sup> civ. vom 2. Mai 1983, RDI 1983, 458 (Darlehenszinsen); Cour de cassation 1<sup>re</sup> civ. vom 2. Okt. 2002, RDI 2002, 543; Cour de cassation 3e civ. vom 15. Jan. 2003, RDI 2003, 190 (Nutzungsausfall eines Hotels).

<sup>218</sup> Vor dem *Arbitrage Instituut GIW Woningen* (AIG).

Alternativ kann der Auftraggeber die Minderung des Werklohnes wählen.

Das Recht zur Vertragsauflösung ist auf extreme Fälle beschränkt (vgl. Art. 368 Abs. 3 OR).

Zeigt sich ein Mangel bereits während der Bauausführung, so hat der Auftraggeber einen Anspruch auf sofortige Mangelbeseitigung. Kommt der Unternehmer diesem Verlangen nicht nach, hat der Auftraggeber gem. Art. 366 Abs. 2 OR sogar ein Selbstvornahmerecht mit Kostenerstattung. Interessanterweise erweist sich dies in der Praxis nicht als Problem. Selbst bei komplexeren Bauprojekten führt die Einschaltung eines Drittunternehmers zu keinen unüberwindbaren Koordinierungsschwierigkeiten auf der Baustelle.

### (3) ZUSÄTZLICHE ANSPRÜCHE BEI VERSCHULDEN ODER VERTRETENMÜSSEN DES UNTERNEHMERS

#### *(a) Deutschland*

Hat der Unternehmer den Mangel schuldhaft verursacht oder hat er ihn sonstwie zu vertreten, so hat der Besteller gem. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Ersatz sämtlicher über die Mangelbeseitigungskosten hinausgehender Folgeschäden. Das Vertretenmüssen des Unternehmers wird gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB widerleglich vermutet. Somit hat der Unternehmer darzulegen und zu beweisen, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat.

#### *(b) England*

Im englischen Recht ist der Schadensersatzanspruch ohnehin verschuldensunabhängig. Der Auftraggeber hat also auch ohne Verschulden des Unternehmers einen Anspruch auf Ersatz seines positiven Interesses (s. oben S. 98).

#### *(c) Frankreich*

Ein Verschulden des Bauunternehmers löst über die in Unterpunkt (2)(c) (s. oben S. 98) genannten Ansprüche hinaus deliktische Schadensersatzansprüche aus. Diese sind in der Praxis aber von geringem Interesse, weil bereits der werk-

---

<sup>219</sup> Hier wird Art. 366 Abs. 2 OR analog angewandt.



vertragliche Schadensersatzanspruch auf den Ersatz des positiven Interesses einschließlich immaterieller Schäden gerichtet ist.

*(d) Niederlande*

Nach niederländischem Recht hat der Auftraggeber im Falle eines Verschuldens des Bauunternehmers über die Gewährleistungsansprüche hinaus einen Anspruch auf Ersatz seiner Folgeschäden wie z.B. Nutzungsausfallschäden.

*(e) Schweiz*

Im Falle eines Verschuldens des Bauunternehmers hat der Besteller neben seinem Nachbesserungsanspruch bzw. Minderungsrecht einen Anspruch auf Ersatz seiner Mangelfolgeschäden. Das Verschulden des Unternehmers wird gem. Art. 368 Abs. 1 und 2 OR vermutet; der Unternehmer hat sich also zu exkulpieren, um einem Schadensersatzanspruch zu entgehen.

(4) MÄNGELRÜGE

*(a) Deutschland*

Wenn der Besteller den Mangel kennt und dennoch die vorbehaltlose Abnahme erklärt, verliert er gem. § 640 Abs. 2 BGB seinen Anspruch auf Nacherfüllung, Selbstvornahme sowie sein Recht zum Rücktritt. Erhalten bleibt ihm im Falle eines Verschuldens des Unternehmers aber sein auf Geldzahlung gerichteter Schadensersatzanspruch.<sup>220</sup>

Dieser Rechtsverlust tritt im Falle der im BGB vorgesehenen Abnahmefiktionen nicht ein (§ 640 Abs. 2 S. 1 nimmt ausschließlich Bezug auf die Abnahmeerklärung in § 640 Abs. 1 S. 1),<sup>221</sup> wohl aber im Falle der in der VOB/B vorgesehenen Abnahmefiktionen sowie im Falle einer stillschweigend erklärten Abnahme.

Letzteres ist vom Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg kritisiert worden. Dem Vorschlag dieses Arbeitskreises zufolge

---

<sup>220</sup> BGH, NJW 1974, 143; OLG Köln, NJW-RR 1993, 211.

<sup>221</sup> Vgl. MESSERSCHMIDT/VOIT/*Messerschmidt*, Privates Baurecht, München 2008, § 640 Rn. 295; Palandt/*Sprau*, 67. Aufl. München 2008, § 640 Rn. 13. A.a. WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 2276.

sollte ein Rechtsverlust auf Bestellerseite nur im Falle einer förmlich erklärten Abnahme eintreten.<sup>222</sup>

*(b) England*

Da das englische Recht kein Abnahmeerfordernis kennt, verlangt es dem Auftraggeber aber auch keine Rüge offensichtlicher Mängel ab. Es reicht aus, dass der Auftraggeber dem Bauunternehmer während der Gewährleistungsfrist die Existenz von Mängeln signalisiert, um die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen.

In der Vertragspraxis werden aber bisweilen Klauseln verwendet, die dem Auftraggeber bestimmte Obliegenheiten auferlegen, um seine Gewährleistungsansprüche zu erhalten.

*(c) Frankreich*

Erklärt der Auftraggeber bei der Abnahme im Hinblick auf sichtbare Mängel keinen Vorbehalt, verliert er grundsätzlich die entsprechenden Gewährleistungsansprüche. Dies gilt auch im Falle einer Abnahme durch schlüssiges Verhalten.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt allerdings dann, wenn der sichtbare Mangel im Zeitpunkt der Abnahme unerheblich zu sein schien, vom Auftraggeber trotz der Sichtbarkeit nicht bemerkt worden ist und sich später als gravierender Schaden entpuppt hat.

*(d) Niederlande*

Das niederländische Zivilgesetzbuch verlangt dem Auftraggeber in Art. 7:759 grundsätzlich ab, Mängel in einer angemessenen Frist zu rügen.

Der kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag enthält eine wesentlich detailliertere Regelung: Zunächst sieht er vor, dass die Parteien bei der Übergabe des Gebäudes ein Übergabeprotokoll anfertigen. Wegen sichtbarer Mängel behält der Auftraggeber seine Gewährleistungsansprüche in diesem Fall nur dann, wenn die Mängel im Protokoll festgehalten werden. Nach der Gebäudeübergabe hat der Auftraggeber

---

<sup>222</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 5, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

während eines Zeitraumes von drei Monaten sämtliche Mängel, die sich in dieser Zeit zeigen, schnellstmöglich dem Bauunternehmer anzuzeigen. Treten Mängel erst nach diesen drei Monaten in Erscheinung, verlängert sich diese Rügefrist auf eine angemessene Zeit.

Unterlässt der Auftraggeber die Rüge, verliert er im Hinblick auf den jeweiligen Mangel seine Gewährleistungsansprüche. Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn zugunsten des Verbrauchers die GIW-Garantie abgeschlossen worden ist. In diesen Fällen hat der Auftraggeber aus dem Garantievertrag gegen den Garantiegeber unabhängig von einer etwaigen Verletzung seiner Rügeobligenheit einen Anspruch auf Mängelbeseitigung bzw. Schadensersatz.

*(e) Schweiz*

Nach schweizerischem Recht hat der Auftraggeber das Gebäude nach Übergabe zu überprüfen und erkennbare Mängel gem. Art. 367 OR sofort zu rügen, um die entsprechenden Gewährleistungsrechte zu behalten. Versteckte Mängel hat er gem. Art. 370 OR zu rügen, sobald sie sichtbar werden.

Diese Rügeobligenheit wird in der Schweiz durchaus kritisch betrachtet, vor allem vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung sehr strenge Maßstäbe angelegt: Für eine sofortige Rüge verlangt sie eine Rüge innerhalb weniger Tage.

Haben die Parteien die SIA-Norm 118 in den Vertrag inkorporiert, entfällt die Rügeobligenheit innerhalb der ersten zwei Jahre nach Gebäudeübergabe.<sup>223</sup>

(5) GEWÄHRLEISTUNGSFRIST

*(a) Deutschland*

Gem. § 634 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 634 Abs. 2 BGB verjähren Mängelansprüche innerhalb von fünf Jahren nach Abnahme unabhängig von dem Zeitpunkt, in dem der Besteller den Mangel bemerkt. Dementsprechend kann der Besteller seine Gewährleistungsansprüche grundsätzlich nur dann erfolgreich geltend machen, wenn er den Mangel, der bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sein muss, innerhalb dieser 5-Jahresfrist erkennt (zur VOB/B-Regelung s. unten S. 122)

Erklärt der Besteller innerhalb dieses 5-Jahreszeitraumes jedoch den Rücktritt, so gilt für die Rückabwicklungsansprüche die regelmäßige Verjährung gem. § 195, 199 BGB, d.h. drei Jahre ab dem Ende des Jahres, in dem der Rücktritt erklärt wird.

Die maximale Verjährungsfrist verlängert sich allerdings deutlich, wenn der Unternehmer einen bestehenden Mangel im Zeitpunkt der Abnahme unter Verletzung seiner Mangeloffenbarungspflicht arglistig verschweigt. Der aus einem solchen Verhalten resultierende Anspruch des Bestellers auf Mangelbeseitigung verjährt gemäß § 634a BGB Abs. 3 S. 3 BGB i.V.m § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB spätestens 10 Jahre nach Werkabnahme. In einer viel beachteten Entscheidung aus dem Jahre 1992 hat der BGH diese Verjährungshöchstfrist<sup>224</sup> auf Fälle ausgedehnt, in denen der Unternehmer den Mangel zwar nicht positiv kannte, aber die Überwachung des Herstellungsprozesses nicht in angemessener Weise organisiert hat und der Mangel aus diesem Grund nicht erkannt worden ist.<sup>225</sup> Je nach den Umständen des Einzelfalls kann ein besonders gravierender Mangel an einem besonders wichtigen Gewerk oder ein besonders auffälliger Mangel an einem weniger wichtigen Bauteil bereits den Schluss auf ein solches Organisationsverschulden zulassen, so dass dann den Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Organisation trifft.<sup>226</sup>

Behebt der Unternehmer den Mangel, so kann dies im Hinblick auf Ansprüche wegen desselben Mangels bzw. wegen mangelhafter Nachbesserungsarbeiten unter Umständen den Neubeginn der Verjährung bewirken.<sup>227</sup>

---

<sup>223</sup> Vgl. Art. 172 SIA-Norm 118.

<sup>224</sup> Zum Zeitpunkt der BGH-Entscheidung – vor der Schuldrechtsreform – betrug diese Frist sogar 30 Jahre.

<sup>225</sup> BGH vom 12. März 1992, BGHZ 117, 318. Vgl. für die Fortentwicklung dieser Konstruktion BGH, NJW 2005, 893 sowie MESSERSCHMIDT/VOIT/Drossart, Privates Baurecht, München 2008, § 634a BGB Rn. 24 ff.

<sup>226</sup> BGH vom 12. März 1992, NJW 1992, 1754, 1755; vgl. aber aus jüngerer Zeit OLG Naumburg vom 12. Mai 2006, NJW 2007, 522, das betont, dass eine solche Beweiserleichterung nur angenommen werden könne, wenn es aufgrund der besonderen Eigenschaft des Mangels undenkbar sei, dass er bei ordnungsgemäßer Organisation der Überwachung und Überprüfung der Bauarbeiten übersehen worden wäre.

<sup>227</sup> Vgl. für die parallele Frage im Zusammenhang mit den kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen BGH, NJW 2006, 47, para. 18 sowie OLG Celle, NJW 2006, 2643; zum Werkvertragsrecht s. MESSERSCHMIDT/VOIT/Drossart, Privates Baurecht, München 2008, § 634a Rn. 35; WERNER/PASTOR/Werner, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 2434 i.V.m. 2432.

(b) *England*

Im englischen Recht verjähren Schadensersatzansprüche wegen Vertragsbruches in sechs Jahren. Im Falle von Baumängeln beginnt diese Frist mit Fertigstellung des Gebäudes. Ist der Vertrag notariell beurkundet worden, so verlängert sich die Verjährungsfrist um weitere sechs auf zwölf Jahre.<sup>228</sup>

(c) *Frankreich*

In Frankreich gibt es bei Bauverträgen vier verschiedene Gewährleistungsfristen: eine 1-Jahresfrist, eine 2-Jahresfrist, eine 10-Jahresfrist und sogar eine 30-Jahresfrist. Welche von diesen Fristen einschlägig ist, hängt von der Art des Mangels sowie vom Vertragstyp ab.

Am umfassendsten ist die einjährige Garantie der ordnungsgemäßen Fertigstellung. Sie gibt dem Auftraggeber bei allen Mängeln,<sup>229</sup> die innerhalb eines Jahres nach der Abnahme sichtbar werden, sämtliche unter Punkt (2) erörterten Gewährleistungsansprüche (oben S. 98).<sup>230</sup>

Gem. Art. 1792-3 C. civ. profitiert der Auftraggeber von einer zweijährigen Funktionsgarantie<sup>231</sup> für sämtliche Zubehörteile des Bauwerkes.

Art. 1792 C. civ. statuiert schließlich eine zehnjährige Gewährleistung für alle Schäden, die die Standfestigkeit des Bauwerks beeinträchtigen, sowie für diejenigen Schäden, die die Nutzbarkeit des Gebäudes zum vertraglich bestimmten Zweck einschränken.<sup>232</sup> Nach der Rechtsprechung der *Cour de cassation* fallen unter diese zehnjährige Gewährleistung auch sämtliche Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit, die im Zeitpunkt der Abnahme vorlagen.

Jede dieser Gewährleistungsfristen beginnt mit der Abnahme des Bauwerks zu laufen.

Enthält der Bauvertrag kaufrechtliche Elemente wie bspw. der Bauträgervertrag, so kommen die kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen zum Tragen. Demnach beträgt die Gewährleistungsfrist für versteckte Mängel 30 Jahre. Gem. Art. 1648 C. civ.

---

<sup>228</sup> Vgl. sections 5 und 6 Limitation Act 1980.

<sup>229</sup> Als einen Sonderfall führt Art. 1792-6 C. civ. eine mangelhafte Geräuschisolation an.

<sup>230</sup> „*Garantie de parfait achèvement*“.

<sup>231</sup> „*Garantie biennale de bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables*“.

verliert der Auftraggeber jedoch seine Gewährleistungsansprüche für einen bestimmten Mangel, wenn er diesen Mangel nicht innerhalb von zwei Jahren nach dessen Entdeckung rügt.

*(d) Niederlande*

Auch der in den Niederlanden gebräuchliche kombinierte Musterkauf- und Bauvertrag sieht unterschiedliche Gewährleistungsfristen vor. Die Länge der Gewährleistungsfrist hängt von der Art des Mangels ab:

Innerhalb der ersten sechs Monate nach Gebäudefertigstellung hat der Bauunternehmer sämtliche Mängel zu beseitigen.

Für versteckte Mängel beträgt die Gewährleistungsfrist grundsätzlich fünf Jahre, im Falle eines schweren Mangels verlängert sie sich aber auf 20 Jahre.

Das niederländische Zivilgesetzbuch sieht für Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit in Art. 7:761 eine zwanzigjährige Gewährleistungsfrist vor.

Sobald der Auftraggeber innerhalb dieser Frist einen Mangel entdeckt, unterliegt er, wie bereits erörtert, einer Rügeobliegenheit. Kommt er dieser Rügeobliegenheit nach, so verjähren die Gewährleistungsansprüche im Hinblick auf den gerügten Mangel zwei Jahre nach der Rüge.

*(e) Schweiz*

In der Schweiz beträgt die Gewährleistungsfrist gem. Art. 371 Abs. 2 OR fünf Jahre, beginnend mit der Gebäudeübergabe. Für besonders wichtige Elemente eines Bauwerkes ist es allerdings üblich, diese Gewährleistungsfrist vertraglich auf 10 Jahre auszudehnen.

---

<sup>232</sup> „Garantie décennale portant sur l’ouvrage et les éléments d’équipement“.

(6) BEWEISLASTVERTEILUNG

(a) *Deutschland*

Nach Abnahme des Bauwerks trifft die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels den Besteller. Diese Regelung wird vom „Verbraucherzentrale Bundesverband“ in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts kritisiert. Sie könne dazu führen, dass die beweispflichtigen Verbraucher durch das Beschaffen teurer Gutachten wirtschaftlich überfordert würden und dadurch zu unvorteilhaften Vergleichen gezwungen seien bzw. von Klagen absehen müssten. Der Verband schlägt daher vor, dass bei Verbraucherbauverträgen der Unternehmer für einen Zeitraum von zwei Jahren nach der Abnahme die Beweislast für die Mangelfreiheit seiner Leistung im Zeitpunkt der Abnahme tragen solle.<sup>233</sup> Im Kaufrecht entspricht dies bereits der *lex lata*. Gem. § 476 BGB wird beim Verbrauchsgüterkauf grundsätzlich vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich der Sachmangel innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigt.

Das Vertretenmüssen des Unternehmers wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB widerleglich vermutet. Dementsprechend hat der Unternehmer darzulegen und zu beweisen, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat.

(b) *England*

Der Auftraggeber hat als Kläger den Mangel des Bauwerks nachzuweisen. Da die Schadensersatzhaftung wegen Vertragsverletzung kein Verschulden voraussetzt, stellt sich diesbezüglich keine Beweislastfrage.

(c) *Frankreich*

Seit der Reform des Gewährleistungsrechtes im Jahre 1978 ist Ausgangspunkt der Beweisfragen nicht mehr der Mangel des Bauwerkes im Zeitpunkt der Abnahme, sondern die Existenz eines Schadens im Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche. Für diese trägt der Auftraggeber als Kläger zwar die Beweislast. In aller

---

<sup>233</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 13; abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

Regel ist es aber unproblematisch, einen bestehenden Schaden darzulegen und zu beweisen. Falls es in materiellrechtlicher Hinsicht auf die Erheblichkeit des Schadens für die Standfestigkeit des Gebäudes oder für dessen Nutzbarkeit ankommt, trägt auch hierfür der Auftraggeber die Beweislast.

Gelingt dem Auftraggeber der entsprechende Beweis, wird die Verantwortlichkeit des Bauunternehmers vermutet. Die Gründe des Schadenseintritts braucht der Auftraggeber also nicht darzulegen und erst recht nicht zu beweisen.<sup>234</sup> Der Bauunternehmer kann sich aber exkulpieren, indem er vorträgt und beweist, dass der Schadenseintritt auf höhere Gewalt, auf ein Verschulden des Auftraggebers oder das eines Dritten zurückzuführen ist.

Indem die französische Rechtsordnung statt des Mangels im Zeitpunkt der Abnahme den Schaden im Zeitpunkt der Klage in den Mittelpunkt gestellt hat, hat sie im Bereich des Baurechts eine Lage geschaffen, die dem deutschen § 476 BGB zumindest entspricht oder sogar zugunsten des Bestellers noch darüber hinausgeht.

#### *(d) Niederlande*

Grundsätzlich hat der Auftraggeber als Kläger das Bestehen eines Mangels nachzuweisen. Ist zu seinen Gunsten aber die GIW-Garantie abgeschlossen worden, so reicht es aus, dass er die Existenz eines Mangels in plausibler Form behauptet. Im Rahmen der Garantie obliegt es dann der Gegenseite, den Beweis dafür zu führen, dass das Bauwerk bei Gebäudeübergabe keinen Mangel aufwies.

#### *(e) Schweiz*

Die schweizerische Rechtslage entspricht der deutschen: Der Auftraggeber hat die Existenz eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs darzulegen und zu beweisen. Dann wird das Verschulden des Unternehmers, das allerdings nur für den Ersatz der Mangelfolgeschäden relevant ist, widerleglich vermutet.

Bemerkenswerterweise weicht die SIA-Norm 118 von dieser dispositiven Regel zugunsten des Auftraggebers ab. Art. 174 Abs. 3 kehrt die Beweislast für die Existenz eines Mangels in den ersten zwei Jahren nach Gebäudeübergabe um. In

---

<sup>234</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 6. Feb. 2002, RDI 2002, 150; Cour de cassation 3e civ. vom 30. April 2002, RDI 2002, 322.



diesem Zeitraum trifft den Unternehmer die Beweislast dafür, dass ein behaupteter Mangel in Wirklichkeit nicht existiert.

(7) KURZRESÜMEE

In allen hier untersuchten Rechtsordnungen sind Streitigkeiten um Gewährleistungsansprüche an der Tagesordnung. Während in Deutschland aber häufig schon darum gestritten wird, was vertraglich geschuldet ist, ist diese Streitfrage in Frankreich und in den Niederlanden aufgrund der dort üblichen detaillierten Leistungsbeschreibungen eher selten Gegenstand von Gerichtsverhandlungen (vgl. dazu bereits oben S. 29 und 29). In diesen Ländern ist Hauptstreitpunkt in aller Regel der tatsächliche Gebäudezustand. Die zur Klärung dieser Tatsachenfrage häufig erforderlichen teuren Sachverständigengutachten werden freilich auch nicht durch die genaue Bestimmung des vertraglichen Pflichtenprogramms entbehrlich.

Aber auch in diesem Punkt ist sowohl die niederländische als auch die französische Baurechtspraxis deutlich auftraggeberfreundlicher als die deutsche Rechtsordnung. Da Ausgangspunkt der französischen Gewährleistungsansprüche ein Schaden am Bauwerk ist, hat der Auftraggeber in Frankreich nämlich lediglich das äußere Erscheinungsbild „Schaden“ darzulegen und zu beweisen. Ob der zum Zeitpunkt der Klage bestehende Schaden tatsächlich auf eine mangelhafte Bausausführung zurückgeht, hat der Auftraggeber nicht näher darzutun. Vielmehr ist es Sache des Bauunternehmers darzulegen und zu beweisen, dass der Schaden auf höhere Gewalt, Dritt- oder Bestellerverschulden zurückzuführen ist. Im Ergebnis läuft dies für die Frage der Existenz eines Baumangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf eine Beweislastumkehr hinaus, wie sie in Deutschland für einen Zeitraum von zwei Jahren nach Abnahme vorgeschlagen wird, oder geht sogar noch darüber hinaus. Von einer solchen Beweislastumkehr profitieren seit Längerem auch schon die niederländischen Auftraggeber, zu deren Gunsten eine GIW-Garantie abgeschlossen wird. Dies ist in der weit überwiegenden Anzahl von Verbraucherbauverträgen der Fall.

Die Gewährleistungsfristen sind sogar in sämtlichen anderen untersuchten Rechtsordnungen deutlich auftraggeberfreundlicher ausgestaltet als in Deutschland. Für schwere Baumängel gilt hier fast durchgehend eine Frist von mindestens 10 Jahren,

in bestimmten Rechtsordnungen sogar bis zu 30 Jahren.<sup>235</sup> Die Gefahr von Rechtsstreitigkeiten, wie sie die deutsche Rechtsprechung zur Verlängerung der Gewährleistungsfrist im Falle eines Organisationsverschuldens des Bestellers auslöst, wird durch die klaren gesetzlichen Regelungen in den ausländischen Rechtsordnungen reduziert.

Um andererseits auch den Interessen der Bauunternehmer angemessen Rechnung zu tragen, statuieren einige Länder Mängelrügeobligationen. Besonders originell ist die niederländische Konstruktion, dem Auftraggeber nicht nur eine solche Rügeobligation aufzubürden, sondern außerdem die wegen des gerügten Mangels bestehenden Ansprüche innerhalb von zwei Jahren nach erfolgter Rüge verjähren zu lassen. Es ist durchaus überlegenswert, ob eine solche Kombination aus drei Elementen – lange Gewährleistungsfrist von 10 Jahren oder mehr zumindest für schwere Baumängel,<sup>236</sup> Rügeobligation und kurze Verjährungsfrist von maximal zwei Jahren nach erfolgter Rüge – möglicherweise auch im deutschen Baurecht die optimale Wahrung der verschiedenen Interessen der einzelnen Baubeteiligten gewährleisten könnte.

Vor dem Hintergrund der deutschen Diskussion um das Recht des Bestellers, bereits vor Fertigstellungsfrist die Beseitigung von Mängeln verlangen zu können, bietet sich ein Blick auf die schweizerischen Erfahrungen an: Dort besteht während der Bauphase nämlich nicht nur ein solcher Mangelbeseitigungsanspruch, sondern darüber hinaus auch ein Recht zur Ersatzvornahme. In der Praxis sind dennoch die von der deutschen Rechtsprechung und einigen Teilen der deutschen Literatur befürchteten Koordinationsschwierigkeiten, die eine solche Ersatzvornahme auf der Baustelle auslösen könnte, nicht beobachtet worden. Davon abgesehen ist zu konstatieren, dass in allen hier untersuchten Rechtsordnungen Kontinentaleuropas mit Ausnahme Deutschlands bereits während der Bauphase ein Anspruch auf Mängelbeseitigung besteht. Das Fehlen eines solchen Anspruchs in England ist mit

---

<sup>235</sup> In der Schweiz beträgt die gesetzliche Gewährleistungsfrist zwar nur fünf Jahre; für schwere Baumängel ist in der Praxis aber die privatautonome Verlängerung dieser Frist auf 10 Jahre üblich.

<sup>236</sup> Freilich nimmt die Rechtsprechung in Fällen besonders schwerer Mängel je nach den konkreten Umständen eine Indizwirkung für das Vorliegen eines Organisationsverschuldens auf Unternehmerseite an, was auch zu einer Verjährungsfrist von maximal 10 Jahren für den Mangelbeseitigungsanspruch führt, wenn dem Unternehmer der Exkulpationsbeweis nicht gelingt. Ein solcher Weg erhöht im Vergleich zu einer klaren gesetzlichen Regelung aber die Gefahr langwieriger, teurer Prozesse.

dem generellen Ausschluss der Erfüllungsklage im englischen Bauvertragsrecht<sup>237</sup> zu erklären.

## **b. Baumängel: Einzelaspekte**

### (1) NACHERFÜLLUNG UND EINWAND DER UNVERHÄLTNISSMÄßIGKEIT

#### (a) *Deutschland*

§ 635 Abs. 3 BGB gestattet dem Bauunternehmer, dem Nacherfüllungsbegehren des Auftraggebers den Einwand der Unverhältnismäßigkeit entgegenzuhalten. Eine Unverhältnismäßigkeit liegt in aller Regel aber nur dann vor, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.<sup>238</sup> Die Höhe der erforderlichen Aufwendungen ist also nicht allein entscheidend. Bei einem berechtigten Interesse des Bestellers an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung kann der Unternehmer die Nachbesserung grundsätzlich selbst bei hohen Mangelbeseitigungskosten nicht verweigern.<sup>239</sup>

#### (b) *England*

Da es in England im Bereich des Bauvertragsrechts grundsätzlich keine Erfüllungsklage gibt,<sup>240</sup> hat der Auftraggeber im Falle eines Mangels lediglich einen auf Geldzahlung gerichteten Schadensersatzanspruch. Die Höhe dieses Schadensersatzanspruches entspricht aber grundsätzlich den Kosten, die für die Beseitigung des Mangels erforderlich sind. Vor diesem Hintergrund wurde auch in England die Frage aufgeworfen, ob es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt, wenn diese Kosten unverhältnismäßig hoch sind. Dies hat die Rechtsprechung in der Tat bejaht, wobei die genauen Kriterien bis heute unklar sind. In der Leitentscheidung, in der von einer

---

<sup>237</sup> Keine "specific performance"; vgl. *Flint v. Brandon* (1803) 8 Ves. 159.

<sup>238</sup> BGH, NZBau 2006, 110.

<sup>239</sup> BGH, NZBau 2006, 110; vgl. dazu MESSERSCHMIDT/VOIT/*Moufang*, Privates Baurecht, München 2008, § 635 Rn. 112.

<sup>240</sup> Davon abweichend wird in Verträgen aber häufig vereinbart, dass der Bauunternehmer im ersten Jahr nach der Fertigstellung des Gebäudes dazu verpflichtet ist, Mängel am Gebäude zu beseitigen.

Unverhältnismäßigkeit ausgegangen wurde, bestand die Besonderheit darin, dass der Kläger die Beseitigung des Mangels gar nicht beabsichtigte.<sup>241</sup>

Grundsätzlich lässt sich aber festhalten, dass auch in England der Bauunternehmer gegenüber einer Klage auf Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten den Einwand der Unverhältnismäßigkeit erheben kann. Hat er mit diesem Vorbringen Erfolg, so reduziert sich die Höhe des Schadensersatzanspruches im Extremfall auf den Ersatz des immateriellen Schadens des Auftraggebers.

*(c) Frankreich*

Den Einwand des unverhältnismäßigen Aufwands kennt das französische Recht bei der Baumängelhaftung nicht. Im äußersten Fall kann der Bauunternehmer sogar dazu verpflichtet sein, das beschädigte Gebäude abzureißen und neu zu erbauen.<sup>242</sup>

*(d) Niederlande*

Die niederländische Rechtslage entspricht der deutschen.<sup>243</sup>

*(e) Schweiz*

Auch in der Schweiz kann der Bauunternehmer dem Nacherfüllungsbegehren des Auftraggebers den Einwand der Unverhältnismäßigkeit entgegenhalten, wenn die Kosten für die Beseitigung des Mangels völlig außer Verhältnis zum Interesse des Auftraggebers an der Mangelbeseitigung stehen.

(2) VORTEILSAUSGLEICH „NEU FÜR ALT“

*(a) Deutschland*

Inwieweit im Falle der Beseitigung eines Mangels zugunsten des Bauunternehmers ein Vorteilsausgleich stattfinden sollte, ist bisher nicht abschließend geklärt. Er wird aber von einigen Stimmen in solchen Fällen befürwortet, in denen der Besteller

---

<sup>241</sup> *Ruxley Electronics & Construction Ltd and Another v. Forsyth* [1996] AC 344.

<sup>242</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 1. April 1992, RGAT 1992, 577 mit Anmerkung *d'Hauteville*.

<sup>243</sup> HR vom 5. Jan. 2001, NJ 2001, 79 – *Multi Vastgoed/Nethou*.

einen bereits bei Gefahrübergang vorhandenen Mangel erst Jahre später bemerkt hat.<sup>244</sup> Ein Anspruch auf Leistung einer entsprechenden Sicherheit findet allerdings keine Befürworter.

*(b) England*

In England hat der Auftraggeber gegen den Bauunternehmer einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Mängelbeseitigungskosten. Ein Faktor zur Vorteilsausgleichung „Neu für Alt“ fließt in die Berechnung des Schadensersatzanspruchs nicht ein.

*(c) Frankreich*

In Frankreich hat die *Cour de cassation* in Abkehr von ihrer früheren Rechtsprechung entschieden, dass ein Vorteilsausgleich „Neu für Alt“ nicht mehr vorgenommen wird.<sup>245</sup>

*(d) Niederlande*

Der niederländische kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag schließt einen Vorteilsausgleich ausdrücklich aus.

*(e) Schweiz*

In der Schweiz ist es durchaus denkbar, dass der Auftraggeber nach Treu und Glauben verpflichtet ist, einen Vorteilsausgleich „Neu für Alt“ zu zahlen.

(3) KOSTENVORSCHUSS BEI SELBSTVORNAHME

*(a) Deutschland*

Gem. § 637 Abs. 3 BGB hat der Auftraggeber, wenn er von seinem Selbstvornahmerecht Gebrauch macht, gegen den Bauunternehmer einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses.

---

<sup>244</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 637.

<sup>245</sup> Cour de cass. 2e civ. vom 16. Dez. 1970, RTD civ. 1971, 660 mit Anmerkung *Durry*.

*(b) England*

Die Frage eines Kostenvorschusses stellt sich in England nicht, weil der Auftraggeber hier grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld hat, den er geltend machen kann, sobald ein Mangel sichtbar geworden ist.

*(c) Frankreich*

In Frankreich gibt Art. 1144 C. civ. dem Auftraggeber, der sein Selbstvornahmerecht ausübt, einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses.

*(d) Niederlande*

Das niederländische Recht kennt keinen solchen Kostenvorschuss.

*(e) Schweiz*

In der Schweiz wiederum ist das Selbstvornahmerecht durch einen Anspruch auf Kostenvorschuss flankiert. Da er aber nur im ordentlichen Gerichtsverfahren eingeklagt werden kann, läuft er in der Praxis leer.

(4) KURZRESÜMEE

Aus rechtsvergleichender Sicht lässt sich für die deutsche Diskussion um die Frage eines Vorteilsausgleichs „Neu für Alt“ im Rahmen der Abwicklung von Gewährleistungsansprüchen die Feststellung beisteuern, dass sämtliche hier untersuchten ausländischen Rechtsordnungen einer solchen Idee ablehnend gegenüberstehen. Selbst in Frankreich, wo zeitweise die gegenteilige Sichtweise vorherrschte, hat die *Cour de cassation* bereits vor vielen Jahren eine Rechtsprechungsänderung herbeigeführt.

**c. Privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung**

Ein völliger Ausschluss der Gewährleistung, den ein Bauunternehmer in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnimmt, ist in allen untersuchten Rechtsordnungen unwirksam. In Deutschland, Frankreich, England und den Niederlanden scheitert er am jeweiligen Umsetzungsakt der Klauselrichtlinie, in der Schweiz an Art. 100 OR. In rechtsvergleichender Hinsicht interessanter ist vor diesem Hinter-

grund eine Betrachtung der verschiedenen Möglichkeiten, die Baumängelhaftung einzuschränken.

(1) AUSSCHLUSS EINZELNER GEWÄHRLEISTUNGSRECHTE

(a) *Deutschland*

Einzelne Gewährleistungsrechte können ausgeschlossen werden, so insbesondere das Rücktrittsrecht. Werden die Gewährleistungsansprüche des Bestellers auf die bloße Nacherfüllung beschränkt, so ist die Klausel allerdings nur dann wirksam, wenn bei Fehlschlagen der Nacherfüllung ein Minderungsrecht besteht (vgl. § 309 Nr. 8 b) bb) BGB).

§ 13 Nr. 6 VOB/B beschränkt das Minderungsrecht auf Fälle, in denen die Mangelbeseitigung unmöglich oder für den Auftraggeber unzumutbar ist oder wegen unverhältnismäßig hohen Aufwandes vom Auftragnehmer verweigert wird. Darüber hinaus soll aus dieser Regelung ein Ausschluss des gesetzlichen Rücktrittsrechts folgen.<sup>246</sup> Da § 13 Nr. 6 VOB/B das Minderungsrecht nicht ausdrücklich für die Fälle zulässt, in denen die Mangelbeseitigung fehlgeschlagen ist, wird teilweise bezweifelt, dass die Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab von § 309 Nr. 8 b) bb) BGB standhält.<sup>247</sup> In der Tat lassen sich diese Zweifel wohl nur beiseiteschieben, wenn man davon ausgeht, dass weitere Mangelbeseitigungsversuche dem Auftraggeber im Falle einer fehlgeschlagenen Mangelbeseitigung nicht zumutbar sind, so dass dann auch § 13 Nr. 6 VOB/B den Weg zur Minderung frei macht.

(b) *England*

In England ist der Ausschluss einzelner Gewährleistungsrechte faktisch gar nicht möglich, weil die mangelhafte Erstellung eines Bauwerkes grundsätzlich zu einem einheitlichen Schadensersatzanspruchs führt. Dieser kann freilich beschränkt werden; das aber ist Gegenstand der folgenden Unterpunkte.

---

<sup>246</sup> INGENSTAU/KORBION/*Wirth*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 13 Nr. 6 Rn. 80 ff. Diese Auslegung begegnet vor dem Hintergrund des Transparenzgebotes Bedenken; vgl. MESSERSCHMIDT/VOIT, Privates Baurecht, München 2008, § 13 VOB/B Rn. 38.

<sup>247</sup> *Tempel*, NZBau 2002, 465, 533, 535. A.A. wohl herrschend, vgl. KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Weyer*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 13 VOB/B Rn. 332.

(c) *Frankreich*

Art. 1792-5 C. civ. enthält ein grundsätzliches Verbot, die gesetzlich vorgesehene Baugewährleistung zu beschränken (zur möglichen Ausnahme bei der Haftung für Folgeschäden s. unten S. 120). Für Bauverträge, die ein kaufrechtliches Element enthalten, findet sich ein entsprechendes Verbot in Art. 1646-1 C. civ.

Im französischen Bauvertragsrecht sind also sämtliche Gewährleistungsregeln zwingend, so dass die Parteien selbst per Individualvereinbarung nicht davon abweichen können.

(d) *Schweiz*

In der Schweiz ist eine Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Gewährleistungsrechte möglich, solange die Beschränkung keine Mängel erfasst, die der Bauunternehmer grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht hat (vgl. Art. 100 OR).

(2) BESCHRÄNKUNG DER GEWÄHRLEISTUNG AUF BESTIMMTE MÄNGEL

(a) *Deutschland*

Eine solche Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 8 b) BGB unwirksam.

(b) *England*

Eine solche Klauseln könnte je nach den Umständen gegen *section 17 Unfair Contract Terms Act 1977*<sup>248</sup> verstoßen und dementsprechend unwirksam sein. Hier bedarf es aber jeweils einer Prüfung im Einzelfall, ob die Verwendung der Klausel unfair und unangemessen war. In Verbraucherverträgen ist eine derartige Beschränkung der Haftung des Bauunternehmers ohnehin unüblich.

---

<sup>248</sup> Die Norm lautet : “(1) *Any term of a contract which is a consumer contract or a standard form contract shall have no effect for the purpose of enabling a party to the contract*  
(a) *who is in breach of a contractual obligation, to exclude or restrict any liability of his to the consumer or customer in respect of the breach;*  
(b) *in respect of a contractual obligation, to render no performance, or to render a performance substantially different from that which the consumer or customer reasonably expected from the contract;*  
*if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract. [...]*” .



In Verträgen, die zwischen Unternehmern geschlossen werden, findet sich eine solche Vertragsklausel demgegenüber häufiger. Hier bestehen an der Wirksamkeit allerdings auch keine Zweifel, weil der *Unfair Contract Terms Act 1977* nur auf Verbraucherverträge Anwendung findet.

(c) *Frankreich*

In Frankreich ist eine Beschränkung der Gewährleistung auf einzelne Mängel wegen Verstoßes gegen Art. 1792-5 C. civ. unwirksam.

(d) *Niederlande*

In den Niederlanden ist die Beschränkung der Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers auf bestimmte Mängel üblich. Vor dem Hintergrund der Klauselrichtlinie erscheint die Wirksamkeit einer solchen Beschränkung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers durchaus zweifelhaft. Eine diesbezügliche Gerichtsentscheidung gibt es bislang aber nicht.

(e) *Schweiz*

In der Schweiz ist eine Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Mängel wirksam, sofern die Haftung für grob fahrlässig sowie absichtlich verursachte Mängel generell erhalten bleibt.

(3) BESCHRÄNKUNG DER GEWÄHRLEISTUNG AUF FÄLLE SCHULDHAFTEN HANDELNS

(a) *Deutschland*

Eine solche Klausel läuft auf einen völligen Ausschluss jeglicher Gewährleistung für Mängel hinaus, die der Unternehmer nicht zu vertreten hat. Daher ist sie mit § 309 Nr. 8 b) bb) BGB unvereinbar und unwirksam.

(b) *England*

In England würde eine solche Klausel wohl gegen *section 17 Unfair Contract Terms Act 1977* verstoßen, weil sie das Grundprinzip einer verschuldensunabhängigen Haftung völlig aushebeln würde.

*(c) Frankreich*

Eine Klausel, die die Gewährleistungshaftung vom Nachweis eines Verschuldens des Unternehmers abhängig machen würde, wäre wegen Verstoßes gegen Art. 1792-5 C. civ. unwirksam.

*(d) Niederlande*

In den Niederlanden erscheint eine Beschränkung der Gewährleistung auf Fälle schuldhaften Handelns möglich.

*(e) Schweiz*

In der Schweiz ist eine solche Klausel zweifelsohne wirksam, weil die verschuldensunabhängige Gewährleistungshaftung des Unternehmers nicht zwingender Natur ist.

(4) HAFTUNGSAUSSCHLUSS FÜR BLOß MITTELBAR VERURSACHTE SCHÄDEN

*(a) Deutschland*

§ 13 Nr. 7 (3) S. 2 VOB/B macht einen Schadensersatzanspruch wegen leichter Fahrlässigkeit für andere Mangelfolgeschäden<sup>249</sup> als Verletzungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit davon abhängig, dass der Mangel wesentlich ist, die Gebrauchsfähigkeit des Werkes erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Weiterhin muss entweder hinzukommen, dass der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht oder dass der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder dass der Unternehmer den Schaden versichert hat oder hätte versichern können.

Diese Klausel bedeutet zwar keine Beschränkung der Schadensersatzhaftung auf unmittelbare Schäden; sie schränkt aber die Haftung für mittelbare Schäden deut-

---

<sup>249</sup> Zumindest entfernte Mangelfolgeschäden; vgl. zur Diskussion, ob die Unterscheidung zwischen entfernten und nahen Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform auch im Rahmen der VOB/B aufgegeben werden sollte, VON KIEDROWSKI/ LANSNICKER/MARFURT/von Kiedrowski, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 696.

lich ein. Sofern sie einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB unterworfen ist, bestehen Zweifel an ihrer Wirksamkeit.<sup>250</sup>

*(b) England*

In Verbraucherbauverträgen wird die Schadensersatzhaftung nur selten auf unmittelbare Schäden beschränkt. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass nur schwierig vorhersehbar ist, unter welchen Umständen die Rechtsprechung von der Unangemessenheit einer solchen Klausel und damit von deren Unwirksamkeit ausgeht.

Regelmäßig findet sich eine solche Beschränkung der Haftung des Bauunternehmers aber in Verträgen zwischen Unternehmern. Auf dieser Ebene besteht an der Wirksamkeit der Klausel kein Zweifel.

*(c) Frankreich*

Da Folgeschäden in Art. 1792-5 C. civ. nicht genannt werden, ist zumindest denkbar, dass ein Haftungsausschluss für Folgeschäden wirksam ist. Da die Gerichte Haftungsbegrenzungen sehr skeptisch gegenüberstehen, ist aber davon auszugehen, dass sie das in Art. 1792-5 C. civ. statuierte Verbot von Haftungsbeschränkungen extensiv auslegen und auch Folgeschäden darunter fassen werden.

*(d) Niederlande*

In den Niederlanden findet sich auch in Verbraucherbauverträgen bisweilen die Begrenzung der Gewährleistungshaftung auf unmittelbare Schäden. Vor dem Hintergrund der Klauselrichtlinie bestehen aber durchaus Zweifel an der Wirksamkeit einer solchen Klausel.

---

<sup>250</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT, Privates Baurecht, München 2008, § 13 VOB/B Rn. 41, die sich allerdings auf § 309 Nr. 8 b BGB berufen. Dies erscheint nicht überzeugend, da eine Beschränkung von Schadensersatzansprüchen am Maßstab von § 309 Nr. 7 sowie von § 307 BGB zu messen ist. Vor dem Hintergrund dieser beiden Normen äußert *Christensen* Bedenken an der Wirksamkeit von § 13 Nr. 7 (3); vgl. ULMER/BRANDNER/HENSEN/*Christensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2006, Anhang § 310 Rn. 1002; a.A. hingegen *Weyer*, NZBau 2003, 521, 526.

(e) Schweiz

In der Schweiz ist die Beschränkung der Haftung auf unmittelbare Schäden nicht üblich. Häufig findet sich hingegen eine Klausel, der zufolge der Bauunternehmer keinen Schadensersatz für den entgangenen Gewinn des Auftraggebers zu leisten hat. Eine solche Klausel ist grundsätzlich wirksam.

(5) KUMULATIVE BEGRENZUNG DER SCHADENSERSATZHAFTUNG WEGEN LEICHTER FAHRLÄSSIGKEIT AUF UNMITTELBARE SCHÄDEN UND FÄLLE WESENTLICHER MÄNGEL.

In Deutschland führt der bereits erwähnte § 13 Nr. 7 (3) S. 2 VOB/B in der Tat dazu, dass die Schadensersatzhaftung wegen leichter Fahrlässigkeit selbst für unmittelbare Schäden davon abhängt, dass der Mangel wesentlich ist.<sup>251</sup> Eine solche Klausel wäre in Frankreich wegen Verstoßes gegen Art. 1792-5 C. civ. unwirksam. In der Schweiz wiederum bestehen keine Bedenken an der Wirksamkeit einer solchen Klausel. In England stellt sich die Frage in der beschriebenen Form nicht, weil die Schadensersatzhaftung vom Verschulden des Bauunternehmers grundsätzlich unabhängig ist. In den Niederlanden ist die Wirksamkeit der beschriebenen Klausel unklar.

(6) BEGRENZUNG DER SCHADENSERSATZHAFTUNG AUF FÄLLE VERSICHERBARER RISIKEN.

In Deutschland macht § 13 Nr. 7(3) S. 2 VOB/B in bestimmten Fällen einen Schadensersatzanspruch davon abhängig, dass der Unternehmer den Schaden hätte versichern können.<sup>252</sup>

In England wird eine solche Klausel üblicherweise nur in Verträgen zwischen Unternehmen verwendet. In Verbraucherbauverträgen bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit mit *section 17 Unfair Contract Terms Act 1977*.

In Frankreich steht einer solchen Klausel das klare Verbot des Art. 1792-5 C. civ. entgegen.

---

<sup>251</sup> Zur Frage, ob diese Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhält, s. Fn. 250 sowie den entsprechenden Abschnitt im Haupttext.

<sup>252</sup> Zur Frage, ob diese Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhält, s. Fn. 250 sowie den entsprechenden Abschnitt im Haupttext.

In den Niederlanden ist die Verwendung derartiger Klauseln üblich. Unklar ist allerdings, ob sie wirklich wirksam sind.

In der Schweiz finden derartige Klauseln in der Praxis keine Verwendung.

#### (7) SUMMENMÄßIGE BEGRENZUNG DER HAFTUNG DES UNTERNEHMERS?

In Deutschland ist eine summenmäßige Begrenzung der Haftung des Unternehmers allenfalls für Fälle leichter Fahrlässigkeit möglich (vgl. § 309 Nr. 7 b) BGB). Inwieweit hier eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, hängt insbesondere von der Höhe der Haftungsgrenze ab. Auf keinen Fall darf sie so niedrig ausfallen, dass die Klausel auf einen Haftungsausschluss hinausläuft. Zumindest typische Schäden müssen von der Haftungssumme gedeckt sein.<sup>253</sup>

In England ist die Rechtslage vergleichbar. In Verbraucherbauverträgen ist die Vereinbarung einer solchen Haftungsgrenze aber ohnehin unüblich, weil die drohenden Schadensersatzforderungen in aller Regel kalkulierbar bleiben. Im reinen Unternehmerverkehr sind dagegen die Versuche häufiger, die Haftungssumme auf das versicherte Risiko zu begrenzen.

In Frankreich ist eine Deckelung der Haftung wegen Verstoßes gegen Art. 1792-5 C. civ. unwirksam.

In der Schweiz wiederum bestehen an der Wirksamkeit einer solchen Klausel keine Bedenken, sofern die volle Haftung für grob fahrlässig sowie absichtlich verursachte Mängel unberührt bleibt.

#### (8) VERKÜRZUNG DER GEWÄHRLEISTUNGSFRIST

##### *(a) Deutschland*

Eine solche Klausel verstößt grundsätzlich gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB und ist somit unwirksam.

Von dieser Sanktion sind jedoch die Regelungen der VOB/B ausgenommen, wenn die VOB/B in Gänze und unverändert Vertragsbestandteil geworden ist. Gemäß

§ 13 Nr. 4 VOB/B beträgt die Verjährungsfrist von Mängelansprüchen bei Bauwerken vier Jahre. Diese Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes. Sobald der Besteller einen Mangel schriftlich gerügt hat, verjähren die entsprechenden Mängelansprüche jedoch frühestens zwei Jahre nach Zugang der schriftlichen Rüge. Dies kann in Extremfällen zu einer Verjährungsfrist von insgesamt fast sechs Jahren führen. Dennoch benachteiligt diese Klausel bei abstrakter Betrachtungsweise den Besteller, weil nicht ausgeschlossen ist, dass dieser einen Mangel erst im fünften Jahr nach der Abnahme bemerkt. Dass die Klausel dennoch ausdrücklich von der Unwirksamkeitssanktion des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB ausgenommen ist, steht möglicherweise in Widerspruch zur europäischen Klauselrichtlinie.<sup>254</sup>

§ 13 Nr. 7 (4) VOB/B erklärt schließlich statt der soeben beschriebenen Verjährungssystematik die gesetzlichen Verjährungsfristen für anwendbar, wenn der Auftragnehmer sein Haftungsrisiko für Schäden versichert hat oder es schuldhaft<sup>255</sup> unterlassen hat, eine entsprechende Versicherung abzuschließen.

*(b) England*

In englischen Verbraucherbauverträgen ist die Verkürzung der Gewährleistungsfristen nicht üblich. Es ist ohnehin höchst unwahrscheinlich, dass eine solche Klausel wirksam wäre. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie mit *section 17 Unfair Contract Terms Act 1977* unvereinbar wäre.

*(c) Frankreich*

In Frankreich führt Art. 1792-5 C. civ. zur Unwirksamkeit jeglicher Klauseln, die die Gewährleistungsfrist verkürzen.

*(d) Niederlande*

In den Niederlanden ist die Verkürzung der Gewährleistungsfristen nicht üblich.

---

<sup>253</sup> Vgl. ULMER/BRANDNER/HENSEN/*Fuchs*, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2006, § 307 Rn. 302; VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*VON KIEDROWSKI*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 657.

<sup>254</sup> KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Weyer*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 13 VOB/B Rn. 189; a.A. WOLF/LINDACHER/PFEIFFER/*Stoffels*, AGB-Recht, erscheint demnächst, § 310 Rn. V 416.

<sup>255</sup> Zu diesem Merkmal s. INGENSTAU/KORBION/*Wirth*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 13 Nr. 7 Rn. 166.

(e) *Schweiz*

In der Schweiz ist es üblich, die Gewährleistungsfrist für bestimmte Zubehörstücke des zu errichtenden Gebäudes auf die Dauer der Garantie des Zubehörherstellers zu verkürzen. Typischer Fall ist die Verkürzung der Gewährleistungsfrist für eingebaute Küchengeräte. Derartige Klauseln sind wirksam.

(9) KURZRESÜMEE

Fast keine privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten der Gewährleistungsansprüche lässt die französische Rechtsordnung zu. Grundsätzlich sind hier die Regelungen zur Baumängelhaftung zwingender Natur. Eine Ausnahme ist allenfalls für Mangelfolgeschäden denkbar.

Darüber hinaus fällt im rechtsvergleichenden Kontext besonders deutlich auf, dass die deutsche Baupraxis bei den Gewährleistungsfristen einen Sonderweg eingeschlagen hat, indem sie die gesetzlich ohnehin recht knapp bemessene Gewährleistungsfrist über die Einbeziehung der VOB/B nochmals verkürzt.<sup>256</sup> Da die entsprechende Klausel nach deutschem AGB-Recht<sup>257</sup> aber nur wirksam ist, wenn Teil B der VOB völlig unverändert Vertragsbestandteil geworden ist und dies in der Praxis nur äußerst selten vorkommt, wirkt sich die Gewährleistungsfristverkürzung in Verbraucherbauverträgen faktisch allerdings nicht mehr aus.

**d. Langsame Bauausführung**

(1) DEUTSCHLAND

Einzelfristen, wie sie sich üblicherweise in Bauzeitplänen finden, stellen grundsätzlich keine verbindlichen Vertragsfristen dar.<sup>258</sup> Freilich bleibt es den Parteien unbenommen, verbindliche Vertragsfristen bspw. für den Baubeginn und die Fertigstellung des Bauwerks zu vereinbaren. Hält der Unternehmer diese Fristen in

---

<sup>256</sup> Freilich kann die Regelung der VOB/B auch zu einer Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist führen; dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber einen Baumangel im Verlauf des vierten Jahres nach Abgabe bemerkt. In allen anderen Fällen bedeutet die Einbeziehung der VOB/B eine Verkürzung der gesetzlich vorgesehenen Frist.

<sup>257</sup> Zu den europarechtlichen Bedenken s. Fn. 254.

zu vertretender Weise nicht ein, befindet er sich gem. § 286 BGB in Verzug. Das Vertretenmüssen des Unternehmers wird dabei widerlediglich vermutet. Infolge des Schuldnerverzuges kann der Besteller Ersatz des ihm durch den Verzug entstandenen Schadens verlangen. Außerdem kann er dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist setzen und bei erfolglosem Ablauf dieser Frist gem. § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten.<sup>259</sup> Ein solches Rücktrittsrecht setzt kein Verschulden auf Unternehmerseite voraus.

Die entsprechende Rücktrittserklärung ist keiner besonderen Formvorschrift unterworfen. Erklärt der Besteller den Rücktritt zu einem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer bereits ein Teilwerk errichtet hat, betrifft der Rücktritt entweder nur den Vertragsteil, der sich auf den noch nicht errichteten Teil des vertraglich vereinbarten Bauwerks bezieht, oder – falls der Rücktritt den gesamten Vertrag betrifft –, hat der Besteller für das bereits errichtete Teilwerk, das er, ohne es zu zerstören, nicht zurückgeben kann, gem. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten. Die Höhe des Wertersatzes orientiert sich dabei an der im Bauvertrag vereinbarten Vergütung.<sup>260</sup>

Sind in einem Bauvertrag überhaupt keine festen Leistungsfristen festgelegt, kann der Besteller die Leistung des Unternehmers gem. § 271 BGB unmittelbar nach Vertragsschluss verlangen. Dies bedeutet, dass der Unternehmer die Arbeiten sofort aufzunehmen und in einer angemessenen Frist fertigzustellen hat.<sup>261</sup> Hält der Unternehmer diese Frist nicht ein, kann der Besteller die bereits soeben erwähnten Rechte geltend machen, d.h. den Rücktritt erklären oder bei Verschulden auf Bauunternehmerseite Ersatz seines Verzugsschadens verlangen.

Da diese Regelung für Bauverträge, deren Realisierbarkeit eine gewisse Vorlaufzeit erfordert, teilweise als ungeeignet erachtet wird, hat der Arbeitskreis Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Instituts für Baurecht in Freiburg vorgeschlagen, im

---

<sup>258</sup> BERG/VOGELHEIM/WITTLER/*Wittler*, Bau- und Architektenrecht, Köln 2006 Rn. 338. Für VOB/B-Verträge folgt dies unmittelbar aus § 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B.; bei reinen BGB-Verträgen wird die Auslegung im Regelfall aber zum selben Ergebnis führen.

<sup>259</sup> WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1809.

<sup>260</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Oberhauser*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt N Rn. 43 ff.

<sup>261</sup> VYGEN/SCHUBERT/LANG/*Vygen*, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 5. Aufl. Köln 2008, Abschnitt A Rn. 26.



BGB die Herstellerfristen für Bauverträge speziell zu regeln.<sup>262</sup> Dem Entwurf zufolge soll der Unternehmer, falls vertraglich keine konkreten Fristen vereinbart sind, mit der Herstellung des Bauwerkes innerhalb einer vom Besteller gesetzten, angemessenen Frist beginnen, die Herstellung anschließend angemessen fördern und schließlich in angemessener Zeit vollenden. Im Grunde entspricht dieser Vorschlag der aktuellen Rechtslage mit dem einzigen Unterschied, dass in Zukunft der Besteller eine Frist für die Aufnahme der Bauarbeiten setzen müsste.

Ein ähnlicher Mechanismus findet sich in den VOB/B § 5 Nr. 2 VOB/B sieht vor, dass der Auftragnehmer die Arbeiten innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber zu beginnen hat (mehr zu den Regelungen der VOB/B sogleich).

In vielen Bauverträgen wird nur eine abschließende Herstellungsfrist vereinbart. In diesen Fällen ist der Besteller oft unsicher, wie er auf eine langsame Bauausführung reagieren kann. Diesem Problem will der Freiburger Arbeitskreis mit folgendem Vorschlag begegnen: Der Besteller soll von Beginn an eine kontinuierliche, angemessene Bautätigkeit verlangen können, selbst wenn im Vertrag nur eine abschließende Herstellungsfrist vereinbart worden ist.<sup>263</sup>

Sind die VOB/B Vertragsbestandteil geworden, so bestimmen sich die Rechte des Bestellers wegen verzögerter Bauausführung ausschließlich auf der Grundlage dieses Klauselwerkes. Die Regelungen der VOB/B in § 5, 6 sowie 8 Nr. 3 sind in diesem Punkt abschließend. Gem. § 6 Nr. 6 VOB/B kann der Besteller zwar wie bei einem reinen BGB-Vertrag Ersatz seines Verzugsschadens verlangen, wenn der Unternehmer mit der Bauausführung in Verzug gerät. Entgangenen Gewinn hat der Unternehmer jedoch nur dann zu ersetzen, wenn ihm mindestens grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

Das im BGB vorgesehene Rücktrittsrecht wird in den Regeln der VOB/B durch ein Kündigungsrecht ersetzt, das teilweise an restriktivere Voraussetzungen geknüpft

---

<sup>262</sup> Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 4 Abs. 1, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>263</sup> Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 4 Abs. 2, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

ist als das Rücktrittsrecht des BGB. Hat der Unternehmer mit der Bauausführung bereits begonnen und verzögert sich lediglich die Vollendung des Bauwerkes, setzt eine Kündigung durch den Auftraggeber ein Vertretenmüssen auf Unternehmerseite voraus (vgl. § 8 Nr. 3 i.V.m § 5 Nr. 4 VOB/B). Nicht erforderlich ist solch ein Vertretenmüssen hingegen, wenn der Unternehmer bereits den Beginn der Bauarbeiten verzögert oder die Arbeitskräfte oder das Baumaterial auf der Baustelle so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, und der Unternehmer auf die Aufforderung des Bestellers, Abhilfe zu schaffen, nicht reagiert. In allen Konstellationen hat der Besteller dem Unternehmer aber eine angemessene Nachfrist zur Vertragserfüllung zu setzen und ihm anzudrohen, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe.

Obwohl sich die Ausübung des Rücktrittsrechts bei Bauverträgen auf Rechtsfolgenseite deutlich einer Kündigung annähert, ist nicht gesichert, ob die Klausel, die insbesondere auch schuldhaftes Leistungsverzögerungen erfasst, einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 309 Nr. 8 a) BGB standhält, weil sie die Lösungsmöglichkeit des Bestellers durch das Erfordernis einer Vertragsauflösungsandrohung erschwert.<sup>264</sup>

## (2) ENGLAND

Die Nichteinhaltung vertraglich vereinbarter Fristen stellt eine Vertragsverletzung dar, die einen Schadensersatzanspruch auslöst. Haben die Parteien keine besonderen Fristen vertraglich festgelegt, verpflichtet das Gesetz den Bauunternehmer dazu, die Bauleistung innerhalb angemessener Zeit zu erbringen.<sup>265</sup>

Erreicht die Verzögerung ein unzumutbares Ausmaß, ist der Auftraggeber nach einer entsprechenden vorherigen Androhung dazu berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten.

---

<sup>264</sup> So am allgemeinen Maßstab von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern und die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 101 ff.; a.A. die wohl h.M., vgl. bspw. KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Langen*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 5 VOB/B Rn. 150 f.

<sup>265</sup> Section 14 Supply of Goods & Services Act 1982:

“(1) Where, under a contract for the supply of a service by a supplier acting in the course of a business, the time for the service to be carried out is not fixed by the contract, left to be fixed in a manner agreed by the contract or determined by the course of dealing between the parties, there is an implied term that the supplier will carry out the service within a reasonable time.

(2) What is a reasonable time is a question of fact.”

(3) FRANKREICH

In Frankreich ist in Bauverträgen in aller Regel eine Fertigstellungsfrist vereinbart. Ist das Gebäude zu diesem Zeitpunkt nicht vollendet, haftet der Bauunternehmer dem Auftraggeber für den aus der Verspätung entstandenen Schaden, es sei denn, die Verspätung beruht auf höherer Gewalt oder einem Verhalten des Auftraggebers.<sup>266</sup> Häufig werden einem Verbraucher in materieller Hinsicht allerdings nur recht geringe im Rahmen des französischen Rechts zu berücksichtigende Schäden entstehen.

Daher enthalten die Modellgeschäftsbedingungen der *Afnor* eine Klausel, der zufolge der Bauunternehmer nach einer erfolglosen Mahnung eine Verspätungsstrafe in Höhe von 1/1000 der gesamten Vertragssumme zu zahlen hat.

In Verträgen vorgesehene Vertragsstrafen kann das angerufene Gericht sowohl herauf- als auch herabsetzen, je nach dem ob die vorgesehene Summe unangemessen hoch oder völlig unzureichend erscheint.<sup>267</sup>

(4) NIEDERLANDE

Der in den Niederlanden gebräuchliche kombinierte Modellkauf- und Bauvertrag hält die Parteien durch entsprechende zum Ausfüllen vorgesehene Lücken nicht nur dazu an, eine Fertigstellungsfrist festzulegen, sondern verpflichtet den Bauunternehmer auch dazu, im Falle einer Fristüberschreitung pro Tag einen gewissen Prozentsatz des vereinbarten Werklohnes als Vertragsstrafe an den Auftraggeber zu zahlen.

(5) SCHWEIZ

Überschreitet der Bauunternehmer während der Bauphase vertraglich vorgesehene Fristen, so hat der Auftraggeber gem. Art. 366 Abs. 1 OR ein Rücktrittsrecht. Trifft den Bauunternehmer wegen der Fristüberschreitung sogar ein Verschulden, hat der Auftraggeber außerdem einen Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens.

---

<sup>266</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 8. Nov. 2005, RDI 2006, 57.

<sup>267</sup> Cour de cassation 3e civ. vom 8. Okt. 1980, Recueil Dalloz-Sirey, 1981, IR 107.

In Verträgen, die zwischen Unternehmern geschlossen werden, finden sich in der Praxis häufig Vertragsstrafenklauseln. Diese werden aber in aller Regel mit einem Bonussystem für die vorzeitige Fertigstellung des Gebäudes kombiniert.

Ist im Vertrag nur ein abschließender Fertigstellungstermin für das gesamte Gebäude vorgesehen, so kann der Auftraggeber die beschriebenen Rechte wegen Verzugs des Bauunternehmers bereits dann geltend machen, wenn aufgrund des langsamen Arbeitstempos erkennbar ist, dass sich das Bauwerk nicht zum vereinbarten Termin abschließen lassen wird.

## **C. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes**

### **I. Deutschland**

Da es sich bei den VOB/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, sind Verbandsklagen nach dem Unterlassungsklagegesetz denkbar. Auf diesem Weg können klagebefugte Verbände gegen Unternehmer, die Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden, die gegen die §§ 307 bis 309 BGB verstoßen, Klage erheben, um die künftige Verwendung der entsprechenden Klauseln zu verhindern.

Darüber hinaus hat der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg zur prozessualen Flankierung der von ihm befürworteten materiellrechtlichen Informationspflicht des Bauunternehmers vorgeschlagen, Verbraucherverbänden die Möglichkeit einzuräumen, gegen Bauunternehmer vorzugehen, die Bauleistungen zur Errichtung von Wohngebäuden unter Einschluss wesentlicher Teile der Bauplanung anbieten, ohne die Besteller vor Vertragsschluss eindeutig und erschöpfend über die zu erbringenden Bauleistungen schriftlich zu informieren.<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 20, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

## **II. England**

In England kann u.a. das *Office of Fair Trading* gerichtlich gegen die Verwendung unzulässiger Klauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen von Unternehmen vorgehen.

## **III. Frankreich**

In Frankreich haben Verbraucherschutzverbände die Möglichkeit, individuelle Verbraucherklagen zusammenzufassen und in Prozessstandschaft gerichtlich geltend zu machen. Die entsprechenden Verfahren sind allerdings recht kompliziert und in der Praxis daher äußerst selten.

Anfang 2007 wurde ein Gesetzesprojekt initiiert, mit dem eine Gruppenklage eingeführt werden sollte.<sup>269</sup> In der Endfassung dieses Gesetzes, das inzwischen verabschiedet worden ist, wurde die Gruppenklage aber nicht übernommen. Diese ist nunmehr Gegenstand eines neuen eigenständigen Gesetzgebungsvorschlags.

im Bereich der Verbraucherbauverträge wird der materiellrechtliche Verbraucherschutz aber insbesondere durch die geschilderten Kontrollpflichten der finanzierenden Banken, die involvierten Versicherungen sowie die Notare flankiert. Dieses System hat sich bislang gut bewährt.

## **IV. Niederlande**

In den Niederlanden wurde vor kurzem eine staatliche Verbraucherbehörde geschaffen. Diese hat die Möglichkeit, gegen Unternehmer vorzugehen, die gegen Verbraucherschützende Normen verstoßen. Es bleibt abzuwarten, inwieweit dieser Mechanismus Erfolg zeitigt.

In den Niederlanden wird im Bereich des Bauvertragsrechts der Verbraucherschutz aber insbesondere auch dadurch gewährleistet, dass die Verbraucherorganisationen bei der Ausarbeitung der üblicherweise verwendeten Musterverträge Einfluss nehmen. Bemerkenswerterweise beinhaltet der Modellkauf- und Bauvertrag

mit GIW-Garantie, die in der weit überwiegenden Anzahl von Verbraucherbauverträgen abgeschlossen wird, eine Schiedsklausel. Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zur Klauselrichtlinie wurde diese im Januar 2007 dahin gehend geändert, dass der Verbraucher nun die Wahl zwischen einem staatlichen Gerichtsverfahren und einem Schiedsverfahren hat. Sobald ein Streit entsteht, kann der Verbraucher sein Wahlrecht ausüben.

Entscheidet er sich für das Schiedsverfahren, so wird der Streit von Schiedsrichtern des Arbitrage Instituut GIW Woningen (AIG) entschieden. Dabei handelt es sich um eine Institution, in der sowohl Verbraucher als auch Bauunternehmervertreter repräsentiert sind. Vorsitzender des Schiedsgerichtshofes ist aber immer ein unabhängiger Baurechtsspezialist.

Bevor der oder die Schiedsrichter bestellt werden, untersucht ein Bausachverständiger das streitgegenständliche Bauwerk im Beisein beider Parteien. Dabei hat er auch die Aufgabe Mediationsversuche zu unternehmen. Die dabei erzielte Erfolgsquote einer gütlichen Streitbeilegung ist relativ hoch.

Der Schiedsspruch ist für beide Parteien verbindlich. Es gibt keine zweite Instanz.

Die Kosten des Schiedsverfahrens sind relativ niedrig. Initiiert der Verbraucher das Verfahren, hat er zunächst 350 € Vorschuss einzuzahlen. Obsiegt er mindestens zu 25%, hat er einen Anspruch auf Erstattung dieser Kosten. Anwaltliche Hilfe ist aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Verfahrens selbst für den Verbraucher nicht erforderlich.

In aller Regel ist solch ein Schiedsverfahren aber nicht nur kostengünstiger, sondern auch deutlich schneller als ein staatliches Gerichtsverfahren. Für besonders dringende Fälle ist sogar ein Eilverfahren vorgesehen.<sup>270</sup>

## **V. Schweiz**

Da in der Schweiz keine materiellrechtlichen Verbraucherschutzregeln bestehen, stellt sich die Frage einer prozessualen Flankierung nicht.

---

<sup>269</sup> Projet de loi en faveur des consommateurs n°3430 déposé le 8 nov. 2006 à l'initiative du Ministre de l'économie.

<sup>270</sup> Ausführliche Informationen über das Schiedsverfahren sind abrufbar unter <http://www.arbitrageinstituut.nl/> sowie unter <http://www.giw.nl>.

## **D. Resümee**

### **I. Grundansätze einer möglichen Weiterentwicklung des Bauvertragsrechts**

Der rechtsvergleichende Blick ins Ausland hat im Bereich des privaten Bauvertragsrechts zwei grundverschiedene Ansätze deutlich werden lassen.

Auf der einen Seite steht die französische Rechtsordnung, die sich durch eine hochkomplexe Regelung des Bauvertragsrechts von den übrigen hier untersuchten Rechtsordnungen deutlich abhebt. Für verschiedene Bauvertragstypen gibt es jeweils spezielle Gesetzesregelungen, die in weiten Teilen sogar zwingender Natur sind.

Auf der anderen Seite steht der schweizerische Weg, der keine spezialgesetzlichen Regelungen für Bauverträge kennt. Den besonderen Bedürfnissen der Baurechtspraxis trägt mit der SIA-Norm 118 ein Musterklauselwerk Rechnung.

Zwischen diesen beiden Ansätzen stehen die Niederlande und England. Dort hat zum einen der Gesetzgeber Spezialregelungen für Bauverträge geschaffen. Diese sind aber weitaus weniger komplex als in Frankreich. Zum anderen gibt es in diesen beiden Ländern für unterschiedliche Bauvertragstypen jeweils entsprechende Musterklauselwerke, u.a. auch für Verbraucherbauverträge. Großer Beliebtheit erfreuen sich die für Verbraucherbauverträge geschaffenen Musterklauseln allerdings nur in den Niederlanden. Dies mag u.a. daran liegen, dass in England eine nahezu verwirrende Vielfalt verschiedener Musterklauselwerke existiert, wohingegen sich die Lage in den Niederlanden deutlich übersichtlicher gestaltet. Hier hat sich für Verbraucherbauverträge die Verwendung eines ganz bestimmten Mustervertrags durchgesetzt.

Vor diesem Hintergrund mag man bei der Diskussion um ein deutsches Reformprojekt zur Verbesserung des Verbraucherschutzes<sup>271</sup> im Bereich des Baurechts zunächst die Grundsatzfrage aufwerfen, wie hierzulande verfahren werden sollte: Am einen Ende der Handlungsskala steht die Möglichkeit, ein detailreiches Gesetzesvorhaben auf den Weg bringen. Bei einem solchen Vorgehen wäre das Werkvertragsrecht um besondere Vorschriften für Bauverträge zu ergänzen, die alsdann

---

<sup>271</sup> Neben Verbrauchern ist freilich auch an die Gruppe der Auftraggeber zu denken, die strukturell mit Verbrauchern vergleichbar sind.

durch besondere verbraucherrechtliche Regelungen flankiert werden könnten. Auf der anderen Seite könnte der Gesetzgeber die nähere Konkretisierung des allgemeinen Werkvertragsrechts mit Blick auf die besonderen Anforderungen des Bauvertragsrechts auch zukünftig der Kautelarpraxis – oder ökonomisch betrachtet: dem Markt – überlassen.

Es liegt auf der Hand, dass zwischen beiden Lösungen Zwischenwege denkbar sind. Sollte sich der Gesetzgeber für den Weg der Regulierung entscheiden, dann können gesetzgeberische Maßnahmen unterschiedlich weit reichen. So wäre mit Blick auf Verbraucher zu entscheiden, ob die gesetzlichen Regelungen ganz oder zum Teil entweder zwingend oder halbzwingend ausgestaltet werden müssen oder ob nicht eine Absicherung gegen abweichende AGB ausreicht. Ein anderer Zwischenweg besteht darin, die Weiterentwicklung grundsätzlich zwar der Kautelarpraxis zu überlassen, aber dabei den angemessenen Schutz von Verbrauchern durch die Ausarbeitung verschiedener Musterklauselwerke zu unterstützen. Auch lassen sich solche Zwischenlösungen verbinden: Denkbar ist etwa eine Kombination aus einem Angebot einer überschaubaren Anzahl von Musterverträgen mit der gesetzlichen Vorgabe einiger, weniger Eckpunkte.

Welcher Lösung der Vorzug einzuräumen ist, lässt sich nicht pauschal, sondern lediglich auf der Grundlage einer Bewertung der in diesem Bericht angesprochenen Einzelfragen beurteilen. Diese Einzelbewertung ist freilich im Lichte einiger allgemeiner Feststellungen aufgrund der rechtsvergleichenden Gesamtschau vorzunehmen:

Danach ist gegenüber einer detailreichen Durchregulierung des Bauvertragsrechts eher Skepsis angebracht. Eine detailreiche Gesetzesregelung, wie sie Frankreich kennt, birgt zunächst die Gefahr von Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den einzelnen Bauvertragstypen und den auf sie jeweils anwendbaren Normen in sich. Die französische Erfahrung zeigt, dass dort große Rechtsunsicherheit in diesen Abgrenzungsfragen besteht, die durch Versuche der Baupraxis, zwingende Normen mittels origineller Vertragskonstruktionen zu umgehen, noch verschärft wird. Der juristische Laie ist nicht mehr in der Lage, sich ohne anwaltliche Hilfe über seine Rechte zu informieren. Dies läuft einem effektiven Verbraucherschutz, der sich insbesondere auch durch Transparenz auszeichnen sollte, zuwider. Im Übrigen stünde eine detailreiche Durchregulierung des Bauvertragsrechts mit einer Eigen-



heit des Baurechts, die dieses Rechtsgebiet namentlich vom Kaufvertragsrecht unterscheidet, tendenziell im Widerspruch. Die neuere Entwicklung des Kaufrechts und des dort geltenden zwingenden Verbraucherschutzrechts, wie es in der EG-Richtlinie 1999/44 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Gebrauchsgüter sowie im Kaufrecht des BGB seit der Schuldrechtsreform zum Ausdruck kommt, ist in vielfacher Hinsicht durch das Leitbild des Gattungskaufs von Waren aus industrieller Massenproduktion geprägt.<sup>272</sup> Stehen derartige Geschäfte im Vordergrund, so liegt es näher und ist es eher möglich, dafür passende gesetzliche Standards zu entwickeln. Demgegenüber zielt der Bauvertrag trotz aller Standardisierungen auch heute noch auf eine Individualanfertigung. Hierfür gesetzliche Regelungen zu finden die, zumal wenn sie zwingend oder AGB-fest gelten sollen, stets passen, erscheint weitaus schwieriger als im Kaufrecht. Die Gefahr einer Fehlregulierung ist daher weitaus größer.

Auf der anderen Seite ist gerade im Bereich des Verbraucherschutzes ein zwingender Mindeststandard ohne gesetzliche Regelungen kaum möglich. Eine Beschränkung der Privatautonomie mittels zwingender oder halbzwingender Normen sollte freilich nicht leichtfertig, sondern nur dort erfolgen, wo die betroffenen Interessen ein solches Vorgehen erfordern; stets ist zudem zu prüfen, ob es anstelle einer zwingenden Regelung ausreicht, eine gesetzliche Regelung AGB-fest zu stellen. Daher ist bei den folgenden Empfehlungen zur inhaltlichen Ausgestaltung künftiger Regelungen für Bauverträge immer zu hinterfragen, ob nicht eine dispositive Regelung oder gar der Weg eines Modellvertrags ausreichend und somit vorzugswürdig ist.

Die Empfehlung von Musterklauseln erscheint dabei insbesondere wegen der im Vergleich zu einem Gesetzgebungsverfahren flexibleren Revisionsmöglichkeiten attraktiv. Darüber hinaus bietet ein Modellvertrag den Vorteil, dass dem Verbraucher die einschlägigen Regelungen unmittelbar vorliegen. Sind die Klauseln in einer möglichst leicht verständlichen Sprache formuliert, wird der Verbraucher auf diese Weise besser als durch ein kompliziertes Gesetz in die Lage versetzt, die ihm zustehenden Rechte auch tatsächlich auszuüben. Die Verwendung von Klauselwerken, wie sie in der deutschen Bauwirtschaft üblich geworden ist, ist daher im

---

<sup>272</sup> Regierungsbegründung zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drs. 14/6040, S. 80, r. Sp.

Ansatz positiv zu bewerten. Problematisch erscheint an der deutschen Lage aber die unzureichende Differenzierung zwischen Bauverträgen im Unternehmerverkehr auf der einen und Verbraucherbauverträgen auf der anderen Seite.

## **II. Empfehlungen zur inhaltlichen Ausgestaltung**

### **1. Notarielle Form versus Widerrufsrecht**

Zur Verbesserung des Verbraucherschutzes auf dem Gebiet des Baurechts wird in Deutschland die Forderung erhoben, *de lege ferenda* Verbraucherbauverträge generell der notariellen Form zu unterwerfen. Aus rechtsvergleichender Perspektive ist in dieser Hinsicht zunächst festzuhalten, dass eine solche Regelung in keiner der hier untersuchten Rechtsordnungen existiert. Der niederländische Gesetzgeber hat sich sogar ganz bewusst gegen die Statuierung eines solchen Formerfordernisses entschieden. Ein wichtiger Grund war die Vermeidung zusätzlicher Kosten, die durch die notarielle Beurkundung entstehen würden. Diesem Kostenaspekt kommt auch aus deutscher Perspektive erhebliche Bedeutung zu. Häufig gehen private Bauherren oder Immobilienerwerber, wenn sie „einmal im Leben“ eine Immobilie bauen oder sich sonst anschaffen, bis an den Rand der für sie verkraftbaren Verschuldensgrenze. Verteuerungen können für einen Teil der Verbraucher deshalb prohibitive Wirkungen entfalten und sollten daher vermieden werden.

Neben diesem Kostenaspekt darf vor allem auch nicht übersehen werden, dass Bauträgerverträge in Deutschland ohnehin der notariellen Form unterliegen und Bauherren, die ein Haus auf ihrem eigenen Grundstück errichten lassen, häufig von einem Architekten beraten werden. Dann ist auf beiden Vertragsseiten professionelle Kompetenz vorhanden, aufgrund derer eine zwingende bzw. halbzwingende Ausgestaltung des Werkvertragsrechts überflüssig sein kann. Freilich bleibt die Gruppe derjenigen ausgenommen, die ohne Beiziehung eines Architekten bspw. ein Fertighaus erbauen lassen. Zahlenmäßig handelt es sich hierbei jedoch um keine große Gruppe.

In dieser Hinsicht drängt sich aber die Frage auf, ob nicht die Statuierung eines kostenneutralen Widerrufsrechts, wie es sich in den Niederlanden und Frankreich findet, ein ausreichendes Verbraucherschutzniveau gewährleisten würde. Für die Gewährung eines solchen Widerrufsrechts könnte die Komplexität des Vertrags

sprechen, der auch bei Teilzeit-Wohnrechten den Grund für die Anerkennung des Widerrufsrechts bildet; hinzu kommen ein oft erhebliches Volumen solcher Verträge sowie die mit Ihnen verbundene Belastung, die sich nach einer „Cooling Off“-Phase möglicherweise anders darstellt.

Auf der anderen Seite ist nicht ersichtlich, dass beim Abschluss von Bauverträgen, dieselben – häufig aggressiven – Vertriebsmethoden verbreitet wären, die in Teilen der Timesharing-Branche zu beobachten sind und die ein wesentlicher Auslöser für die Schaffung des dortigen Widerrufsrechts darstellten. Zudem widmet der Verbraucher dem „einmal im Leben“ abgeschlossenen Bauvertrag typischerweise weit aus mehr Aufmerksamkeit und wirtschaftliche Sorgfalt.

Jenseits derartiger allgemeiner Erwägungen sind im Zusammenhang mit einem solchen Widerrufsrecht folgende Punkte zu bedenken:

(1) Auch die Schaffung eines Widerrufsrechts kann kostensteigernd wirken. Dies ist namentlich der Fall, wenn rechtliche Unsicherheiten bestehen, aufgrund derer Verträge noch lange nach Durchführung widerrufen werden können, wie dies aufgrund der *Heininger*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>273</sup> bei dem im EG-Verbraucherrecht wurzelnden Widerrufsrecht in den Fällen unterbliebener oder fehlerhafter Widerrufsbelehrung der Fall ist. Bei Bauverträgen, deren Gegenstand in einer individuell zugeschnittenen Leistung besteht und deren Vertragssumme meist erheblich ist, würde ein lange nach Vertragsdurchführung noch zulässiger Widerruf zu erheblichen finanziellen Belastungen des Anbieters führen, die dieser notwendigerweise in Form eines Risikoaufschlags an die Verbraucher weitergeben müsste.

Um diese problematischen Konsequenzen der *Heininger*-Rechtsprechung zu vermeiden, dürfte eine Widerrufsregelung nicht wie § 355 BGB ausgestaltet sein. Da für ein Widerrufsrecht bei privaten Bauverträgen auch keine gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beachten sind, stünde eine solche von § 355 BGB und der zugrunde liegenden *Heininger*-Rechtsprechung des EuGH abweichende Ausgestaltung dem deutschen Gesetzgeber frei. Vorstellbar wäre deshalb allenfalls, dem Verbraucher die Möglichkeit einzuräumen, sich innerhalb einer kurzen Frist von bspw. sieben Tagen wieder vom Vertrag zu lösen. Ist diese Frist verstrichen, dürfte

---

<sup>273</sup> EuGH vom 13. Dez. 2001, Rs. C 481/99, NJW 2002, 281.

ein Widerruf aber unabhängig von einer etwaigen Verletzung der Belehrungspflichten nicht mehr möglich sein.

Zu beachten ist zudem: Geht man von der Grundentscheidung des deutschen Rechts in § 358 Abs. 3 S. 3 BGB aus, dass Immobilienerwerb und Immobilienfinanzierung grundsätzlich getrennte Geschäfte sind, bliebe der Verbraucher – von Ausnahmekonstellationen abgesehen – bei einem Widerruf des Bauvertrags gleichwohl an einen zur Finanzierung bereits geschlossenen Darlehensvertrag gebunden. Das Widerrufsrecht, zumal ein spät ausgeübtes, würde ihm deshalb in zahlreichen Fällen nicht oder nur wenig nutzen. Die Grundentscheidung des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB zu ändern, erscheint wegen des bereits angesprochenen Kosteneffekts wiederum nicht empfehlenswert. Diese Komplikation spricht eher gegen die Schaffung eines Widerrufsrechts und bestätigt, dass ein solches Recht an eine kurze Ausübungsfrist ohne Verlängerung bei unterlassener oder fehlerhafter Belehrung geknüpft werden müsste.

Eine von den konkreten Verhaltenweisen des Bauunternehmers unabhängige Widerrufsfrist ließe das entsprechende Widerrufsrecht allerdings nicht notwendigerweise leerlaufen. Zum einen könnten die Verbraucherverbände über ein solches Widerrufsrecht informieren. Zum anderen drohen Unternehmen, die der gesetzlich vorgeschriebenen Widerrufsbelehrung nicht nachkommen, wettbewerbsrechtliche Konsequenzen. Schließlich könnte Verbraucherverbänden das Recht eingeräumt werden, gegen verbraucherschutzwidrige Praktiken im Bereich des privaten Baurechts nach dem UKlaG vorzugehen.

**(2)** Abgesehen von diesen Hinweisen zur konkreten Ausgestaltung eines etwaigen Widerrufsrechts ist die Statuierung eines Widerrufsrechts bislang im deutschen Recht auf Verträge beschränkt, die nicht der notariellen Form unterliegen. Dies beruht zum einen darauf, dass der Notar gem. 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG verpflichtet ist, dem Verbraucher zwei Wochen vor dem Notartermin den Vertragsentwurf zu übersenden, so dass auf diese Weise ohnehin eine Überlegungsphase gewährleistet ist. Zum anderen hat der Notar die Parteien über die rechtliche Tragweite des Vertragsabschlusses zu belehren. Geht man von der sachgerechten Wahrnehmung des Notaramtes aus, so bewirken diese Regelungen grundsätzlich einen ausreichenden Schutz des Verbrauchers vor einem übereilten, auf unzureichender Informationsgrundlage abgeschlossenen Vertrag. Einen Sonderfall bildet aber

möglicherweise der klassische Bauträgervertrag, der auf dem Vormerkungsmodell beruht. Vor dem Hintergrund der Kombination aus den hohen Risiken, die dieser Vertrag für den Verbraucher mit sich bringt, mit der rechtlichen Komplexität dieses Vertragstyps und dem falschen Eindruck des Laien, es handele sich im Grunde um einen Kaufvertrag, besteht hier die Gefahr, dass sich ein Verbraucher trotz der notariellen Beurkundung der rechtlichen Folgen des Vertragsschlusses nicht vollumfänglich bewusst wird. Dieses Problem würde aber auch durch ein Widerrufsrecht nicht gelöst. Stattdessen würde durch ein solches Recht ein neues Problem geschaffen: Zu klären wäre nämlich, wer im Falle eines Widerrufs die Notarkosten tragen muss. Denkbare Lösungsansätze sind daher eher die Statuierung noch deutlicherer Aufklärungspflichten seitens des Notars, die Schaffung von Informationspflichten des Bauunternehmers – bspw. in Anlehnung an die Regelungen für Kapitalanlagen – oder die Veränderung der Grundstruktur des Bauträgervertrags.

Die Schaffung eines Widerrufsrechts erscheint also allenfalls außerhalb der Bauträgerverträge sinnvoll. Indessen schaltet der private Bauherr, wie bereits angedeutet, beim Bau auf eigenem Grund typischerweise einen beruflich fachkundigen Architekten ein, zu dessen Aufgaben es sogar vielfach gehört, den Bauvertrag für den Bauherren abzuschließen.<sup>274</sup> Ist der Verbraucher auf solche Weise fachkundig beraten, so greifen die typischen Gründe für die Gewährung verbraucherrechtlicher Widerrufsrechte – Überrumpelung oder Verlockungswirkung des Vertrags oder des Vertragsgegenstands – nicht ein. Selbst wenn der eingeschaltete Architekt den Verbraucher insofern nicht sachkundig berät, würde diesem ein notwendigerweise kurzfristig auszuübendes Widerrufsrecht gegenüber möglichen Gefahren des Bauvertrags nicht helfen. Es bleiben also allenfalls wenige Sonderfälle, in denen ein Bedarf für ein Widerrufsrecht auszumachen ist. Zu diesen zählt etwa die Bestellung eines Fertighauses zur Errichtung auf eigenem Grund, sofern hier nicht bereits ohnehin Widerrufsrechte greifen, so bspw. wenn der Vertrag in einer Haustürsituation (§ 312 BGB) oder im Fernabsatz (§§ 312 b, 312 d

---

<sup>274</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/Ohler, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt D Rn. 373.

BGB) geschlossen wurde oder ein Teilzahlungsgeschäft (§§ 501, 495 Abs. 1 BGB) vorliegt.<sup>275</sup>

Ob die verbleibenden Fälle die Schaffung eines Widerrufsrechts rechtfertigen, mag der Gesetzgeber entscheiden. Zwar hat es in der deutschen Vertragspraxis bereits Beispiele für die Schaffung eines Widerrufsrechts auf freiwilliger Grundlage als Verbandsstandard gegeben.<sup>276</sup> Ein vertraglich eingeräumtes Widerrufsrecht könnte deshalb Bestandteil eines empfohlenen Mustervertrags sein. Ob sich ein durchgängig bestehendes Widerrufsrecht für die skizzierten Fälle auf freiwilliger vertraglicher Grundlage erreichen ließe, bliebe allerdings abzuwarten. Um eine mangelnde Widerrufsbelehrung mittels der beschriebenen Mechanismen sanktionieren zu können, müsste ein Widerrufsrecht erforderlichenfalls in Form einer gesetzlichen Regelung zwingender Natur geschaffen werden. Die Empfehlung einer Musterklausel erscheint, falls man einen Bedarf bejahen wollte, hier nicht ausreichend.

## **2. Insolvenzabsicherung**

In der Insolvenz des Bauunternehmers wird der Auftraggeber in der Regel mit zwei Problemen konfrontiert: Zum einen übersteigen die Kosten für die Beauftragung eines Ersatzunternehmens mit der Fertigstellung des Bauwerks zumeist deutlich die nach Abzug der bereits erbrachten Abschlagszahlungen noch offene Restwerklohnforderung des ursprünglichen Bauunternehmers. Zum anderen hat der Auftraggeber für die Beseitigung von Mängeln an dem Teilwerk, das der inzwischen insolvente Unternehmer errichtet hat, selbst aufzukommen. Dies kann für natürliche Personen, die ein Haus zu Eigennutzung errichten lassen wollten, in finanzieller Hinsicht fatale Folgen haben. In diesem Punkt ist der Handlungsbedarf am dringlichsten. Mögliche Lösungswege zeigen insbesondere die französische und die niederländische Rechtsordnung auf.

---

<sup>275</sup> Hierfür reichen allerdings die bei Fertighausverträgen verbreiteten Voraus- und Abschlagszahlungen nach der Rechtsprechung des BGH nicht aus, weil hiermit kein Zahlungsaufschub verbunden ist, BGHZ 165, 325.

<sup>276</sup> Namentlich im Bereich der Haustürgeschäfte hatte der Bundesverband Direktvertrieb (früher: Arbeitskreis „Gut beraten – zuhause gekauft“) schon vor der Verabschiedung des früheren Haustürgeschäftewiderrufsgesetzes die Einräumung eines solchen Widerrufsrechts von seinen Mitgliedsunternehmen verlangt. Ferner ist das Rückgaberecht des § 356 BGB Ausdruck einer schon vor der gesetzlichen Regelung des Fernabsatzes im Versandhandel verbreiteten Praxis, ein solches Recht einzuräumen.

Die schärfste Waffe zur Bekämpfung der genannten Probleme hat der französische Gesetzgeber gezogen: Bauunternehmer, die sich zur Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses auf einem Grundstück des Auftraggebers verpflichtet haben, sind per Gesetz gehalten, zugunsten des Auftraggebers eine Fertigstellungsgarantie abzuschließen. Diese Garantie bietet dem Auftraggeber gleichsam ein „Rundumsorglos-Paket“. Der Garantiegeber schuldet dem Auftraggeber nämlich nicht nur die Geldsumme, die zur Fertigstellung des Hauses erforderlich ist, sondern die Fertigstellung als solche. Auf diese Weise wird der Auftraggeber von jeglichem organisatorischen Aufwand entlastet. Neben dieser Fertigstellungsgarantie profitiert der Auftraggeber von der gesetzlich vorgeschriebenen Gewährleistungsgarantie, so dass das Insolvenzrisiko des Bauunternehmers auch für den Fall schwerer Baumängel abgesichert ist.

In der niederländischen Baupraxis wird der Verbraucher im Ergebnis genauso effektiv geschützt. Der Weg ist aber ein anderer. Gesetzlich ist weder der Abschluss einer Fertigstellungsgarantie noch der Abschluss einer Gewährleistungsgarantie vorgeschrieben. Dennoch werden fast alle Verbraucherbauverträge durch eine umfassende Garantie komplettiert. Die Ursache dafür liegt zwar zum einen in der Besonderheit des niederländischen Bauwesens, wo die öffentliche Hand den Verkauf von Bauland an Bauträger an die Bedingung knüpft, solche Garantien zugunsten der Bauherren abzuschließen. Zum anderen wird die Verwendung der Garantie aber auch durch einen Mustergarantievertrag erleichtert. Dies bewährt sich im Übrigen auch in England.

In der Schweiz verpflichtet immerhin das Musterklauselwerk „SIA-Norm 118“ den Bauunternehmer zur Beibringung einer Gewährleistungssicherheit.

Der geplante Sicherungseinbehalt, den der deutsche Gesetzgeber mit dem Forderungssicherungsgesetz bei Abschlagszahlungen einführen will, bleibt weit hinter den genannten Garantiekonstruktionen zurück, weil die Zusatzkosten, die den Auftraggeber in der Insolvenz des Bauunternehmers belasten, deutlich mehr als 5% der gesamten Werklohnforderung betragen können. Einen wirklich effektiven Schutz des Auftraggebers in der Insolvenz des Bauunternehmers kann im Grunde nur eine kombinierte Fertigstellungs- und Gewährleistungssicherheit bieten.

Zu bedenken ist freilich, dass sich eine angemessene Sicherheit auf unterschiedliche Weise bewirken lässt. In der Vertragspraxis verbreitet sind Bankavale; im

Reisevertragsrecht lässt der Gesetzgeber dem Reiseveranstalter die Wahl zwischen einer Versicherungslösung und einem Zahlungsverprechen eines zum inländischen Geschäftsverkehr befugten Kreditinstituts (§ 651 k Abs. 1 S. 2 BGB).

Wie die Praxis in den weiteren untersuchten Rechtsordnungen zeigt, erscheint es jedoch nicht zwingend erforderlich, eine dahin gehende gesetzliche Vorgabe zu machen, sofern sich die wünschenswerte Insolvenzversicherung auch anderweitig erreichen lässt. Als flexiblere Lösung kommt erneut die Ausarbeitung und Empfehlung eines Mustervertrags, der den Bauunternehmer zur Beibringung bestimmter Sicherheiten verpflichtet. Ergänzt werden könnte eine solche Musterklausel durch ein Vertragsmuster für entsprechende Bürgschafts- oder Garantieverträge, um unklare Sicherungsvereinbarungen – wie sie in Deutschland häufig vorzufinden sind – zu vermeiden.

Freilich bedeutet die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung eine finanzielle Belastung für die Bauunternehmer. Daher wird in Frankreich auch der Vorwurf erhoben, kleinere und mittelständische Bauunternehmen hätten Schwierigkeiten, die dort gesetzlich vorgeschriebenen Garantien beizubringen, und würden somit aus dem Markt gedrängt. Gerade bei Unternehmen, die derartige Schwierigkeiten haben, erscheint das Schutzbedürfnis des Verbrauchers vor dem Insolvenzrisiko des Unternehmers jedoch besonders hoch. Auch die generelle Verteuerung von Bauprojekten dürfte im Vergleich zum finanziellen Ruin einzelner Verbraucher bei fehlender Insolvenzabsicherung hinnehmbar sein. Denn einerseits erscheint es auf den ersten Blick rechtspolitisch bemerkenswert, dass der Reisende – zwangsweise über den Reisepreis – eine Sicherung gegen die Insolvenz seines Reiseveranstalters versichern muss. Andererseits widmet der Verbraucher, wie schon angedeutet, dem „einmal im Leben“ abgeschlossenen Bauvertrag typischerweise weitaus mehr Aufmerksamkeit und wirtschaftliche Sorgfalt. Um dieser Eigenverantwortung mehr Bedeutung zukommen zu lassen, ist es freilich auch denkbar, den Verbraucher zwischen einem Preisnachlass und der Absicherung im Insolvenzfall wählen zu lassen. Bei einem Mustervertrag ist natürlich grundsätzlich die Streichung einzelner Klauseln möglich; dies gefährdet aber ein etwaiges Privileg des Mustervertrages im Rahmen der AGB-Kontrolle. Besser wäre es daher, wenn der Mustervertrag selbst zwei unterschiedliche Optionen vorsehen würde. Bereits die Notwendigkeit, eine der Optionen zu wählen, dürfte beim Verbraucher die Sensibilität für die von einer Insolvenz des Bauunternehmers ausgehenden Gefahren erhöhen. Zumindest vor



dem Hintergrund eines Verbraucherbildes, das auf der Eigenverantwortung aller Personen basiert, dürfte ein solcher Weg für einen effektiven Verbraucherschutz ausreichen – vorausgesetzt, der Mustervertrag ist mit solch einer Autorität versehen, dass er in der Praxis auch umfassende Verwendung findet.<sup>277</sup>

### **3. Zurückbehaltungsrecht bei Mängeln**

Solange der Bauunternehmer nicht insolvent ist, wird der Auftraggeber bei Mängeln am Bauwerk in aller Regel ein Interesse daran haben, dass der ursprüngliche Bauunternehmer selbst die Mangelbeseitigung durchführt. Denn die Beauftragung eines Ersatzunternehmers verursacht nicht nur zusätzliche Kosten, sondern bedeutet auch einen organisatorischen Mehraufwand, den ein Verbraucher im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs üblicherweise nicht liquidieren kann. Diese Interessenslage spricht dafür, dem Auftraggeber ein Druckmittel an die Hand zu geben,

Mit dem Forderungssicherungsgesetz soll der Druckzuschlag bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wegen beobachteter Mängel jedoch auf einen Regelbetrag reduziert werden, der dem Zweifachen der veranschlagten Mangelbeseitigungskosten entspricht. Im internationalen Vergleich der hier untersuchten Rechtsordnungen fällt Deutschland dadurch unter dem Gesichtspunkt des Auftraggeber-schutzes auf die hinteren Ränge zurück. Davon abgesehen ist aber insbesondere fraglich, inwieweit ein Verbraucher überhaupt in der Lage ist, die Kosten einer künftigen Reparatur zu prognostizieren.

Eine interessante Alternative zu einer solchen auf konkreten Feststellungen beruhenden Ausübung des Zurückbehaltungsrechts findet sich in Frankreich: Unabhängig von der Höhe der zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten kann der Auftraggeber eines Ein- oder Zweifamilienhauses 5% der gesamten Werklohnforderung im Wege der Hinterlegung zurückhalten. Noch weiter gehen die Niederlande: Dort kann der Auftraggeber völlig unabhängig von der Existenz eines Mangels 5% der gesamten Werklohnforderung für einen Zeitraum von 3 Monaten zurückhalten, um auf diese Weise *etwaige* Gewährleistungsansprüche abzusichern.

---

<sup>277</sup> Demgegenüber hat sich der 1. Deutsche Baugerichtstag sogar für eine gesetzliche Regelung in dieser Frage ausgesprochen; .vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

Letzteres erscheint unter Berücksichtigung der Interessen des Bauunternehmers allerdings problematisch und im Grunde sogar aus der Perspektive des Auftraggebers kontraproduktiv, weil ein Bauunternehmer, der unter Zeitdruck ist, den negativen Anreiz erhält, kleinere Arbeiten erst in den drei Monaten nach Fertigstellung des Gesamtwerks zu erledigen. Finanziell hätte er durch ein solches Vorgehen nämlich keinerlei Nachteile. Zudem sollte eine doppelte Absicherung durch eine Bankgarantie oder Versicherung und einen Sicherungseinbehalt vermieden werden. Ist eine hinreichende Sicherheit anderweitig gewährleistet, ist der Einbehalt auf die Druckfunktion zu focussieren. Interessengerechter erscheint deshalb die französische Lösung, sofern das pauschalisierte Zurückbehaltungsrecht von einer Wesentlichkeitsschwelle abhängig gemacht wird und somit bei unwesentlichen Mängeln nicht greift. Sie sollte aber nicht an die Stelle der aktuellen Druckzuschlagsregelung des deutschen Rechts gesetzt werden. Vielmehr sollte der Auftraggeber ein Wahlrecht haben, ob er von der Pauschalregelung oder von der klassischen am konkreten Reparaturaufwand orientierten Druckzuschlagsregelung Gebrauch machen möchte. Auf diese Weise behält der Auftraggeber ein Druckmittel auch in den Fällen, in denen die Pauschale hinter der Hälfte des prognostizierten Reparaturaufwandes zurückbleibt. Realisiert werden könnte ein solches Wahlrecht durch die Aufnahme einer der französischen Rechtslage entsprechenden Regelung in ein Musterklauselwerk als Ergänzung zur deutschen Gesetzeslage.

#### **4. Gewährleistungsfristen**

Die Gewährleistungsfristen sind in sämtlichen hier untersuchten ausländischen Rechtsordnungen deutlich auftraggeberfreundlicher ausgestaltet als in Deutschland. Für schwere Baumängel gilt hier fast durchgehend eine Frist von mindestens 10 Jahren, in bestimmten Rechtsordnungen sogar bis zu 30 Jahren.<sup>278</sup>

Dass die in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB vorgesehene Verjährungsfrist von fünf Jahren zu knapp bemessen ist, wird u. a. an der Rechtsprechung deutlich, die dem Besteller bei der Darlegung und dem Beweis eines Organisationsverschuldens oder arglistigen Verhaltens auf Unternehmerseite mit Beweiserleichterungen entgegenkommt und es ihm auf diese Weise ermöglicht, in den Genuss einer Verjährungs-

---

<sup>278</sup> In der Schweiz beträgt die gesetzliche Gewährleistungsfrist zwar nur fünf Jahre; für schwere Baumängel ist in der Praxis aber die privatautonome Verlängerung dieser Frist auf 10 Jahre üblich.

höchstfrist von 10 Jahren zu kommen. Die Rechtsprechung geht nämlich davon aus, dass besonders gravierende Baumängel unter bestimmten Umständen eine Indizwirkung für ein arglistiges Verhalten oder zumindest Organisationsverschulden des Unternehmers entfalten können.<sup>279</sup> Diese Rechtsprechung hat sich trotz dogmatischer Schwächen als wichtiges Element eines Interessenausgleichs zwischen den Vertragsparteien erwiesen. Allerdings führt sie häufig, wenn nicht regelmäßig zum Streit um die Frage, ob die äußeren Umstände für die Annahme einer solchen Indizwirkung ausreichen, und gegebenenfalls ob der Unternehmer den Gegenbeweis für ein ordnungsgemäßes Verhalten führen kann. Derartige Streitigkeiten verlängern und verteuern die Auseinandersetzungen zwischen den Parteien in erheblichem Maße.

Hier ist gesetzgeberisches Handeln naheliegend. Aufgrund des heutigen Stands der Technik und der langfristigen Investitionen des Auftraggebers erscheint es angebracht, die Gewährleistungsfrist für schwere Baumängel im Gesetz auf 10 Jahre zu verlängern und somit eine eindeutige Regelung zu treffen, die zugleich den Anschluss an den internationalen Mindeststandard bedeutet. Außerdem ist zu erwägen, nach Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten im Hinblick auf Ansprüche wegen des konkreten Mangels bzw. einer mangelhaften Durchführung der Mangelbeseitigungsarbeiten eine weitere Mindestverjährungsfrist vorzusehen. Eine solche Regelung, die sich an § 13 Nr. 5 (1) S. 3 VOB/B orientieren könnte, würde die Anzahl der Streitigkeiten um die Frage, ob in der Mangelbeseitigung im konkreten Fall ein Anerkenntnis zu sehen ist,<sup>280</sup> reduzieren.

Um andererseits auch den Interessen der Bauunternehmer angemessen Rechnung zu tragen, statuieren einige Länder Mängelrügeobliegenheiten. Besonders bemerkenswert ist die niederländische Konstruktion, die den Auftraggeber nicht nur einer solchen Rügeobliegenheit unterwirft, sondern zugleich an die ausgeübte Rüge den Beginn einer kurzen Verjährungsfrist von zwei Jahren knüpft. Eine Rügeobliegenheit sollte Verbrauchern aber wohl allenfalls dann aufgebürdet werden, wenn der aus einer unterlassenen Rüge folgende Anspruchsverlust davon abhängt, dass der

---

<sup>279</sup> BGH vom 12. März 1992, BGHZ 117, 318. Vgl. für die Fortentwicklung dieser Konstruktion BGH, NJW 2005, 893 sowie MESSERSCHMIDT/VOIT/Drossart, Privates Baurecht, München 2008, § 634a BGB Rn. 24 ff.

<sup>280</sup> Vgl. für einen solchen Rechtsstreit zur parallelen Frage im Kaufgewährleistungsrecht OLG Celle, NJW 2006, 2643.

Bauunternehmer den Verbraucher über dessen Rügeobliegenheit aufgeklärt und ihm die Folgen einer unterlassenen Rüge deutlich vor Augen geführt hat.

## **5. Beweislast bei der Mängelhaftung**

Im Gegensatz zum Verbrauchsgüterkauf kennt das deutsche Werkvertragsrecht keine verbraucherspezifische Beweislastumkehr für die Frage, ob ein Baumangel vorliegt. Gerade bei Streitigkeiten um Gewährleistungsansprüche wegen fehlerhafter Bauausführung sind aber häufig teure Sachverständigengutachten einzuholen, um die erforderlichen Tatsachenfragen zu klären. Neben dem Risiko eines Prozessverlustes im Falle eines *non liquet* trifft den Auftraggeber daher in aller Regel eine Vorschusspflicht für die Sachverständigenkosten. Dies kann Verbraucher, die kurz zuvor die Finanzierung eines Hauses geschultert haben, im Extremfall dazu zwingen, von einem eigentlich erfolgversprechenden Prozess Abstand zu nehmen.

Es ist daher zu erwägen, bei Verbraucherbauverträgen die Beweislast zugunsten des Auftraggebers für einen gewissen Zeitraum umzukehren. Die französische Rechtsordnung statuiert zwar keine solche Beweislastumkehr, erreicht aber ein funktional vergleichbares Ergebnis, indem sie als Grundvoraussetzung sämtlicher Gewährleistungsansprüche nicht auf einen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehenden Mangel, sondern auf einen im Zeitpunkt der Anspruchsgeltendmachung bestehenden Gebäudeschaden abhebt. Liegt ein solcher Schaden vor, haftet der Bauunternehmer, sofern er nicht darlegen und beweisen kann, dass der Gebäudeschaden auf höhere Gewalt, Dritt- oder Bestellerschulden zurückzuführen ist. Nun erscheint es freilich nicht ratsam, in die Systematik des deutschen Gewährleistungsrechts, das grundsätzlich auf dem Mangelbegriff aufbaut, einen Fremdkörper aus einer ausländischen Rechtsordnung zu importieren. Systemkohärenter und somit eher erwägenswert erscheint eine Regelung wie sie bereits das deutsche Verbrauchsgüterkaufrecht enthält.

Allerdings beruht § 476 BGB auch auf der bei industriellen Massenprodukten eher gerechtfertigten Einschätzung, dass ein Defekt innerhalb kurzer Zeit nach Lieferung auch in der Sache einen Mangel bei Gefahrübergang indiziert; die Anwendung der Vorschrift ist konsequenterweise ausgeschlossen, wenn dies mit der Art des Mangels unvereinbar ist. Beim Bauvertrag liegt wegen der Individualität des Werkes

die umgekehrte Wertung nahe. Schon heute erkennt die Rechtsprechung an, dass die Art des Mangels einen Rückschluss auf eine Pflichtverletzung erlauben kann.<sup>281</sup> Dementsprechend müsste eine etwaige gesetzliche Regelung vorsehen, dass ein Werkmangel bei Gefahrübergang vermutet wird, wenn sich ein Mangel innerhalb eines bestimmten Zeitraums zeigt, und wenn dies durch die Art des Mangels gerechtfertigt ist.<sup>282</sup> Dies könnte die angesprochene Rechtsprechung erweiternd fortführen.

Aus rechtsvergleichender Perspektive bleibt aber zu bedenken, dass die französische Konstruktion dazu führt, dass die auftraggebergünstige Beweislastumkehr ohne Zeitbegrenzung gilt. Ohne unbedingt so weit gehen zu wollen, ist zumindest zu berücksichtigen, dass Bauwerke im Gegensatz zu Kaufobjekten des täglichen Lebens auf eine lange Lebensdauer ausgerichtet sind. Der Zeitraum, in dem eine Beweislastumkehr greift, sollte daher deutlich über sechs Monaten liegen.

## **6. Absicherung künftiger Werklohnforderungen**

Bei der Schaffung interessengerechter Regelungen ist freilich nicht nur an die Absicherung des Auftraggebers im Insolvenzfall des Bauunternehmers, sondern auch an den umgekehrten Fall zu denken. Gerade kleine und mittelständische Bauunternehmen leiden unter den Zahlungsrückständen ihrer Vertragspartner. Vor diesem Hintergrund soll mit dem Forderungssicherungsgesetz die Regelung zur Bauhandwerkersicherung in § 648a BGB verschärft werden. Ausgenommen vom Anwendungsbereich dieser Regelung bleiben aber weiterhin Bauverträge, die eine natürliche Person zur Errichtung eines Einfamilienhauses schließt. Auch das Bauforderungssicherungsgesetz wird für unzureichend gehalten. Vor diesem Hintergrund hat der 1. Deutsche Baugerichtstag empfohlen, ausländische Modelle zur Absicherung des Bauunternehmers zu prüfen.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Z.B. BGH, NJW 2002, 2708 – zur Architektenhaftung: „Wenn eine Stützmauer aufgrund fehlender Drainage und unzureichender Gründungstiefe einzustürzen droht, so spricht der typische Geschehensablauf dafür, daß die Überwachung des Architekten bei der Errichtung mangelhaft war. In einem solchen Fall braucht der Bauherr nicht anzugeben, inwieweit es der Architekt im einzelnen an der erforderlichen Überwachung hat fehlen lassen.“

<sup>282</sup> Die Konkretisierung der Norm kann in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 476 BGB, insbesondere im Hinblick auf die Frage des Verhältnisses von Grundmangel und Folgemangel, der Rechtsprechung überlassen werden; vgl. einerseits BGH, NJW 2004, 2299, andererseits BGH, NJW 2007, 2619 mit Anmerkung *Schinkels*, LMK 2007, 240778.

<sup>283</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises I des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akl-neu.pdf>.

Die rechtsvergleichende Untersuchung der französischen Rechtsordnung hat einen Weg aufgezeigt, der auch bei solchen Bauverträgen den Bauunternehmer absichert, ohne die Interessen des Verbrauchers unangemessen zu beschneiden: Nach französischem Recht ist eine Bank, die ein Bauvorhaben finanziert, verpflichtet, die Darlehensvaluta unmittelbar an den Bauunternehmer auszukehren.

Eine derartige Einbindung der Banken wäre für das deutsche Recht allerdings in den Fällen, in denen der Bauvertrag mit einem Immobilienerwerb einhergeht, systemfremd, weil das Gesetz – namentlich in § 358 Abs. 3 S. 3 BGB – bewusst vom Prinzip der Trennung von Immobilienfinanzierung und finanziertem Geschäft ausgeht. Diese – im Interesse der Entlastung der Banken von den Risiken des finanzierten Geschäfts und damit im Interesse günstiger Baufinanzierungszinsen bestehende – Regelung darf durch die Schaffung anderer Regelungen nicht konterkariert werden. § 358 Abs. 3 S. 3 BGB bezieht sich aber nur auf Verträge, die zumindest auch einen Immobilienerwerb betreffen, also im Bereich der Bauverträge nur den Bauträgervertrag. Bauträger bedürfen aber ohnehin keiner besonderen Sicherung ihrer künftigen Werklohnforderungen, weil sie das Bauwerk auf ihrem eigenen Grundstück errichten. Leistet der Auftraggeber keine Zahlungen, so kann der Bauunternehmer die Übereignung des Grundstücks verweigern, vom Vertrag zurücktreten und es anderweitig veräußern.

Ein Sicherheitsbedürfnis besteht hingegen bei den Bauunternehmern, die andere Bauverträge abschließen. Es ist eher nicht davon auszugehen, dass die Wertungen des § 358 Abs. 3 S. 3 BGB auch in diesem Bereich zu berücksichtigen wären. Daher erscheint es hier nicht aus systematischen Gründen ausgeschlossen, die finanzierenden Banken zur Direktzahlung an den Bauunternehmer zu verpflichten.

Entscheidend gegen eine solche Konstruktion spricht aber, dass ein solcher hoheitlicher Eingriff in die Bankentätigkeit nicht erforderlich ist, um die Bauunternehmer abzusichern. In aller Regel sollten Bauunternehmen in der Lage sein, entsprechende Vereinbarungen mit ihrem Auftraggeber abzuschließen, wenn ein solches Bedürfnis besteht. Jedenfalls aber würde es ausreichen, § 648a BGB – mit leichten Modifikationen – auch auf die derzeit in § 648a Abs. 6 Nr. 1 BGB genannten

Verträge anzuwenden.<sup>284</sup> Eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 648a BGB würde die Verbraucher nicht unangemessen benachteiligen, wenn den Verbrauchern gestattet würde, dem Sicherungsbegehren des Unternehmers durch die Abtretung ihrer Darlehensauszahlungsansprüche zu entsprechen. Es erscheint unter Berücksichtigung der Sicherungsinteressen des Bauunternehmers einem Verbraucher durchaus zumutbar, dass die Darlehensvaluta von der finanzierenden Bank unmittelbar an den Bauunternehmer ausgekehrt wird, solange die Auszahlung von einer Genehmigung des Verbrauchers abhängt. Eine entsprechende Ergänzung von § 648a BGB erscheint daher überlegenswert.

Diese modifizierende Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 648a BGB bietet im Vergleich zu einer gesetzlichen Verpflichtung der Banken, die Darlehensvaluta unmittelbar an den Bauunternehmer auszukehren, den Vorteil, den Bauvertragsparteien die Möglichkeit zu belassen, andere Regelungen zu treffen.

## **7. Obergrenzen für Abschlagszahlungen**

Da die Werklohnforderung erst mit Abnahme des fertiggestellten Werkes fällig wird, ist der Unternehmer nach Werkvertragsrecht – zumindest wirtschaftlich – vorleistungspflichtig. Die Grundidee von Abschlagszahlungen besteht darin, die Last dieser wirtschaftlichen Vorleistungspflicht zu reduzieren. Eine solche Veränderung der gesetzlichen Regelung ist bei großvolumigen Werkverträgen, deren Durchführung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt – also bei den meisten Bauverträgen – grundsätzlich interessengerecht. Abgesehen von Bauträgerverträgen, für die in der MaBV Sonderregelung bestehen, sind Abschlagszahlungen für den Auftraggeber auch ungefährlich, solange der Wert des auf seinem Grundstück errichteten Gebäudeteils dem Betrag der Abschlagszahlung entspricht. Unvertretbare Risiken entstehen für den Auftraggeber erst dann, wenn die wirtschaftliche Vorleistungspflicht des Unternehmers nicht nur reduziert, sondern gänzlich aufgehoben und in eine Vorleistungspflicht des Auftraggebers umgewandelt wird. Die Problematik liegt nun darin, dass Verbraucher in aller Regel nicht den Wert einzelner Bauabschnitte einschätzen können. Sie verlassen sich auf die Angaben

---

<sup>284</sup> Für einen Einschluss von Bauträgerverträgen besteht hingegen aus den genannten Gründen kein Bedürfnis.

des Bauunternehmers und sind somit dem Risiko versteckter Vorleistungen im Gewande von Abschlagszahlungen ausgesetzt.

Dies spricht dafür, für alle Verbraucherbauverträge Obergrenzen für Abschlagszahlungsvereinbarungen festzulegen. Die rechtsvergleichende Untersuchung hat aufgezeigt, dass der französische Gesetzgeber diesen Weg bereits beschritten hat. Anders sind wiederum die Niederlande vorgegangen: Dort findet sich eine detaillierte Abschlagszahlungsregelung in dem Modellvertrag, der in der weit überwiegenden Anzahl von Verbraucherbauverträgen Verwendung findet.

Dieser zweite Weg erscheint ausreichend, vorausgesetzt das entsprechende Musterklauselwerk findet in der Praxis Beachtung. Auf diese Weise würde auch den vom ersten Baugerichtstag gegen eine gesetzliche Regelung geäußerten Bedenken Rechnung getragen.<sup>285</sup>

Ein Sonderproblem stellt der Bauträgervertrag dar. Nach dem klassischen, in Deutschland derzeit üblichen Modell leistet der Besteller bereits Zahlungen, ohne Eigentum an dem Baugrundstück und den auf ihm errichteten Gebäudeteilen zu erlangen. Sein Eigentumsübertragungsanspruch ist zwar durch eine Vormerkung gesichert. Dieser Mechanismus bedeutet für den Besteller im Vergleich zu einer frühen Eigentumsübertragung jedoch deutliche Nachteile.<sup>286</sup> Insbesondere führt er zu einer Umkehr der Initiativlast: Um als Gegenleistung für seine Geldzahlungen das Eigentum zu erhalten, muss der Besteller notfalls den Rechtsweg beschreiten. Die Möglichkeit, ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben, wird durch seine während der Bauphase bereits erbrachten Zahlungen ausgehöhlt. Dies verkehrt das gesetzliche Regime des Werkvertrags, das auf der Idee einer wirtschaftlichen Vorleistung des Unternehmers aufbaut, im Grunde in sein Gegenteil.

Blickt man ins Ausland, so lässt sich konstatieren, dass die französische, niederländische und englische Baupraxis andere Wege gehen. Hier ist der Besteller im Rahmen eines Bauträgervertrages erst zu Zahlungen verpflichtet, nachdem er Eigentümer des Baugrundstücks geworden ist. Die Tatsache, dass sich Bau-

---

<sup>285</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

<sup>286</sup> Vgl. die Empfehlung 6 des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, der zufolge das Vormerkungsmodell des deutschen Bauträgervertrags keine ausreichende Sicherheit für den Besteller darstellt; abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>; vgl.



trägerprojekte gerade in den Niederlanden großer Beliebtheit erfreuen, ist immerhin ein Indiz dafür, dass eine solche Konstruktion auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten tragfähig ist. Eine Übernahme dieser ausländischen Konzeption ist daher durchaus eine überlegenswerte Variante, um die Interessen des Bestellers beim Bauträgervertrag in angemessener Weise zu schützen, ohne die Unternehmer unzumutbar zu belasten. Geregelt werden könnte dies in einem Musterklauselwerk, das speziell für Bauträgerverträge entworfen wird.

## **8. Absicherung von Subunternehmern**

Häufig werden bei der Durchführung eines Bauvorhabens Subunternehmer eingeschaltet. Wird der Generalunternehmer insolvent, so stellt sich die Frage, ob den Subunternehmern im Hinblick auf ihre noch offenen Forderungen ein Direktanspruch gegen den Auftraggeber des Generalunternehmers zustehen sollte. Nach deutschem Recht besteht ein solcher Direktanspruch bisher nicht.

Anders verhält es sich in Frankreich. Dort hat der Subunternehmer einen Direktanspruch gegen den Auftraggeber des Generalunternehmers. Dieser Anspruch erfährt aber in doppelter Hinsicht eine Beschränkung: Erstens ist er der Höhe nach auf die Forderung begrenzt, die der Generalunternehmer gegen seinen Auftraggeber wegen der vom Subunternehmer erbrachten Werkleistung hat. Zweitens kann der Auftraggeber dem Subunternehmer sämtliche Einwendungen entgegenhalten, die er dem Generalunternehmer entgegenhalten könnte. Leistet der Auftraggeber unmittelbar an den Subunternehmer, wird er im Verhältnis zum Generalunternehmer von seiner Geldschuld befreit. Auf diese Weise ist der Auftraggeber effektiv vor einer Doppelzahlung geschützt.

Zum einen wird auf diese Weise aber die Insolvenzmasse des Generalunternehmers geschmälert. Zum anderen hat sich dieses Instrument in Frankreich bisher nicht bewährt. In aller Regel läuft der Direktanspruch nämlich leer, weil der Auftraggeber für die vom Subunternehmer erbrachten Leistungen bereits Zahlungen an den Hauptunternehmer geleistet hat.

---

außerdem die Kritik von MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 50 ff. sowie von Thode, ZNotP 2004, 210.

Eine effektivere Lösung findet sich im schweizerischen Recht. Hier hat ein Bauunternehmer gegen den Eigentümer des Baugrundstücks selbst dann einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek, wenn er selbst nur Subunternehmer des Generalunternehmers ist und mit dem Eigentümer des Baugrundstücks gar keinen Werkvertrag geschlossen hat. Diese Regelung schützt zwar Subunternehmer in recht effektiver Weise, führt aber zu dem Problem, dass der Bauherr im Falle der Insolvenz des Generalunternehmers möglicherweise für eine Leistung doppelt zahlen muss.

Die schweizerische Lösung kann für einen Verbraucher im Extremfall den finanziellen Ruin bedeuten und ist daher abzulehnen. Sie wird auch in der Schweiz seit Langem heftig kritisiert. Die französische Regelung ist in ihren insolvenzrechtlichen Implikationen wohl hinnehmbar und im Übrigen ohnehin ungefährlich – wahrscheinlich aber auch ineffektiv. Darüber hinaus durchbricht sie den die deutsche Rechtsordnung beherrschenden Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse. Mit einem Direktanspruch des Subunternehmers gegen den Auftraggeber des Hauptunternehmers würde eine Versionsklage in das BGB integriert, die der historische Gesetzgeber bewusst abgelehnt hat.<sup>287</sup> Sollte sich der Gesetzgeber dennoch dazu entschließen, eine solche Regelung in Deutschland einzuführen, sollte ihre anschließende Anwendung zumindest genau beobachtet werden, um die Wirksamkeit dieser Maßnahme beurteilen zu können.

## **9. Einsatz alternativer Streitbeilegungsmethoden**

Bauprozesse sind als „Punktesachen“ häufig langwierig, mit erheblichen Sachverständigenkosten verbunden und im Ausgang mit beachtlichen Unsicherheiten behaftet. Zur Ergänzung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Verbrauchers kommt daher die Schaffung eines effektiven und besonders zügigen außergerichtlichen Verfahrens in Betracht, das die in anderen Branchen bekannten (unechten) Schiedsstellen-, Schlichtungs- oder Ombudsmannverfahren sachgerecht für Bau Streitigkeiten modifiziert. Im Vordergrund muss dabei eine möglichst rasche Klärung

---

<sup>287</sup> *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. II, S. 487. Die Rechtsprechung lehnt selbst im Rahmen ihrer großzügigen GoA-Rechtsprechung einen Direktanspruch des Subunternehmers gem. §§ 677 ff. BGB ab; vgl. bspw. BGH NJW-RR 2004, 81: „*Jedoch kommt in solchen Fällen eine Inanspruchnahme des Geschäftsherrn dann nicht in Betracht, wenn die Verpflichtung auf*

der tatsächlichen Zweifelsfragen stehen. Zu den Grundlinien einer angemessenen Konzeption eines solchen Verfahrens wird daher – neben der gebotenen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einer solchen Stelle – eine gewisse Nähe des Verfahrens zur schiedsgutachterlichen Klärung von Streitigkeiten oder doch zumindest eine enge Kooperation der Schieds- oder Schlichtungsstelle mit neutralen Sachverständigen gehören.<sup>288</sup>

Zunächst bietet sich eine differenzierte Verfahrenshandhabung von Bauprozessen mit dem Einsatz von ADR-Techniken an. In zahlreichen Land- und Oberlandesgerichten weist der Geschäftsverteilungsplan Bauprozesse speziellen Spruchkörpern zu. Diese verfügen über entsprechende Sachkompetenz auf der Richterbank.<sup>289</sup> Dort sollte regelmäßig nach Eingang der Klage und der Verteidigungsanzeige,<sup>290</sup> spätestens bei Eingang der Klageerwiderung die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfolgen. Nach Vorlage des Sachverständigengutachtens sollte ein Güte- bzw. Mediationstermin (§ 278 Abs. 2 ZPO) durchgeführt werden.<sup>291</sup> Es erscheint zudem denkbar, in Bauprozessen die Durchführung des Gutachtenverfahrens (im Sinne einer angeordneten Mediation) zur Prozessvoraussetzung zu machen.<sup>292</sup> Alternativ könnte den Zivilgerichten eine Befugnis zuerkannt werden, nach Eingang der Klageerwiderung die Durchführung eines Gutachtenverfahrens (einschließlich eines Schlichtungsversuchs) anzuordnen. Die Befugnis zur Aussetzung des Prozesses und zur Anordnung eines Gutachtenverfahrens könnte im Zusammenhang mit der Neuregelung der gerichtsnahen Mediation in die ZPO aufgenommen werden.<sup>293</sup>

Sofern der Ausbau gerichtsnaher bzw. vertraglicher Streitbeilegung angestrebt wird, ist auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit derartiger Stellen zu achten – wird

---

*einem mit einem Dritten wirksam geschlossenen Vertrag beruht, der Rechte und Pflichten des Geschäftsführers und insbesondere die Entgeltfrage umfassend regelt.“*

<sup>288</sup> Der niederländische Landesbericht hat aufgezeigt, dass Bauprozesse nicht zwingend von staatlichen Gerichten entschieden werden müssen. Vgl. zu diesen Fragen auch das Thesenpapier des Arbeitskreises VII des Deutschen Baugerichtstages e.V., abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/AK7.pdf>.

<sup>289</sup> Bedenkenswert erscheint auch die Besetzung der Spruchkörper mit fachkundigen Schöffen, vergleichbar der Kammer für Handelssachen.

<sup>290</sup> Dies bedeutet eine Vorverlegung der Einholung des Gutachtens.

<sup>291</sup> Zu notwendigen Erweiterungen der entsprechenden Vorschriften der ZPO vgl. Hess, Gutachten Mediation für den 67. Deutschen Juristentag (Erfurt), Rdn. 191 ff.

<sup>292</sup> Dafür auch Greger/Stubbe, Schiedsgutachten (2007), Rdn. 285 ff.

<sup>293</sup> Zur Notwendigkeit, ein Gesetz zur Förderung der Mediation zu erlassen, vgl. Hess, Gutachten Mediation für den 67. Deutschen Juristentag (Erfurt), These Nr. 1.

allein eine Entlastung der Justiz intendiert, haben alternative Streitbeilegungsformen keine wirklichen Erfolgsaussichten. Erwägenswert erscheint eine institutionelle Angliederung der Schlichtungsinstanzen bei den Architektenkammern. Rechtstatsächliche Untersuchungen zur alternativen Streitbeilegung haben ergeben, dass die Distanz der Schlichter zu den befassten Berufskreisen für den Erfolg der Einrichtungen ausschlaggebende Bedeutung hat.

### **III. Abschließende Würdigung und Fazit**

Ein Reformvorhaben im Bereich des privaten Bauvertragsrechts sollte nach alledem doppelspurig angelegt sein. Es erscheint einerseits sinnvoll, einige Sonderregelungen im BGB zu schaffen, insbesondere für Verbraucherbauverträge. Andererseits erscheint es geboten, für Verbraucherbauverträge ein spezielles Musterklauselwerk auszuarbeiten, das für Bauträgerverträge einen besonderen Teil umfassen könnte, der nur bei Bedarf Verwendung findet.

Zwar steht mit Teil B der VOB ein in der Praxis verbreitetes und bewährtes Vertrags- und Klauselwerk zur Verfügung. Indes ist zweifelhaft, ob die für das Vertragsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand als Auftraggeber und Bauunternehmern entwickelte VOB eine in allen Teilen für Verbraucherverträge sachgerechte Lösung enthält.<sup>294</sup> Zur Illustration sei exemplarisch auf folgende Punkte hingewiesen: Die VOB/B gehen im Grundsatz von einer Einheitspreisvereinbarung aus (vgl. § 2 Nr. 2). Dies entspricht aber gerade nicht dem Regelfall bei Verbraucherbauverträgen, die üblicherweise zu einem Pauschalpreis abgeschlossen werden. Darüber hinaus statuiert die VOB/B Fiktionen, die für einen Laien oft überraschend sein werden: Selbst wenn der Auftraggeber das Gebäude noch gar nicht nutzt, wird gem. § 12 Nr. 5 Abs. 1 die Abnahme 12 Werkstage nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung des Bauwerks fingiert. Dies erweist sich insbesondere deswegen als wenig angemessen, weil der Auftraggeber in einem solchen Fall durch bloße Untätigkeit seiner Gewährleistungsansprüche wegen sichtbarer Mängel sowie seiner Ansprüche wegen etwaig verwirkter Vertragsstrafen verlustig geht. Aber auch

---

<sup>294</sup> Dementsprechend hat sich der 1. Baugerichtstag gegen das AGB-Privileg der VOB/B im Rahmen der Verwendung für Verbraucherbauverträge ausgesprochen; vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

darüber hinaus bürden die VOB/B dem Auftraggeber zahlreiche Mitwirkungsobliegenheiten auf, wie es nach der gesetzlichen Systematik eigentlich nur bei Kaufleuten oder Unternehmern der Fall ist. Gem. § 15 Nr. 3 S. 5 kann bloße Untätigkeit sogar zur Fiktion eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses führen, ohne dass der Auftraggeber ausdrücklich auf diese Konsequenz hingewiesen worden ist. Wenig interessengerecht erscheint außerdem die Gefahrtragsregel in § 7 Nr. 1. Wenn der in dieser Regelung beschriebene Fall tatsächlich einmal eintritt, kann dies für einen Verbraucher schnell den finanziellen Ruin bedeuten. Für Verbraucherverträge eher passend scheint ein mustervertraglicher Hinweis auf die Möglichkeit einer Bauleistungs- oder Bauwesenversicherung, verbunden mit einer Bestimmung zur Kostentragung.<sup>295</sup> Die Verkürzung der Verjährungsfrist in § 13 Nr. 4<sup>296</sup> trifft ebenfalls Verbraucher besonders hart, weil diese nach einem Hausbau häufig nur ein sehr geringes oder überhaupt kein finanzielles Polster haben; ginge es nach den außerhalb des VOB-Privilegs geltenden Maßstäben, wäre die Klausel gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB ohne weiteres unwirksam. Schließlich finden sich in den VOB/B zahlreiche Regelungen, deren Anwendbarkeit bei Verbraucherbauverträgen von vornherein nicht in Betracht kommt. § 18 Nr. 2 bspw. betrifft ausschließlich Bauverträge, die von öffentlichen Behörden geschlossen werden. Die Überfrachtung eines Klauselwerks mit Regelungen, die für eine ganze Gruppe erfasster Verträge von Natur aus keinerlei Relevanz entfalten können, steht aber im Widerspruch zu dem Gebot, gerade für Verträge mit Verbrauchern transparente Regelungen aufzustellen.

Zahlreiche der soeben aufgezählten Klauseln sind nach deutschem AGB-Recht in Verbraucherverträgen freilich allenfalls dann wirksam, wenn Teil B der VOB ohne Modifikationen und Ergänzungen Vertragsbestandteil geworden ist. Da dies in der Praxis nur äußerst selten vorkommt, wirken sich die Unbilligkeiten also faktisch kaum aus. Dies ist aber kein Argument zur Verwendung der VOB/B in Verbraucherverträgen, sondern zeigt im Gegenteil die mangelnde Eignung dieser VOB-Klauseln für den Verbraucherverkehr. Der Zweck eines Musterklauselwerks besteht ja gerade

---

<sup>295</sup> Zur Wirksamkeit von Klauseln gewerblicher Auftraggeber, nach denen der Auftraggeber diese auf Kosten des Auftragnehmers abschließt, BGH BauR 2000, 1756.

<sup>296</sup> Freilich kann die Regelung der VOB/B auch zu einer Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist führen; dies ist aber nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber einen Baumangel im Verlauf des vierten Jahres nach Abgabe bemerkt. In allen anderen Fällen bedeutet die Einbeziehung der VOB/B eine Verkürzung der gesetzlich vorgesehenen Frist.

darin, die Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsparteien zu regeln. Es verliert somit jeglichen Sinn, wenn seine Regelungen keine Wirkung entfalten.

Eine Modifizierung der VOB/B in solch einer Weise, dass sie sowohl für Verträge zwischen der öffentlichen Hand und Bauunternehmen als auch für Unternehmer-Unternehmer-Verträge als auch für Verbraucherverträge eine interessengerechte Lösung anbietet, erscheint nicht möglich. So sind zahlreiche der eben erwähnten Klauseln im Unternehmerverkehr durchaus sinnvoll. Andere wiederum sind für Bauverträge der öffentlichen Hand, für die VOB ursprünglich konzipiert war, unerlässlich. Im Grunde bestätigt dies nur, was auf Anhieb einleuchtet: Es ist kaum vorstellbar, dass ein einziges Klauselwerk sowohl für Verträge zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen als auch für Unternehmer-Unternehmerverträge als auch für Verbraucherverträge eine interessengerechte Regelung trifft. Diese Sichtweise wird durch die rechtsvergleichende Untersuchung bestätigt: In den Niederlanden, wo die Verwendung von Musterverträgen nicht nur üblich ist, sondern auch von allen Seiten begrüßt wird, existieren für verschiedene Bauvertragstypen auch unterschiedliche Klauselwerke.

Es erscheint daher sinnvoll, für Verbraucherbauverträge einen eigenständigen Modellvertrag zu entwerfen, der den verschiedenen Interessen der Baubeteiligten gerecht wird.<sup>297</sup> In verfahrensmäßiger Hinsicht sollte an der Ausarbeitung solcher Musterverträge die betroffenen Verkerskreise, also Vertreter des Baugewerbes wie des Baunebengewerbes einerseits und der Verbraucher andererseits, aber auch neutrale Sachverständige beteiligt werden.

Ein solches Klauselwerk böte die Möglichkeit, die unter Punkt II formulierten Überlegungen nach näherer Prüfung und ggf. Fortentwicklung umzusetzen: (1) Aufstellung eines Abschlagszahlungsplans, der sich an objektiven Etappen des Baufortschritts orientiert; (2) Verpflichtung des Bauunternehmers, Fertigstellungs- und Gewährleistungssicherheiten beizubringen; (3) Einräumung eines pauschalisierten Zurückbehaltungsrechts für Mängel oberhalb der Unwesentlichkeitsschwelle; (4) Schaffung eines Rechts für Verbraucher, zur Beilegung von Streitigkeiten ein näher zu beschreibendes ADR-Verfahren zu wählen (5) Erstellung einer Anlage mit Musterbürgschafts- und Garantieverträgen.

Darüber hinaus sollte der Mustervertrag so abgefasst sein, dass er die Parteien über entsprechende Felder zu einer ausführlichen Leistungsbeschreibung anhält, um die Anzahl der um diese Frage kreisenden Streitigkeiten zu reduzieren.<sup>298</sup> Die Niederlande haben mit einem derart gestalteten Modellvertrag äußerst positive Erfahrungen gemacht.

Freilich sind auch die Regelungen der VOB/B zu übernehmen, die sich in der Praxis bewährt haben und im Verbraucherbereich interessengerecht erscheinen wie z.B. das einseitige Leistungsänderungsrecht, der Mangelbeseitigungsanspruch während der Bauphase sowie das Erfordernis einer Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlusszahlung. In Orientierung an den positiven schweizerischen Erfahrungen ist allerdings zu überlegen, den während der Bauphase bestehenden Mangelbeseitigungsanspruch durch ein Selbstvornahmerecht des Bestellers zu komplettieren.

Das Ziel, einem solchen Mustervertrag – nach einer gebotenen Erprobungsphase – die gewünschte Verkehrsgeltung zu verschaffen, wird zunächst durch eine angemessene Beteiligung der betroffenen Verkehrskreise befördert. Hinzu könnten geeignete Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit treten. Ferner ist zu erwägen, das derzeit unbeschränkte Privileg der VOB/B für Verbraucherverträge zu beseitigen. Umgekehrt könnte ein neuer Mustervertrag, soweit gemeinschaftsrechtlich zulässig, bei der AGB-Eingangs- und Inhaltskontrolle privilegiert werden.

Parallel zur Ausarbeitung eines solchen Modellvertrags kann der Gesetzgeber die Schaffung folgender Sonderregelungen prüfen: (1) Widerrufsrecht für Verbraucher mit einer kurzen starren Widerrufsfrist, sofern der Vertrag nicht der notariellen Form unterliegt und der Verbraucher bei den Verhandlungen oder dem Vertragsschluss nicht durch einen sachkundigen Unternehmer vertreten wird; (2) zeitlich befristete Beweislastumkehr in geeigneten Fällen bei der Baumängelhaftung zugunsten von Verbrauchern; (3) Verlängerung der in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB statuierten Gewährleistungsfrist für schwere Baumängel auf 10 Jahre ; (4) modifizierte Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 648a BGB auf die in seinem Abs. 6 Nr. 2 genannten

---

<sup>297</sup> Zur Frage, ob ein solcher Mustervertrag bei unveränderter Übernahme einer AGB-Kontrolle entzogen sein könnte, ist die Entscheidung des BGH im Verfahren Az. VII ZR 55/07 abzuwarten.

<sup>298</sup> Auch der Deutsche Baugerichtstag hat sich gegen die gesetzliche Statuierung einer genauen Baubeschreibungspflicht ausgesprochen; vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

Fälle; (5) falls überhaupt, dann allenfalls probeweise Einführung eines Direktanspruchs von Subunternehmern gegen den Auftraggeber des Generalunternehmers mit den unter Punkt II.8 genannten Beschränkungen; (6) Einbindung bestimmter ADR-Techniken in die vor staatlichen Gerichten geführten Bauprozesse.



## Anhang 1: Länderbericht Deutschland<sup>299</sup>

### A. Grundfragen

#### I. Systematik des Vertragsrechts

##### 1. Gibt es in der Rechtsordnung Ihres Landes spezielle vom Gesetzgeber geschaffene oder von der Rechtsprechung entwickelte Regelungen für Bauverträge?

- Wenn ja: Welche? Wie ist darin der Bauvertrag definiert? Sind verschiedene Bauvertragstypen vorgesehen?
- Wenn nein: Welchen Regelungen unterliegt der Bauvertrag?

**Hinweis:** An dieser Stelle ist eine Auflistung der entsprechenden Regelungen ausreichend. Inhaltliche Details bilden den Gegenstand von Teil B des Fragebogens.

Im deutschen Recht unterliegt der Bauvertrag den allgemeinen Regelungen über den Werkvertrag. Diese finden sich in den §§ 631 ff. BGB. Dort wird nicht zwischen verschiedenen Bauvertragstypen unterschieden, es finden sich aber immerhin vereinzelt spezielle Regelungen für Bauverträge (§§ 634a Abs. 1 Nr. 2, 648, 648a BGB).

Für Bauträgerverträge<sup>300</sup> sind neben dem Werkvertragsrecht insbesondere die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen (AbschlagsV) sowie die Verordnung über die Pflichten der Makler-, Darlehens- und Anlagenvermittler, Bauträger und Baubetreuer (Makler- und Bauträgerverordnung – MaBV) zu beachten.

---

<sup>299</sup> Dieser Länderbericht versteht sich nicht als Kommentierung des deutschen Bauvertragsrechts, sondern verfolgt vielmehr den Zweck, die grundlegenden Strukturen des deutschen Rechts im rechtsvergleichenden Kontext zu verdeutlichen. Er orientiert sich an dem Fragebogen, der den ausländischen Kooperationspartnern als Diskussionsgrundlage übersandt worden ist.

<sup>300</sup> Das kaufrechtliche Element der Bauträgerverträge soll hier nicht weiter behandelt werden.

## 2. Sind die genannten Regelungen dispositiver oder zwingender Natur?

Die werkvertraglichen Regelungen des BGB sind grundsätzlich dispositiver Natur.<sup>301</sup> Abweichende Vertragsbestimmungen stehen freilich unter dem Vorbehalt der AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB.

Die Regelungen der MaBV sind hingegen öffentlich-rechtlicher Natur und als Gewerberecht vom Bauträger zwingend bei der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung zu beachten.<sup>302</sup> Vertragliche Regelungen, die in Widerspruch zu den in der MaBV statuierten Verboten stehen, sind gem. § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtig. Ein Verstoß gegen die Vorschriften der MaBV kann außerdem gem. § 18 MaBV als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

## II. Staatlicher Verbraucherschutz

### 1. Sieht das Rechtssystem Ihres Landes im Bereich des privaten Baurechts Sonderregelungen für Bauverträge vor, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden (Verbraucherbauverträge)?

- Wenn ja: Welche? Eine Auflistung der Regelungen ist an dieser Stelle ausreichend.
- Wie genau ist der persönliche und sachliche Anwendungsbereich dieser Normen bestimmt?

**Hinweis:** Falls es in Ihrem Land kein spezielles Bauvertragsrecht gibt, sind hier spezielle Verbraucherschutznormen in dem Regelungsbereich von Interesse, dem der Bauvertrag unterfällt.

Sonderregelungen für Verbraucherbauverträge existieren in der deutschen Rechtsordnung bisher nur sehr punktuell, so in § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB. Mit dem geplanten Forderungssicherungsgesetz soll in § 632a Abs. 3 BGB eine weitere Verbraucherschutznorm eingeführt werden.<sup>303</sup> Im Gegensatz zum Kaufvertragsrecht enthält das Werkvertragsregime, dem der Bauvertrag unterfällt, jedoch keinen spe-

---

<sup>301</sup> Eine Ausnahme stellt § 639 BGB dar.

<sup>302</sup> Thode, Immobilienrecht 2000, 267, 283 ff.; MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 41 ff.

<sup>303</sup> Vgl. den Gesetzentwurf in BT-Drs. 16/511 vom 2. Feb. 2006, S. 5.

ziellen Abschnitt zum Verbraucherschutz. Vor diesem Hintergrund hat der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ empfohlen, im Zuge anstehender Reformen des Werkvertragsrechts zwingende Verbraucherschutznormen zu schaffen.<sup>304</sup>

Allgemeine zwingende Schutzregelungen, die im Bauvertragsrecht in zunehmendem Maße eine wichtige Rolle spielen, sind die Normen zur AGB-Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle in den §§ 305 ff. BGB.

## **2. Sind die genannten Regelungen dispositiver oder zwingender Natur?**

Die Regelungen zur AGB-Kontrolle sowie § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB sind zwingender Natur.

### **III. Privatautonome Vertragsgestaltung**

#### **1. Gibt es Vertragsmuster oder Modell-AGB, die speziell für Verbraucherbauverträge oder zumindest allgemein für Bauverträge entworfen worden sind?**

In Bauverträgen wird häufig auf Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Bezug genommen. Dabei handelt es sich um ein Klauselwerk, das von dem deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen entwickelt worden ist und regelmäßig aktualisiert wird. Diesem Ausschuss gehören sowohl Vertreter der öffentlichen Hand als auch Vertreter der Wirtschaft an.<sup>305</sup>

Die VOB besteht aus drei Teilen. Teil A hat für private Bauverträge keinerlei Relevanz, da er ausschließlich die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand betrifft. Teil C enthält „*Allgemeine technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen*“.<sup>306</sup> Er kann somit insbesondere bei der Frage, ob das Bauwerk einen Mangel aufweist, Bedeutung entfalten. Teil B ist für die vorliegende Studie der mit Abstand beachtenswerteste Teil: Er regelt – teilweise in Abweichung vom

---

<sup>304</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 19, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf); auf die inhaltlichen Vorschläge wird im jeweiligen Zusammenhang eingegangen.

<sup>305</sup> Genauere Informationen über den Ausschuss und dessen Arbeit finden sich unter <http://www.bmvbs.de/dokumente/-,302.4158/Artikel/dokument.htm>

<sup>306</sup> Zumindest dem 4. und 5. Abschnitt von Teil C kommt vertragsrechtlicher Charakter zu; vgl. BGH NJW-RR 2004, 1248, 1249 sowie allgemein MESSERSCHMIDT/VOIT/Schwenker, Privates Baurecht, München 2008, Teil F Rn. 31 ff.

allgemeinen Werkvertragsregime – die Rechte und Pflichten der Vertragspartner nach Vertragsschluss.

Wird dieses Klauselwerk von einer Seite in den Vertrag eingeführt, so handelt es sich der Natur nach um allgemeine Geschäftsbedingungen, die grundsätzlich einer Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterliegen<sup>307</sup> (zum AGB-Kontrollprivileg vgl. sogleich unter Punkt 4.).

## **2. Finden diese Musterverträge bzw. Modell-AGB in der Praxis Anwendung?**

In der weit überwiegenden Anzahl der Bauverträge wird die Geltung der VOB/B vereinbart. Gem. § 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B gelten dann auch die Regelungen von Teil C, sofern dies wirksam vereinbart wurde, sei es nach allgemeinem Vertragsrecht im Unternehmerverkehr, sei es unter Beachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB bei Verwendung gegenüber Nichtunternehmern.<sup>308</sup>

## **3. Müssen die Modell-AGB, um Wirkung zu entfalten, dem Verbraucher bei Vertragsschluss in toto vorgelegt werden, oder ist eine Einbeziehung bestimmter Klauseln durch bloßen Hinweis auf deren Existenz möglich?**

Aufgrund ihres AGB-Charakters<sup>309</sup> werden die VOB nur dann wirksam in einen Verbraucherbaupvertrag einbezogen, wenn sie dem Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss im Wortlaut vorliegen (vgl. § 305 Abs. 2 BGB). Anders verhält es sich freilich bei einem Vertrag zwischen zwei Unternehmern, die sich in der Baubranche auskennen: Hier greift gem. § 310 Abs. 1 BGB die Einbeziehungskontrolle des §

---

<sup>307</sup> In der Baupraxis ist im reinen Unternehmerverkehr aber stets sorgfältig zu prüfen, ob die AGB-Kontrolle wirklich greift. Da die VOB/B sowohl die Auftraggeber- als auch die Auftragnehmerinteressen berücksichtigen, kann es durchaus vorkommen, dass beide Seiten aus eigenem Entschluss heraus die Verwendung der VOB/B anstreben. In solch einem Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Seite der anderen die VOB/B bei Vertragsschluss gestellt hat. Dann aber scheidet eine Anwendung der §§ 305 ff. BGB aus. Vgl. bpsw. WERNER/PASTOR/Werner, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1007.

Anders verhält es sich jedoch bei Verbraucherbaupverträgen. Gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, sie werden durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt. Letzteres ist in aller Regel nicht der Fall.

<sup>308</sup> Die technischen Regeln in Abschnitt 2 und 3 der VOB/C können freilich auch ohne Einbeziehung insoweit Wirkung entfalten, als der Unternehmer ohnehin gem. §§ 631 Abs. 1 i.V.m. 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB ein Werk schuldet, das den Allgemeinen Regeln der Technik entspricht. Soweit also die in Abschnitt 2 und 3 der VOB/C aufgeführten Regeln mit den Allgemeinen Regeln der Technik identisch sind, ist die vertragliche Einbeziehung irrelevant. Entscheidend bleibt die Frage der Einbeziehung aber für die vertragsrechtlichen Abschnitte 4 und 5 der VOB/C sowie die übrigen Regeln, die von den Allgemeinen Regeln der Technik abweichen. Vgl. dazu MESSERSCHMIDT/KAPPELLMANN/von Rintelen, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 1 VOB/B Rn. 19 ff.

<sup>309</sup> S. aber Fn. 307 sowie die entsprechende Passage im Text.

305 Abs. 2 BGB nicht, so dass in aller Regel ein Hinweis auf die beiden Seiten bekannte VOB/B genügt.

#### **4. Unterliegen diese Musterverträge bzw. Modell-AGB einer Inhaltskontrolle nach dem Gesetz, das die Klauselrichtlinie (Richtlinie EG 93/13) umsetzt?**

- Wenn ja: In welchen Punkten bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Musterklauseln?

Sofern die VOB/B bei Vertragsschluss von einer Seite der anderen Vertragspartei gestellt wurden,<sup>310</sup> unterliegen sie grundsätzlich einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Welche Klauseln vor diesem Hintergrund bedenklich erscheinen bzw. unwirksam sind, wird im Folgenden im jeweiligen Zusammenhang erläutert. Als Beispiel soll hier zumindest die Abnahmefiktion in § 12 Nr. 5 VOB/B angeführt werden (ausführlich dazu unten S. 172 ff.).

Die Rechtsprechung sieht von einer Inhaltskontrolle am Maßstab des früheren AGBG jedoch dann ab, wenn der Vertrag auf das gesamte Regelwerk der VOB/B ohne Einschränkung und ohne Modifizierung Bezug nimmt.<sup>311</sup> Bislang ungeklärt ist allerdings die Frage, ob diese Privilegierung unter dem neuen Schuldrecht vollumfänglich aufrechterhalten wird oder nur noch die in § 308 Nr. 5 BGB (Erklärungsfiktion) und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB (Verjährungsverkürzung) ausdrücklich erwähnten Klauseln der VOB betrifft.<sup>312</sup> Unabhängig von dieser Frage ist zumeist aber schon deswegen eine Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB vorzunehmen, weil in der Praxis die VOB/B nur selten unverändert Verwendung findet.<sup>313</sup>

Darüber hinaus stellt sich die grundsätzliche Frage, inwieweit eine Privilegierung der VOB/B europarechtskonform ist. Es ist durchaus zweifelhaft, ob die speziellen Privilegierungstatbestände der §§ 308 Nr. 5 und 309 Nr. 8 b) ff) BGB mit der Klauselrichtlinie vereinbar sind. Geht man davon aus, dass die Richtlinie nur eine enge Kompensation durch sachlich zusammenhängende Klauseln, nicht jedoch eine weite Kompensation im Sinne einer Gesamtbetrachtung der Klauselwerks

---

<sup>310</sup> Bei Verbraucherbauverträgen ist hier § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB zu beachten; s. außerdem Fn. 307.

<sup>311</sup> BGH, BauR 2004, 668.

<sup>312</sup> Das KG geht davon aus, dass sich durch die Schuldrechtsreform nichts geändert hat, NZBau 2007, 584, 586. Es hat aber die Revision zugelassen. Derzeit ist das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 anhängig.

<sup>313</sup> Als bedeutender Einschnitt ist daher die Entscheidung BGH, BauR 2004, 668 anzusehen, die die Privilegierung auf die Fälle einer völlig unveränderten Übernahme der VOB/B beschränkt hat. Vgl. dazu bspw.; WERNER/PASTOR/Werner, Der Bauprozess, 8. Aufl. Köln 2008, Rn. 1021.

ermöglicht,<sup>314</sup> erscheint die deutsche Regelung bedenklich.<sup>315</sup> Der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ zieht gänzlich in Zweifel, dass die VOB/B bei Verwendung gegenüber Verbrauchern zu ausgewogenen Bauverträgen führt. Er hat in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts die Privilegierung der VOB/B als massive Verbraucherbenachteiligung bezeichnet.<sup>316</sup> Auch der 1. Baugerichtstag hat sich für das Gebiet der Verbraucherbauverträge gegen das Kontrollprivileg der VOB/B ausgesprochen.<sup>317</sup>

## B. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes

**Hinweis:** Falls es in Ihrem Land keinen speziellen Verbraucherschutz im Bereich des privaten Baurechts gibt, können Sie zur Bearbeitung des folgenden Teils das Wort „Verbraucher“ jeweils durch „Auftraggeber“ und das Wort „Verbraucherbauvertrag“ jeweils durch „Bauvertrag“ ersetzen.

### I. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss

#### 1. Formerfordernisse

- Sind bei Abschluss eines Verbraucherbauvertrags bestimmte Formerfordernisse zu beachten? Wenn ja: Zu welchem Zweck?

Für den Abschluss von Bauverträgen sieht das deutsche Recht grundsätzlich keine Formerfordernisse vor. Ist Gegenstand des Vertrages neben der Errichtung eines Gebäudes aber auch die Übertragung von Grundstückseigentum (Bauträger-

---

<sup>314</sup> So *Pfeiffer* in GRABITZ/HILF, Das Recht der Europäischen Union, München Stand Okt. 2007, Bd. IV, A 5, Art. 4 RL (EWG)93/13, Rn. 16 f.; *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern und die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 66 ff.; a.A. KG, NZBau 2007, 584, 586. Das KG hat aber die Revision zugelassen. Derzeit wird das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 geführt. Zur Klärung der Frage erscheint eine Vorlage an den EuGH geboten.

<sup>315</sup> *Gebauer*, BauR 2004, 1843 ff., 1848; *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern und die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 81; a.A. KG, NZBau 2007, 584, 586. Das KG hat aber die Revision zugelassen. Derzeit wird das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 geführt.

<sup>316</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 4; abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>317</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

vertrag), so bedarf der gesamte Vertrag gem. § 311b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung.<sup>318</sup>

## **2. Mindestinformationen**

### **a. Unterliegt der Unternehmer einer Pflicht oder Obliegenheit, den Verbraucher vor Vertragsabschluss über bestimmte Punkte zu informieren?**

Für Bauverträge statuiert die deutsche Rechtsordnung keine spezifischen vorvertraglichen Informationspflichten. Lediglich bei Bauträgerverträgen ist die gewerberechtliche Vorschrift des § 11 Abs. 3 MaBV<sup>319</sup> zu beachten.

Da kritisiert wird, dass die aktuelle Rechtslage dazu führe, dass Verbraucher Bauverträge häufig auf einer unzureichenden Informationslage abschließen, hat der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht aus Freiburg vorgeschlagen, den Unternehmer, der auch wesentliche Teile der Bauplanung zu leisten hat, dazu zu verpflichten, den Besteller vor Vertragsabschluss über die zu erbringenden Bauleistungen eindeutig und erschöpfend in schriftlicher Form zu informieren. Nach dem Vorschlag des Freiburger Arbeitskreises soll der Verbraucher den Bauvertrag innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss widerrufen können, wenn diese Informationspflicht verletzt wird.<sup>320</sup> Die Notwendigkeit einer solchen Regelung hat der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts noch einmal unterstrichen.<sup>321</sup>

---

<sup>318</sup> *Schoofs/Hafkesbrink*, Bauvertrag und Bauprozess, Köln u.a. 2007, Rn. 37; MESSERSCHMIDT/VOIT/*von Rintelen*, Privates Baurecht, München 2008, § 631 BGB Rn.42; s. allgemein zum Bauträgerrecht *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. Köln u.a. 2005; *Hansen/Nitschke/Brock*, Bauträgerrecht, Neuwied 2006; MESSERSCHMIDT/VOIT/*Wagner*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E.

<sup>319</sup> Wie bereits erwähnt, ist die MaBV nicht zivilrechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Natur.

<sup>320</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 5 Abs. 2, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>321</sup> S. Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 5, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

**b. Gibt es Mindestanforderungen für den Inhalt eines Verbraucherbaupflichtvertrags, insbesondere im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung und Preistransparenz?**

- Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn diese Mindestanforderungen nicht eingehalten werden?
- Falls es solche Mindestanforderungen nicht oder kaum gibt: Stellt sich in der Praxis – wie in Deutschland – das Problem unzureichender Leistungsbeschreibungen? Falls nicht: Wieso nicht?

Besondere Mindestanforderungen für den Inhalt von Baupflichtverträgen sieht das Gesetz nicht vor. Aus den allgemeinen Vertragslehren folgt freilich, dass die *essentialia negotii* Gegenstand der Vereinbarung geworden sein müssen. Die daraus resultierenden Anforderungen sind aber gering. Nur wenn die Leistungsbeschreibung so lückenhaft oder gar in sich widersprüchlich ist, dass die geschuldete Leistung durch Auslegung nicht ermittelt werden kann, fehlt es an den *essentialia negotii*. Eine solche Annahme ist auf außergewöhnliche Sonderfälle beschränkt. In der Praxis liegt das eigentliche Problem zumeist eher darin, dass die Leistungsbeschreibung zwar nicht völlig unzureichend – da einer konkretisierenden Auslegung zugänglich –, aber immerhin so unklar ist, dass ein kostspieliger Streit um das Ergebnis der Auslegung entsteht.<sup>322</sup>

Vor diesem Hintergrund hat sich der 1. Deutsche Baugerichtstag mit der Frage beschäftigt, ob eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen „aus einer Hand“ in das BGB aufgenommen werden sollte. Mit knapper Mehrheit hat er dies abgelehnt, zugleich jedoch empfohlen, Regelungen in anderen EU-Ländern auf mögliche Lösungen des beschriebenen Problems hin zu untersuchen.<sup>323</sup>

**3. Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen**

- Hat der Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen oder grundsätzlich innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Vertragsschluss die Möglichkeit, sich wieder vom Vertrag zu lösen (Widerrufsrecht,

---

<sup>322</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/von Rintelen, Privates Baurecht, München 2008, § 631 BGB Rn. 60; Thode, ZNotP 2004, 131.

<sup>323</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.



Rücktrittsrecht oder sonstiges Vertragsauflösungsrecht zu dem Zweck, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn niemals ein Vertrag geschlossen worden wäre)?

Abgesehen von besonderen Situationen, wie z.B. dem täuschungsbedingten Vertragsschluss, hat der Verbraucher keine Möglichkeit, sich solch einer Weise vom Vertrag zu lösen, dass der Zustand wiederhergestellt wird, der bestünde, wenn niemals ein Vertrag geschlossen worden wäre. Da mit den in Bauverträgen in aller Regel vorgesehenen Abschlagszahlungen kein Zahlungsaufschub verbunden ist, sondern die gesetzlich vorgesehene Fälligkeit zeitlich nach vorne verlegt wird, greift auch nicht das speziell für Teilzahlungsgeschäfte vorgesehene Widerrufsrecht.<sup>324</sup> Es gibt allerdings den Vorschlag, *de lege ferenda* Verbrauchern nach Abschluss eines Bauvertrages ein Widerrufsrecht i.S.v. § 355 BGB zu gewähren.<sup>325</sup>

#### **4. Andere funktional äquivalente Regelungen**

- Sieht das Rechtssystem Ihres Landes andere Regelungen vor, die den Zweck verfolgen, den Verbraucher vor einem übereilten Vertragsschluss ohne ausreichende Informationen zu schützen?

Nein.

## **II. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung**

### **1. Finanzströme und Sicherheiten**

#### **a. Zeitpunkt der Werklohnzahlung**

- (1) Zu welchem Zeitpunkt hat der Verbraucher den Werklohn zu zahlen?  
Insbesondere: Hat der Verbraucher bereits vor oder während der Erstellung des Bauwerks einen Teil des Werklohns oder sogar den gesamten**

---

<sup>324</sup> BGHZ 165, 325.

<sup>325</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 6, wenngleich an dieser Stelle nur als Sanktion für die Verletzung von Informationspflichten angedacht. Die Stellungnahme ist abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf)

### **Werklohn an den Unternehmer zu leisten (Voraus- bzw. Abschlagszahlungen)?**

Gem. § 641 Abs. 1 BGB hat der Verbraucher den Werklohn grundsätzlich erst nach Abnahme des Werkes zu entrichten (s. ausführlich zur Abnahme unten S. 172).<sup>326</sup>

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz statuiert § 632a BGB. Dieser Norm zufolge kann der Unternehmer für in sich abgeschlossene Werkteile eine Abschlagszahlung verlangen, sobald er die entsprechende vertragsmäßige Leistung erbracht hat. Dieser Anspruch setzt allerdings voraus, dass der Besteller Eigentum an dem Teilwerk erhält oder dass ihm hierfür zumindest eine entsprechende Sicherheit geleistet wird.

In der Praxis ist diese Norm bisher wenig hilfreich. Das Problem resultiert aus der erforderlichen Abgeschlossenheit des Werkteiles, für den die Abschlagszahlung verlangt wird. Es herrscht große Unsicherheit darüber, wann dieses Kriterium erfüllt ist. Nach einer restriktiven Auffassung soll ein Werkteil nur dann in sich abgeschlossen sein, wenn er für den Besteller bereits selbstständig nutzbar ist oder wenn die verbleibenden Restleistungen im Geschäftsverkehr häufig als Teilleistung vergeben werden. Bei der Errichtung eines Gebäudes dürfte dies bspw. auf den fertiggestellten Rohbau zutreffen.<sup>327</sup> Bei anderen Zwischenstadien führt das Merkmal der Abgeschlossenheit hingegen zu Unklarheit.<sup>328</sup>

Um den Bedürfnissen der Praxis künftig besser Rechnung zu tragen, ist derzeit geplant, das Merkmal der Abgeschlossenheit zu streichen.<sup>329</sup> Stattdessen soll es künftig ausreichen, wenn der Unternehmer die erbrachten Leistungen in einer prüfbareren Aufstellung nachweist. Im Zuge der angestrebten Reform soll in § 632a BGB zugleich klargestellt werden, dass eine Abschlagszahlung nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden darf. Wegen solcher Mängel soll der Besteller lediglich das Doppelte der Summe, die zur Beseitigung des Mangels

---

<sup>326</sup> Die Erstellung einer Rechnung ist nach herrschender Meinung hingegen keine Fälligkeit voraussetzung. Vgl. dazu ausführlich unten S. 175. Unbestritten ist demgegenüber, dass die Erstellung einer Schlussrechnung Fälligkeit voraussetzung ist, wenn die VOB/B Vertragsbestandteil geworden sind. Vgl. § 16 Nr. 3 VOB/B; siehe dazu INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Nr. 3, Rn. 8.

<sup>327</sup> Vgl. Palandt/*Sprau*, 67. Aufl. München 2008, § 632a Rn. 5.

<sup>328</sup> Vgl. die Beispiele bei WERNER/PASTOR/Werner, *Der Bauprozess*, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1218a, der sich allerdings gegen eine restriktive Betrachtung ausspricht.

<sup>329</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Februar 2006, BT-Drs. 16/511, S. 1, 5, 15.

erforderlich ist, zurückbehalten dürfen. Auf diese Weise wird § 632a BGB den Regelungen der VOB/B angeglichen (siehe dazu sogleich folgen Unterpunkt (2)).

Zu guter Letzt sei auf eine Besonderheit bei Bauträgerverträgen hingewiesen: § 3 Abs. 1 MaBV statuiert bestimmte gewerberechtliche Bedingungen, die erfüllt sein müssen, bevor der Unternehmer vom Auftraggeber Geld entgegennehmen darf. Praktische Relevanz entfalten diese Vorschriften aber in erster Linie, wenn vertraglich ein Ratenzahlungsplan vereinbart ist (daher ausführlich dazu sogleich unter Punkt (2)).

**(2) Falls derartige Voraus- oder Abschlagszahlungen gesetzlich nicht vorgesehen sind: Ist eine entsprechende Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers wirksam und üblich?**

Üblicherweise werden in der Praxis Regelungen vereinbart, die über die derzeitige Fassung von § 632a BGB hinausgehen.

Bei Vereinbarung der VOB/B hat der Unternehmer gem. § 16 Nr. 1 dieses Klauselwerkes das Recht, Abschlagszahlungen für erbrachte Leistungen zu verlangen. Voraussetzung ist zwar immer die Vorlage einer nachprüfbaren Abschlagsrechnung für die in Rechnung gestellte Teilleistung. Die Zeitabstände zwischen den einzelnen Abschlagsforderungen kann aber der Unternehmer nach seinem Ermessen festlegen.

In Abweichung von dieser Musterklausel wird der Praxis jedoch empfohlen, die Fälligkeit der Abschlagszahlungen mittels der Angabe des jeweils erforderlichen Baufortschritts bereits im Vertrag zu bestimmen.<sup>330</sup>

Für Bauträgerverträge sind Sonderregelungen in der MaBV zu beachten. Diese Verordnung schränkt über die Statuierung gewerberechtlicher Entgegennahmeverbote die Privatautonomie bei der Ausgestaltung von Abschlagszahlungen in dreifacher Weise ein: Eine Abschlagszahlungsvereinbarung in einem Bauträgervertrag<sup>331</sup> darf maximal sieben Raten vorsehen, muss die in der Verordnung vorgegebenen Zeitpunkte beachten und darf die dort genannten Ratenhöhen nicht

---

<sup>330</sup> INGENSTAU/KORBION/*Locher*, VOB-Kommentar, 16. Aufl., Neuwied 2007, § 16 Nr. 1 Rn. 16.

<sup>331</sup> Genau genommen handelt es sich bei Bauträgerverträgen, die sich an den MaBV orientieren, nicht um Abschlags-, sondern um Vorauszahlungen. Vgl. *Thode*, ZNotP 2006, 208 ; s. auch unten S. 181.

überschreiten (§ 3 Abs. 2 MaBV).<sup>332</sup> Jeder Verstoß gegen diese Vorgaben führt gem. § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Klausel und zur Anwendung des allgemeinen Werkvertragsrechts.<sup>333</sup> Außerdem begeht der Unternehmer, der die Vorgaben der Verordnung missachtet, eine Ordnungswidrigkeit gem. § 18 MaBV.

Um vor dem Hintergrund des nationalen AGB-Rechts keine Zweifel an der Wirksamkeit von Abschlagszahlungsklauseln aufkommen zu lassen, die den Vorgaben von § 3 Abs. 2 MaBV entsprechen, hat der deutsche Gesetzgeber eine solche Vertragsgestaltung mit der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen ausdrücklich von einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ausgenommen. Vereinzelt gibt es allerdings Stimmen, die die Vereinbarkeit einer solchen Vertragsgestaltung mit den Vorgaben der europäischen Klauselrichtlinie anzweifeln.<sup>334</sup>

Der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ hat in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts die Forderung aufgestellt, die Vorgaben, die für Bauträgerverträge bereits existieren, in ähnlicher Weise auf alle Verbraucherbauverträge zu erstrecken.<sup>335</sup> Der 1. Deutsche Baugerichtstag hat sich gegen eine solche Gesetzregelung ausgesprochen.<sup>336</sup>

**(3) Ist der Verbraucher einem Anspruch des Unternehmers auf Sicherheitsleistung für künftige Werklohnzahlungen ausgesetzt, bspw. auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek, oder können die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers eine solche Regelung vorsehen?**

- Wenn ja: Wie sind die entsprechenden Regelungen ausgestaltet?

---

<sup>332</sup> Die in der MaBV genannten Werte sind Maximalwerte; zur Frage, inwieweit neben den öffentlich-rechtlichen Regelungen der MaBV auf zivilrechtlicher Ebene das Äquivalenzgebot von Leistung und Gegenleistung zu beachten ist, s. SCHMIDER/WAGNER/LORITZ/Wagner, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen, 2. Aufl., Bd. 5, 6112 Rn. 93.

<sup>333</sup> BGH, NJW 2000, 818, 819 f.

<sup>334</sup> Thode, ZfIR 2001, 345; MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 80.

<sup>335</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 7, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>336</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>.

Gem. § 648 BGB kann der Unternehmer zur Sicherung seiner Werklohnforderung die Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ein solcher Anspruch setzt aber voraus, dass der Unternehmer zumindest eine Teilleistung erbracht hat. Außerdem ist die Hypothek der Höhe nach auf einen dieser Teilleistung entsprechenden Werklohnanspruch begrenzt. Die Fälligkeit dieses Teilanspruchs ist freilich nicht erforderlich.

Wesentlich weiter geht der später eingefügte § 648a BGB. Dieser gibt dem Unternehmer bereits vor Aufnahme der Bauarbeiten das Recht, eine Sicherheitsleistung für seine künftige Werklohnforderung zu verlangen. Macht der Unternehmer von diesem Recht Gebrauch, kann der Besteller bspw. durch die Beibringung einer Bankgarantie Sicherheit leisten. Weigert der Besteller sich hingegen, Sicherheit zu leisten, so hat der Unternehmer keine Möglichkeit die Bestellung einer Sicherheit gerichtlich durchzusetzen.<sup>337</sup> In einem solchen Fall räumt das Gesetz dem Unternehmer lediglich ein Leistungsverweigerungs- sowie Vertragsaufhebungsrecht mit anschließendem Schadensersatzanspruch ein. Bauträger können sich in aller Regel aber nicht auf § 648a BGB berufen.<sup>338</sup> Da ein Bauträger das Bauwerk auf seinem eigenen Grundstück errichtet, fehlt es ihm am erforderlichen Sicherungsinteresse.<sup>339</sup> Außerdem findet § 648a BGB keine Anwendung, wenn der Auftraggeber eine natürliche Person und Vertragsgegenstand die Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses ist.

§ 648a BGB soll durch das bereits erwähnte Forderungssicherungsgesetz<sup>340</sup> reformiert werden: Falls der Besteller die Sicherheit nicht innerhalb einer vom Unternehmer gesetzten Frist leistet, soll der Unternehmer künftig die Wahl haben zwischen der Kündigung und der Aufrechterhaltung des Bauvertrags. Entscheidet er sich für Letzteres, soll er künftig seinen Sicherheitsanspruch gerichtlich geltend machen können. Entscheidet er sich hingegen für die Kündigung, soll er künftig die vereinbarte Vergütung unter Abzug dessen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt, verlangen dürfen.

---

<sup>337</sup> BERG/VOGELHEIM/WITTLER/*Boisserée*, Bau- und Architektenrecht, Köln 2006, Rn. 850.

<sup>338</sup> MünchKomm/*Busche*, 4. Aufl. München 2005, § 648a BGB Rn. 5; *Pause*, NZBau 2002, 648, 650.

<sup>339</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Cramer*, Privates Baurecht, München 2008, § 648a BGB Rn. 10 unter Verweis auf § 648 BGB Rn. 29; INGENSTAU/KORBION/*Joussen*, VOB-Kommentar, Neuwied 2007, Anhang 2 Rn. 13.

<sup>340</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

Der Schutz des Bauunternehmers soll im Übrigen durch das Bauforderungssicherungsgesetz gewährleistet werden. Da dessen Regelungen jedoch für unzureichend erachtet werden, hat der 1. Deutsche Baugerichtstag empfohlen, Modelle des europäischen Auslands zur Sicherung des Unternehmers zu überprüfen.<sup>341</sup>

**(4) Wie lang ist die Verjährungsfrist der Werklohnforderung? Wann beginnt sie zu laufen? Durch welche Ereignisse tritt Hemmung oder gar Unterbrechung des Fristablaufs ein?**

Die Verjährungsfrist der Werklohnforderung beträgt gem. § 195 BGB 3 Jahre. Die Verjährung beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis erlangen müsste. Entstehungszeitpunkt des Anspruchs im Sinne dieser Norm ist der Fälligkeitszeitpunkt.<sup>342</sup> Gemäß § 641 Abs. 1 BGB wird der Werklohnanspruch mit der Abnahme des Werkes durch den Besteller fällig. Die Erstellung der Schlussrechnung ist nach herrschender Meinung keine Fälligkeitsvoraussetzung.<sup>343</sup>

Anders verhält es sich, wenn Teil B der VOB Vertragsbestandteil geworden ist. In diesem Fall setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs neben der Abnahme des Werkes stets die Aufstellung einer prüfbaren Schlussrechnung voraus.<sup>344</sup> Der Besteller ist grundsätzlich sogar erst dann zur Zahlung verpflichtet, wenn er die Schlussrechnung geprüft hat.<sup>345</sup> Ist das Werk durch den Besteller abgenommen, so wird der Werklohnanspruch aber unabhängig von der Frage, ob der Besteller die Rechnungsprüfung abgeschlossen hat, spätestens zwei Monate nach Zugang der Schlussrechnung fällig.<sup>346</sup>

---

<sup>341</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises I des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akl-neu.pdf>.

<sup>342</sup> Von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/von Kiedrowski, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 595; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB-Kommentar, 11. Aufl. Köln 2004, § 199 Rn. 3.

<sup>343</sup> Der BGH hat entschieden, dass die Fälligkeit im Sinne des Verjährungsrechts keine Rechnung voraussetzt, BGHZ 79, 176. Ausführlich dazu WERNER/PASTOR/Werner, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1368 ff. Allgemein zum Erfordernis einer Rechnung unten S. 175.

<sup>344</sup> Vgl. § 16 Nr. 3 VOB/B; s. dazu INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Nr. 3, Rn. 8.

<sup>345</sup> So weit will bei einem reinen BGB-Vertrag niemand gehen; kritisch aber Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B, 16. Aufl. Köln 2007, Rn. 323.

<sup>346</sup> Vgl. dazu KAPELLMANN/MESSERSCHMIDT/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 16 VOB/B Rn. 193.

Gem. § 212 BGB beginnt die Verjährung erneut, wenn der Schuldner den Anspruch anerkennt (Verjährungsunterbrechung). Die Umstände, unter denen die Verjährung gehemmt wird, werden in den §§ 203 ff. BGB aufgeführt. Wichtige Beispiele sind die Erhebung der Klage sowie die Aufnahme von Verhandlungen zwischen Schuldner und Gläubiger.

## **b. Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung**

### **(1) Setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs bzw. der Abschlagszahlungsansprüche voraus, dass der Verbraucher die Akzeptanz des fertig gestellten Bauwerks bzw. Bauwerkteils in irgendeiner Weise zum Ausdruck bringt (Abnahme oder ein funktionsäquivalenter Akt)?**

Gem. § 641 Abs. 1 BGB setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs die Abnahme des Bauwerks durch den Besteller voraus. Unter Abnahme ist dabei die körperliche Hinnahme unter Billigung des Werkes als vertragsgemäße Leistung zu verstehen.<sup>347</sup>

Dieses Abnahmeerfordernis besteht aber nur nach Fertigstellung des Gesamtwerkes, wenn der Unternehmer die nach etwaigen Abschlagszahlungen verbleibende Restforderung geltend machen will. Gem. § 632a BGB ist eine Abnahme für die Geltendmachung von Abschlagszahlungen hingegen nicht erforderlich (s. dazu ausführlich oben S. 166). Gleiches gilt nach § 16 Nr. 1 VOB/B.<sup>348</sup>

Falls dies der Fall ist:

- Kann die erforderliche Akzeptanz nur in ausdrücklicher Form oder auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden?

Die Abnahme kann auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Erforderlich ist ein Verhalten, in dem die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäß zum Ausdruck kommt.<sup>349</sup> Eine solche Billigung kann sich je nach den Umständen bspw. in der rügelosen Nutzung des Bauwerkes manifestieren.

---

<sup>347</sup> BGHZ 48, 257, 262; vgl. allgemein ENGLERT/MOTZKE/WIRTH/*Schalk*, Kommentar zum BGB Bauvertragsrecht, Neuwied 2007, § 640 Rn. 2.

<sup>348</sup> Vgl. allgemein zur Fälligkeit von Abschlagszahlungen BGH NJW 1979, 650, 651.

<sup>349</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Messerschmidt*, Privates Baurecht, München 2008, Rn. 128 ff.

- Sieht das Gesetz oder die Rechtsprechung in bestimmten Fällen eine Fiktion dieser Akzeptanz vor?

Das Werkvertragsrecht sieht zwei Abnahmefiktionen<sup>350</sup> vor.

Gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB wird eine Abnahme fingiert, wenn das Werk vollendet ist, keine wesentlichen Mängel aufweist, der Unternehmer dem Besteller eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und diese Frist verstrichen ist.

Die zweite Abnahmefiktion findet sich in § 641a BGB. Dieser Norm zufolge steht die von einem Gutachter erteilte Fertigstellungsbescheinigung der Abnahme gleich. In der Praxis wird diese Möglichkeit jedoch selten genutzt, weil die Fertigstellungsbescheinigung selbst dann nicht erteilt werden darf, wenn das Werk nur unwesentliche Mängel aufweist.<sup>351</sup> Da sich diese Regelung bisher nicht bewährt hat, soll sie im Zuge des im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Forderungssicherungsgesetzes<sup>352</sup> gestrichen werden.<sup>353</sup>

Ist Teil B der VOB wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so kommen zu den eben erwähnten Abnahmefiktionen zwei weitere hinzu.

Gem. § 12 Nr. 5(1) VOB/B wird die Abnahme fingiert, wenn das Werk fertiggestellt worden ist, es keine wesentlichen Mängel aufweist<sup>354</sup> und seit der schriftlichen Mitteilung über die Fertigstellung des Werkes 12 Werkzeuge verstrichen sind.

Gem. § 12 Nr. 5 (2) VOB/B wird eine Abnahme weiterhin dann fingiert, wenn der Besteller das Bauwerk 6 Werkzeuge lang genutzt hat. Es ist umstritten, ob die Abnahmereife des Bauwerks Grundvoraussetzung der Fiktion ist.<sup>355</sup>

---

<sup>350</sup> Vgl. zu der Frage, ob es sich bei den im Folgenden genannten Normen wirklich um eine gesetzliche Fiktion im eigentlichen Sinne handelt, *Motzke*, NZBau 2000, 489, 494.

<sup>351</sup> Von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 313; vgl. auch die frühe Kritik von *Thode*, NZBau 2002, 297, 303.

<sup>352</sup> Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>353</sup> Die Abschaffung dieser Norm hat bereits der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Instituts für Baurecht in Freiburg gefordert; vgl. dessen baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Empfehlung Nr. 15, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>354</sup> So die Rechtsprechung, die ein abnahmereifes Werk verlangt; vgl. BGH, NJW-RR 89, 979. In der Literatur ist diese Voraussetzung umstritten: dafür bspw. *INGENSTAU/KORBION/Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 12 Nr. 5 VOB/B Rn. 6 sowie *MESSERSCHMIDT/VOIT*, Privates Baurecht, München 2008, § 12 VOB/B Rn. 15, wo aber eine großzügige Sichtweise der Abnahmereife befürwortet wird, um die Abnahmefiktion des § 12 Nr. 5 VOB/B nicht zu entwerten; gänzlich gegen die Voraussetzung der Abnahmereife bspw. *KAPELLMANN/MESSERSCHMIDT/Havers*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 12 VOB/B Rn. 106.



Da dem in einen Verbraucherbaupvertrag einbezogenen Teil B der VOB in aller Regel AGB-Charakter hat (s. oben S. 160), verstoßen die darin enthaltenen Abnahmefiktionen grundsätzlich gegen § 308 Nr. 5 BGB und sind in Verbraucher-  
verträgen somit unwirksam. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt gem. § 308 Nr. 5 a.E. BGB allerdings dann, wenn Teil B der VOB ohne Veränderung in seiner Gesamtheit Vertragsbestandteil geworden ist. Wie bereits erwähnt, ist jedoch zweifelhaft, ob eine solche Privilegierung der VOB/B mit der europäischen Klauselrichtlinie vereinbar ist.<sup>356</sup>

- In welchen Fällen kann die Akzeptanz des Bauwerks verweigert oder zumindest unter Vorbehalt erklärt werden (bspw. bei Mängeln)? Was sind die Rechtsfolgen einer solchen eingeschränkten Akzeptanz?

Die Abnahme des Bauwerks kann verweigert werden, wenn das Bauwerk Mängel aufweist, die nicht lediglich unwesentlich sind. Die Unwesentlichkeitsschwelle ist in jedem Fall überschritten, sobald ein Mangel die Gebrauchsfähigkeit des Werkes beeinträchtigt.<sup>357</sup>

Erklärt der Besteller die Abnahme, so hat er im Hinblick auf ihm bekannte Mängel sowie im Hinblick auf verwirkte Vertragsstrafen einen Vorbehalt zu erklären, um insoweit seine Rechte zu wahren (vgl. § 640 Abs. 2 sowie § 341 Abs. 3 BGB; vgl. auch unten S. 198).

Die Erklärung eines Vorbehalts im Zeitpunkt der Abnahme erhält dem Besteller aber lediglich seine Mängelansprüche sowie seinen Anspruch auf etwaige verwirkte Vertragsstrafen (s. dazu auch im folgenden Unterpunkt). Im Übrigen treten die gewöhnlichen Rechtsfolgen der Abnahme ein: Fälligkeit des Werklohnanspruchs, Übergang von Leistungs- und Gegenleistungsgefahr, Beginn der Gewährleistungsfrist, Veränderung der Beweislast bezüglich Schlechterfüllung. Darüber, dass erstere und letztere Wirkung im Hinblick auf die vorbehaltenen Mängel nicht

---

<sup>355</sup> Vgl. dazu einerseits KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Havers*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 12 VOB/B Rn. 106 und andererseits INGENSTAU/KORBION/*Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 12 Nr. 5 VOB/B Rn. 6.

<sup>356</sup> Gegen die Vereinbarkeit spricht sich bspw. aus *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 81. Für die Vereinbarkeit KG, NZBau 2007, 584, 586. Das KG hat aber die Revision zugelassen. Derzeit ist das Verfahren beim BGH unter dem Az. VII ZR 55/07 anhängig. Vgl. außerdem oben S. 160.

<sup>357</sup> Vgl. grundsätzlich zum Kriterium der Unwesentlichkeit WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, Köln 2008, 12. Aufl. 2008, Rn. 1366.

eintreten, besteht weitgehende Einigkeit.<sup>358</sup> Ungeklärt ist dies allerdings für die an zweiter und dritter Stelle genannten Wirkungen, insbesondere den Beginn der Gewährleistungsfrist.<sup>359</sup>

- Muss zum Zeitpunkt der Akzeptanz ein Vorbehalt erklärt werden, damit eine etwaig verwirkte Vertragsstrafe weiterhin eingefordert werden kann? Wenn ja: Gilt dies auch im Falle einer Akzeptanzfiktion?

Ja (vgl. § 341 Abs. 3 BGB). Im Falle einer Abnahmefiktion gilt dies jedoch nur für die in der VOB/B vorgesehenen Abnahmefiktionen.<sup>360</sup>

**(2) Setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs bzw. der Abschlagszahlungsansprüche eine prüfbare Rechnung voraus? Falls nein: Kann der Verbraucher ohne prüfbare Rechnung in Verzug geraten?**

Gem. § 641 Abs. 1 BGB wird der Werklohnanspruch im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes fällig. Nach herrschender Meinung ist die Erteilung einer Schlussrechnung keine Fälligkeitsvoraussetzung.<sup>361</sup>

Nach einem Vorschlag des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg sollte die Fälligkeit der Werklohnforderung von der Erteilung der Schlussrechnung abhängig gemacht werden. Abgelehnt wird in dem Freiburger Vorschlag allerdings ausdrücklich das weitergehende Erfordernis einer „prüfbaren“ Rechnung.<sup>362</sup>

Selbst unter der aktuellen Rechtslage befindet sich der Besteller aber vor Erhalt der Schlussrechnung grundsätzlich nicht in Zahlungsverzug. Verzug setzt gem. § 286

---

<sup>358</sup> Zur Beweislastfrage s. bspw. BGH NJW-RR 1997, 339; vgl. dazu *Thode*, ZfBR 1999, 116, 120.

<sup>359</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 350.

<sup>360</sup> Staudinger/Jagmann (München 2004), § 341 BGB Rn. 41; Palandt/*Sprau*, 67. Aufl. München 2008, § 640 Rn. 13.; a.A. MESSERSCHMIDT/VOIT/*Messerschmidt*, Privates Baurecht, München 2008, § 640 BGB Rn. 312; WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 2276.

<sup>361</sup> Nachdem der BGH dies in einer früheren Entscheidung nur für die Fälligkeit im Sinne der Verjährungsvorschriften entschieden hatte, hat er dies in jüngerer Zeit in allgemeiner Form formuliert: BGH vom 24. Feb. 2002, NJW 2002, 1567, 1568 unter II.2; vgl. auch MÜCHKOMM/*Busche*, 4. Aufl. München 2005, § 641 Rn. 7; INGENSTAU/KORBION/*Locher*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Rn. 14. Für einen Überblick über frühere in die entgegengesetzte Richtung gehende OLG-Entscheidungen s. bspw. WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1370. Generell a.A. bspw. *Kapellmann/Langen*, Einführung in die VOB/B, 16. Aufl. Köln 2007, Rn. 315, 322.

<sup>362</sup> Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 10, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

Abs. 4 BGB nämlich ein Vertretenmüssen des Schuldners voraus. Kennt der Besteller mangels Schlussrechnung den exakten Rechnungsbetrag nicht, so kann ihm wegen des Ausbleibens der Zahlung aber auch kein Vorwurf gemacht werden.<sup>363</sup>

Als problematisch erweist sich hingegen § 641 Abs. 4 BGB. Dieser Norm zufolge hat der Besteller die in Geld festgesetzte Vergütung unabhängig vom Verzugseintritt ab dem Zeitpunkt der Abnahme mit einem Zinssatz von 4 % (vgl. § 246 BGB) zu verzinsen. Es gibt zwar verschiedene Ansätze, um diese Zinspflicht des Auftraggebers nicht vor Erhalt einer Schlussrechnung entstehen zu lassen.<sup>364</sup> Zwingend erscheinen all diese Konstruktionen jedoch nicht, und durch höchstrichterliche Rechtsprechung ist bisher keiner dieser Versuche abgesichert. Sollte man rechtspolitisch zu der Überzeugung gelangen, dass der Besteller vor Erhalt der Schlussrechnung keinem pauschalisierten Nutzungsherausgabeanspruch ausgesetzt sein soll, wäre daher zu erwägen, die Norm des § 641 Abs. 4 BGB allgemein oder zumindest für Verbraucherbauverträge zu modifizieren.

Ist Teil B der VOB Vertragsbestandteil geworden, so setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs die Vorlage einer prüfbaren<sup>365</sup> Schlussrechnung voraus (vgl. § 16 Nr. 3 VOB/B). Trotz dieser erschwerten Fälligkeitsvoraussetzung sieht das Klauselwerk keinen Anspruch auf Fälligkeitsszinsen vor. Stattdessen findet sich in § 16 Nr. 5 eine ausführliche Regelung für Verzugszinsen. Es besteht Einigkeit darüber, dass diese Zinsregelung abschließend ist und sogar die Regelung des § 641 Abs. 4 BGB über Fälligkeitsszinsen verdrängt.<sup>366</sup>

**(3) Hat der Verbraucher im Falle eines Baumangels das Recht, einen Teil der Werklohnforderung zurückzubehalten (in welcher Höhe)? Kann der Unternehmer dann seinerseits vor Durchführung der Nachbesserungsarbeiten**

---

<sup>363</sup> INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Rn. 14; Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, Privates Baurecht, München 2008, § 641 BGB Rn. 73 f.

<sup>364</sup> Messerschmidt will das Merkmal der *in Geld festgesetzten* Vergütung ablehnen, solange keine Schlussrechnung erstellt ist, MESSERSCHMIDT/VOIT/Messerschmidt, Privates Baurecht, München 2008, § 641 BGB Rn. 270; Busche rät dem Besteller, sich vor Erhalt der Schlussrechnung auf eine Einrede aus § 273 BGB zu beufen. Der Besteller habe nämlich seinerseits gegen den Unternehmer einen Informationsanspruch, der unter anderem auf Mitteilung und Aufschlüsselung der verbleibenden Werklohnhöhe gerichtet sei, MünchKomm/Busche, 4. Aufl. München 2005, § 641 Rn. 8.

<sup>365</sup> Dem Auftraggeber ist der Einwand fehlender Prüffähigkeit der Rechnung verwehrt, wenn er diesen nicht innerhalb von 2 Monaten nach Rechnungserhalt geltend macht; vgl. BGH, NZBau 2006, 783.

**Sicherheit für die künftige nach Mängelbeseitigung fällige Rest-werklohnforderung verlangen? Ist die Fälligkeit der Restwerklohnforderung davon abhängig, dass der Verbraucher im Anschluss an die Mängelbeseitigung das nachgebesserte Werk als Vertragserfüllung akzeptiert?**

Ist das Werk mangelbehaftet, so kann der Besteller gem. § 641 Abs. 3 BGB die Zahlung des Werklohns mindestens in Höhe des Dreifachen der Summe, die für die Mängelbeseitigung erforderlich ist, verweigern. Durch das Einbehalten eines Mehrfachen dessen, was zur Reparatur erforderlich ist, soll Druck auf den Werkunternehmer ausgeübt werden, um ihn zu einer schnellen Mängelbeseitigung zu bewegen.<sup>367</sup> Durch das Forderungssicherungsgesetz<sup>368</sup> soll aus dieser Mindestsumme eine Regelsumme werden, die das Doppelte der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten beträgt. Diese Kürzung des Druckzuschlags begegnet Kritik, weil der Druckzuschlag als wesentliches Element zur Durchsetzung des Mängelbeseitigungsanspruchs angesehen wird: Es bestehe die Gefahr, dass sich die Beseitigung von Mängeln unter der geplanten Neuregelung lange hinauszögere.<sup>369</sup>

Vor der Durchführung der Nachbesserungsarbeiten stehen dem Unternehmer die Rechte aus § 648a BGB zur Verfügung, d.h. er kann von dem Besteller für die Restwerklohnforderung eine Sicherheit verlangen. Wie bereits erwähnt, ist dieses Recht unter der aktuellen Rechtslage allerdings gerichtlich nicht durchsetzbar (s. oben S. 170 f.). Verweigert der Besteller die Sicherheitsleistung, so kann der Unternehmer den Werkvertrag in der Weise kündigen, dass er von der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung frei wird. Freilich steht ihm dann auch nur noch der um den durch den Mangel verursachten Minderwert gekürzte Restwerklohnanspruch zu.<sup>370</sup>

Zu bedenken ist dabei jedoch, dass § 648a BGB keine Anwendung findet, wenn der Auftraggeber eine natürliche Person ist und der Vertrag die Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses betrifft (s. oben S. 170 f.).

Nach der Mängelbeseitigung hat der Unternehmer einen Anspruch auf Zahlung des Restwerklohnes. Eine erneute Abnahme durch den Besteller ist nicht erforderlich.

---

<sup>366</sup> S. nur INGENSTAU/KORBION/Locher, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Rn. 21 m.w.N.

<sup>367</sup> Sogenannter „Druckzuschlag“; Vgl. BGH NJW 1982, 2494 f.

<sup>368</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>369</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 17 f., abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

**(4) Hat der Verbraucher das Recht, eine Gewährleistungssicherheit zu verlangen, um etwaige, später entstehende Gewährleistungsansprüche abzusichern?**

Ohne besondere Vereinbarung ist der Unternehmer nicht verpflichtet, dem Auftraggeber eine Gewährleistungssicherheit beizubringen. Selbst bei Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag besteht keine derartige Pflicht.

Freilich bleibt es den Parteien unbenommen, eine Pflicht zur Sicherheitsleistung zu vereinbaren. Ist dies der Fall und haben die Parteien darüber hinaus die VOB/B in den Vertrag einbezogen, so finden sich in § 17 dieses Regelungswerks Einzelheiten zum Sicherungszweck sowie zur Art und Weise der Sicherheitsleistung.

**(5) Wie ist der Verbraucher bei einer Stundenlohnvereinbarung gegen die Abrechnung nicht geleisteter oder nicht erforderlicher Arbeitsstunden geschützt?**

- Sonderproblem: Wird ein Anerkenntnis fingiert, wenn der Verbraucher während der Bauphase erstellte Stundenzettel nicht beanstandet?

Stundenlohnvereinbarungen werden bisweilen bei Bauverträgen, die auf Einheitspreisbasis abgeschlossen worden sind, getroffen, um die Vergütung für kleinere Zusatzleistungen zu regeln, die in dem ursprünglichen Vertrag noch nicht vorgesehen waren. In einem solchen Fall trägt die Beweislast für die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden grundsätzlich der Unternehmer. Hat der Auftraggeber aber einen Stundenzettel des Unternehmers abgezeichnet, so kehrt sich die Beweislast um.<sup>371</sup> Ein Anerkenntnis, die entsprechende Vergütung zu schulden, folgt aus der Unterschrift unter den Stundenzettel jedoch nicht.<sup>372</sup>

**(6) Wie wird im Falle einer Einheitspreisvereinbarung festgestellt, wie viele Einheiten für den Bau benötigt wurden?**

Im Regelfall führen der Auftraggeber und der Unternehmer eine gemeinsame Aufmaßnahme durch. Ohne besondere Umstände kommt den darin getroffenen Fest-

---

<sup>370</sup> S. dazu BGH, NJW 2004, 1525 f.

<sup>371</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2005, 169, 170.

<sup>372</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/von Kiedrowski, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 302; beachte in diesem Zusammenhang aber § 15 Nr. 3 letzter Satz VOB/B.

stellungen aber nicht der Charakter eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses zu.<sup>373</sup>

**(7) Falls Abschlagszahlungen gesetzlich vorgesehen sind oder privatautonom vereinbart werden können: Wie wird sichergestellt, dass der Verbraucher für seine Abschlagszahlung im jeweiligen Zahlungszeitpunkt einen Gegenwert erhält?**

**Orientierungshilfe:** Ist eine Abschlagszahlung nur geschuldet, wenn der bereits fertiggestellte Teil des Bauwerks, für den der Abschlag geleistet werden soll, in das Eigentum des Verbrauchers übergeht, oder wenn der Unternehmer eine entsprechende Sicherheit beibringt? Zu denken ist hier insbesondere an die rechtliche Lage bei solchen Verträgen, bei denen der Unternehmer ein Haus auf einem ihm gehörenden Grundstück errichtet und das Eigentum an dem Grundstück erst nach Fertigstellung des gesamten Bauwerks auf den Verbraucher überträgt (Bauträgervertrag).

Der Anspruch auf Abschlagszahlung für ein in sich abgeschlossenes Teilwerk gemäß § 632a BGB besteht nur, wenn dem Auftraggeber das Eigentum an dem Teilwerk verschafft oder ihm dafür zumindest Sicherheit geleistet wird.<sup>374</sup> Errichtet der Unternehmer das Werk auf einem Grundstück des Auftraggebers, ist diese Voraussetzung allerdings grundsätzlich erfüllt, weil das Eigentum an dem Bauwerk gem. § 946 i.V.m § 94 BGB zeitgleich mit dessen Errichtung auf den Besteller übergeht. Aus diesem Grunde erscheint es auch unproblematisch, dass § 16 Nr. 1(1) VOB/B dem Unternehmer einen Anspruch auf Abschlagszahlung einräumt, ohne diesen ausdrücklich vom vorherigen Eigentumsübergang bzw. von einer vorherigen Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Zwar kann gem. § 16 Nr. 1 (1) S. 3 VOB/B ein Abschlag sogar für Baustoffe verlangt werden, die noch gar nicht verbaut sind, sondern lediglich auf der Baustelle lagern. Für diesen Fall verlangt aber auch § 16 Nr. 1(1) VOB/B den vorherigen Eigentumsübergang oder zumindest eine entsprechende Sicherheitsleistung.

Allerdings wird kritisiert, dass aus einer angemessenen Verpflichtung zur Zahlung von Abschlägen in der Praxis rasch eine unangebrachte Vorleistungspflicht des

---

<sup>373</sup> BGH, BauR 2005, 94.

<sup>374</sup> In der durch das Forderungssicherungsgesetz angestrebten Neufassung von § 632a BGB soll dieses Erfordernis in der generellen Voraussetzung einer dem Besteller nicht mehr entziehbaren

Bestellers werden könne. Werde nur ein Pauschalpreis vereinbart, aus dem der Anteil der einzelnen Leistungen nicht ohne weiteres ersichtlich sei, so lasse sich für den Besteller nur schwer ermitteln, ob die geforderte Zahlung der bereits erbrachten Leistung entspreche. Dies könne dazu führen, dass Werkunternehmer den Besteller durch überhöhte Abschlagsforderungen in Vorleistung treten lassen würden.<sup>375</sup> Die Versuche, Verbraucher zu Vorleistungen zu verpflichten, seien in der Praxis jedenfalls durchaus verbreitet.<sup>376</sup> Das Problem der Vorleistungen unter dem Deckmantel von Abschlagszahlungen versucht<sup>377</sup> der für Bauträgerverträge geltende § 3 Abs. 2 MaBV durch die Festsetzung maximaler Prozentsätze<sup>378</sup> für bestimmte Teilleistungen zu verhindern (s. dazu bereits oben S. 37). Für andere praxisrelevante Vertragsarten wie den Generalunternehmervertrag fehlen derartige Regelungen jedoch in Deutschland.

Abgesehen von dieser Kritik erscheinen vor allem Bauträgerverträge problematisch, weil der Unternehmer hierbei das Werk auf einem in seinem Eigentum befindlichen Grundstück errichtet. Für diese Verträge gilt aber die soeben erwähnte gewerberechtliche Sonderregelung in § 3 MaBV.<sup>379</sup> Dessen Abs. 1 zufolge darf der Unternehmer Geld vom Auftraggeber nur dann entgegennehmen, wenn ein Notar die Wirksamkeit des Bauvertrags schriftlich bestätigt hat, dem Unternehmer kein vertragliches Rücktrittsrecht eingeräumt worden ist, zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf Eigentumsübertragung eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen worden ist, die Freistellung des Vertragsobjektes von allen

---

Leistung aufgehen; vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>375</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 7, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>376</sup> Vgl. die Angaben des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 9, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>377</sup> Zweifel an dem Erfolg dieses Versuchs nährt beim Bauträgervertrag die Tatsache, dass der Besteller während der Bauphase kein Eigentum an Grundstück und Gebäude erhält. Im Grunde handelt es sich daher bei den vom Besteller im Rahmen der Durchführung eines typischen Bauträgervertrags erbrachten Zahlungen um Vorleistungen; vgl. dazu MESSERSCHMIDT/VOIT/Wagner, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 52 ff. sowie unten S. 181.

<sup>378</sup> Zur Frage, inwieweit daneben auf zivilrechtlicher Ebene das Gebot der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu beachten ist, vgl. oben Fn. 332.

<sup>379</sup> Vgl. für einen Vorschlag, in Orientierung an den gewerberechtlichen Regelungen der MaBV zivilrechtliche Regelungen für Bauträgerverträge in das BGB zu integrieren, den Diskussionsentwurf des Ausschusses der Bundesnotarkammer für Schuld- und Liegenschaftsrecht, abrufbar unter [http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Stellungnahmen\\_Positionspapiere/Bautraegervertragsrecht.html](http://www.bnotk.de/Bundesnotarkammer/Stellungnahmen_Positionspapiere/Bautraegervertragsrecht.html).

Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, gesichert ist und die Baugenehmigung bereits vorliegt. Dieser Sicherungsmechanismus kann allerdings nicht verhindern, dass es sich bei den vom Besteller im Rahmen eines klassischen Bauträgervertrags während der Bauphase erbrachten Zahlungen um Vorauszahlungen handelt.<sup>380</sup> Insbesondere im Falle der Insolvenz des Unternehmers erscheint die Sicherung des Bestellers daher unzureichend (s. dazu unten S. 183).

### **(8) Wie ist das Verhältnis von Abschlagszahlungen und Schlussrechnung?**

**Orientierungshilfe:** Werden die Abschlagszahlungen als Anerkenntnis für das Bestehen der entsprechenden Teilforderung ausgelegt? Darf der Unternehmer für die entsprechenden Teilabschnitte Nachforderungen erheben?

Sowohl der Geltendmachung einer Abschlagsforderung als auch der Leistung einer Abschlagszahlung kommt lediglich vorläufiger Charakter zu. Das bedeutet, dass der Unternehmer Fehler in seiner Abschlagsrechnung bei der Schlussrechnung korrigieren kann und der Auftraggeber seinerseits die Vertragskonformität von Leistungen, die mit der Abschlagszahlung vergütet werden sollten, im Rahmen der Schlussabrechnung bestreiten kann.<sup>381</sup>

### **(9) Falls Vorauszahlungen gesetzlich vorgesehen sind oder privatautonom vereinbart werden können: Wie wird verhindert, dass der Verbraucher die Vorauszahlung erbringt, ohne zu einem späteren Zeitpunkt die entsprechende Bauleistung zu erhalten?**

**Orientierungshilfe:** Ist die Stellung einer Vertragserfüllungssicherheit durch den Unternehmer gesetzlich vorgesehen, oder ist deren Vereinbarung üblich?

Das dispositive Recht sieht Vorauszahlungen nicht vor. Die Vereinbarung von Vorauszahlungen in AGB hält einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 BGB nicht stand und ist somit gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.<sup>382</sup> Genau genommen handelt es sich auch bei einer Zahlungsvereinbarung, die den Vorgaben von § 3 Abs. 2 MaBV entspricht (s. dazu bereits oben S. 168 f.), um eine Vorauszahlungs-

---

<sup>380</sup> Vgl. S. 181.

<sup>381</sup> Von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/von Kiedrowski, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 377.



vereinbarung. Mit der Verordnung über „Abschlags“zahlungen bei Bauträgerverträgen hat der Gesetzgeber derartige Klauseln aber ausdrücklich von einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ausgenommen (zu den Zweifeln an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit der Klauselrichtlinie s. oben S. 169).

**(10) An wen hat der Verbraucher den Werklohn zu bezahlen, wenn der Unternehmer seinerseits Subunternehmer zur Erstellung des Bauwerkes beauftragt hat? Gibt es einen Direktanspruch des Subunternehmers gegen den Besteller? Falls ja, unter welchen Voraussetzungen? Wie ist in diesem Fall der Verbraucher vor doppelter Inanspruchnahme geschützt?**

Hat der Subunternehmer den Werkvertrag mit dem Hauptunternehmer geschlossen, so hat er keinen direkten Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber des Hauptunternehmers. Im Verhältnis zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer ist zugunsten des Letzteren allerdings die Regelung über die Durchgriffsfälligkeit in § 641 Abs. 2 BGB zu beachten, die durch das Forderungssicherungsgesetz<sup>383</sup> noch erweitert werden soll.

**(11) Gibt es für den Unternehmer die Möglichkeit, in einem summarischen Verfahren besonders schnell einen Zahlungstitel zu erwirken, der vorläufig vollstreckbar ist? Wie werden die Interessen des Verbrauchers in diesem Verfahren geschützt?**

Das Mahnverfahren bietet für den Unternehmer die Möglichkeit, zur Durchsetzung seiner Werklohnforderung auf schnellem Wege einen Mahnbescheid und darauf aufbauend einen Vollstreckungsbescheid zu erwirken. Dies setzt allerdings voraus, dass der Auftraggeber dem Mahnbescheid nicht widerspricht. Erfolgt ein solcher Widerspruch, erhält der Unternehmer – jedenfalls zunächst – keinen Vollstreckungstitel, sondern es wird ein Streitiges Verfahren durchgeführt.

Um in einem Streitigen Verfahren den Kläger vom Insolvenzrisiko des Beklagten zu befreien, soll durch das Forderungssicherungsgesetz<sup>384</sup> die sogenannte vorläufige Zahlungsanordnung eingeführt werden. Im Rahmen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens kann der Erlass einer solchen Anordnung beantragt werden. Der Antrag

---

<sup>382</sup> ULMER/BRANDNER/HENSEN/*Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2006, § 309 Nr. 2 Rn. 13; INGENSTAU/KORBION/*Locher*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 16 Nr. 2 VOB/B Rn. 2.

<sup>383</sup> Vgl. den Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>384</sup> Der Gesetzentwurf findet sich in BT-Drs. 16/511 vom 2. Feb. 2006, S. 1–32.

ist dann erfolgreich, wenn die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat und der Erlass einer Zahlungsanordnung unter Abwägung der Parteiinteressen zur Abwendung besondere Nachteile des Klägers, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben, gerechtfertigt ist. Da eine Zahlungsanordnung nur aufgrund mündlicher Verhandlung ergehen kann, wird das Recht des Beklagten auf rechtliches Gehör gewahrt. Erlässt das Gericht die Zahlungsanordnung, so kann der Kläger daraus die Zwangsvollstreckung betreiben. Unterliegt der Kläger im Hauptsacheverfahren, so hat er der Gegenseite den Schaden, der dieser durch die Vollstreckung entstanden ist, zu ersetzen.

Der „Verbraucherzentrale Bundesverband“ hat sich in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts vehement gegen die Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung bei Gerichtsverfahren über Ansprüche aus Verbraucherbauverträgen ausgesprochen.<sup>385</sup> Auch der 1. Baugerichtstag hat sich gegen die geplante Regelung ausgesprochen.<sup>386</sup>

### c. Insolvenz des Unternehmers

#### (1) Welchem rechtlichen Schicksal unterliegt der Vertrag, wenn der Unternehmer nach Vertragsschluss insolvent wird?

**Orientierungshilfe:** Wie gestaltet sich die Rechtslage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, nach Stellung des Insolvenzantrags, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. nach Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse? Welche Ansprüche bestehen dann zwischen den Parteien? In welchem Verhältnis stehen diese Ansprüche? Wie hoch sind die Chancen der Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche?

Das BGB enthält für den Fall der Zahlungsunfähigkeit einer Vertragspartei kein spezielles Vertragsauflösungsrecht.<sup>387</sup> Kommt der Unternehmer aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten allerdings seinen werkvertraglichen Pflichten nicht mehr nach, so stehen dem Besteller die allgemeinen Rücktritts- bzw. Kündigungs-

---

<sup>385</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 18, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>386</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises I des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akl-neu.pdf>.

möglichkeiten zur Verfügung (entweder § 314 BGB analog oder (Teil-)Rücktritt gemäß § 323 BGB).<sup>388</sup>

Der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg hat vorgeschlagen, dem Besteller für den Fall der Zahlungseinstellung des Unternehmers ein Kündigungsrecht einzuräumen. Gleiches soll nach dem Freiburger Vorschlag für die Fälle gelten, in denen ein Antrag gestellt wird, über das Vermögen des Unternehmers das Insolvenzverfahren zu eröffnen, in denen ein solches Insolvenzverfahren eröffnet wird oder in denen ein solches mangels Masse abgelehnt wird.<sup>389</sup> Dieser Vorschlag, der sich weitgehend an den Regelungen der VOB/B (siehe dazu sogleich unter Punkt (2)) orientiert, ist vom Gesetzgeber bisher aber nicht aufgegriffen worden.

Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird das allgemeine Leistungsstörungsrecht durch die Insolvenzregeln zwar nicht grundsätzlich verdrängt, aber zumindest überlagert:

Ist der Bauvertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt, so hat der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO das Recht, zwischen Erfüllung und Nichterfüllung des Vertrags zu wählen.

Übt der Insolvenzverwalter dieses Wahlrecht nicht aus, so kann ihn der Auftraggeber zur Ausübung des Wahlrechts auffordern. Wenn der Insolvenzverwalter nicht unverzüglich reagiert, verliert er sein Wahlrecht. Alsdann hat der Auftraggeber das Recht, von seinem Anspruch auf Erstellung des Restbauwerkes auf einen

---

<sup>387</sup> § 321 BGB gilt nur, wenn eine Partei vorleistungspflichtig ist.

<sup>388</sup> Vgl. dazu *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 83 ff. Seit der Schuldrechtsmodernisierung geht die herrschende Meinung wohl davon aus, dass auf BGB-Bauverträge die Vorschrift des § 323 BGB und nicht die Kündigungsnorm § 314 BGB anwendbar sei. Der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg hat in seinem baurechtlichen Entwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>) darauf hingewiesen, dass bei komplexen Werkverträgen das Institut des Rücktritts mit den entsprechenden Rückabwicklungsfolgen ungeeignet sei (vgl. Empfehlung Nr. 7). Stattdessen solle im Werkvertragsrecht den Vertragsparteien ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund eingeräumt werden. Dadurch werde eine komplizierte Rückabwicklung für die Vergangenheit überflüssig. Obgleich dieser Kritik im Ansatz zuzustimmen sein mag, sind die Auswirkungen der Grundentscheidung für ein Rücktrittsrecht weniger gravierend als behauptet: Da nach einem Rücktritt die bereits erbrachte Bauleistung in aller Regel nicht mehr zurückgewährt werden kann, ohne dass sie zerstört würde, schuldet der Besteller nämlich Wertersatz für die bereits erbrachte Werkleistung. Die Höhe dieses Wertersatzes orientiert sich an der im Bauvertrag vorgesehenen Vergütung. Dadurch nähert sich die Erklärung des Rücktritts auf Rechtsfolgenseite der Kündigung deutlich an.

Schadensersatzanspruch statt der Leistung überzugehen. Ein solcher Schadensersatzanspruch ist in der Praxis aber kaum realisierbar, weil der Auftraggeber diesbezüglich lediglich die Stellung eines Insolvenzgläubigers innehat. Praktische Bedeutung kann dieser Schadensersatzanspruch immerhin dann entfalten, wenn der insolvente Unternehmer gegen den Auftraggeber wegen des bereits erstellten Teilwerkes noch einen Vergütungsanspruch hat und das Aufrechnungsverbot des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO nicht greift.<sup>390</sup> Diese rechtliche Möglichkeit bleibt freilich reine Theorie, wenn der Auftraggeber für die bisher erbrachten Arbeiten Abschlagszahlungen geleistet hat, so dass kein nennenswerter Vergütungsanspruch mehr im Raum steht.

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Erfüllung des Bauvertrags, so kommt es zu einer zeitlichen Aufspaltung des Vertragsverhältnisses: Während der Anspruch auf Vergütung für das bereits erbrachte Teilwerk einer Aufrechnung grundsätzlich zugänglich ist,<sup>391</sup> unterliegt der Werklohnanspruch für die Errichtung des Restbauwerkes dem Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Zeigen sich an dem Bauwerk Mängel, steht dem Auftraggeber grundsätzlich ein Anspruch auf Mangelbeseitigung zu. Hat der Auftraggeber den vollen Werklohn noch nicht gezahlt, kann der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO zwischen Mangelbeseitigung und Nichterfüllung wählen. In letzterem Falle kann der Auftraggeber Schadensersatz statt der Mangelbeseitigung verlangen. Es stellt sich aber erneut das soeben geschilderte Problem: Er ist Insolvenzgläubiger, so dass sein Schadensersatzanspruch allenfalls im Rahmen einer Aufrechnung Nutzen entfalten kann.

Wird das Insolvenzverfahren zu einem Zeitpunkt eröffnet, zu dem der Auftraggeber das fertiggestellte Werk bereits abgenommen und den gesamten Werklohn gezahlt hat, ist er im Hinblick auf etwaige Gewährleistungsansprüche lediglich Insolvenz-

---

<sup>389</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 17, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>390</sup> S. dazu von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/von Kiedrowski, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 787; Schmitz, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 344 ff. Für eine teleologische Reduktion dieses Aufrechnungsverbotes im Falle einer engen synallagmatischen Verknüpfung von Hauptforderung und Gegenforderung Schmitz, Die Bauinsolvenz, Rn. 344 ff. unter Generalisierung von Einzelentscheidungen der Rechtsprechung. In diesem Sinne wohl die ganz h.M., vgl. nur Schoofs/Hafkesbrink, Bauvertrag und Bauprozess, Köln u.a. 2007, Rn. 1417.

gläubiger. Die praktischen Chancen, diese Ansprüche zu realisieren, sind dementsprechend gering.

Ein Sonderproblem stellt der Bauträgervertrag dar: Hier errichtet der Auftragnehmer das Bauwerk auf einem Grundstück, das in seinem Eigentum steht. Anders als bei der Errichtung des Bauwerks auf einem Grundstück des Auftraggebers erhält der Auftraggeber hier also nicht sukzessive mit Baufortschritt Eigentum an dem jeweils errichteten Teilwerk. Der Auftraggeber hat lediglich einen Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums nach kompletter Fertigstellung des Bauwerks. Dieser schuldrechtliche Anspruch ist im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers in der Regel aber nicht realisierbar. Um den Auftraggeber vor dem Verlust etwaig erbrachter Teilzahlungen<sup>392</sup> zu schützen, darf der Auftragnehmer gem. § 3 MaBV Geldzahlungen daher nur dann entgegennehmen, wenn zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf Übertragung des Grundstückseigentums eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist und die Freistellung des Grundstücks von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, gesichert ist. § 106 InsO gewährleistet, dass der Insolvenzverwalter diesen Sicherungsmechanismus nicht zu Fall bringen kann. Diese Norm entzieht nämlich den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch der Disposition des Insolvenzverwalters und verhindert auf diese Weise, dass der Insolvenzverwalter gem. § 103 InsO die Erfüllung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung ablehnt, was zum Untergang dieses Anspruchs und zur Löschung der akzessorischen Vormerkung führen würde.<sup>393</sup>

In allen soeben beschriebenen Konstellationen, sowohl beim normalen Bauvertrag als auch beim Bauträgervertrag, stellen sich jedoch zwei Probleme: Dem Auftraggeber entstehen durch die Bauverzögerung sowie die Beauftragung eines Drittunternehmers mit der Fertigstellung des Bauwerkes erhebliche Mehrkosten im Vergleich zum ursprünglichen Bauvertrag. Selbst wenn er diesbezüglich einen Schadensersatzanspruch gegen den insolventen Unternehmer haben sollte, so ist dieser Schadensersatzanspruch kaum in nennenswertem Umfang realisierbar. Das

---

<sup>391</sup> Freilich mit der Einschränkung des § 95 Abs. 1 S. 3 InsO.

<sup>392</sup> Zur Frage, wie solche Teilzahlungen bei Bauträgerverträgen zu qualifizieren sind – als Abschlags- oder Vorauszahlungen –, s. oben S. 181.

<sup>393</sup> *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 840 ff.

gleiche Problem stellt sich im Hinblick auf die Gewährleistungsansprüche für das bereits erstellte Teilwerk.

Da in diesem Punkt bisher eine Schutzlücke des Bestellers bemängelt wird, soll hier mit dem bereits erwähnten Forderungssicherungsgesetz<sup>394</sup> eine Änderung der Rechtslage herbeigeführt werden. Falls der Besteller ein Verbraucher ist und der Bauvertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat, soll dem Besteller künftig bei dessen erster Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Bauwerkes geleistet werden. Die Höhe der Sicherheit beträgt 5% des Vergütungsanspruches. Mängelansprüche sind von dieser Sicherheit allerdings nur dann erfasst, wenn der Besteller bereits bei der Abnahme einen Vorbehalt wegen der Mängel erklärt.<sup>395</sup> Diese Neuregelung wird sowohl hinsichtlich der Höhe der Sicherheit als auch hinsichtlich der beschränkten Erfassung von Mängelansprüchen als unzureichend kritisiert. Es wird gefordert, die Sicherheit auf 10 % zu erhöhen und auf sämtliche Gewährleistungsansprüche auszudehnen.<sup>396</sup> Darüber hinaus hat der 1. Baugerichtstag sich dafür ausgesprochen, beim „*Bauen aus einer Hand*“ eine Bestellersicherheit für Verbraucher gegen die Folgen einer Unternehmerinsolvenz gesetzlich vorzusehen.<sup>397</sup>

---

<sup>394</sup> Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

<sup>395</sup> Siehe die Begründung des Gesetzesvorschlages, BT-Drs. 16/511, S. 15. Dieses Reformvorhaben orientiert sich an einem Vorschlag des Freiburger Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ (abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>) und kommt der Forderung des „Verbraucherzentrale Bundesverband“ entgegen; vgl. dessen Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 14, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>396</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 16 f., abrufbar unter [http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).

<sup>397</sup> Vgl. die zusammenfassenden Thesen des Arbeitskreises V des 1. Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter <http://www.heimann-partner.com/dbgt/images/akV-neu.pdf>

**(2) Falls aufgrund gesetzlicher Schutzlücken erforderlich: Wie versucht die Vertragspraxis, den Verbraucher für den Fall der Insolvenz des Unternehmers vor finanziellen Verlusten zu bewahren?**

**Orientierungshilfe:** In der Regel verteuert der Abschluss eines Vertrags mit einem Ersatzunternehmer zur Fortführung des Bauwerks die Baukosten. Der Verbraucher verliert möglicherweise seine Gewährleistungsansprüche für die bisher erbrachte Bauleistung.

Das Klauselwerk der VOB räumt dem Auftraggeber besondere Kündigungsrechte für den Fall ein, dass der Auftragnehmer in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt, ein solcher Antrag zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger gestellt wird, ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder die Eröffnung eines solchen mangels Masse abgelehnt wird. Zweifel an der Wirksamkeit dieser Klausel werden durch § 119 InsO ausgelöst.<sup>398</sup> Dieser Norm zufolge sind nämlich solche Klauseln unwirksam, die das in § 103 InsO statuierte Wahlrecht des Insolvenzverwalters beschränken. Vor diesem Hintergrund spricht in der Tat Einiges für eine Unwirksamkeit der Kündigungsklausel insoweit, als sie eine Kündigung ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglicht. Die Rechtsprechung hat sich zwar mit diesen Zweifeln auseinandergesetzt, sie letztlich aber unter Berufung auf einen Gegenschluss aus § 112 InsO nicht für überzeugend gehalten.<sup>399</sup>

Diese Kündigungsrechte ermöglichen es dem Auftraggeber zumindest, im Falle von finanziellen Schwierigkeiten des Auftragnehmers zügig Klarheit über das Schicksal des Bauvertrags herbeizuführen. Macht der Auftraggeber von diesem Kündigungsrecht gebrauch, so treffen ihn aber folgende Nachteile: Die Mehrkosten, die durch die Vergabe der Restarbeiten an einen neuen Auftragnehmer im Vergleich zum ursprünglichen Vertragspreis entstehen, hat grundsätzlich der Auftraggeber selbst zu tragen. Im Hinblick auf seine Gewährleistungsansprüche für das bereits erstellte Teilwerk ist er lediglich Insolvenzgläubiger.

<sup>398</sup> Vgl. *Schmitz*, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl. Köln 2007, Rn. 66 ff.

<sup>399</sup> OLG Düsseldorf vom 8. Sept. 2006, BeckRS 2006 Nr. 11122, para. II.3.

Um diese Nachteile auf Auftraggeberseite zu vermeiden, arbeitet die Praxis teilweise mit Vertragserfüllungssicherheiten. Gängiges Sicherungsmittel ist bspw. die Bankbürgschaft.<sup>400</sup> Befindet sich in einem Bauvertrag, der eine entsprechende Sicherungsabrede enthält, ein wirksamer Verweis auf die VOB/B, so ist der darin enthaltene § 17 zu beachten.

Gefährlich ist der Ausspruch einer Kündigung oder eines Rücktritts bei Bauträgerverträgen: Tritt hier der Auftraggeber zurück, so verliert er seinen Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums und erhält im Gegenzug lediglich einen Anspruch auf Rückzahlung der erbrachten Abschläge. Dieser Rückzahlungsanspruch ist jedoch durch die Vormerkung nicht gesichert. Stattdessen hat der Insolvenzverwalter nun einen Anspruch auf Löschung dieser Vormerkung, weil der durch sie gesicherte Anspruch auf Übertragung des Grundstückseigentums weggefallen ist. Dies führt dazu, dass der Auftraggeber mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der erbrachten Abschläge bloßer Insolvenzgläubiger ist.<sup>401</sup>

#### **d. Kostenanschlag**

- Welche Wirkungen hat ein Kostenanschlag? Welche Rechte stehen dem Verbraucher zu, wenn der Unternehmer die im Kostenanschlag angegebenen Summen überschreitet?

Eine Regelung zum Kostenanschlag findet sich in § 650 BGB. Demnach handelt es sich bei einem Kostenanschlag grundsätzlich um eine unverbindliche Berechnung der voraussichtlichen Kosten.

Stellt sich allerdings während der Bauausführung heraus, dass der Kostenanschlag wesentlich überschritten werden wird, so kann der Auftraggeber den Bauvertrag kündigen. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer lediglich eine Teilvergütung für die bisher erbrachte Bauleistung zu.

Wenn der Unternehmer bei der Berechnung der voraussichtlichen Kosten schuldhaft eine Pflichtverletzung begangen hat, kann der Besteller außerdem Ersatz des Schadens verlangen, der ihm aus der fehlerhaften Berechnung entstanden ist.

---

<sup>400</sup> Vgl. KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Thierau*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 17 VOB/B Rn. 102; WERNER/PASTOR/*Werner*, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1249 ff.

<sup>401</sup> *Thode*, ZNotP 2004, 210, 212; MESSERSCHMIDT/VOIT/*Wagner*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt E Rn. 69.



## 2. Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung

### a. Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität

#### (1) Wie ist die Rechtslage, wenn sich bei der Bauausführung herausstellt,

- dass die vertraglich vereinbarte Menge der Baumaterialien nicht der tatsächlich benötigten Menge entspricht (Über- oder Unterschreitung)?
- dass die vertraglich vereinbarte Bauleistung nicht der tatsächlich erforderlichen Bauleistung entspricht?
- dass zusätzliche Leistungen erforderlich sind?

**Orientierungshilfe:** Hat der Auftragnehmer ein einseitiges Leistungsänderungsrecht? Hat umgekehrt der Verbraucher ein Änderungs- und Ergänzungsrecht? Wie ist dann das Problem der erforderlichen Mehrvergütung geregelt?

Die Mehrzahl der Verbraucherbauverträge wird zu einem Pauschalpreis abgeschlossen. Stellt der Unternehmer fest, dass er zur Herbeiführung des versprochenen Erfolges, d.h. zur Errichtung des Bauwerkes, mehr oder andere Materialien benötigt als ursprünglich geplant, geht dies zu seinen Lasten. Nur bei einer unvorhergesehenen und unzumutbaren Abweichung der tatsächlichen Umstände von den Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss kann der Unternehmer gem. § 313 BGB eine Vertragsanpassung verlangen. Dies kommt in der Praxis jedoch so gut wie nie vor.

Ergibt sich während der Bauphase auf Auftraggeberseite ein Bedürfnis für eine Planänderung, muss der Auftraggeber im Einvernehmen mit dem Auftragnehmer eine Vertragsänderung herbeiführen. Ein einseitiges Vertragsänderungsrecht sieht das Werkvertragsrecht nicht vor. In besonderen Ausnahmesituationen mag der Auftragnehmer allerdings aus Treu und Glauben verpflichtet sein, einer entsprechenden Vertragsänderung zuzustimmen.<sup>402</sup>

Um den daraus resultierenden Schwierigkeiten bei komplexen Bauvorhaben zu begegnen, hat der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg vorgeschlagen, dem Besteller das Recht einzuräumen,

nach Vertragsschluss Änderungen oder Ergänzungen des Werkes anzuordnen. Dieses Recht soll nur dann ausgeschlossen sein, wenn wichtige Gründe entgegenstehen. Im Gegenzug soll dem Unternehmer freilich ein Anspruch auf eine entsprechende Zusatzvergütung eingeräumt werden.<sup>403</sup>

**(2) Wie ist die Rechtslage bei auftraglos erbrachten Mehrleistungen des Unternehmers?**

Erbringt der Unternehmer Zusatzleistungen, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Bauvertrags waren, kann er je nach den Umständen des Falles Ersatz seiner Aufwendungen oder Ersatz der Aufwendungen verlangen, die der Auftraggeber dadurch gespart hat, dass er für die Zusatzleistungen keine vertragliche Vergütung entrichten muss, obwohl er sich die Zusatzleistungen zu Nutzen macht.

**(3) Welche von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers in den unter (2) und (3) angesprochenen Bereichen? Sind diese Klauseln wirksam?**

Ist Teil B der VOB Vertragsbestandteil geworden, steht dem Auftraggeber gem. § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B für bestimmte Bereiche ein einseitiges Vertragsänderungsrecht zu. Er kann in den Grenzen der Zumutbarkeit Änderungen des Bauentwurfs anordnen und darüber hinaus die Erbringung zusätzlicher Leistungen, die zur Erreichung des ursprünglichen Vertragszwecks erforderlich werden, verlangen. Im Gegenzug hat der Auftragnehmer gem. § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B das Recht, im Falle einer Änderung des Bauentwurfs eine Preisanpassung zu verlangen und für zusätzlich erbrachte Leistungen eine zusätzliche Vergütung in Rechnung zu stellen.

Es bestehen Zweifel, ob das einseitige Vertragsänderungsrecht einer Inhaltskontrolle am Maßstab von § 307 BGB standhält.<sup>404</sup> Eine Unwirksamkeit dieser Klausel kommt jedoch nur in Betracht, wenn Verwender des Klauselwerks der Auftraggeber ist. Bei Verbraucherbauverträgen wird dies in aller Regel nicht der Fall

---

<sup>402</sup> VON KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil I Rn. 426.

<sup>403</sup> Vgl. zu alledem den Entwurf des Arbeitskreises E § 2, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>404</sup> Vgl. INGENSTAU/KORBION/*Keldungs*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 1 Nr. 3 VOB Rn. 12 ff.

sein. Typischerweise führt in diesem Falle nämlich der Auftragnehmer die VOB/B in den Vertrag ein.

#### **b. Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen**

- Hat der Verbraucher zu jeder Zeit das Recht, den Vertrag ohne Angaben von Gründen mit Wirkung *ex nunc* zu beenden (bspw. Kündigung)?
- Wenn ja: Welchen Formerfordernissen unterliegt die dafür erforderliche Erklärung? Welche Rechtsfolgen ergeben sich für den Fall der Ausübung dieses Vertragsauflösungsrechts zu einem Zeitpunkt, zu dem ein Teil des Bauwerks bereits erstellt ist?

**Orientierungshilfe:** Können auch die noch nicht erbrachten Bauleistungen unter Abzug der ersparten Aufwendungen abgerechnet werden (mit oder ohne Mehrwertsteuer)? Wie gestaltet sich die Rechtslage im Hinblick auf den Beginn der Gewährleistungsfrist, die Fälligkeit der Werklohnforderung und den Gefahrübergang für den bereits fertig gestellten Teil des Bauwerks?

Gem. § 649 BGB hat der Auftraggeber bis zur Vollendung des Bauwerkes ein jederzeitiges Kündigungsrecht. Die Kündigungserklärung unterliegt keiner Formvorschrift und muss auch keinen Kündigungsgrund enthalten. Für das bereits erstellte Teilwerk hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Vergütung. Dieser Werklohnanspruch wird allerdings erst mit Abnahme des Teilwerkes fällig.<sup>405</sup> Dementsprechend hat der Unternehmer gegen den Besteller einen Anspruch auf Abnahme, es sei denn, das Teilwerk weist Mängel auf, die die Unwesentlichkeitsschwelle des § 640 Abs. 1 S. 2 BGB überschreiten. Mit dieser Abnahme geht die Vergütungsgefahr auf den Besteller über. Da die Kündigung nur *ex nunc* wirkt, bleiben etwaige Gewährleistungsansprüche für das bereits erstellte Teilwerk von der Kündigung unberührt. Die Gewährleistungsfrist beginnt mit der Abnahme des Teilwerkes.

Für das Teilwerk, das aufgrund der Kündigung nicht mehr zu erbringen ist, kann der Unternehmer die ursprüngliche Vergütung unter Abzug dessen, was er infolge der Vertragsaufhebung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft

---

<sup>405</sup> BGH v. 11.5.2006, IBR 2006, 432.

erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, verlangen. Dieser zweite Vergütungsanteil ist nicht umsatzsteuerpflichtig, weil es an einem steuerrechtlichen Austauschverhältnis fehlt.<sup>406</sup>

Um für den Vergütungsanteil, der sich auf das noch nicht errichtete Teilwerk bezieht, in der Praxis schwierige Kalkulationen zu vermeiden, soll mit dem Forderungssicherungsgesetz<sup>407</sup> eine gesetzliche Vermutung eingeführt werden, der zufolge dem Unternehmer 5% dieses eigentlich noch nicht verdienten Vergütungsanteils zustehen.

Sind die VOB/B Vertragsbestandteil geworden, ist die Kündigung gem. § 8 Nr. 5 schriftlich zu erklären.

### **3. Gefahrtragung**

#### **a. Wie ist die Rechtslage, wenn ein bereits errichtetes Teilwerk vor Fertigstellung des gesamten Baus durch Umstände zerstört wird, die außerhalb der Einflussphäre der Parteien liegen?**

- Hat der Verbraucher die bereits ausgeführten Leistungen zu vergüten (Preisgefahr)?
- Hat der Verbraucher einen Anspruch auf Neuerrichtung (Leistungsgefahr)?

Nach dem Werkvertragsrecht des BGB hat der Auftraggeber in einem solchen Fall die bereits ausgeführten, aber zerstörten Leistungen nicht zu vergüten. Nach wie vor hat er einen Anspruch auf Errichtung des vertraglich vereinbarten Werkes.

#### **b. Genereller gefragt: Wann gehen Preis- und Leistungsgefahr auf den Verbraucher über? Erst mit Fertigstellung und Akzeptanz des Bauwerkes oder bereits früher?**

Unter dem Werkvertragsregime des BGB gehen Preis- und Leistungsgefahr erst mit der Abnahme auf den Besteller über (vgl. § 644 BGB).

---

<sup>406</sup> Diese Sichtweise ist mit der europäischen Umsatzsteuerrichtlinie 77/388/EWG vereinbar. Vgl. BGH BauR 2008, 506 sowie EuGH Rs. C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-les-Bains*.

<sup>407</sup> Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vom 2. Feb. 2006, BT-Drs. 16/511.

**c. Welche von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers in den unter a) und b) angesprochenen Punkten? Sind diese Klauseln wirksam?**

In den VOB/B findet sich in § 7 Nr. 1 eine Regelung zur Vergütungsgefahr, die von § 644 Abs. 1 BGB abweicht. Wird das bereits errichtete Teilwerk durch höhere Gewalt zerstört, hat der Auftragnehmer dieser Regelung zufolge gegen den Auftraggeber für das bereits errichtete, aber zerstörte Teilwerk einen Vergütungsanspruch in entsprechender Anwendung von § 6 Nr. 5 VOB/B. Verlangt der Auftraggeber die Neuerrichtung, steht dem Auftragnehmer dafür ein erneuter Vergütungsanspruch gem. § 2 Nr. 6 VOB/B zu. Wenn die VOB/B Vertragsbestandteil geworden sind, geht die Vergütungsgefahr also bereits mit der Errichtung des Bauwerks sukzessive mit Baufortschritt auf den Auftraggeber über. Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Gefahrtragungsklausel der VOB/B in Verbraucherbauverträgen einer isolierten Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhält.<sup>408</sup>

**4. Pflichtverletzung des Unternehmers**

**a. Baumängel: Grundfragen**

**(1) Wann liegt ein Baumangel vor? Wie wird die vertraglich geschuldete Beschaffenheit des Bauwerks festgestellt? Welche Probleme ergeben sich in der Praxis? Gibt es Lösungsvorschläge?**

Eine Definition des Sachmangels findet sich in § 633 Abs. 2 BGB. Demnach weist ein Bauwerk einen Mangel auf, wenn es nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Ist eine Beschaffenheit vertraglich nicht vereinbart, so liegt ein Mangel dann vor, wenn das Bauwerk für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung ungeeignet ist. Lässt sich solch eine Verwendung aus dem Vertrag nicht ableiten, liegt ein Mangel dann vor, wenn das Bauwerk für die gewöhnliche Verwendung ungeeignet ist oder nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist. In der Praxis resultiert ein Problem häufig aus der ungenauen

---

<sup>408</sup> Dafür KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Lederer*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 7 VOB/B Rn. 8; dagegen ULMER/BRANDNER/HENSEN/*Christensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2006, Anhang § 310 Rn. 1000 a.E.

Leistungsbeschreibung, so dass in langen Rechtsstreitigkeiten geklärt werden muss, was überhaupt geschuldet war.<sup>409</sup> Als generelle Leitlinie lässt sich zumindest formulieren, dass der Unternehmer eine Werkleistung schuldet, die den anerkannten Regeln der Technik entspricht.<sup>410</sup>

Sind die VOB/B Vertragsbestandteil geworden, stellt § 13 Nr. 1 VOB/B dies sogar ganz ausdrücklich klar. Einen inhaltlichen Unterschied zum reinen BGB-Vertrag bedeutet dies jedoch nicht.<sup>411</sup>

## **(2) Welche Rechte stehen dem Verbraucher im Falle eines Mangels am Bauwerk zu, wenn den Unternehmer kein Verschulden trifft?**

### **Orientierungshilfe:**

- Anspruch auf Nachbesserung
- Recht zur selbständigen Mangelbeseitigung (persönlich oder durch Auftragsvergabe an einen anderen Unternehmer) mit Anspruch auf Kostenerstattung gegen den Unternehmer (Recht zur Selbstvornahme)
- Recht zur Herabsetzung des Werklohns (Minderung)
- Recht zur Vertragsauflösung
- Kann der Verbraucher bereits dann Rechte geltend machen, wenn sich schon während der Bauphase, also noch vor Beendigung des Bauwerks, ein Mangel zeigt, oder muss er den vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin abwarten?

Gem. § 634 Nr. 1 BGB i.V.m. § 635 BGB hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Nacherfüllung. Macht der Auftraggeber diesen Anspruch geltend, so kann der Unternehmer zwischen der Beseitigung des Mangels und der Errichtung eines neuen Werkes wählen. Bei Bauverträgen wird er in der Regel freilich auf Ersteres zurückgreifen.

Grundsätzlich muss der Besteller dem Unternehmer eine Chance zur Nacherfüllung geben, bevor er zu anderen Rechten wie der Minderung oder Selbstvornahme

---

<sup>409</sup> Vgl. zu diesem Problem Von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 598; Messerschmidt/Voit/*von Rintelen*, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt H, Rn. 1 ff.

<sup>410</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Drossart*, Privates Baurecht, München 2008, § 633 Rn. 30 ff.

<sup>411</sup> Vgl. Ingenstau/Korbion/*Wirth*, VOB-Kommentar, vor § 13 VOB/B, Rn. 121.

übergehen kann. Beseitigt der Unternehmer den Mangel aber nicht innerhalb einer angemessenen Frist, die ihm der Besteller gesetzt hat, so kann der Besteller den Mangel durch einen anderen Unternehmer beheben lassen und von dem ursprünglichen Unternehmer Ersatz seiner Aufwendungen verlangt (§ 637 BGB).

Stattdessen kann der Besteller auch vom Vertrag zurücktreten (§ 634 Nr. 3 i.V.m. § 323 BGB).<sup>412</sup> Da er das Bauwerk aber nicht zurückgegeben kann, ohne es zu zerstören, hat er im Rahmen des Rückabwicklungsverhältnisses Wertersatz für das Gebäude zu leisten (vgl. § 346 Abs. 2 BGB). Maßstab für die Berechnung des Wertersatzes ist die im Bauvertrag vorgesehene Vergütung. So führt ein Rücktritt im Ergebnis lediglich zu einer Minderung des Werklohnanspruchs.

Wird während der Bauphase bereits vor dem vereinbarten Fertigstellungszeitpunkt ein Mangel sichtbar, so gestaltet sich die Lage für den Besteller bei einem reinen BGB-Vertrag schwierig. Zwar ist sein Erfüllungsanspruch auf Erstellung eines mangelfreien Werkes gerichtet. Dieser Anspruch ist während der Bauphase aber noch nicht fällig. Vor Fälligkeit kann der Besteller daher grundsätzlich nicht die Beseitigung bereits sichtbarer Mängel verlangen.<sup>413</sup> Allenfalls dann, wenn eine spätere Mangelbeseitigung durch die Fortführung der Arbeiten erheblich erschwert würde, ist zu erwägen, dem Besteller bereits während der Bauphase einen Mangelbeseitigungsanspruch zu geben.<sup>414</sup> In diesem Punkt besteht aber derzeit große Rechtsunsicherheit.

Um hier für klare Verhältnisse zu sorgen, räumt § 4 Nr. 7 VOB/B dem Besteller bereits vor Fertigstellungsfrist einen Mangelbeseitigungsanspruch ein. Sind die VOB/B Vertragsbestandteil geworden, so verbessert sich also insofern die Position des Bestellers. Nach der Rechtsprechung des BGH soll dem Besteller aber auch in

---

<sup>412</sup> Für die Frage, ob nicht die Kündigung das geeignetere Instrument wäre, s.o. Fn. 388.

<sup>413</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/*Drossart*, Privates Baurecht, München 2008, § 634 Rn. 2.

<sup>414</sup> Von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 609.

diesem Rahmen ohne Kündigung des Vertrags<sup>415</sup> kein Selbstvornahmerecht zustehen.<sup>416</sup>

Für die Schaffung eines umfassenden Mangelbeseitigungs- und Selbstvornahmerechts während der Bauphase hat sich der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg ausgesprochen.<sup>417</sup> Dieser Vorschlag greift die in der Praxis erhobene Forderung<sup>418</sup> nach einer solchen Regelung auf, führt aber dazu, dass auf der Baustelle möglicherweise ein Drittunternehmer auftaucht, dessen Tätigkeit nicht eingeplant war. Dies kann bei einer im Übrigen uneingeschränkten Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses mit dem ursprünglichen Unternehmer Koordinierungsprobleme verursachen. Diese Gefahr veranlasste den BGH sogar dazu, die zuvor genannten Regelungen der VOB/B, die während der Bauphase gerade kein Selbstvornahmerecht des Bestellers vorsehen, als interessengerecht einzustufen.<sup>419</sup>

Auch der „Verbraucherzentrale“ Bundesverband hat in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts eine ausdrückliche Regelung gefordert, die dem Verbraucher das Recht gibt, bereits während der Herstellung des Werkes die unverzügliche Beseitigung von Mängeln zu verlangen.<sup>420</sup> Ein Selbstvornahmerecht ohne Vertragskündigung wird dort jedoch nicht gefordert.

---

<sup>415</sup> Gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B kann sich die Entziehung des Auftrags auch auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränken.

<sup>416</sup> BGH, NJW-RR 1998, 235; zustimmend KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Merkens*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 4 VOB/B Rn. 149; kritisch hingegen INGENSTAU/KORBION/*Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 4 Nr. 7 VOB/B Rn. 62 ff.

<sup>417</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 3 Abs. 3, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>418</sup> Vgl. INGENSTAU/KORBION/*Oppler*, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 4 Nr. 7 VOB/B Rn. 62 ff.

<sup>419</sup> BGH, NJW-RR 1986, 1148.

<sup>420</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 13, abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf).



**(3) Welche Rechte stehen dem Verbraucher im Falle eines Mangels am Bauwerk über die unter Punkt (2) genannten hinaus zu, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft?**

**Orientierungshilfe:** Anspruch auf Schadensersatz? In welchem Umfang?

Hat der Unternehmer den Mangel schuldhaft verursacht oder hat er ihn sonstwie zu vertreten, so hat der Besteller gem. § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 einen Anspruch auf Ersatz sämtlicher über die Mangelbeseitigungskosten hinausgehender Folgeschäden. Ein Vertretenmüssen des Unternehmers wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB widerleglich vermutet. Somit hat der Unternehmer darzulegen und zu beweisen, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat.

**(4) Verliert der Verbraucher seine Rechte, wenn er nach Fertigstellung des Bauwerks im Zeitpunkt einer etwaigen Akzeptanz (s.o. Teil B II.1.b) wegen sichtbarer Mängel keinen Vorbehalt erklärt? Wenn ja: Gilt dies auch im Falle einer Akzeptanzfiktion?**

Wenn der Besteller den Mangel kennt und trotzdem die vorbehaltlose Abnahme erklärt, verliert er gem. § 640 Abs. 2 BGB seinen Anspruch auf Nacherfüllung, Selbstvornahme sowie sein Recht zum Rücktritt. Erhalten bleibt ihm im Falle eines Verschuldens des Unternehmers lediglich sein auf Geldzahlung gerichteter Schadensersatzanspruch.<sup>421</sup>

Dieser Rechtsverlust tritt im Falle der im BGB vorgesehenen Abnahmefiktionen nicht ein (§ 640 Abs. 2 S. 1 nimmt ausschließlich Bezug auf die Abnahmeerklärung in § 640 Abs. 1 S. 1),<sup>422</sup> wohl aber im Falle der in der VOB/B vorgesehenen Abnahmefiktionen sowie im Falle einer stillschweigend erklärten Abnahme.

Letzteres ist vom Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg kritisiert worden. Dem Vorschlag dieses Arbeitskreises zufolge

<sup>421</sup> BGH, NJW 1974, 143; OLG Köln, NJW-RR 1993, 211.

<sup>422</sup> Vgl. MESSERSCHMIDT/VOIT/Messerschmidt, Privates Baurecht, München 2008, § 640 Rn. 295; Palandt/Sprau, 67. Aufl. München 2008, § 640 Rn. 13. A.a. WERNER/PASTOR/Werner, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 2276.

sollte ein Rechtsverlust auf Bestellerseite nur im Falle einer förmlich erklärten Abnahme eintreten.<sup>423</sup>

**(5) In welchem Zeitraum müssen die Mängel auftreten, damit Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können?**

Gem. § 634 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 634 Abs. 2 BGB verjähren Mängelansprüche innerhalb von fünf Jahren nach Abnahme unabhängig von dem Zeitpunkt, in dem der Besteller den Mangel bemerkt. Dementsprechend kann der Besteller seine Gewährleistungsansprüche grundsätzlich nur dann erfolgreich geltend machen, wenn er den Mangel, der bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sein muss, innerhalb dieser 5-Jahresfrist bemerkt (zur VOB/B Regelung s. unten S. 205).

Die maximale Gewährleistungsfrist verlängert sich allerdings deutlich, wenn der Unternehmer einen bestehenden Mangel im Zeitpunkt der Abnahme unter Verletzung seiner Mangeloffenbarungspflicht arglistig verschweigt. Der aus einem solchen Verhalten resultierende Anspruch des Bestellers auf Mangelbeseitigung verjährt gemäß § 634a BGB Abs. 3 S. 3 BGB i.V.m § 199 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB spätestens 10 Jahre nach Werkabnahme. In einer viel beachteten Entscheidung aus dem Jahre 1992 hat der BGH<sup>424</sup> diese Verjährungshöchstfrist auf Fälle ausgedehnt, in denen der Unternehmer den Mangel zwar nicht positiv kannte, aber die Überwachung des Herstellungsprozesses nicht in angemessener Weise organisiert hat und der Mangel aus diesem Grund nicht erkannt worden ist.<sup>425</sup> Je nach den Umständen des Einzelfalls kann ein besonders gravierender Mangel an einem besonders wichtigen Gewerk oder ein besonders auffälliger Mangel an einem weniger wichtigen Bauteil bereits den Schluss auf ein solches Organisationsverschulden zulassen, so dass dann den Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Organisation trifft.<sup>426</sup> Gelingt ihm dies nicht, kann der

---

<sup>423</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 5, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>424</sup> Zum Zeitpunkt der BGH-Entscheidung – vor der Schuldrechtsreform – betrug diese Frist sogar 30 Jahre.

<sup>425</sup> BGH vom 12. März 1992, BGHZ 117, 318. Vgl. für die Fortentwicklung dieser Konstruktion BGH, NJW 2005, 893 sowie MESSERSCHMIDT/VOIT/Drossart, Privates Baurecht, München 2008, § 634a BGB Rn. 24 ff.

<sup>426</sup> BGH vom 12. März 1992, NJW 1992, 1754, 1755; vgl. aber aus jüngerer Zeit OLG Naumburg vom 12. Mai 2006, NJW 2007, 522, das betont, dass eine solche Beweiserleichterung nur angenommen werden könne, wenn es aufgrund der besonderen Eigenschaft des Mangels un-

Besteller Gewährleistungsansprüche auch dann noch erfolgreich geltend machen, wenn er den Mangel, der bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sein muss, zwar nicht innerhalb von 5 Jahren nach Abnahme, aber zumindest innerhalb von 10 Jahren nach Abnahme bemerkt

**(6) Wie lang sind die Verjährungsfristen der unter (2) und (3) genannten Ansprüche? Wann beginnen sie zu laufen?**

Grundsätzlich beträgt die Verjährungsfrist bei Bauwerken fünf Jahre, im Falle von Arglist sowie bei einem Organisationsverschulden des Unternehmers 10 Jahre. Sie beginnt mit der Abnahme (s. soeben Punkt (5)). Erklärt der Besteller innerhalb dieses 5- bzw. 10-Jahreszeitraumes jedoch den Rücktritt, so gilt für die Rückabwicklungsansprüche die regelmäßige Verjährung gem. § 195, 199 BGB, d.h. die Gewährleistungsfrist beträgt erneut drei Jahre ab dem Ende des Jahres, in dem der Rücktritt erklärt wird.

Behebt der Unternehmer den Mangel, so kann dies im Hinblick auf Ansprüche wegen desselben Mangels bzw. wegen mangelhafter Nachbesserungsarbeiten unter Umständen den Neubeginn der Verjährung bewirken.<sup>427</sup>

**(7) Wer trägt die Beweislast für die mangelhafte Bauausführung und das Verschulden des Unternehmers? Sonderproblem: Mehrere Baubeteiligte.**

Nach Abnahme des Bauwerks trifft die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels den Besteller. Diese Regelung wird vom „Verbraucherzentrale Bundesverband“ in seiner Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts kritisiert. Sie könne dazu führen, dass die beweispflichtigen Verbraucher durch das Beschaffen teurer Gutachten wirtschaftlich überfordert würden und dadurch zu unvorteilhaften Vergleichen gezwungen seien bzw. von Klagen absehen müssten. Der Verband schlägt daher vor, dass bei Verbraucherbauverträgen der Unternehmer für einen Zeitraum von zwei Jahren nach der Abnahme die Beweislast für

---

denkbar sei, dass er bei ordnungsgemäßer Organisation der Überwachung und Überprüfung der Bauarbeiten übersehen worden wäre.

<sup>427</sup> Vgl. für die parallele Frage im Zusammenhang mit den kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen BGH, NJW 2006, 47, para. 18 sowie OLG Celle, NJW 2006, 2643; zum Werkvertragsrecht s. MESSERSCHMIDT/VOIT/Drossart, Privates Baurecht, München 2008, § 634a Rn. 35; WERNER/PASTOR/Werner, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 2434 i.V.m. 2432.

die Mangelfreiheit seiner Leistung im Zeitpunkt der Abnahme tragen solle.<sup>428</sup> Im Kaufrecht entspricht dies bereits der *lex lata*. Gem. § 476 BGB wird beim Verbrauchsgüterkauf grundsätzlich vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich der Sachmangel innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigt.

Ein Vertretenmüssen des Unternehmers wird gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB widerleglich vermutet. Dementsprechend hat der Unternehmer darzulegen und zu beweisen, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat.

### **(8) Konkurrieren deliktische Schadensersatzansprüche frei mit vertraglichen Gewährleistungsansprüchen? Wie wirkt sich dieses Verhältnis in der Praxis aus?**

Neben den Gewährleistungsansprüchen kann der Besteller auch deliktische Schadensersatzansprüchen geltend machen, sofern deren Voraussetzungen vorliegen. Da diese jedoch deutlich strenger sind als die Voraussetzungen der vertraglichen Gewährleistungsansprüche (es gibt keine Verschuldensvermutung, und meist ist die Verletzung eines absoluten Rechtsguts erforderlich) gibt es für den Besteller in der Regel kein Bedürfnis, deliktische Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Ein Vorteil der deliktischen Anspruchsgrundlagen ist allerdings die längere Verjährungsfrist, die bis zu 30 Jahren betragen kann.

#### **b. Baumängel: Einzelaspekte**

##### **(1) Falls der Verbraucher Nacherfüllung verlangt: Steht dem Unternehmer der Einwand des unverhältnismäßigen Aufwandes zu?**

Ja, gem. § 635 Abs. 3 BGB. . Eine Unverhältnismäßigkeit in Sinne dieser Norm liegt in aller Regel aber nur dann vor, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.<sup>429</sup> Die Höhe der erforderlichen Aufwendungen ist also nicht allein entscheidend. Bei einem berechtigten Interesse des Bestellers an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung

---

<sup>428</sup> Stellungnahme zum Reformbedarf im Bereich des Bauvertragsrechts unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes vom 15. April 2005, S. 13; abrufbar unter [http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme\\_bmj\\_reformbedarf\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/media/pics/stellungnahme_bmj_reformbedarf_2005.pdf) .

<sup>429</sup> BGH, NZBau 2006, 110.

kann der Unternehmer die Nachbesserung grundsätzlich selbst bei hohen Mangelbeseitigungskosten nicht verweigern.<sup>430</sup>

**(2) Falls der Unternehmer einen Mangel beseitigt, der sich erst einige Zeit nach Akzeptanz des Bauwerks gezeigt hat: Schuldet der Verbraucher einen Vorteilsausgleich „Neu für Alt“ oder ein funktionales Äquivalent?**

- Wenn ja: Hat der Verbraucher dafür auf Verlangen des Unternehmers vor Beginn der Nachbesserungsarbeiten Sicherheit zu leisten?

Inwieweit ein solcher Vorteilsausgleich stattfinden sollte, ist bisher nicht abschließend geklärt. Er wird aber von einigen Stimmen in solchen Fällen befürwortet, in denen der Besteller einen bereits bei Gefahrübergang vorhandenen Mangel erst Jahre später bemerkt hat.<sup>431</sup> Ein Anspruch auf Stellung einer entsprechenden Sicherheitsleistung findet aber keine Befürworter.

**(3) Falls der Verbraucher im Falle von Mängeln ein Selbstvornahmerecht mit anschließendem Kostenerstattungsanspruch hat: Kann er vor Durchführung der Selbstvornahme von dem Unternehmer einen Vorschuss verlangen?**

Ja, gem. § 637 Abs. 3 BGB.

**c. Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung**

Sind folgende Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers bei Verwendung gegenüber Verbrauchern wirksam und in der Praxis üblich?

**(1) Völliger Ausschluss der Gewährleistung.**

Ein völliger Ausschluss der Gewährleistung ist gem. § 309 Nr. 8 BGB unwirksam.

**(2) Ausschluss einzelner Gewährleistungsrechte.**

Einzelne Gewährleistungsrechte können ausgeschlossen werden, so insbesondere das Rücktrittsrecht. Werden die Gewährleistungsansprüche des Bestellers auf die

<sup>430</sup> BGH, NZBau 2006, 110; vgl. dazu MESSERSCHMIDT/VOIT/*Moufang*, Privates Baurecht, München 2008, § 635 Rn. 112.

<sup>431</sup> Von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/*von Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 637.

bloße Nacherfüllung beschränkt, so ist die Klausel nur dann wirksam, wenn bei Fehlschlagen der Nacherfüllung ein Minderungsrecht besteht (vgl. § 309 Nr. 8 b) bb) BGB).

§ 13 Nr. 6 VOB/B beschränkt das Minderungsrecht auf Fälle, in denen die Mangelbeseitigung für den Auftraggeber unzumutbar oder unmöglich ist oder wegen unverhältnismäßig hohen Aufwandes vom Auftragnehmer verweigert wird. Darüber hinaus soll aus dieser Regelung ein Ausschluss des gesetzlichen Rücktrittsrechts folgen.<sup>432</sup> Da § 13 Nr. 6 VOB/B das Minderungsrecht nicht ausdrücklich für die Fälle zulässt, in denen die Mangelbeseitigung fehlgeschlagen ist, wird teilweise bezweifelt, dass die Klausel einer isolierten Inhaltskontrolle am Maßstab von § 309 Nr. 8 b) bb) BGB standhält.<sup>433</sup> In der Tat lassen sich diese Zweifel wohl nur beiseiteschieben, wenn man davon ausgeht, dass weitere Mangelbeseitigungsversuche dem Auftraggeber im Falle einer fehlgeschlagenen Mangelbeseitigung nicht zumutbar sind, so dass dann auch § 13 Nr. 6 VOB/B den Weg zur Minderung frei macht.

### **(3) Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Mängel.**

Eine solche Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 8 b) BGB unwirksam.

### **(4) Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Teile des Werkes.**

Für einzelne Teile des Werkes kann die Gewährleistung genausowenig ausgeschlossen werden wie für das Gesamtwerk als solches.

### **(5) Beschränkung der Gewährleistung auf Fälle schuldhaften Handelns.**

Eine solche Klausel läuft auf einen völligen Ausschluss jeglicher Gewährleistung für Mängel hinaus, die der Unternehmer nicht zu vertreten hat. Daher ist sie mit § 309 Nr. 8 b) bb) BGB unvereinbar und unwirksam.

---

<sup>432</sup> INGENSTAU/KORBION/Wirth, VOB-Kommentar, 16. Aufl. Neuwied 2007, § 13 Nr. 6 Rn. 80 ff. Diese Auslegung begegnet vor dem Hintergrund des Transparenzgebotes Bedenken; vgl. MESSERSCHMIDT/VOIT, Privates Baurecht, München 2008, § 13 VOB/B Rn. 38.

<sup>433</sup> Tempel, NZBau 2002, 465, 533, 535. A.A. wohl herrschend, vgl. KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/Weyer, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 13 VOB/B Rn. 332.

### **(6) Beschränkung der Schadensersatzhaftung des Unternehmers auf unmittelbare Schäden.**

§ 13 Nr. 7 (3) S. 2 VOB/B macht einen Schadensersatzanspruch wegen leichter Fahrlässigkeit für andere Mangelfolgeschäden<sup>434</sup> als Verletzungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit davon abhängig, dass der Mangel wesentlich ist, die Gebrauchsfähigkeit des Werkes erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Weiterhin muss entweder hinzukommen, dass der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht, oder dass der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder dass der Unternehmer den Schaden versichert hat oder hätte versichern können.

Diese Klausel bedeutet zwar keine Beschränkung der Schadensersatzhaftung auf unmittelbare Schäden; sie schränkt aber die Haftung für mittelbare Schäden deutlich ein. Sofern sie einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB unterworfen ist, bestehen Zweifel an ihrer Wirksamkeit.<sup>435</sup>

### **(7) Kumulative Begrenzung der Schadensersatzhaftung des Unternehmers wegen leichter Fahrlässigkeit auf unmittelbare Schäden und auf Fälle wesentlicher Mängel.**

Die soeben unter Punkt (6) erwähnte Klausel der VOB/B führt in der Tat dazu, dass die Schadensersatzhaftung wegen leichter Fahrlässigkeit selbst für unmittelbare Schäden davon abhängt, dass der Mangel wesentlich ist. Darüber hinaus hat die Klausel zur Folge, dass ein Schadensersatzanspruch für mittelbare Schäden strengeren Voraussetzungen unterliegt als ein Schadensersatzanspruch für unmittelbare Schäden.<sup>436</sup>

---

<sup>434</sup> Zumindest entfernte Mangelfolgeschäden; vgl. zur Diskussion, ob die Unterscheidung zwischen entfernten und nahen Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform auch im Rahmen der VOB aufgegeben werden sollte, VON KIEDROWSKI/ LANSNICKER/MARFURT/von *Kiedrowski*, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 696.

<sup>435</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT, Privates Baurecht, München 2008, § 13 VOB/B Rn. 41, die sich allerdings auf § 309 Nr. 8 b BGB berufen. Dies erscheint nicht überzeugend, da eine Beschränkung von Schadensersatzansprüchen am Maßstab von § 309 Nr. 7 sowie von § 307 BGB zu messen ist. Vor dem Hintergrund dieser beiden Normen äußert *Christensen* Bedenken an der Wirksamkeit von § 13 Nr. 7 (3); vgl. ULMER/BRANDNER/HENSEN/*Christensen*, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2006, Anhang § 310 Rn. 1002; a.A. hingegen *Weyer*, NZBau 2003, 521, 526.

<sup>436</sup> Zur Frage, ob diese Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhält, s. Fn. 435 sowie den entsprechenden Abschnitt im Haupttext.

**(8) Begrenzung der Schadensersatzhaftung auf Fälle versicherbarer Risiken.**

Die unter Punkt (6) erwähnte Klausel der VOB/B macht in der Tat in bestimmten Fällen einen Schadensersatzanspruch davon abhängig, dass der Unternehmer den Schaden hätte versichern können.<sup>437</sup>

**(9) Summenmäßige Begrenzung der Haftung des Unternehmers?**

Eine summenmäßige Begrenzung der Haftung des Unternehmers ist allenfalls für Fälle leichter Fahrlässigkeit möglich (vgl. § 309 Nr. 7 b) BGB). Inwieweit hier eine unangemessene Benachteiligung vorliegt, hängt insbesondere von der Höhe der Haftungsgrenze ab. Auf keinen Fall darf sie so niedrig ausfallen, dass die Klausel auf einen Haftungsausschluss hinausläuft. Zumindest typische Schäden müssen von der Haftungssumme gedeckt sein.<sup>438</sup>

**(10) Verweisung des Verbrauchers wegen seiner Gewährleistungsansprüche an Nachunternehmer.**

Eine solche Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 8 b) aa) BGB unwirksam.

**(11) Veränderung der Beweislast zu Lasten des Verbrauchers.**

Eine solche Klausel verstößt gegen § 309 Nr. 12 BGB und ist somit unwirksam.

**(12) Veränderung der Gewährleistungs- und Verjährungsfrist zu Lasten des Verbrauchers.**

Eine solche Klausel verstößt grundsätzlich gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB und ist somit unwirksam.

Von dieser Sanktion sind jedoch die Regelungen der VOB/B ausgenommen, wenn die VOB/B in Gänze Vertragsbestandteil geworden ist.<sup>439</sup> Gem. § 13 Nr. 4 VOB/B beträgt die Verjährungsfrist von Mängelansprüchen bei Bauwerken vier Jahre. Diese Frist beginnt mit der Abnahme des Werkes. Sobald der Besteller einen Mangel schriftlich gerügt hat, verjähren die entsprechenden Mängelansprüche jedoch frühestens zwei Jahre nach Zugang der schriftlichen Rüge. Dies kann in Extremfällen zu einer Verjährungsfrist von insgesamt fast sechs Jahren führen.

---

<sup>437</sup> Zur Frage, ob diese Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhält, s. Fn. 435 sowie den entsprechenden Abschnitt im Haupttext.

<sup>438</sup> Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, AGB-Recht, 10. Aufl. Köln 2006, § 307 Rn. 302; von KIEDROWSKI/LANSNICKER/MARFURT/von Kiedrowski, Das Mandat in Bausachen, Baden-Baden 2007, Teil 1 Rn. 657.



Dennoch benachteiligt diese Klausel bei abstrakter Betrachtungsweise den Besteller, weil nicht ausgeschlossen ist, dass dieser einen Mangel erst im fünften Jahr nach der Abnahme bemerkt. Dass die Klausel dennoch ausdrücklich von der Unwirksamkeitssanktion des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB ausgenommen ist, steht möglicherweise in Widerspruch zur europäischen Klauselrichtlinie.<sup>440</sup>

§ 13 Nr. 7 (4) VOB/B erklärt schließlich statt der soeben beschriebenen Verjährungssystematik die gesetzlichen Verjährungsfristen für anwendbar, wenn der Auftragnehmer sein Haftungsrisiko für Schäden versichert hat oder es schuldhaft<sup>441</sup> unterlassen hat, eine entsprechende Versicherung abzuschließen.

#### d. Andere Pflichtverletzungen des Unternehmers

##### (1) Wie ist die Rechtslage,

- wenn der Unternehmer vertraglich zugesagte Fristen nicht einhält?
- wenn zwar vertraglich keine Fristen bestimmt sind, der Unternehmer aber äußerst langsam arbeitet oder die Arbeit vorübergehend ganz einstellt?

**Orientierungshilfe:** Hat der Verbraucher einen Anspruch auf schnelleres Arbeitstempo bzw. Wiederaufnahme der Arbeit? Besteht ein Schadensersatzanspruch? Welche Rolle spielt ein etwaiges Verschulden des Unternehmers? Wie ist die Beweislastverteilung? Steht dem Verbraucher ein außerordentliches Vertragsauflösungsrecht zu? In welcher Form ist die entsprechende Auflösungserklärung abzugeben? Welche Folgen zieht die Ausübung eines solchen außerordentlichen Auflösungsrechts nach sich? Kann eine Verwirkung dieses Auflösungsrechts eintreten?

Einzelfristen, wie sie sich üblicherweise in Bauzeitplänen finden, stellen grundsätzlich keine verbindlichen Vertragsfristen dar.<sup>442</sup> Freilich bleibt es den Parteien unbenommen, verbindliche Vertragsfristen bspw. für den Baubeginn und die

<sup>439</sup> Zu den Zweifeln an der Europarechtskonformität dieser Privilegierung s. oben S. 160.

<sup>440</sup> KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/Weyer, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 13 VOB/B Rn. 189; a.A. WOLF/LINDACHER/PFEIFFER/Stoffels, AGB-Recht, erscheint demnächst, § 310 Rn. V 416.

<sup>441</sup> Zu diesem Merkmal s. Ingenstau/Korbion/Wirth, VOB-Kommentar, § 13 Nr. 7 Rn. 166.

<sup>442</sup> BERG/VOGELHEIM/WITTLER/Wittler, Bau- und Architektenrecht, Köln 2006, Rn. 338. Für VOB/B-Verträge folgt dies unmittelbar aus § 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B.; bei reinen BGB-Verträgen wird die Auslegung im Regelfall aber zum selben Ergebnis führen.

Fertigstellung des Bauwerks zu vereinbaren. Hält der Unternehmer diese Fristen in zu vertretender Weise nicht ein, befindet er sich gem. § 286 BGB in Verzug. Das Vertretenmüssen des Unternehmers wird dabei widerlediglich vermutet. Infolge des Schuldnerverzuges kann der Besteller Ersatz des ihm durch den Verzug entstandenen Schadens verlangen. Außerdem kann er dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist setzen und bei erfolglosem Ablauf dieser Frist gem. § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten.<sup>443</sup> Ein solches Rücktrittsrecht setzt kein Verschulden auf Unternehmerseite voraus.

Die entsprechende Rücktrittserklärung ist keiner besonderen Formvorschrift unterworfen. Erklärt der Besteller den Rücktritt zu einem Zeitpunkt, in dem der Unternehmer bereits ein Teilwerk errichtet hat, betrifft der Rücktritt entweder nur den Vertragsteil, der sich auf den noch nicht errichteten Teil des vertraglich vereinbarten Bauwerks bezieht, oder – falls der Rücktritt den gesamten Vertrag betrifft –, hat der Besteller für das bereits errichtete Teilwerk, das er, ohne es zu zerstören, nicht zurückgeben kann, gem. § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten. Die Höhe des Wertersatzes orientiert sich dabei an der im Bauvertrag vereinbarten Vergütung.<sup>444</sup>

Sind in einem Bauvertrag überhaupt keine festen Leistungsfristen festgelegt, kann der Besteller die Leistung des Unternehmers gem. § 271 BGB unmittelbar nach Vertragsschluss verlangen. Dies bedeutet, dass der Unternehmer die Arbeiten sofort aufzunehmen und in einer angemessenen Frist fertigzustellen hat.<sup>445</sup> Hält der Unternehmer diese Frist nicht ein, kann der Besteller die bereits soeben erwähnten Rechte geltend machen, d.h. den Rücktritt erklären und bei Verschulden des Unternehmers Ersatz seines Verzugsschadens verlangen.

Da diese Regelung für Bauverträge, deren Realisierbarkeit eine gewisse Vorlaufzeit erfordert, teilweise als ungeeignet erachtet wird, hat der Arbeitskreis Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Instituts für Baurecht in Freiburg vorgeschlagen, im BGB die Herstellerfristen für Bauverträge speziell zu regeln.<sup>446</sup> Dem Entwurf zufolge

---

<sup>443</sup> WERNER/PASTOR/Werner, Der Bauprozess, 12. Aufl. Köln 2008, Rn. 1809.

<sup>444</sup> MESSERSCHMIDT/VOIT/Oberhauser, Privates Baurecht, München 2008, Abschnitt N Rn. 43 ff.

<sup>445</sup> VYGEN/SCHUBERT/LANG/Vygen, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 5. Aufl. Köln 2008, Abschnitt A Rn. 26.

<sup>446</sup> Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 4 Abs. 1, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

soll der Unternehmer, falls vertraglich keine konkreten Fristen vereinbart sind, mit der Herstellung des Bauwerkes innerhalb einer vom Besteller gesetzten, angemessenen Frist beginnen, die Herstellung anschließend angemessen fördern und schließlich in angemessener Zeit vollenden. Im Grunde entspricht dieser Vorschlag der aktuellen Rechtslage mit dem einzigen Unterschied, dass in Zukunft der Besteller eine Frist für die Aufnahme der Bauarbeiten setzen müsste.

Ein ähnlicher Mechanismus findet sich in den VOB/B. § 5 Nr. 2 VOB/B sieht vor, dass der Auftragnehmer die Arbeiten innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber zu beginnen hat (mehr zu den Regelungen der VOB/B sogleich unter Punkt (2)).

In vielen Bauverträgen wird nur eine abschließende Herstellungsfrist vereinbart. In diesen Fällen ist der Besteller oft unsicher, wie er auf eine langsame Bauausführung reagieren kann. Diesem Problem will der Freiburger Arbeitskreis mit folgendem Vorschlag begegnen: Der Besteller soll von Beginn an eine kontinuierliche, angemessene Bautätigkeit verlangen können, selbst wenn im Vertrag nur eine abschließende Herstellungsfrist vereinbart worden ist.<sup>447</sup>

**(2) Welche von den soeben angesprochenen gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers? Sind diese Klauseln wirksam?**

Sind die VOB/B Vertragsbestandteil geworden, so bestimmen sich die Rechte des Bestellers wegen verzögerter Bauausführung ausschließlich auf der Grundlage dieses Klauselwerkes. Die Regelungen der VOB/B in § 5, 6 sowie 8 Nr. 3 sind in diesem Punkt abschließend. Gem. § 6 Nr. 6 VOB/B kann der Besteller zwar wie bei einem reinen BGB-Vertrag Ersatz seines Verzugsschadens verlangen, wenn der Unternehmer mit der Bauausführung in Verzug gerät. Entgangenen Gewinn hat der Unternehmer jedoch nur dann zu ersetzen, wenn ihm mindestens grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

Das im BGB vorgesehene Rücktrittsrecht wird in den Regeln der VOB/B durch ein Kündigungsrecht ersetzt, das teilweise an restriktivere Voraussetzungen geknüpft ist als das Rücktrittsrecht des BGB. Hat der Unternehmer mit der Bauausführung

bereits begonnen und verzögert sich lediglich die Vollendung des Bauwerkes, setzt eine Kündigung durch den Auftraggeber ein Vertretenmüssen auf Unternehmerseite voraus (vgl. § 8 Nr. 3 i.V.m § 5 Nr. 4 VOB/B). Nicht erforderlich ist solch ein Vertretenmüssen hingegen, wenn der Unternehmer bereits den Beginn der Bauarbeiten verzögert oder die Arbeitskräfte oder das Baumaterial auf der Baustelle so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, und der Unternehmer auf die Aufforderung des Bestellers, Abhilfe zu schaffen, nicht reagiert. In allen Konstellationen hat der Besteller dem Unternehmer aber eine angemessene Nachfrist zur Vertragserfüllung zu setzen und ihm anzudrohen, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe.

Obwohl sich die Ausübung des Rücktrittsrechts bei Bauverträgen auf Rechtsfolgenseite deutlich einer Kündigung annähert, ist nicht gesichert, ob die Klausel, die insbesondere auch schuldhaftige Leistungsverzögerungen erfasst, einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 309 Nr. 8 a) BGB standhält, weil sie die Lösungsmöglichkeit des Bestellers durch das Erfordernis einer Vertragsauflösungsandrohung erschwert.<sup>448</sup>

## C. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes

- Sieht das Rechtssystem Ihres Staates für Verbraucherschutzverbände o.ä. eine Möglichkeit vor, gegen Unternehmer vorzugehen, die sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben zum Verbraucherschutz halten?

**Orientierungshilfe:** abstrakte Unterlassungsklagen, Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs, Prozesstandschaft bei konkreten Verbraucher-Unternehmerstreitigkeiten etc.

Da es sich bei den VOB/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, sind Verbandsklagen nach dem Unterlassungsklagegesetz denkbar. Auf diesem Weg

---

<sup>447</sup> Baurechtlicher Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., E § 4 Abs. 2, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

<sup>448</sup> So am allgemeinen Maßstab von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB *Micklitz*, Bauverträge mit Verbrauchern und die VOB Teil B, Berlin 2005, S. 101 ff.; a.A. die wohl h.M., vgl. bspw. KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT/*Langen*, VOB Teile A und B, 2. Aufl. München 2007, § 5 VOB/B Rn. 150 f.

können klagebefugte Verbände gegen Unternehmer, die Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden, die gegen die §§ 307 bis 309 BGB verstoßen, Klage erheben, um die künftige Verwendung der entsprechenden Klauseln zu verhindern.

Darüber hinaus hat der Arbeitskreis „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht in Freiburg zur prozessualen Flankierung der von ihm befürworteten materiellrechtlichen Informationspflicht des Bauunternehmers vorgeschlagen, Verbraucherverbänden die Möglichkeit einzuräumen, gegen Bauunternehmer vorzugehen, die Bauleistungen zur Errichtung von Wohngebäuden unter Einschluss wesentlicher Teile der Bauplanung anbieten, ohne die Besteller vor Vertragsschluss eindeutig und erschöpfend über die zu erbringenden Bauleistungen schriftlich zu informieren.<sup>449</sup>

---

<sup>449</sup> Vgl. den baurechtlichen Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Arbeitskreises „Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlung Nr. 20, abrufbar unter <http://www.ifbf.de/download/arbeitskreis.pdf>.

## **Anhang 2: Länderbericht England**

### **A. Prefatory Remarks**

#### **I. Jurisdiction**

Although the United Kingdom is specified as a comparator, in fact the UK consists of three main jurisdictions: (1) England & Wales; (2) Scotland; (3) Northern Ireland. The law in Northern Ireland is very similar to that in England & Wales, but Scotland has a range of distinct rules in a variety of areas, especially remedies for breach of contract. However, more than 85% of the population of the UK resides in England & Wales, and is governed by English law, and less than 12% resides in Scotland. Consequently the answers below, which relate to English law, are the rules applicable to the vast majority of construction contracts in the UK.

#### **II. Consumer Construction Contracts**

The reader will see below that there is little in the English law, so far as it applies to construction contracts, that is specific to consumers. This author posits that this is because there is no demand for such a body of law in the UK. Whilst construction as an industry is variously estimated as accounting for between 25% and 30% of the UK's GDP, consumer involvement in construction contracts is limited.

The UK consumer generally prefers an older property rather than a new one. Older houses are generally considered more aesthetically pleasing and to possess "character". Buyers of brand new houses or apartments (apartments are usually called "flats" in the UK) are generally either those priced out of older, more desirable properties, or else are seeking to buy in areas where such properties are seldom available. Only a relatively few people (often elderly people worried about maintenance, or younger people who do not wish to think about maintenance) usually positively seek out newly built homes.

Buyers of newly built houses and flats in the UK do not typically enter into a contract for their construction. Most new housing is built speculatively by developers specialising in residential development. Flats may be sold “off plan” prior to anything being built, but the buyer is not involved in a construction contract as such – he is likely to specify a number of features from a defined list of options, but no more. In any event, the majority of flats in a new block will not generally find buyers until they are completed. In the case of houses, the developer will generally build a few houses first, then decorate and furnish one to an extremely high standard as a “show home”, for potential buyers to inspect in the hope of inducing them to buy the other houses already built or place deposits to secure later ownership of an as yet unbuilt house.

The consumer who buys a plot of land, commissions an architect to design a house, goes through the difficult process of obtaining Planning Permission, and commissions a contractor to build a house, is a rarity in the UK. It is probably for this reason that a body of specifically consumer construction law has not developed in the UK.

Most UK consumers’ contact with construction contractors will be related to contracting for repairs, maintenance, improvements or extensions to an existing building. Typically, such work will be done without the engagement by the consumer of a surveyor or architect, without the drawing of bills of quantities, and without the use of a standard form contract (or often of any written contract at all – bearing in mind that English law accepts the validity of oral contracts for almost all purposes). This Reporter informally consulted a number of Trading Standards Officers, who informed him that whilst “rogue traders” who preyed on the vulnerable in order fraudulently to obtain inflated payments for unnecessary and badly-executed repair works were a problem in many areas, there were not many complaints from the public about problems with ordinary construction or repair contractors, and national trading standards bodies did not consider that there was any special need for further powers or consumer protection in relation to the construction industry – or, at any rate, this was not a priority issue.

## **B. General Principles**

### **I. Structure of the Law of Contract**

#### **1. Are there specific rules for construction contracts (either adopted by the legislator or construed by jurisprudence)?**

The only specific statutory rule on construction (save for building regulations, which refer to various aspects of minimum specification, and the Defective Premises Act 1972, which requires the use of “proper materials” and that premises when completed be fit for occupation) is the Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, Part I of which concerns only grant-aided work, but Part II of which does affect the general rules. However, the Act does not apply to contracts with residential occupiers (s.106 Housing Grants etc Act 1996), which term includes persons intending to become occupiers of a house or flat, and thus the Act only concerns the relations inter se of construction professionals and commercial clients.

There are no general rules specifically made by the courts for construction contracts. There are, however, innumerable instances in case law of applications of general rules of contract to the specific incidents of construction contracts, and it is the “rules” derived from these cases, added to the much greater bulk of general contract law, that makes up what English lawyers consider to be “construction law”. It would be impossible to make a list of such instances as there are, at the very least, some hundreds in regular consideration in the courts, based on hundreds if not thousands of reported cases.

There is a range of standard form contracts used within the construction and engineering industries and there is a substantial jurisprudence in relation to almost every clause in each variant of these forms.

#### **2. Are the above mentioned rules mandatory?**

Rulings on matters of law made by superior courts are binding on lower courts and sometimes on courts of the same level. So, rulings of the House of Lords are binding on all courts, except future sittings of the judicial committee of the House of Lords. Rulings of the Court of Appeal are binding on all lower courts and upon future



sittings of the Court of Appeal itself. All lower courts are courts of first instance and the rulings of these courts are not binding beyond the case in which they are made, but are often regarded as valuable, or even as definitive, depending on the reputation of the judge who decided the case.

The decision as to which rule to apply, whether it applies at all, and how to apply it in the instant case, is a matter for the court in its endeavour correctly to apply the law.

The rules imposed by the Housing Grants etc. Act 1996 are mandatory in contracts to which they apply, which are restrictively defined. The Act also only applies to contracts in writing: s.107 Housing Grants etc. Act 1996.

It is by no means mandatory to use the standard form contracts or to conclude contracts on similar terms. However, within the industry the use of these forms is universal. This is not, however, usually true of construction contracts made with consumers, except when the project is, by the standard of consumer construction projects, particularly large.

## **II. Consumer Protection**

### **1. Are there specific provisions for construction contracts between a consumer and a contractor (consumer construction contracts)?**

No.

### **2. Are the above mentioned rules mandatory?**

Not applicable.

## **III. Standard Forms of Contract**

### **1. Are there standard forms of contract or model terms and conditions which have been drafted specifically for consumer construction contracts or at least for construction contracts in general?**

There are forms for construction contracts generally, produced by the Joint Contracts Tribunal (JCT), which is a non-profit company, not a court or any part of government. These forms total nearly 50 in number at the time of writing (including

sub-contracts and collateral warranties), though these are seldom used where the employer is a consumer. The JCT also produces a suite of standard forms for use where the employer is a consumer and is the owner/ occupier of the premises to be built or altered or repaired. These are as follows:

- JCT HO/C – Building contract and consultancy agreement for a home owner/ occupier;
- JCT HO/B – Building contract for a home owner/occupier who has not appointed a consultant to oversee the work;
- JCT HO/RM – Home repair and maintenance contract.

I have not yet been able to obtain copies of these, which JCT refuse to supply for academic purposes and are only available commercially.

Engineering contracts are usually made on ICE standard form contracts.

Details of where the JCT forms may be purchased are available at:

<http://www.jctltd.co.uk/stylesheet.asp?file=492003234840>

## **2. Are the above mentioned standard forms or model terms and conditions commonly used?**

The general forms (as opposed to the specifically consumer forms) are extensively used in cases not involving consumer clients – indeed, they are almost universally adopted, even for small works for commercial employers (and there are special small works contracts).

As to the use of the consumer standard form contracts, JCT declines to indicate the take up of these forms, suggesting that they are not widely used. Practitioners consulted suggest that in about 70% of cases with consumers there is not a formal written contract (or perhaps just an order form), in other cases they will use building companies' own standard terms and conditions, unless they engage a consultant, who will typically use the JCT form for Minor Works, which is not expressly designed for consumers. No legal practitioner I have spoken to has ever encountered the JCT consumer forms.

**3. If a party wants to make the model terms and conditions part of the construction contract, does he have to present the text of these clauses to the other side or is it sufficient to indicate that certain model terms and conditions will be included in the contract?**

English contract law always allows incorporation of terms by reference, provided that the reference is sufficient to draw the parties' attention to the relevant clauses. In cases where, as is commonly the case, the reference is to standard terms used in a particular trade (e.g., the JCT forms), the reference is prima facie to the most recent version of such terms, unless there is sufficient evidence that a previous version is intended: see *Smith v. South Wales Switchgear Ltd* [1987] 1 WLR 165. Thus, a contract expressed in the following terms: "We agree to do X works for Y price at Z time, on the terms of the JCT Small Works Contract 2005" would be held to incorporate the terms of the JCT Small Works Contract 2005 – since the reference is clear and it is within the power of the offeree to obtain a copy of the JCT form and find out what the clauses are. It is up to him/her to decide whether or not to check first what the clauses are – there is no requirement that s/he has done so in order to enforce such clauses. In fact, incorporation of various JCT forms by reference is very common practice (construction professionals often do so to save the price of the form).

**4. Do the above mentioned standard forms and model terms and conditions fall within the national Act implementing Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts? If so: which clauses of the standard forms or model terms and conditions might be ineffective in the light of this Act?**

In England the national legislation implementing Council Directive 93/13/EEC is the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (hereinafter "UTCCR 1999" or "the Regulations"). This is an amendment and replacement of the original implementation of the directive made in the UTCCR 1994.

UTCCR 1999 covers any contract between a consumer and a business which has been concluded on the business's standard terms and to any clause within such terms that have not been individually negotiated. This is regarded by English lawyers as including any standard terms proffered by the business, including industry standard contracts such as the various JCT construction contracts.

According to the JCT, the HO/C, HO/B and HO/RM contracts have been expressly drafted in order to comply with the UTCCR 1999.

The other JCT standard forms, not designed for consumer use, would probably not be suitable for use by a consumer employer without the advice of a professional, but it is practically inconceivable that such a form would be used without the involvement of professionals on both sides. In any event, the clauses of all the JCT contracts would, though not necessarily intelligible to most consumers, probably not fall foul of the requirements of the UTCCR 1999, since they are designed to be even-handed between employer and contractors, and thus do not, in the words of the UTCCR 1999 “contrary to the requirement of good faith ... [cause] a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer” (UTCCR 1999, reg. 5(1)).

## **C. Some Aspects of Consumer Protection**

There is some specific consumer protection in English law, but no code of such law. For example, certain protections for the buyers of goods conferred by section 14 of the Sale of Goods Act 1979 can be excluded against a buyer in the course of business, but, under the Unfair Contract Terms Act 1977, not against a consumer. So it may be better to say that protective provisions of legislation are usually inalienable by a consumer, but alienable by a non-consumer.

### **I. Formation of Contract**

#### **1. Formal Requirements**

- What, if any, formal requirements apply in relation to consumer construction contracts? What is their purpose?

There are no formal requirements for the making of construction contracts, and this includes consumer construction contracts.

## **2. Minimum Standard of Information**

### **a. Is the contractor under an obligation to inform the consumer about certain aspects before the contract is concluded?**

There are no specific rules as to information, but see b. below.

### **b. Are there minimum requirements as to the content of consumer construction contracts, particularly in regard to the description of the work contracted for and the transparency of the price? What are the legal consequences if these requirements are not met?**

The English law of contract requires that contracts of any kind, to be valid, require sufficient certainty, in order that a court would be able to say whether or not the contract had been performed. However, the law admits of a considerable degree of flexibility for the court to imply terms, which even extends to price. For example, if the price (or the elements making up the price) is not specified at the time of contracting, the court can imply a term that a reasonable price would be payable, and the court can determine what would be reasonable in any given case (see, e.g., *Foley v. Classique Coaches Ltd* [1934] 2 KB 1 CA). In the event that the contract is held completely invalid, any benefit conferred on the employer would have to be paid for at value (known as a quantum meruit). Contractors who find that their contract price is inadequate sometimes seek to argue that the contract is invalid in order that they may recover a quantum meruit expected to be higher than the contract price.

Clearly, if there is insufficient definition of what is to be built, this would probably mean that the contract would fail for uncertainty, since the court could not reasonably imply terms as to the exact specification of building works. The law on implied terms can fairly be summarized thus: The court may imply such terms (but only such terms) as are necessary, in a business sense, to give efficacy to the contract. I derive this statement from *The Moorcock* (1889) 14 PD 64, *Hamlyn & Co v. Wood & Co* [1891] 2 Q.B. 488, *Reigate v. Union Manufacturing Co (Ramsbotham) Ltd* [1918] 1 KB 592, *Bunge Corporation v. Tradax SA* [1981] 1 WLR 711, and a large number of other cases.

That said, there are no clear, generally applicable rules dictating what are the minima of specification. Moreover, it is usually anticipated that some detailed

aspects of specification may be determined later or be subject to change, with some provision (where a written contract is used, at least) relating to consequent price or schedule alterations and procedures for dispute resolution.

- If there are no such requirements: Are there any problems resulting from insufficient descriptions of the work contracted for? If not: Why not?

Numerous problems do arise in practice where, for instance, employers during the course of works claim that particular materials are not appropriate, but the contract has not clearly specified what materials shall be used. However, this is not fundamentally different to other disputes as to performance.

### **3. Right of Withdrawal**

- Does the consumer have the right to withdraw from a construction contract? What are the conditions and the time limit for exercising this right?

No, unless this is expressly agreed at the time the contract is made. Certain contracts, signed at the consumer's home, in certain offices, and through distance or e-selling are subject to "cooling-off" periods of up to 30 days, but more usually 7 days – see the Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000 (SI 2000/2334, implementing Dir.97/7 [1997] OJ L144/19). These, however, are generally contracts for the purchase of goods not made to the consumer's order, or other "products" such as pension plans or insurance contracts. None of these provisions are at all likely to be relevant to construction contracts.

The rule of English law is that contracts are binding once made. The recognized routes by which a contract is terminated are termination for breach of condition (a more important term of the contract), agreement between the parties (which must be supported by some fresh "consideration" or *quid pro quo*), the frustration of the contract by events beyond the control of the parties, or performance of the contract.

#### 4. Equivalent Instruments

- Are there other instruments that pursue the objective to protect consumers against construction contracts concluded in haste without sufficient information?

No.

## II. Execution of Contract

### 1. Payment

#### a. Payment Date

- (1) When is payment due? In particular: Is there any obligation to pay at least a part of the contract price before or while the building is being erected (Advance, interim or stage payments)?**

The contract price is due upon completion of the works. The contract may stipulate for part payments at different stages in the construction process, and in contracts governed by the Housing Grants etc. Act 1996, section 110 contains an entitlement to stage payments in any contract not specified or anticipated to take less than 45 days:

##### **Section 110 Dates for payment**

(1) Every construction contract shall—

(a) provide an adequate mechanism for determining what payments become due under the contract, and when, and

(b) provide for a final date for payment in relation to any sum which becomes due.

The parties are free to agree how long the period is to be between the date on which a sum becomes due and the final date for payment.

(2) Every construction contract shall provide for the giving of notice by a party not later than five days after the date on which a payment becomes due from him under the contract, or would have become due if—

(a) the other party had carried out his obligations under the contract, and

(b) no set-off or abatement was permitted by reference to any sum claimed to be due under one or more other contracts,

specifying the amount (if any) of the payment made or proposed to be made, and the basis on which that amount was calculated.

(3) If or to the extent that a contract does not contain such provision as is mentioned in subsection (1) or (2), the relevant provisions of the Scheme for Construction Contracts apply.

(Part II of the Scheme for Construction Contracts provides for a system of instalment payments calculated by reference to the value of work done and materials supplied, less previous payments. This applies where, contrary to the requirements of section 110, the contract does not, in fact, make provisions for stage payments.)

This statutory provision is not mandatory for residential owner-occupiers (or intending occupiers), though in practice all but the smallest works will involve some stage payment(s).

**(2) If the statutory rules do not provide for such advance, interim or stage payments: Is the stipulation of such payments in the terms and conditions of the contract valid and common use?**

Such a stipulation is valid, and is common except in very small works (e.g. repairs, improvements, small extensions).

**(3) May the contractor require the consumer to provide security for payment? If the statutory rules do not foresee such a right of the contractor: Is the stipulation of such a right in the terms and conditions of the contract valid and common use?**

There are no statutory rules regarding this matter. If security is required then the contractor must include such requirement in the contract or a collateral agreement. Such requirements are not common, as far as the Reporter understands.

**(4) What limitation period applies to the contractor's claim for payment? When does it start to run? What incidents cause the suspension or even the interruption of the limitation period?**

The limitation period is 6 years for a contract not made in a deed (Limitation Act 1980, s.5). For large construction works, it is not uncommon that the final execution



of the contract will take place through the execution of “articles of agreement” which may well be in the form of a deed. In which case, the limitation period is 12 years.

Time starts to run when payment is due and owing.

The extension, postponement, suspension or interruption of the limitation period for recovery of sums owed under a contract may be caused by either: (a) the claimant being under a disability (i.e., being a minor, or of unsound mind) and therefore unable to bring an action in his/her own name (Limitation Act 1980, s.28); or (b) acknowledgment or part payment of a debt (results in fresh accrual of cause of action) (Limitation Act 1980, s.29). The Limitation Act applies in any event a “long stop” of 15 years after which an action may not be brought.

For claims by employers for defects, the usual rule is that the limitation period begins running on the day of “practical completion” since this is the point at which the lump sum becomes owing and at which the employer gains control of the works. In claims brought in tort under the Latent Damage Act 1988, sections 14A and 14B of the Limitation Act 1980 apply.

**14A Special time limit for negligence actions where facts relevant to cause of action are not known at date of accrual**

(1) This section applies to any action for damages for negligence, other than one to which section 11 of this Act applies, where the starting date for reckoning the period of limitation under subsection (4)(b) below falls after the date on which the cause of action accrued.

(2) Section 2 of this Act shall not apply to an action to which this section applies.

(3) An action to which this section applies shall not be brought after the expiration of the period applicable in accordance with subsection (4) below.

(4) That period is either—

(a) six years from the date on which the cause of action accrued; or

(b) three years from the starting date as defined by subsection (5) below, if that period expires later than the period mentioned in paragraph (a) above.

(5) For the purposes of this section, the starting date for reckoning the period of limitation under subsection (4)(b) above is the earliest date on which the plaintiff or any person in whom the cause of action was vested before him first had both the knowledge required for bringing an action for damages in respect of the relevant damage and a right to bring such an action.

(6) In subsection (5) above "the knowledge required for bringing an action for damages in respect of the relevant damage" means knowledge both—

(a) of the material facts about the damage in respect of which damages are claimed; and

(b) of the other facts relevant to the current action mentioned in subsection (8) below.

(7) For the purposes of subsection (6)(a) above, the material facts about the damage are such facts about the damage as would lead a reasonable person who had suffered such damage to consider it sufficiently serious to justify his instituting proceedings for damages against a defendant who did not dispute liability and was able to satisfy a judgment.

(8) The other facts referred to in subsection (6)(b) above are—

(a) that the damage was attributable in whole or in part to the act or omission which is alleged to constitute negligence; and

(b) the identity of the defendant; and

(c) if it is alleged that the act or omission was that of a person other than the defendant, the identity of that person and the additional facts supporting the bringing of an action against the defendant.

(9) Knowledge that any acts or omissions did or did not, as a matter of law, involve negligence is irrelevant for the purposes of subsection (5) above.

(10) For the purposes of this section a person's knowledge includes knowledge which he might reasonably have been expected to acquire—

(a) from facts observable or ascertainable by him; or

(b) from facts ascertainable by him with the help of appropriate expert advice which it is reasonable for him to seek;

but a person shall not be taken by virtue of this subsection to have knowledge of a fact ascertainable only with the help of expert advice so long as he has taken all reasonable steps to obtain (and, where appropriate, to act on) that advice.

#### **14B Overriding time limit for negligence actions not involving personal injuries**

(1) An action for damages for negligence, other than one to which section 11 of this Act applies, shall not be brought after the expiration of fifteen years from the date (or, if more than one, from the last of the dates) on which there occurred any act or omission—

(a) which is alleged to constitute negligence; and

(b) to which the damage in respect of which damages are claimed is alleged to be attributable (in whole or in part).

(2) This section bars the right of action in a case to which subsection (1) above applies notwithstanding that—

(a) the cause of action has not yet accrued; or

(b) where section 14A of this Act applies to the action, the date which is for the purposes of that section the starting date for reckoning the period mentioned in subsection (4)(b) of that section has not yet occurred;

before the end of the period of limitation prescribed by this section.

## **b. Quid Pro Quo**

### **(1) If the right to claim payment requires the achievement of completion: is the achievement of completion sufficient, or is the acceptance of the construction by the consumer an additional condition?**

This depends entirely on the terms agreed between the employer and the contractor. In contracts where an architect, surveyor or project manager is engaged, there will usually be a written contract with a provision that payment is due once the works are certified by the professional, who acts on these occasions as an independent certifier not as the agent of the employer.

Thus, certification becomes a duty, not a matter in the discretion of the employer. The contract's provisions are everything. If there are no such express terms, then payment will be due once the work is completed and duly invoiced for, or in accordance with any implied term found by the court, or any trade custom or practice recognized by the court.

Without provision for such certification, the question of whether the work has been completed would, if disputed, be one for the court or an arbitrator. English law recognizes the idea of "substantial performance" (see *Hoenig v. Isaacs* [1952] 2 All ER 176; *Bolton v. Mahadeva* [1972] 1 WLR 1009). Professor Beatson summarizes the rule thus: "A court will hold a contract to have been substantially performed if the actual performance falls not far short of the required performance, and if the cost of remedying the defects is not too great in amount in comparison with the contract price" (Beatson, J., *Anson's Law of Contract*, 28th edn, OUP: Oxford, 2002, p.513). In *Hoenig v. Isaacs* the cost of remedy was 7.3% of the contract price and the court

held that the contract had been substantially performed, but in *Bolton v. Mahadeva* the cost of remedying the defects amounted to 31% of the contract price, and the court held that there had not been substantial performance.

Where a standard form construction contract is used this, as has been noted above, will be a matter of judgment for the architect, who will issue or refuse a “certificate of practical completion” together with a list of rectifications required to be carried out. Within a reasonable time after taking possession of the building, the employer may ask for items to be added to the “snagging list” as and when poor finishes, malfunctions et cetera are discovered.

It is open to the employer to accept partial performance falling short of substantial performance, as a discharge of the contractor’s duty, and to pay an appropriately reduced price. There is no obvious reason that this Reporter can think of, however, why the employer would want to do this, since the non-completion of the works leaves the defaulting party open to a claim in damages by the employer, which would include consequential losses, so that a settlement can be reached without any “acceptance” of partial performance.

Since the court can decide as a matter of fact whether or not substantial completion has been achieved and there is no requirement of “acceptance” as such, there is no recourse to legal fictions by the English courts in this regard.

**(2) Is payment conditional upon the issuing of a verifiable bill? If not: Is the contractor who has never issued a verifiable bill even entitled to damages for late payment?**

This will depend on the terms of the agreement at the time it is made, subject to any agreed and enforceable variation. If the work was completed for a fixed price agreed in advance then there is no need for a verifiable bill, but the employer would be entitled to a receipt for his payment.

The employer may, of course, require variations to the contract (and written standard form contracts provide for this), and these are usually valued by the architect or other adjudicator, rather than being based on timesheets provided by the contractor. Regarding timesheets, see further Response to Question (5), below.

**(3) Is the consumer entitled to withhold a part of the payment if the work is defective? In such a case, may the contractor require a security for payment before he remedies the defects? Is the payment of the unpaid balance conditional upon the acceptance of the construction after the reparation works have been completed?**

It is the established practice to make retentions for faulty work, the sum and the length of the retention being a matter of contract. Performance is not complete until it has been signed off as practically complete by the certifier (architect or surveyor), or in the case of stage payments, the stage payment has been thus certified as due, and no payment is due until that point in any event. In contracts to which the Housing Grants etc Act 1996 applies, notice must be given of intention to withhold payments within five days of the date when payment was due (s.110 Housing Grants etc Act 1996). It is normal when certification is made of practical completion at the end for a retention to be made in respect of “snagging”, meaning faults not yet apparent, which will be set against a snagging list to be prepared after the building is handed over.

**(4) Is the consumer entitled to require a security for the contractor’s potential liability for defective work?**

As regards the usual situation in construction contracts, see response immediately above.

The consumer may require a security, but the contractor is unlikely to wish to give one to a consumer. Whether the consumer would ever find a contractor willing to provide security is to say the least extremely doubtful.

However, almost all new-built houses and apartments come with a 10 year guarantee provided by the National House Building Confederation (NHBC), which provides potentially a more valuable recourse for the consumer who has bought a new-built residence, as this survives irrespective of the contractor who constructed the building remaining in business. There are suggestions from some practitioners, however, that the NHBC is sometimes rather obstructive towards claims. In some of these cases it is felt that the obstructiveness is not adequately justified.

**(5) Does the legal system of your country provide for any mechanism in order to protect the consumer against bills that list hours in an unjustified manner?**

- In particular: Do the courts resort to the legal fiction of an acknowledgement if the consumer does not object to time sheets that have been presented by the contractor?

As noted above, construction contracts in England are almost always lump-sum contracts of one sort or another, and rarely costs-plus. This question therefore does not commonly arise outside variations not originally contemplated and then they are essentially an aid to the professional valuing the work. It is rare in the extreme for a contract to be based on timesheets, and practitioners advise me that even in variations cases timesheets are rarely used nowadays. This is partly due to (i) the introduction of both a “partnering” ethos in the construction industry, and (ii) the introduction of adjudication, which tends to be carried out very quickly, without time for close examination of documents such as timesheets. Commercial realism has also led to parties being more content with rough-and-ready adjustments of liabilities to save time and transaction costs.

**(6) In the case of a re-measurement contract: Is there a specific procedure provided by law in order to calculate the actual amount of work performed?**

In the UK, re-measurement contracts are used in civil engineering projects – the ICE standard forms create re-measurement contracts – but they are not generally used in ordinary construction. The JCT standard form contracts create lump-sum contracts of various forms.

**(7) In case of stage payments: Is there any rule to ensure that the consumer only has to pay if he gets something in return?**

**Orientation:** Is payment only due if the consumer becomes the owner of the part of the construction for which the stage payment is provided? If not: Is the consumer at least entitled to require a completion guarantee? This might be a solution for contracts which provide for the construction of a building on a parcel of the contractor so that the consumer gets the ownership only upon completion (property developer).

In English law, structures attached to the land are considered to be a part of the land. Ownership of any part of a building as it is incorporated (as each brick is laid, for example) becomes vested in the owner of the land on which the building is being constructed. Since the construction of a building on the land at the owner's request is clearly a benefit, however, then there is a duty on the landowner to pay a fair sum for work incorporated into his land, even in cases where the contract breaks down or where there is found to be no valid contract at all, under the principles of restitution. Where written construction contracts are used they may include provisions as to transfer of risk at various stages of completion, but this should not be confused with transfer of property.

In relation to new residential buildings, the practice in England is that in cases where consumers contract to buy from a developer a house not yet built, a deposit is payable, but no stage payments or other payments of any description until property is transferred. The developer is still a speculative developer, but has the benefit of a commitment from the buyer to purchase the house when complete. In exchange, the buyer usually gets the choice of various options in finish and equipment of the house.

As to completion guarantees, see **Response to Question (9)**, below.

**(8) Could you please describe the legal relationship between stage payments and the final payment?**

**Orientation:** Are the stage payments considered to be an acknowledgement of the duty to pay? Is the contractor entitled to raise an additional claim for payment in respect of those sections of the work for which he has already accepted stage payments?

Stage payments are regarded as merely part payments towards the whole “lump sum” due under the contract. Indeed, where written contracts are used, it is common practice to include a clause to the effect that making of payments does not import acknowledgement by the employer of satisfactory completion by the contractor of that stage of work, nor that the contractor may not raise claims for extras in relation to that stage of works for which they have accepted a stage payment. This practice arose at a time when there was uncertainty as to this point, but the law is now accepted to be clear that, even without such an express clause in the contract, the effect is the same: *Beaufort Developments (NI) Ltd v. Gilbert-Ash Ltd* [1999] 1 AC 266 HL. In this case Lord Hoffman commented (at page 276) that:

[T]o make the certificate conclusive could easily cause injustice. It may have been given when the knowledge of the architect about the state of the work or the effect of external causes was incomplete. [...] And of course the inclusion of such clauses is a matter for negotiation between the parties or, in a standard form, the two sides of the industry, so that what is acceptable will to some extent depend upon the bargaining strength of one side or the other. At all events, I think that today one should require very clear words before construing a contract as giving an architect such powers.

**(9) In the case of advance payment: Is there any mechanism to protect the consumer against financial loss?**

**Orientation:** Is the contractor obliged to provide a completion guarantee?

No. Completion guarantees in the construction industry are said by practitioners to be making a comeback (having been more of a feature of the industry in the 1960s), but are used in the case of large projects, not consumer builds. (Exceptionally, though, wealthy consumers contracting for major works may negotiate for a performance guarantee.) In any event, there is no right to “require” one – this is simply another matter for negotiation and will depend on the relative bargaining strengths of the parties.



**(10) Are the sub-contractors of the contractor entitled to claim payment directly from the consumer?**

Not unless they have secured a collateral warranty (unusual in a very small project) that includes a right of payment (rare in any collateral warranty), or benefit from the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (generally excluded where a written construction contract exists, and not likely to be applicable otherwise). The JCT form for use of nominated subcontractors includes a direct right to seek payment from the employer (but use of this is unknown in consumer construction contracts). The law of England & Wales recognizes a doctrine of contractual privity, whereby only the actual parties to a contract may sue or be sued on the basis of it: *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. Selfridge & Co. Ltd* [1915] AC 487 (HL) is the classic authority for this.

**(11) Is there a fast track procedure in order to get an enforceable judgment for payment? Are the consumer's interests sufficiently respected in such proceedings?**

The courts of England & Wales operate a case management system which fast-tracks smaller and less complicated claims, and provides for summary judgment in favour of a claimant where there is no defence, or a clearly contrived and hopeless defence, or similarly, summary judgment in favour of the defendant where the claim can be clearly shown to have no reasonable likelihood of success. The consumer's interests are fully protected in this procedure, which is a part of the normal procedure of the courts.

**Note:** There is a system of adjudication used in commercial contracts and mandatory under the Housing Grants etc. Act, but this is not applicable to consumer contracts and cannot be forced on a consumer. Exceptionally, consumers may agree to the incorporation of adjudication (rapid decisions by an independent construction professional – usually a surveyor – without courtstyle procedures such as apply in arbitration). Although adjudications are immediately binding, so that a consumer would in such a case be bound, for instance, to pay something extra immediately, not subject to confirmation by a court, the adjudication may subsequently be challenged in court and monies recovered then, so that provided the employer's resources are adequate there is sufficient

protection of the consumer's interests. I cannot stress too clearly or often, however, that the use of adjudication is extremely rare in consumer construction contracts. An adjudication is not, however, an enforceable judgment in itself.]

**c. Contractor's Insolvency**

**(1) What are the legal consequences for the contract if the contractor becomes insolvent?**

This is usually very bad luck for the employer. It is possible that the contractor's business would be continued or sold as a going concern, in which case the contracts will usually go with it. Typically, though, the employer will need to find another contractor to complete the work at whatever cost is agreed. Any sums owed to the original contractor would be due to the receivers, but subject to any set-offs the employer would have had against the contractor at this point. It would be wise for the employer to insert a term providing for the termination of the contract upon the insolvency of the contractor, but this is unusual. A rejected petition for insolvency would have no legal consequence – the case would be the same as if no petition had been presented. In English law insolvency proceedings are not rejected through lack of assets, but succeed because of such lack – the only ground for such a petition to be granted is that the company does not have sufficient assets to pay its debts when they fall due. (In other words, insolvency in England is not meant to protect the company but to satisfy its creditors.) Insolvency petitions are often resorted to by creditors of a company in order to enforce payment, and are quite often suspended and subsequently dropped.

If the contractor becomes insolvent having been paid in advance by the employer, then the employer is just another unsecured creditor and may, if very fortunate, receive a small proportion of his or her money back. It is considered the height of folly in England to pay builders in advance.

**(2) If the law does not provide sufficient consumer protection in such a situation: Has the practice developed any mechanism to protect the consumer against financial loss upon the insolvency of the creditor?**

The question raises a certain ambiguity, inasmuch as it begs the question of what is “sufficient”. There is no protection for the consumer if the consumer does not secure some protection for himself. This may be regarded as sufficient or not, depending on one’s point of view. Generally, the question does not arise because, as pointed out in the preface, this kind of contractual arrangement is rare in Britain, at least for the construction of whole buildings as opposed to extensions or improvements. Consumers are warned not to pay for building works in advance partly because of the possibility of their being left out of pocket in the event of the contractor’s insolvency, partly because the contractor may be a rogue and simply disappear with the money.

**d. Estimation of Costs**

- What effects does a price quotation have? Is the contractor bound or may he exceed his price quotation?

This depends on the terms and circumstances of the quotation. Generally a quotation forms a term of the contract, and the contractor is therefore bound by it. If, however, it is made sufficiently clear, or would have been apparent from the circumstances, that it was intended only as an estimate and subject to change if the work proved more or less onerous, then changes would be permitted. Most flexibility in written contract situations is applied to time clauses rather than price, unless variations are agreed. So, if the work proves more difficult than expected, the architect may give the contractor more time than contracted for, thus waiving rights to damages or agreed compensation for delay so far as that particular delay is concerned, rather than the contractor being entitled to levy a higher price. Standard form civil engineering contracts, however, build in considerably more flexibility, since there is likely to be more unpredictability. Nonetheless, all is determined by reference to the contract, and if a contractor has tendered at what turns out to be an inadequate price, then the risk is on the contractor not on the employer. For example (and this was an engineering case, of course, but a lump-sum contract like construction contracts), in *Sharpe v. San Paulo Railway Co.* (1873) LR 8 Ch App

597, the contractor agreed to build a railway between specified termini in Brazil for a stipulated price. The work proved to be more difficult than anticipated and a complete re-design of the project became essential. The contract, however, provided no provision for extra payment in these circumstances, so the contractor was unable to secure any extra payment. Lord Justice James summarized the position thus:

The [plaintiff] says that the original specification was not sufficient to make a complete railway and that it became obvious that something more would be required to be done in order to make the line. But their business, and what they had contracted to do for a lump sum, was to make the line from terminus to terminus complete, and ... these items seem to me to be on the face of them entirely included in the contract. They are not in any sense of the word extra works.

In civil engineering contracts, again, a practice of including a “method statement” has arisen. This is usually demanded by the employer (to obviate the risk that the contractor will choose to carry out the works by some cheaper and inferior technique), but puts the risk on the employer that some aspect of the method turns out to be impossible, and the contractor can insist that a variation is agreed, at extra cost to the employer, on grounds that the method has become impossible (see *Holland Dredging v. Dredging and Construction Co* (1987) 37 BLR 1). Again, this is not common in construction contracts and is unlikely ever to affect the position of a consumer.

## **2. Possibilities to Adjust or Terminate the Contract**

### **a. Variations**

#### **(1) What is the legal situation if, in the construction phase, it turns out that**

- the amount of construction material contemplated at the date the contract was concluded is too high or not sufficient?

If the contract is, as it usually is, a lump sum contract, then the risk of requiring more material than expected falls on the contractor and the benefit of finding that less is needed after all equally comes to the contractor.

- the contractually stipulated work differs from the work that is actually needed?

The risk of this falls upon the contractor.

- additional work is necessary?

The risk of this falls upon the contractor.

**Orientation:** Does the contractor have the right to adjust the contract unilaterally? Likewise, does the consumer have the right to adjust the contract unilaterally? If so, is the contractor entitled to extra payment for the work?

The contractor does not have the right unilaterally to adjust the contract. The contractor must deliver as contracted. The employer under the JCT standard forms of contract (rarely if ever used by consumers) has the right unilaterally to vary the specification, and these extra works must be carried out by the contractor, and have to be paid for by the employer at the value set by the architect/surveyor, with adjudication available. Consumer-employers will usually have to negotiate and do as well as they can, since they do not generally have the benefit of a written contract. This is their own fault, since it generally arises from failure to engage appropriate professionals (architect/surveyor) to advise them (typically from an unwillingness to pay professional fees).

**(2) What are the legal consequences of unilateral supererogation (the contractor's work goes beyond what is required in the contract)?**

That would be the contractor's problem. In my own limited experience in construction law practice, and in that of construction law practitioners I have consulted, nobody can remember this ever having happened.

**(3) Are there any clauses usually contained in construction contracts that differ from the rules of law referred to under points (1) and (2)? Are these terms valid?**

The responses to questions (1) and (2) reflect both the default rule (that the rights and obligations of the parties are determined by the contract, properly interpreted), and the provisions generally made in such contracts.

**b. Determination of the Contract**

- Is the consumer entitled to determine the contract without ground?
- If so: Are there any form requirements for such a determination? What are the legal consequences if the determination is effected after partial completion?

**Orientation:** Is the contractor entitled to compensation including loss of profit? Is the value-added tax taken into account for the calculation of the compensation? Does the determination have any effect on the limitation period for the contractor's liability for defects, the maturity date for payment, or the passage of risk for the part of the building already completed?

No.

**3. Bearing the Risk**

**a. What is the legal situation if circumstances beyond the control of either party cause the destruction of the partially constructed building?**

- Is the consumer obliged to pay for the work already done (price risk)? Is the constructor obliged to rebuild the destroyed construction (performance risk)?

In a written contract, provision will usually be made as to this circumstance. In the absence of such provision (typically expressed in terms of who is to insure the works – and it generally makes sense that the contractor should do so, since it has control of the site – though in the case of, e.g., an extension to an existing building, then the consumer will usually have insurance in place and it will be implied that the risk falls on that insurance), then the contractor would be obliged to bear the cost of rebuilding, since the contract is for the product (the completed construction) rather than for mere activity.

**b. Generally speaking, when does risk pass from the contractor to the consumer? At the time of completion and acceptance of the building, or earlier?**

See **Response** to **3. a.**, above.

- c. Are there any clauses usually contained in construction contracts that differ from the rules of law referred to under points (a) and (b)? Are these terms valid?**

See **Response to 3. a.**, above.

#### **4. Breach of Contract by the Contractor**

##### **a. Defective Work: General Aspects**

- (1) Could you please give us the definition of the term “defective work”. In Germany numerous disputes arise about the question what is due under the contract? Is this also a common problem in your country? What other problems are generally encountered in this context? How are they resolved?**

The words have their ordinary English meaning in legal interpretation. The only exception is that in civil engineering contracts, “works” becomes a term of art, and falls under two headings – permanent and temporary (temporary works do not count in calculating stage payments). Arguments about what was actually specified/required by the contract are indeed common. They are resolved by interpretation, expert evidence as to what is implicit in the specification, and in some cases by reference to decisions in similar circumstances in the past. For example, in the case of *Williams v. Fitzmaurice* (1858) 3 H & N 844, there was a dispute as to whether the contracted for works (to build a house for a stipulated price), included the floorboards (which were not expressly mentioned in the specifications). The contractor claimed that supplying and fitting of the floorboards were extra works. Chief Baron Pollock said:

It is clearly to be inferred from the language of the specification that the plaintiff was to do the flooring, for he was to provide the whole of the material necessary for the completion of the work; and unless it can be supposed that a house is habitable without any flooring, it must be inferred that the flooring was to be supplied by him. In my opinion the flooring of a house cannot be considered an extra any more than the doors or windows.

**(2) In the case of defects: What rights does the consumer have if the contractor is not at fault?**

**Orientation:**

- Rectification of defects/subsequent improvements by the contractor
- Rectification of defects by the consumer (either by himself or by a third contractor who has been engaged by the consumer) and recovery of the costs of reinstatement from the original contractor
- Reduction of the price in proportion to the real value of the work (abatement)
- Right to terminate the contract
- If a defect appears before completion: Does the consumer have any rights at this point or does he have to wait until the completion date?

I confess I do not really understand this question. In English law a contract is a commitment that a certain state of affairs will pertain, and a construction contract is specifically a commitment that specified works will be done properly, e.g., a house will be built according to given plans and specifications. The contractor is responsible for ensuring that whatever he has committed to comes about. If it does not come about (which includes being to the specification and of the right quality), then the contractor is in breach of contract. The question of “fault” does not arise. The only position I can think of where fault might be an issue is if the defects are caused somehow by the employer, or the design or specification is at fault, or else they are the result of force majeure (and a clause in a written contract provides for the contractor to be discharged or have his liability restricted in this event – otherwise this is by no means an automatic defence), or because the performance or its only possible manner have become impossible or illegal since the contract was made, in which case the contract will be discharged for frustration. But the test of impossibility for frustration is extremely strict – the mere fact that performance would bring ruin on the contractor for instance, or would inevitably involve breaching another contract, is not counted as creating impossibility – see, e.g., *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* [1956] AC 696 HL; *J Lauritzen A/S v. Wijsmuller BV (The Super Servant Two)* [1990] 1 Lloyd’s Rep 1.



**(3) Does the consumer have any additional rights if the contractor is at fault?**

**Orientation:** Claim for damages/compensation? To what extent?

See above as to “fault”. The remedy in English law for breach of contract is an award of damages, which is compensatory in nature.

**(4) Does the consumer have an obligation to give notice of apparent defects?**

**Does he lose his rights if he does not give notice within a reasonable time after completion? In particular: Is it necessary to express reservation at the moment of acceptance of the construction in order to keep the right to claim rectification of or damages for apparent defects? If so: Does this rule also apply in case of a legal fiction of acceptance (s.a. part C. II.1.b.)?**

Legally speaking the duty of the contractor is to do things properly. If defects are discovered then the employer has a right to rectification or damages, provided the relevant limitation period has not expired (one reason why in major projects there is a widespread practice of executing the contract in the form of a deed, to have the benefit of the longer limitation period). The contract may, however, prescribe some procedure to be followed by the employer in these circumstances, and failure to follow that procedure would disentitle the employer, since the contractual liability for rectification would not arise unless and until the procedure was followed.

**(5) Within what period of time do the defects have to occur in order to engage the contractor’s liability?**

This would depend on the terms of the contract, or otherwise on what is reasonable.

**(6) What are the limitation periods for the rights under points (2) and (3)? When do these limitation periods start to run?**

The limitation in the case of a simple contract is 6 years from the date of the breach (or the earliest date at which the breach could reasonably have been discovered), and 12 years in the case of a specialty (a contract made in the form of a deed): Limitation Act 1980, sections 5 and 8 respectively, and see also ss.14A and 14B Limitation Act 1980, set out in full above.

**(7) Who bears the burden of proof for the defects in the work and the fault of the contractor? What is the legal situation if there is more than one contractor?**

The burden of proof lies on the claimant, therefore it is the employer who must prove that work is defective. The normal practice is to appoint a main contractor or manager, who is liable directly to the employer for all works, irrespective as to which sub-contractor actually carried them out. If this is not the case in a particular instance, then the employer would need to show which contractor was responsible for delivering the work in question, and that contractor will be liable for it, whether or not he actually did the work himself.

**(8) What is the relationship between tortious and contractual liability in the context of construction contracts? Is it possible to bring concurrent claims for the same damages on the basis of tort law and on the basis of contract law? If so: How does this possibility affect practice?**

Concurrent claims are perfectly viable, but double recovery is not permitted. Generally, since contractual liability is strict, no purpose would be served by bringing a concurrent claim in tort. The tortious liability of a contractor is in any event very limited, since the employer would have to prove not a defect but physical damage to something separate, since pure economic loss is not recoverable in negligence (*Murphy v. Brentwood DC* [1991] 1 AC 398), save for negligent misstatements (*Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465) and highly exceptional circumstances (*Junior Books Ltd v. Veitchi Co. Ltd* [1983] 1 AC 520). Claimants in construction cases would not, therefore, resort to a claim in tort if they could make a claim in contract. (Although there is a duty under section 1 Defective Premises Act 1972 to build in a “workmanlike manner” and with materials of sufficient quality, this section is very limited in its scope and would not apply, for instance, to new-built houses, since these are covered by an industry scheme, the NHBC (see Defective Premises Act 1972, s.1(2)(a)).)

**b. Defective Work: Specific Aspects**

**(1) If the consumer claims rectification of the defects: May the contractor raise the objection of unreasonable expenditure?**

This is a rather complex question in English law. The general rule is simply that a party is entitled to get what he contracted for. Any falling below that is a breach of contract, and the disappointed party should be recompensed for that in damages. Damages for breach of contract in English law are normally calculated on the basis of expectation loss, that is to say that the award seeks to put the Claimant, so far as money can do this, in as good a position as he would have been in had the contract been performed in accordance with its terms. In the context of construction contracts, this usually translates into an award on one of two bases: “cost of reinstatement” (i.e., cost of rectification) or “diminution in value”. In some cases, the court will instead award damages for “loss of amenity”. The leading case on this question of appropriate methodology for calculation of damages for breach of contract in the construction field is in fact a case involving a consumer. In *Ruxley Electronics & Construction Ltd and Another v. Forsyth* [1996] AC 344 HL, a Mr Forsyth contracted for a swimming pool and enclosure to be built at his house. An emphasis was put by him on the depth of the pool, to the extent that he originally obtained a quotation of price on the basis of a pool with a diving zone 6 feet 9 inches deep and then obtained a price quotation (about £15,000 higher) for a pool 7 feet 6 inches deep, which latter quotation he accepted. The pool was in the event only 6 feet 9 inches deep at its deepest and 6 feet at the diving place, though still useable for diving. The House of Lords finally held that cost of reinstatement should be awarded only when: (i) there was a serious intention of carrying out the reinstatement; and (ii) where, as between the parties, the cost of reinstatement was not wholly disproportionate. Since their Lordships did not believe that Mr Forsyth would have the work done and took the view that the cost of a little over £21,000 of digging out and rectifying the pool was in any event disproportionate to the benefit derivable (and presumably to the total contract value of around £70,000) they declined to allow cost of reinstatement. Mr Forsyth was allowed the sum of £2,500 which had been “plucked out of the air” by the trial judge, as representing his loss of amenity value in having had the deeper pool he had paid an extra £15,000 to get.

(In fact the House of Lords did not go into the question of whether £2,500 was an appropriate figure, since Mr Forsyth's counsel did not argue on the quantum of damages for loss of amenity so as not to weaken their argument that such a basis of damages was illegitimate in construction cases. Comments from their Lordships therefore suggest that had they been asked to consider it, they may have calculated it differently. This Reporter inclines to the view that since Mr Forsyth had been willing to pay £15,000 extra for the extra depth, then £15,000 would have been the appropriate award for loss of amenity, since this is how much he had valued it at without an eye to litigation. None of the three courts that considered this case would award diminution in value, since it was agreed that there was no difference in the value of Mr Forsyth's house with a pool 6 feet 9 inches deep and the likely value of the house had it possessed a pool 7 feet 6 inches deep.)

Reasonableness and proportionality does, then, seem to be a touchstone of the availability of cost of rectification.

Orders of specific performance (i.e., an order that the contract be performed in specie) are not readily available in English law, and there is a general rule that they are not available in construction cases: *Flint v. Brandon* (1808) 3 Ves 159. Sir Guenter Treitel suggests that:

There seem to be three reasons for this rule. First, damages may be an adequate remedy if the building owner can engage another builder to do the work. Secondly, the contract may be too vague if it fails to describe the building with sufficient certainty. Thirdly, specific enforcement of the contract may require more supervision than the court is willing to give.

(Treitel, Sir G.H., *The Law of Contract* (11th edn), Sweet & Maxwell: London, 2003, p.1035.)

Exceptionally, where the first two considerations identified by Sir Guenter do not apply and (i) the work is precisely defined; (ii) damages will not be adequate relief; and (iii) the defendant is in possession of the land, he suggests that specific relief may be available (Treitel, *loc. cit.*).

**(2) If the contractor rectifies defects that appeared a long time after completion and acceptance: Does the consumer have to pay the contractor compensation for the benefit of getting a new part of the construction?**

If so: Does the consumer have to provide security for this compensation before the rectification work is carried out?

Standard construction contracts (if used by the consumer, see above) typically provide for a maintenance period of usually 1 year in which the contractor is obliged to carry out rectifications. If a defect appears after that period it is a matter for negotiation between the parties whether the contractor rectifies the work or pays damages. If the contractor agrees to rectify it is very rare for the contractor to seek any further payment.

**(3) If the consumer decides to engage a third contractor for the rectification of the defects and to recover the expenses from the contractor, is he entitled to an advance payment?**

Yes, if he goes to court to enforce this – i.e., maintains an action for damages for the estimated cost of having the works rectified – and subject to what has been said above in relation to *Ruxley Electronics v. Forsyth*.

### **c. Exclusion and Restriction of Liability for Defects**

Are the following terms usually part of the contractor's general terms and conditions? Are they valid?

**(1) Complete exclusion of liability for defects.**

The Unfair Contract Terms Act 1977, section 17, provides as follows:

#### **17 Control of unreasonable exemptions in consumer or standard form contracts**

(1) Any term of a contract which is a consumer contract or a standard form contract shall have no effect for the purpose of enabling a party to the contract—

(a) who is in breach of a contractual obligation, to exclude or restrict any liability of his to the consumer or customer in respect of the breach;

(b) in respect of a contractual obligation, to render no performance, or to render a performance substantially different from that which the consumer or customer reasonably expected from the contract;

if it was not fair and reasonable to incorporate the term in the contract.

(2) In this section "customer" means a party to a standard form contract who deals on the basis of written standard terms of business of the other party to the contract who himself deals in the course of a business.

This Reporter is not aware of a case in which such a clause has been held reasonable as against a consumer. Indeed, the section seems hardly to have been litigated at all, probably because legal advisers have been hard-pressed to think of circumstances in which such a clause might be reasonable, and have advised their clients accordingly.

**(2) Exclusion of specific remedies in the case of defective work.**

This question does not really arise in English law, since specific relief is not generally available for construction contracts and the courts have never felt themselves bound by clauses purporting to agree a right to performance in specie. A right to damages may be limited (where reasonable) or a liquidated damages clause may be employed.

**(3) Limitation of liability to certain kinds of defects.**

Such clauses are not common in general building cases but they may be employed in respect of electrical engineering or IT infrastructure, with liability being limited to faults internal to the system – contracts to instal lifts often include such restrictions, for example.

**(4) Limitation of liability to certain parts of the construction.**

See **Response** to (3), above.

**(5) Limitation of liability to cases where the contractor is at fault.**

See **Response** to 4. a. (2), above.

**(6) Limitation of liability to damages directly caused by the contractor.**

Such clauses are commonly sought in commercial contracts, but rarely in contracts involving a consumer. A clause of this nature would be valid, subject to the test of "reasonableness" in section 11 of the Unfair Contract Terms Act 1977.

**(7) Cumulative limitation of liability for slight negligence to directly caused damages and to cases of fundamental defects.**

It is not generally possible to recover damages for negligence in respect of a fault in a structure itself: *Murphy v. Brentwood D.C.* [1991] 1 AC 398. The question does not therefore really arise in England.

**(8) Limitation of liability to cases of insurable risks.**

A clause of this nature would not arise, as a matter of practice, in a consumer context. Such clauses are sometimes used in PFI (Private Finance Initiative) arrangements, due to thin capitalization of Special Purpose Vehicles (the companies established specially for the purpose of holding ownership of the project). It is questionable whether such a clause in a consumer contract would be compliant with section 17 of the Unfair Contract Terms Act 1977 (see above for the wording of this section).

**(9) Limitation of liability up to a certain sum.**

In theory this is acceptable, subject to section 17 of the Unfair Contract Terms Act 1977. In practice, this is rarely done by contractors, but consultants often seek to do this, to the limit of their professional indemnity insurance. Such limitations almost never appear in consumer cases since the sums involved would be too small to warrant this. The validity would be subject in any event to the reasonableness test.

**(10) A clause that refers the consumer to a sub-contractor for exercising his rights in the case of defective work.**

The inclusion of such a clause is unlikely in any context. Such a clause would probably not be valid because there would normally be no privity of contract between the employer and the sub-contractor (see *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. Selfridge & Co. Ltd* [1915] AC 847 HL) and so this would amount to a complete exclusion of liability, which would not be permissible, since it would probably amount to a failure of consideration and would in any event be invalid under s.17 Unfair Contract Terms Act 1977.

**(11) Shifting of the burden of proof to the detriment of the consumer.**

Neither this Reporter nor any practitioner spoken to has ever seen such a clause in a construction contract. It would presumably again amount to a limitation of liability

and therefore be subject to the test of reasonableness, which it would almost certainly fail.

**(12) Change of limitation periods to the detriment of the consumer.**

Such a clause is also unfamiliar. It is unlikely that it would be found valid. English law would treat it in one of two ways, in the opinion of this Reporter:

(i) a form of limitation of liability, and thus subject to the reasonableness test under UCTA 1977;

(ii) an attempt to oust the jurisdiction of the courts: such terms are void as contrary to public policy – see Treitel, Sir GH, *The Law of Contract* (11th edn), Sweet & Maxwell: London, 2003, pp.446-450.

**d. Other Breaches of Contract by the Contractor**

**(1) What is the legal situation**

- if the contractor does not meet time limits that have been set out in the contract?
- if the parties did not agree on any time limits but the contractor works unreasonably slowly or even stops working temporarily or entirely?

**Orientation:** Does the consumer have a right to claim a faster pace of work or resumption of work? Is he entitled to claim damages? Do the consumer's rights depend on the contractor's fault? Who bears the burden of proof? Does the consumer have the right to terminate the contract? If so: Are there any form requirements? What are the legal consequences of exercising this right? Is it possible to lose this right?

If contractors do not meet time limits this is usually a breach of warranty and not of condition unless time is expressly provided to be of the essence. Proof of damage is likely to be difficult in a consumer context (save, perhaps, for additional rental/hotel accommodation charges whilst awaiting delayed completion). Pre-agreed liquidated damages would be sensible, but rare in consumer cases (though common in commercial cases). If time limits are not agreed then a term is implied by section 14 Supply of Goods & Services Act 1982, as follows:



#### **14 Implied term about time for performance**

(1) Where, under a contract for the supply of a service by a supplier acting in the course of a business, the time for the service to be carried out is not fixed by the contract, left to be fixed in a manner agreed by the contract or determined by the course of dealing between the parties, there is an implied term that the supplier will carry out the service within a reasonable time.

(2) What is a reasonable time is a question of fact.

In the case of excessive delays the practice is that the employer would give notice that he will treat such delay as a repudiation and thus a breach of condition entitling him to terminate the contract.

#### **(2) Are there any clauses usually contained in construction contracts that differ from the rules of law referred to under point (1)? Are these terms valid?**

See generally above – the situation in England is that almost every aspect of contract is a matter of contract to be agreed between the parties. It is not the case that there are rules of law detailing a default situation, which contracts merely depart from, validly or otherwise.

### **D. Procedural Aspects of Consumer Protection**

- Do organizations like the Consumer Council have the right to take action against contractors who do not conform to the legal standards of consumer protection?

<b>Orientation:</b> abstract injunction suit, suits for unfair competition, representative actions, etc.
--

Generally speaking, the answer to this is “no”. The Office of Fair Trading and some other bodies can take action regarding specific clauses in traders’ standard terms, under the Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999, and local Trading Standards Offices can take action in the case of offences (effectively where there is deception), but otherwise disputes are a matter between the parties to the contract.

## **E. Other Problems**

- Are there any serious problems in the field of consumer construction contracts that have not been addressed in this questionnaire?

Not that this Reporter can think of at this juncture.

## **Anhang 3: Länderbericht Frankreich**

### **A. Einleitung**

In Frankreich ist traditionell der Zugang der Bevölkerung zu privatem Eigentum zu Wohnzwecken sehr wichtig und wird daher politisch stark gefördert durch Steuerbegünstigungen, staatlich subventionierte Kredite und andere staatliche Fördermaßnahmen. Bisher sind bereits 58 % der französischen Bürger Eigentümer ihrer Wohnung oder ihres Hauses und es ist eines der vorrangigen Ziele der aktuellen Regierung innerhalb der nächsten fünf Jahre diese Anzahl auf 70 % ansteigen zu lassen.

Aus dieser starken politischen Förderung privaten Wohneigentums ergeben sich auch wichtige Besonderheiten im Bereich des privaten Baurechts. Es besteht ein besonders starker Schutz des Erwerbers von Grundeigentum zu Wohnzwecken, während der Erwerber von Grundeigentum für eine gewerbliche oder sonstige berufliche Nutzung nicht in gleicher Weise geschützt wird.

## B. Grundfragen

### I. Systematik des Vertragsrechts

#### 1. Gibt es in der Rechtsordnung Ihres Landes spezielle vom Gesetzgeber geschaffene oder von der Rechtsprechung entwickelte Regelungen für Bauverträge?

- Wenn ja: Welche? Wie ist darin der Bauvertrag definiert? Sind verschiedene Bauvertragstypen vorgesehen?
- Wenn nein: Welchen Regelungen unterliegt der Bauvertrag?

**Hinweis:** An dieser Stelle ist eine Auflistung der entsprechenden Regelungen ausreichend. Inhaltliche Details bilden den Gegenstand von Teil B des Fragebogens.

In Frankreich sind sowohl im „Code civil“ (im folgenden C.civ.) als auch im „Code de la construction et de l’habitation“ (im folgenden CCH) spezielle Vertragstypen für Bauverträge vorgesehen.

Nicht immer besteht allerdings für den Auftraggeber und den Unternehmer eine freie Wahl der Vertragsform, denn bestimmte Vertragsarten sind gesetzlich zwingend vorgeschrieben, soweit deren Anwendungsbereich gegeben ist.

Die verschiedenen Typen der verwendeten Bauverträge können in die juristischen Kategorien des Werkvertrags, des Kaufvertrags und des Auftrags eingeordnet werden. Innerhalb dieser drei Kategorien bestehen jeweils verschiedene Bauvertragstypen, die unterschiedlichen rechtlichen Regeln folgen.

Zunächst gibt es den grundlegenden Vertragstyp des **Werkvertrags** „contrat de louage d’ouvrage“ oder „contrat d’entreprise“<sup>450</sup> genannt, der in den Art. 1779 f. und 1792 des C.civ. geregelt ist.

Art. 1779 C.civ. enthält eine allgemeine Definition des Werkvertrags, jedoch nicht speziell des Bauvertrags. Sämtliche Verträge zwischen Unternehmern, wie z.B.

Architekten, Bauunternehmern, Maurern, Dachdeckern, Elektrikern und Auftraggebern über die Erstellung eines Gebäudes fallen zunächst unter die allgemeinen Vorschriften des Werkvertrags. Diese allgemeinen Regelungen des Code civil enthalten vor allem auch zwingende Haftungsvorschriften, die allerdings teilweise in den Code de la construction et de l'habitation übernommen worden sind.

In dem klassischen Bauvertrag beauftragt der Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer (in der Regel einen Architekten für die Erstellung des Plans und einen Bauunternehmer für die Durchführung der Arbeiten) gegen Bezahlung ein Gebäude für ihn zu erstellen.

Neben diesem allgemeinen Werkvertrag gibt es spezielle Werkvertragstypen, deren ergänzende Regelungen sich im Code de la construction et de l'habitation befinden und die nur auf Bauverträge unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar sind. Diese Verträge unterliegen den allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts, insbesondere des Werkvertragsrechts, soweit nicht die besonderen Vorschriften für den speziellen Vertragstyp im CCH etwas anderes vorsehen. Bei den abweichenden Vorschriften geht es in den meisten Fällen um Schutzvorschriften des Auftraggebers, Formvorschriften und Garantie- und Haftungsvorschriften.

Hierbei handelt es sich um Verträge, die den **Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern** betreffen. Bei diesen Verträgen tritt ein besonderer Schutz der Auftraggeber ein. Das Gesetz sieht diesbezüglich zwei verschiedene Vertragstypen vor:

- „Contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture d'un plan“ (Bauvertrag über ein Ein- bis Zweifamilienhaus mit Lieferung eines Plans) nach den Art. L.231-1 ff. CCH.
- „Contrat de construction d'une maison individuelle sans fourniture d'un plan“ (Bauvertrag über ein Ein- bis Zweifamilienhaus ohne Lieferung eines Plans) nach den Art. L.232-1 ff.CCH.

Bei diesen beiden Vertragstypen handelt sich um Sonderfälle des Werkvertrags, bei dem der Auftraggeber, der Eigentümer des Grundstücks ist oder ein Recht hat, wie ein Eigentümer auf dem Grundstück ein Gebäude zu erstellen (z.B. Erbbau-

---

<sup>450</sup> Im privaten Baurecht wird dieser Vertragstyp auch „*maîtrise d'oeuvre*“ genannt.

rechtsinhaber), mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Errichtung eines Ein- oder Zweifamilienhauses schließt.

Bei dem erstgenannten Vertragstyp „**mit Lieferung eines Plans**“ handelt es sich um den Bauvertrag, der die umfangreichsten Schutzvorschriften für den Auftraggeber enthält. Das Gesetz schreibt für diesen Vertrag einen zwingenden Inhalt vor.

Der Vertragstyp „ohne Lieferung eines Plans“ stellt eine „light“ Version des voranstehenden Vertrags dar. Er hat einen beschränkten Gegenstand, da er ohne Lieferung eines Plans, die Erstellung eines Gebäudes zu einem Festpreis mindestens bis zur Errichtung des Daches, Isolation der Balkone und Schließung des Gebäudes durch Fenster und Türen<sup>451</sup> betrifft. Der Schutz des Auftraggebers ist für diesen Vertragstyp weniger ausgeprägt und der Vertrag findet sich so auf „halbem Weg“ zwischen dem Bauvertrag „mit Lieferung eines Plans“ und dem reinen Werkvertrag.

Soweit ein Unternehmer einen Plan selbst erstellt oder ansonsten zur Verfügung stellt und sich verpflichtet, einen Teil oder die Gesamtheit der erforderlichen Bauarbeiten zu einem Pauschalpreis durchzuführen, liegt zwingend ein Bauvertrag über ein Ein- oder Zweifamilienhaus vor.<sup>452</sup>

Es liegt dagegen im Interesse der Unternehmen ihre Verträge nicht diesem Vertragstyp zu unterstellen. Der Typ des Werkvertrags bringt erhebliche Vorteile für sie mit. Er ist nicht den Strafvorschriften z.B. bei Verletzung der Formvorschriften nach Art. L.241-1bis L.241-4 CCH und nicht den strengen Garantievorschriften unterstellt und das Rücktrittsrecht nach Art. L.271-1 CCH ist in den meisten Fällen nicht anwendbar.<sup>453</sup>

In der Kategorie der Kaufverträge gibt es folgende Bauverträge:

Der „*Contrat de vente d'immeuble à construire*“ (**Kaufvertrag über ein zu erstellendes Gebäude**), der in den Art. 1601-1bis 1601-4 und 1642-1, 1646-1, 1648 Abs.2 C.civ. geregelt ist. Die Besonderheit dieses Vertrags liegt darin, dass hier sowohl das Eigentum am Grundstück als auch an dem Gebäude von dem

---

<sup>451</sup> „*Travaux de gros oeuvre, de mise hors d'eau, et hors d'air*“.

<sup>452</sup> *Réponse ministérielle*, JOAN Q 2 nov. 2004, S.8677.

Verkäufer auf den Käufer übertragen wird (Bauträgervertrag). Es handelt sich um einen Untertyp des Kaufvertrags mit speziellen Regelungen betreffend der Erstellung des Gebäudes.

Für diesen Vertragstyp unterscheidet man weiterhin zwei Untertypen:

- den „Vente en l'état futur d'achèvement“ (Kaufvertrag über ein zukünftiges Gebäude) und
- den „Vente à terme“ (Kaufvertrag mit aufschiebender Bedingung der Fertigstellung des Gebäudes).

Wenn das erstellte Gebäude erst nach Fertigstellung verkauft wird, handelt es sich dagegen um einen klassischen **Immobilienkaufvertrag**, der sog. „Vente clés en mains“, der den allgemeinen Vorschriften des C.civ. über Kaufverträge unterliegt.

Einen weniger angewendeten Vertragstyp stellt der „bail à construction“ nach den Art. L.251-1 bis L.251-9 und R.251-1 bis R.251-3 CCH dar. Hierbei handelt es sich um einen Unterfall des Mietvertrags, bei dem sich der Eigentümer verpflichtet, ein Grundstück zur Verfügung zu stellen und der Mieter sich verpflichtet, auf diesem Grundstück ein Gebäude zu erstellen und zu unterhalten. Der Vertrag weist auch Elemente des Erbbaurechtes auf. Da es sich hier um einen Vertrag zwischen Grundstückseigentümer und Mieter bzw. Bauauftraggeber handelt, der aber nicht den Unternehmer betrifft, wird dieser Vertragstyp in der folgenden Ausarbeitung nicht behandelt.

Bei dem „Contrat de promotion immobilière“ handelt sich um eine Unterform des **Auftrags** nach Art. 1831-1 C.civ., der zunächst der allgemeinen Regelung des Code civil folgt und im Falle der Erstellung von Wohnraum außerdem den speziellen Schutzvorschriften der Art. L.222-1 CCH unterliegt. Der Auftrag liegt hier im gegenseitigen Interesse der beiden Parteien. Bei diesem Vertragstyp überträgt der Grundstückseigentümer einem Unternehmer (Generalübernehmer) den Auftrag zu einem bestimmten Preis ein Gebäude auf seinem Grundstück zu erstellen. Der Anwendungsbereich dieses Generalübernehmervertrags wird negativ definiert. Jeder Vertrag bei dem sich eine Person gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, ein Wohngebäude oder gemischtes Wohn- und Gewerbegebäude zu erstellen, der nicht

---

<sup>453</sup> Cass. 3e civ., 27 juin 2001, n°00-12.043, RDI 2002, S.76, observations D. Tomasin.

als Verkäufer oder Architekt oder Werkunternehmer handelt, wird nach den Regeln des Generalübernehmervertrags behandelt, soweit er nicht den speziellen Schutzvorschriften nach Art. 1604 C.civ. über zu erstellende Wohngebäude oder den Vorschriften über den sozialen Wohnungsbau unterliegt.<sup>454</sup>

Der Unternehmer kann entweder das Gebäude selbst erstellen, wenn er gleichzeitig Bauunternehmer ist (Generalunternehmervertrag). In diesem Fall unterliegt er den Haftungsvorschriften für Werkunternehmer. Oder er kann für Rechnung des Auftraggebers sämtliche juristischen, finanziellen und verwaltungsrechtlichen Operationen durchführen und die Verträge mit den Architekten und Bauunternehmern abschließen. In diesem Fall unterliegt der Generalübernehmer den speziellen Haftungsvorschriften nach dem CCH.

Die Abgrenzung zwischen dem Generalunternehmervertrag und dem Bauvertrag über ein Ein- oder Zweifamilienhaus ist streitig. In beiden Fällen ist der Auftraggeber Eigentümer des Grundstücks und er lässt durch den Bauunternehmer ein Gebäude erstellen. Nach einer Mindermeinung besteht ein Wahlrecht des Unternehmers entweder den Vertrag den Regeln des Art. L.231-1 CCH (Bauvertrag) zu unterstellen oder denen des Generalunternehmervertrags nach Art. L. 222-1 CCH.<sup>455</sup> Die Rechtsprechung hat sich für eine Unterscheidung nach dem Kriterium ausgesprochen, ob der Unternehmer das Recht hat, den Auftraggeber zu vertreten, indem er in seinem Namen Verträge zur Bauausführung abschließt.<sup>456</sup> Es kommt auf die tatsächliche Ausübung der Vertretungsmacht an, auch wenn der Abschluss der Verträge im Namen des Auftraggebers nur innerhalb eines festgelegten Finanzrahmens erfolgt. Nur in diesem Fall wird von der Rechtsprechung ein Generalunternehmervertrag nach Art. L 222-1 CCH angenommen. Ein Unternehmer wird als „Promotor“ qualifiziert, wenn nachgewiesen ist, dass er für die Koordination der Gesamtheit der Operation verantwortlich ist.<sup>457</sup> Er schuldet einen Erfolg hinsichtlich der Realisierung des Immobilienprogramms.

---

<sup>454</sup> Philippe Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Précis Dalloz, 7. Auflage 2004, n°667.

<sup>455</sup> Roger Saint-Alary, Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit de la construction*, 8eme édition 2006, Mementos Dalloz, S.105 f.

<sup>456</sup> Cass. 3e civ., 1er février 1972, bull. civ. III, n°73.

<sup>457</sup> Cass. 3e civ., 16 mai 1977, Dalloz 1978, IR S.21, observation Giverdon, RDI 1979, S.77.



Der Generalübernehmervertrag wird durch zwei Gruppen von Vorschriften geregelt. Die erste Gruppe der Art. L.221-1 bis L.221-5 CCH (oder die identischen Art. 1831-1 bis 1831-5 C.civ.) betrifft alle Generalübernehmerverträge, während die zweite Gruppe der Art. L.222-1 bis L.222-7 CCH nur den besonders geschützten Bereich des Baus von Wohngebäuden oder gemischten Gebäuden zur Wohn- und beruflichen Nutzung betrifft.

## **2. Sind die genannten Regelungen dispositiver oder zwingender Natur?**

Die Haftungsvorschriften und anderen Schutzvorschriften zugunsten des Auftraggebers sind zwingender Natur.

Sämtliche Vorschriften über den Bauvertrag eines Ein- oder Zweifamilienhauses gehören nach Art. L. 230-1 CCH zum „ordre public“.

## **II. Staatlicher Verbraucherschutz**

### **1. Sieht das Rechtssystem Ihres Landes im Bereich des privaten Baurechts Sonderregelungen für Bauverträge vor, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden (Verbraucherbauverträge)?**

- Wenn ja: Welche? Eine Auflistung der Regelungen ist an dieser Stelle ausreichend.
- Wie genau ist der persönliche und sachliche Anwendungsbereich dieser Normen bestimmt?

**Hinweis:** Falls es in Ihrem Land kein spezielles Bauvertragsrecht gibt, sind hier spezielle Verbraucherschutznormen in dem Regelungsbereich von Interesse, dem der Bauvertrag unterfällt.

Die genannten speziellen Verträge, die die **Erstellung von Ein- oder Zweifamilienhäusern** nach den Art. L.231-1 ff. und Art. L.232-1 ff. CCH betreffen, sehen einen besonderen Schutz der Auftraggeber vor. Diese Vorschriften wurden durch das Gesetz Nr. 90-1129 vom 19. Dezember 1990 in den Code de la construction et de l'habitation eingeführt, um den Schutz des Erwerbers von Wohnraum durch besondere Garantien zu verstärken.

Bei diesem Schutz handelt es sich allerdings nicht ausdrücklich um Verbraucherschutz im engeren Sinn, sondern um den Schutz des nicht spezialisierten Erwerbers.<sup>458</sup> Das Gesetz geht davon aus, dass der nicht-professionelle Erwerber auf der gleichen Höhe der Kenntnisse wie der Verbraucher steht und daher ein gleiches Schutzbedürfnis hat, auch wenn er nicht unter die Verbraucherdefinition fällt, weil z.B. ein Teil des zu erstellenden Gebäudes für seine berufliche Nutzung bestimmt ist.<sup>459</sup>

Nach Art. L.231-1 CCH muss der Vertrag schriftlich geschlossen werden. Die Nichtbeachtung der Schriftform ist strafrechtlich bewehrt. Dem Vertrag muss eine Informationsschrift mit zwingendem Inhalt in der Anlage beigefügt werden. Das Fehlen oder die Unvollständigkeit der Informationsschrift führt zur Nichtigkeit des Vertrags.

Der Vertrag muss ebenfalls zwingende Klauseln enthalten, von denen einige nur den Vertrag über die Erstellung von Ein- oder Zweifamilienhäusern mit Lieferung eines Plans betreffen und andere auch auf den Vertrag ohne Lieferung eines Plans anwendbar sind. Die Nichtbeachtung des zwingend vorgeschriebenen Vertragsinhalts führt ebenfalls zur Nichtigkeit des Vertrags.

Nach Art. L.271-1 CCH wird der Bauvertrag erst nach Ablauf einer **Rücktrittsfrist von 7 Tagen** endgültig wirksam. Dieses Rücktrittsrecht gilt nicht nur für den Vertrag über die Erstellung von Ein- oder Zweifamilienhäusern, sondern für sämtliche Vertragstypen, bei denen ein nicht-professioneller Auftraggeber Immobilieneigentum zu Wohnzwecken erwirbt oder solche Gebäude erstellen lässt. Das Gesetz spricht allerdings nicht von dem Verbraucher. Der Anwendungsbereich ist hier weiter als der des klassischen Verbraucherbegriffs.

Nach dieser Vorschrift muss der Vertrag per Einschreibebrief mit Rückschein an den Auftraggeber geschickt werden. Das Rücktrittsrecht beginnt mit dem Zeitpunkt des Zugangs des Einschreibebriefs mit dem Vertrag. Das Rücktrittsrecht kann wiederum nur per Einschreibebrief mit Rückschein ausgeübt werden.

---

<sup>458</sup> „Non-professionnel“.

<sup>459</sup> Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Daniel Tomasin, n° 220.220, S.245.

## 2. Sind die genannten Regelungen dispositiver oder zwingender Natur?

Sowohl Art. L.271-1 CCH betreffend des Rücktrittsrechts als auch die besonderen Formvorschriften für die Bauverträge über Ein- oder Zweifamilienhäuser sind zwingendes Recht.

### III. Privatautonome Vertragsgestaltung

#### 1. Gibt es Vertragsmuster oder Modell-AGB, die speziell für Verbraucherbauverträge oder zumindest allgemein für Bauverträge entworfen worden sind?

Falls dies der Fall ist, bitten wir Sie, uns ein solches Modell zu übersenden (möglichst in Englisch, Deutsch oder Französisch) oder eine Fundstelle im Internet mitzuteilen.

Der Inhalt des Bauvertrags wird grundsätzlich selbständig von den Parteien bestimmt und unterliegt der Privatautonomie. Dennoch hat die „Association française de normalisation“ (AFNOR) einen Katalog von Generalklauseln aufgestellt, die für sämtliche Bauarbeiten von privaten Bauvorhaben gelten und die die Vertragsaufstellung erleichtern sollen. Dieser Text (norme AFNOR P03-001<sup>460</sup>) normiert die Gebräuche für Bauverträge. Er wurde staatlich kontrolliert und durch eine Verordnung genehmigt.

Für den Vertrag über Ein- oder Zweifamilienhäuser mit Lieferung eines Plans gibt es noch weitere Modellgeschäftsbedingungen, die Klauseln betreffend der durchzuführenden Arbeiten, des Preises, der Fristen für die Durchführung der Arbeiten und der Vertragsstrafen enthalten. Diese wurden durch eine Verordnung des Conseil d'Etat vom 27.11.1991 genehmigt.<sup>461</sup>

Im Übrigen gibt es Modellgeschäftsbedingungen für spezielle Bauversicherungsverträge bezüglich der vertraglich umfassten Garantien. Die Modellgeschäftsbedingungen entsprechen hier den gesetzlich geforderten Mindestgarantien.<sup>462</sup>

---

<sup>460</sup> zu erwerben bei <http://www.boutique.afnor.org>.

<sup>461</sup> D. 91-1201 vom 27.11.1991 in Journal Officiel du 29.11.1991, Anlage I zu dem vorliegenden Bericht über Frankreich.

<sup>462</sup> Art. a 243-1 Code des assurances Annexe I et II.

**Hinweis:** Fragen 2 bis 4 sind nur zu bearbeiten, wenn Sie Frage 1 bejaht haben.

## **2. Finden diese Musterverträge bzw. Modell-AGB in der Praxis Anwendung?**

Ihre Anwendung ist nicht zwingend, aber die meisten Bauverträge berufen sich entweder ausdrücklich auf diese Bedingungen oder nehmen die Bedingungen als Modell für den Vertragstext. Im Falle des Schweigens des Vertrags verlangen einige Lehrmeinungen sogar die gewohnheitsrechtliche Anwendung dieser Generalklauseln.<sup>463</sup> Die Rechtsprechung lehnt ihre Anwendung dagegen ab, wenn der Vertrag keinen ausdrücklichen Bezug auf die Modellgeschäftsbedingungen enthält<sup>464</sup>

## **3. Müssen die Modell-AGB, um Wirkung zu entfalten, dem Verbraucher bei Vertragsschluss in toto vorgelegt werden, oder ist eine Einbeziehung bestimmter Klauseln durch bloßen Hinweis auf deren Existenz möglich?**

Die Einbeziehung ist durch bloßen Hinweis auf deren Existenz möglich.

## **4. Unterliegen diese Musterverträge bzw. Modell-AGB einer Inhaltskontrolle nach dem Gesetz, das die Klauselrichtlinie (Richtlinie EG 93/13) umsetzt?**

- Wenn ja: In welchen Punkten bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Musterklauseln?

Im Prinzip unterliegen die Modell-AGB einer Inhaltskontrolle nach dem Code de la consommation. Die Modell-AGB wurden jedoch kontrolliert und durch eine Verordnung genehmigt.

Soweit andere AGB als die Modell-AGB verwendet werden, was grundsätzlich möglich ist, unterliegen diese einer allgemeinen Inhaltskontrolle. Die Klauselkontrolle mit Wertungsmöglichkeit nach Art. L.132-1 du Code de la consommation ist neben der Spezialvorschrift des Art. L.231-3 CCH auch auf Bauverträge anwendbar.<sup>465</sup>

Neben der allgemeinen Inhaltskontrolle der AGB, erfolgt eine besondere Inhaltskontrolle bei **Bauverträgen über Ein- oder Zweifamilienhäuser mit Liefe-**

---

<sup>463</sup> Roger Saint-Alary, Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit de la construction*, 8eme édition 2006, Mementos Dalloz, p.153.

<sup>464</sup> Cass. 3e civ., 20 décembre 1978, D. 1979, IR, S.187.

<sup>465</sup> Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Daniel Tomasin, n° 220.150, S.243.

**zung eines Plans** nach Art. L.231-3 CCH. Nach dieser Vorschrift sind bestimmte allgemeine Geschäftsbedingungen ausdrücklich verboten und gelten als nicht geschrieben. Dies betrifft Klauseln, die

- den Auftraggeber verpflichten, den Bauunternehmer zu bevollmächtigen, das oder die für den Bau erforderliche(n) Darlehen abzuschließen, ohne dass diese Vollmacht ausdrücklich ist und genaue Angaben über die Bedingungen der Darlehen enthält;
- die Rückzahlung der bei Vertragsunterzeichnung hinterlegten 3% Garantiezahlung davon abhängig machen, dass der Auftraggeber nachweist, dass ein oder mehrere Darlehensanträge abgelehnt wurden;
- eine Baugenehmigung, die architektonische oder technische Anforderungen enthält, die eine substantielle Änderung des Plans erforderlich machen, der dem Abschluss des ursprünglichen Vertrags zugrunde gelegt war, als verwaltungsrechtliche Genehmigung ausreichen lassen;
- den Bauunternehmer von seiner Verpflichtung, die Bauarbeiten innerhalb einer in dem Vertrag bestimmten Frist auszuführen, befreit, indem sie insbesondere andere entschuldigende Verspätungsklauseln als höhere Gewalt vorsehen;
- die Übergabe der Schlüssel unter die Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises stellen und somit das Recht des Auftraggebers auf Hinterlegung des Restkaufpreises im Falle von Vorbehalten bei der Abnahme vereiteln;
- es dem Auftraggeber untersagen, die Baustelle bei jeder Fälligkeit einer Teilzahlung vor Zahlungsanweisung zu besichtigen.

Nach Art. L. 231-7 Abs. 2 CCH ist außerdem jede Klausel verboten, durch die der Auftraggeber dem Unternehmer eine Vollmacht erteilt, direkt ohne Nachweis des Baufortschritts insgesamt oder teilweise Summen aus dem Finanzierungsdarlehen des Baus zu erhalten.

## C. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes

**Hinweis:** Falls es in Ihrem Land keinen speziellen Verbraucherschutz im Bereich des privaten Baurechts gibt, können Sie zur Bearbeitung des folgenden Teils das Wort „Verbraucher“ jeweils durch „Auftraggeber“ und das Wort „Verbraucherbauvertrag“ jeweils durch „Bauvertrag“ ersetzen.

### I. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss

#### 1. Formerfordernisse

- Sind bei Abschluss eines Verbraucherbauvertrags bestimmte Formerfordernisse zu beachten? Wenn ja: Zu welchem Zweck?

Jeder Bauvertrag bezüglich eines Gebäudes mit hauptsächlicher oder teilweiser Wohnnutzung muss schriftlich geschlossen werden.

Die Formerfordernisse variieren allerdings für die verschiedenen unter A I.1. genannten Vertragstypen:

Für den Bauvertrag eines Ein- oder Zweifamilienhauses wird ein privatschriftlicher Vertrag verlangt, der nach Art. L.231-9 und L.232-2 CCH per Einschreibebrief mit Rückschein einschließlich einer Informationsschrift mit zwingenden Angaben an den Auftraggeber übersendet werden muss.

Der Übernehmerbauvertrag verlangt dagegen nach Art. L.213-1 CCH eine notarielle Beurkundung und eine Veröffentlichung des Vertrags im Immobilienregister nach Art. 1831-3 C.civ. um Dritten gegenüber wirksam zu sein. Die notarielle Beurkundung ist jedoch nur für die Veröffentlichung erforderlich. Der Vertrag selbst ist auch in privatschriftlicher Form wirksam.

Der Kaufvertrag über ein zu erstellendes Gebäude nach Art. 1601-1 ff. C.civ. muss durch notariellen Vertrag erfolgen. Bei Nichtbeachtung dieser Form ist der Vertrag nach Art. L.261-11 Abs.1 CCH nichtig. Der Vorvertrag kann dagegen privatschriftlich erfolgen.

Der Bauvertrag in Form des klassischen Werkvertrags, der nicht unter die Bedingungen des Bauvertrags von Ein- oder Zweifamilienhäusern fällt, unterliegt keiner weiteren besonderen Formvorschrift.

## **2. Mindestinformationen**

### **a. Unterliegt der Unternehmer einer Pflicht oder Obliegenheit, den Verbraucher vor Vertragsabschluss über bestimmte Punkte zu informieren?**

Bei dem **Vertrag über den Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern** muss dem Vertrag nach Art. 231-9 CCH in der Anlage eine Informationsschrift beigelegt werden. Diese Vorschrift ist zwingend und ihre Nichtbeachtung führt zur Nichtigkeit des Vertrags. Der Inhalt der Informationsschrift muss einem Modell entsprechen, das von dem Ministerium für Verbraucherschutz und vom Bauministerium genehmigt wird und daher einer Inhaltskontrolle unterliegt.<sup>466</sup>

### **b. Gibt es Mindestanforderungen für den Inhalt eines Verbraucherbauvertrags, insbesondere im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung und Preistransparenz? Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn diese Mindestanforderungen nicht eingehalten werden?**

Jeder Bauvertrag bezüglich eines Gebäudes mit hauptsächlich oder teilweiser **Wohnnutzung** muss bestimmten inhaltlichen Mindestanforderungen genüge leisten. Diese sind in Art. L.222-3 CCH genannt. Außerdem muss der Vertrag bestimmte Anlagen enthalten, wie z.B. die Beschreibung der Arbeiten und einen Kostenvoranschlag.<sup>467</sup>

Für den **Bauvertrag über die Erstellung von Ein- oder Zweifamilienhäusern** bestehen noch strengere zwingende gesetzliche Anforderungen an den Inhalt als für die Wohnnutzungsbauverträge.

Folgende Punkte müssen sowohl in dem **Vertrag über die Erstellung von Ein- oder Zweifamilienhäusern mit Lieferung eines Plans** als auch **ohne Lieferung**

---

<sup>466</sup> Eine aktuelle Modellinformationsschrift wurde durch das „arrêté“ vom 28. November 1991 festgelegt, in Journal Officiel du 30.11.1991 (siehe Anlage II des vorliegenden Berichts über Frankreich).

<sup>467</sup> „*dévis descriptifs*“.

**eines Plans** nach Art. L.231-2 CCH i.V.m. Art. L.232-1 Abs.2 CCH zwingend enthalten sein:

- die Bestimmung des Grundstücks;
- der Inhalt und die technischen Eigenschaften des zu erstellenden Gebäudes;
- der vereinbarte und endgültige Pauschalpreis, unter Vorbehalt der Fälle, in denen seine Revision vorgesehen ist, und die Zahlungsbedingungen in Bezug auf den Baufortschritt;
- die für die Durchführung der Bauarbeiten vorgesehenen Fristen und die im Falle der Verspätung anwendbaren Vertragsstrafen;
- die Bezeichnung der von dem Auftraggeber nach Art. 242-1 des Code des assurances (Versicherungsgesetz) abgeschlossenen Gebäudehaftpflichtversicherungsvertrags;
- der Hinweis, dass sich der Auftraggeber nach Art. 111-23 CCH bei der Abnahme des Bauwerks von einem zugelassenen Unternehmer oder jedem Unternehmer, der eine Versicherung für diese Aufgabe hat, beraten lassen kann;
- der Nachweis der Liefergarantie durch den Unternehmer. Die Bestätigung dieser Garantie muss durch den Bürgen erstellt sein und dem Vertrag angehängt werden.

Der Vertragstyp des **Baus von Ein- oder Zweifamilienhäusern mit Lieferung eines Plans** unterliegt einer zwingenden Gesetzgebung, die strenger ist als diejenige für den Vertrag über den Bau eines Ein- oder Zweifamilienhauses ohne Plan. Folgende Punkte sind nur für diesen Vertrag zwingend vorgeschrieben:

- die Benennung des Eigentumstitels des Auftraggebers oder der dinglichen Rechte, die ihn zum Bau berechtigen;
- die Bestätigung, dass das geplante Projekt im Einklang mit den geltenden Vorschriften des Code de la construction und des Code de l'urbanisme (Städtebaurecht) steht;



- die Beschreibung sämtlicher Arbeiten bezüglich der Vorbereitung des Erdbodens, die Anschlüsse an die verschiedenen Versorgungsnetze, die verschiedenen Außen- oder Innenarbeiten, die unabdingbar für die Erstellung und Nutzung des Gebäudes sind. Dem Vertrag muss zwingend eine Beschreibung der Arbeiten angehängt werden. Das Fehlen der Beschreibung führt zur Nichtigkeit des Vertrags;
- die Benennung gegebenenfalls der Kosten für Arbeiten, von denen sich der Auftraggeber die selbständige Ausführung vorbehält. Diese werden von dem Bauunternehmer beschrieben und deren Kosten beziffert. Der Auftraggeber bestätigt durch eine handschriftliche und unterzeichnete Randbemerkung an dem Vertrag, dass er diese Arbeiten und die Kosten hierfür selbst übernimmt. Der Vertrag nennt im übrigen den pauschal vereinbarten Preis, der endgültig ist und alle Verpflichtungen enthält, die zu den Lasten des Bauunternehmers zählen, insbesondere die Kosten der Liefergarantie;
- der Hinweis auf die Baugenehmigung und andere verwaltungsrechtliche Erlaubnisse, von denen dem Vertrag eine Kopie angehängt wird;
- der Hinweis auf die Finanzierungsmodalitäten, die Art und der Betrag der von dem Auftraggeber erhaltenen Darlehen;
- das Datum des Beginns der Bauarbeiten.

Die Nichtbeachtung dieser inhaltlichen Mindestanforderungen führt zur absoluten Nichtigkeit der Verträge.

Auch für den Vertrag über den **Verkauf eines zu erstellenden Wohngebäudes** (Bauträgervertrag) nach Art. 1601-1 ff. C.civ. hat der Gesetzgeber in Art. 261-11 CCH einen bestimmten Mindestinhalt vorgesehen, der folgende Punkte betrifft:

- Beschreibung des Gebäudes oder des verkauften Gebäudeteils;
- Hinweis auf den Preis und die Zahlungsmodalitäten;
- Hinweis auf eventuelle Modalitäten einer Preisrevision;
- Hinweis auf die Fertigstellungsgarantie oder Rückzahlungsgarantie;
- Bestimmung der Lieferfrist nach Art. 261-11 CCH.

Der Vertrag muss außerdem die folgenden zwingenden Anlagen enthalten:

In den Anlagen oder den bei einem Notar hinterlegten Unterlagen muss der Umfang des verkauften Gebäudes durch einen Plan beschrieben werden und eine Beschreibung der Einrichtung sowie des gesamten Gebäudes enthalten sein.

Die technischen Eigenschaften des Gebäudes, wie z.B. die Art der verwendeten Materialien und Bauverfahren etc., müssen beschrieben werden.

Die Nichtbeachtung dieser inhaltlichen Mindestanforderungen führt zur relativen Nichtigkeit des Vertrags. Dies entspricht im deutschen Recht der Anfechtbarkeit des Vertrags, die nicht von jedem Dritten, sondern nur von dem Auftraggeber vor Abschluss der Bauarbeiten geltend gemacht werden kann. Die Haftung des Notars kann ebenfalls geltend gemacht werden, wenn dieser bei der Abfassung des Vertrags Fehler gemacht hat.

Für den Bauträgervertrag oder den klassischen Werkvertrag ist dagegen kein besonderer Inhalt vorgeschrieben.

- Falls es solche Mindestanforderungen nicht oder kaum gibt: Stellt sich in der Praxis – wie in Deutschland – das Problem unzureichender Leistungsbeschreibungen? Falls nicht: Wieso nicht?

Aufgrund der zahlreichen gesetzlichen Vorschriften, die den Inhalt dieser Verträge definieren, stellt sich dieses Problem in Frankreich nicht.

### **3. Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen**

- Hat der Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen oder grundsätzlich innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Vertragsschluss die Möglichkeit, sich wieder vom Vertrag zu lösen (Widerrufsrecht, Rücktrittsrecht oder sonstiges Vertragsauflösungsrecht zu dem Zweck, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn niemals ein Vertrag geschlossen worden wäre)?

Nach Art. L.271-1 CCH wird der Vertrag über die Erstellung von Ein- oder Zweifamilienhäusern erst nach Ablauf einer **Rücktrittsfrist von 7 Tagen** endgültig wirksam. Dieses Rücktrittsrecht gilt nicht nur für den Vertrag über die Erstellung von Ein- oder Zweifamilienhäusern, sondern für sämtliche Vertragstypen bei denen ein nicht-professioneller Auftraggeber Immobilieneigentum zu Wohnzwecken erwirbt

oder solche Gebäude erstellen lässt. Das Gesetz spricht allerdings nicht von dem Verbraucher. Der Anwendungsbereich ist hier weiter als der des klassischen Verbraucherbegriffs (siehe oben II 1).

#### **4. Andere funktional äquivalente Regelungen**

- Sieht das Rechtssystem Ihres Landes andere Regelungen vor, die den Zweck verfolgen, den Verbraucher vor einem übereilten Vertragsschluss ohne ausreichende Informationen zu schützen?

Ja, hierbei handelt es sich insbesondere um die bereits genannten Formerfordernisse wie z.B. die Vertragsübersendung per Einschreibebrief mit Rückschein, die nur in dieser Form die Frist für das 7tägige Rücktrittsrecht nach Art. L.271-1 CCH zum Laufen bringt.

Wenn der Auftraggeber den Bau durch ein Darlehen finanziert, kann das Kreditinstitut erst ein Darlehensangebot unterbreiten, wenn es nachgeprüft hat, dass der Bauvertrag dem nach Art L.231-2 CCH zwingenden Inhalt entspricht: Es kann die Zahlung erst anweisen, wenn ihm eine Liefergarantiekunde vorgelegt wurde. Der Darlehensgeber haftet außerdem im Falle der Überschreitung der nach Art. R.231-7 CCH vorgesehenen Prozente der Abschlagszahlungen nach dem Baufortschritt. Er verlangt daher bei jeder Zahlungsanforderung einer weiteren Teilsumme einen Nachweis über den Baufortschritt und übt daher eine ständige Kontrolle über die Vertragsabwicklung aus.

Bei Verträgen über den Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern erfolgt ein weiterer Schutz der Auftraggeber durch zusätzliche Strafvorschriften. So macht sich z.B. nach Art. L.241-8 und L.241-9 CCH der Unternehmer strafbar, der keine Liefergarantie (siehe unten II. 1. b. (1)) für den Vertrag abgeschlossen oder der einen Subunternehmervertrag nicht schriftlich abgeschlossen hat.

Weiterhin sehen Art. L.241-3 und L.241-4 CCH strafrechtlich bewehrte Verbote für Unternehmer vor, Bauverträge nach Art. L.231-1 und L.232-1 abzuschließen, wenn die Unternehmer nach einem der in den Vorschriften genannten Ordnungswidrigkeits- oder Straftatbeständen verurteilt worden sind. Dies betrifft vorwiegend die Tatbestände des Bankrotts, persönlichen Konkurses, Ausübungsverbots kaufmännischer Tätigkeit oder der Leitung von Handelsgesellschaften. Diese Vorschrift hat

sich in der Praxis als sehr wichtig herausgestellt, da zahlreiche Bauunternehmer unter die genannten Tatbestände fallen.

Neben den speziellen Vorschriften des privaten Baurechts, ist der Auftraggeber, der gleichzeitig Verbraucher ist, ebenfalls unter den Schutz der allgemeinen Schutzvorschriften des Verbraucherrechts nach dem Code de la consommation gestellt. So sind die Schutzvorschriften z.B. über Haustürgeschäfte oder Fernabsatzverträge zusätzlich anwendbar. Hieraus kann sich ein erweitertes Rücktrittsrecht ergeben.

Trotz der weitreichenden Schutzvorschriften, insbesondere für den Vertragstyp des Baus von Ein- oder Zweifamilienhäusern, stellt sich in Frankreich ein Problem des Schutzes des Verbrauchers aufgrund der weitreichenden Umgehungsmöglichkeit des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften. Außerdem wurde in der Praxis ebenfalls festgestellt, dass viele Bauunternehmer die gesetzlichen Vorschriften nur unzureichend respektieren und aufgrund der hohen Risikorate in diesem Wirtschaftszweig Schwierigkeiten haben, die gesetzlich vorgeschriebenen Garantien beizubringen.<sup>468</sup>

Man muss daher davon ausgehen, dass der gesetzlich sehr hohe Schutzstandard in der Praxis nicht immer eingehalten wird.

---

<sup>468</sup> Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Daniel Tomasin, n° 220.190, S.242.

## II. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung

### 1. Finanzströme und Sicherheiten

#### a. Zeitpunkt der Werklohnzahlung

**(1) Zu welchem Zeitpunkt hat der Verbraucher den Werklohn zu zahlen? Insbesondere: Hat der Verbraucher bereits vor oder während der Erstellung des Bauwerks einen Teil des Werklohns oder sogar den gesamten Werklohn an den Unternehmer zu leisten (Voraus- bzw. Abschlagszahlungen)?**

Für die Beantwortung dieser Frage muss wiederum nach den verschiedenen genannten Vertragstypen unterschieden werden.

Soweit es sich um den besonders geschützten Bereich des **Baus von Wohnraum** handelt, wird der Zahlungskalender gesetzlich nach Art. R 222-7 CCH festgelegt. Diese Vorschrift gilt nicht nur für den Bauträgervertrag, sondern ebenfalls für alle anderen Vertragstypen über den Bau von Wohnraum.

Bei dem **Generalübernehmervertrag** darf keine Zahlung von dem Übernehmer vor der Unterzeichnung des Vertrags oder vor Fälligkeit gefordert werden. Die Fälligkeit der Zahlungen ergibt sich aus einem vertraglich festgelegten Kalender entsprechend des Baufortschritts.

Bei dem Vertrag über den **Verkauf eines zu erstellenden Wohngebäudes** darf vor Abschluss des Vertrags keinerlei Zahlung erfolgen. Nach Unterzeichnung des Vertrags kann die Einrichtung eines Garantiedepots vereinbart werden. Der Käufer zahlt die vereinbarte Summe auf ein auf seinen Namen eröffnetes Konto. Die hinterlegten Summen sind bis zu dem geschuldeten Betrag unpfändbar, unabtretbar und nicht verfügbar.<sup>469</sup>

Der Kaufpreis wird nach Art. R.261-14 CCH je nach Baufortschritt nach einem durch Verordnung festgelegten Plan fällig:

- 35 % bei Fertigstellung der Fundamente;

- 70 % bei Fertigstellung des Daches;
- 95 % bei Fertigstellung des Gebäudes.

Die Restsumme wird am Tag der Übergabe des Gebäudes fällig. Es darf keinerlei Anzahlung vor Vertragsunterzeichnung verlangt werden.

Der Unternehmer, der Zahlungen unter Verletzung der Vorschriften der Art. L.261-11 bis L.261-15 CCH verlangt oder annimmt, kann nach Art. L. 261-17 CCH mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und/oder einer Geldstrafe in Höhe von 9.000 € bestraft werden.

Bei dem Vertrag über den **Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern mit Lieferung eines Plans** dürfen ebenfalls vor Unterzeichnung des Vertrags keinerlei Anzahlungen, Reservierungszahlungen oder ähnliches gefordert werden. Die Nichtbeachtung dieses Verbots ist strafrechtlich bewehrt und kann mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und/oder mit einer Geldstrafe von 37 500 € geahndet werden.

In dem Vertrag kann die Hinterlegung einer Summe auf einem auf den Namen des Auftraggebers eröffneten gesperrten Spezialkonto bei einem autorisierten Kreditinstitut vereinbart werden. Die hinterlegte Summe darf nicht 3% des Gesamtpreises des Baus überschreiten. Die hinterlegten Gelder sind unverfügbar, unabtretbar und unpfändbar. Sie werden dem Auftraggeber sofort ohne Abzug zurückgezahlt, wenn der Vertrag infolge des Nichteintritts der aufschiebenden Bedingungen oder der Ausübung des Rücktrittsrechts nicht wirksam wird. Wenn der Vertrag wirksam wird, werden die hinterlegten Gelder auf die ersten fälligen Zahlungen angerechnet.

Nach der Unterzeichnung des Vertrags können Zahlungen zu den im Vertrag vorgesehenen Zeitpunkten gefordert werden. Art. R 231-7 CCH schreibt folgenden Zahlungskalender vor:

- 15 % bei Eröffnung der Baustelle;
- 25 % bei Fertigstellung der Fundamente;
- 40 % bei Fertigstellung der Außenmauern;

---

<sup>469</sup> Roger Saint-Alary, Corinne Saint-AlaryHouin, *Droit de la construction*, Dalloz 2006, S.102.

- 60 % bei Fertigstellung des Daches;
- 75 % bei Fertigstellung der Innenmauern, Türen und Fenster;
- 95 % bei Fertigstellung der Innenarbeiten, Sanitäranlagen, Tischlerarbeiten und Heizung.

Die Restzahlung ist bei der Abnahme fällig. Wenn der Auftraggeber sich von einem Bauunternehmer oder anderem Berufsträger bei der Abnahme beraten lässt, wird die Restsumme erst 8 Tage nach Schlüsselübergabe fällig. Wenn der Auftraggeber bei der Abnahme Mängelvorbehalte hat, kann er die verbleibenden 5 % des Preises bis zur Beseitigung der aufgezeigten Mängel hinterlegen.

Der gesetzliche Zahlungsplan zeigt die äußerst möglichen Zahlungen auf, die nicht überschritten werden dürfen. Eine Unterschreitung der genannten Fälligkeiten kann dagegen vertraglich vereinbart werden.

Bei dem Vertrag über den **Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern ohne Lieferung eines Plans** sind die gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Zahlungsmodalitäten weniger streng. Der vereinbarte Preis muss pauschal und endgültig sein. Eine Revision des Preises ist nach einer vertraglich gewählten Anpassungsklausel möglich. Die Zahlungsmodalitäten können vertraglich festgelegt werden. Das Gesetz sieht keine zwingende Aufteilung der Zahlungen vor.

**(2) Falls derartige Voraus- oder Abschlagszahlungen gesetzlich nicht vorgesehen sind: Ist eine entsprechende Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers wirksam und üblich?**

Soweit Voraus- und Abschlagszahlungen über den gesetzlich vorgesehenen Fälligkeitsplan hinaus verboten sind, können diese auch nicht durch AGB's in den Vertrag eingeführt werden.

Da außerdem eine umfassende gesetzliche Regelung der Abschlagszahlungen besteht, ist es nicht üblich, diese durch Vertragsklauseln zu ergänzen.

**(3) Ist der Verbraucher einem Anspruch des Unternehmers auf Sicherheitsleistung für künftige Werklohnzahlungen ausgesetzt, bspw. auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek, oder können die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers eine solche Regelung vorsehen?**

➤ Wenn ja: Wie sind die entsprechenden Regelungen ausgestaltet?

Für Bauverträge mit einem Wert über 12 000 € hat der Unternehmer nach Art. 1799-1 C.civ. einen Anspruch auf Sicherheitsleistung. Nach dieser Vorschrift wird entweder, wenn der Auftraggeber den Bau durch Darlehen finanziert, das Darlehen direkt von dem Kreditinstitut an den Unternehmer geleistet, ohne dass die betreffenden Summen in das Vermögen des Auftraggebers fließen. Andernfalls muss der Auftraggeber zugunsten des Unternehmers eine selbstschuldnerische Bürgschaft eines Kreditinstituts bestellen oder eine Hypothek auf das Gebäude nach Art. 2103-4 C.civ. eintragen lassen. Von der letzteren Sicherheitsleistung wird jedoch in der Praxis wegen der hohen Kosten nur selten Gebrauch gemacht.

**(4) Wie lang ist die Verjährungsfrist der Werklohnforderung? Wann beginnt sie zu laufen? Durch welche Ereignisse tritt Hemmung oder gar Unterbrechung des Fristablaufs ein?**

Die Verjährungsfrist der Werklohnforderung beträgt nach Art. 2277 C.civ. fünf Jahre. Sie beginnt am Ende des Kalenderjahres zu laufen, in dem die Abnahme erfolgt ist. Die Verjährung wird nach Art. 2244 C.civ. nur durch gerichtliche Handlungen und Zustellungen unterbrochen, d.h. z.B. durch die Einleitung eines Eilverfahrens, Mahnverfahrens, Hauptverfahrens oder einer Sicherheitspfändung. Auch die Anerkennung des Schuldners führt nach Art. 2248 C.civ. zu einer Unterbrechung der Verjährung.



## b. Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung

### (1) Setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs bzw. der Abschlagszahlungsansprüche voraus, dass der Verbraucher die Akzeptanz des fertig gestellten Bauwerks bzw. Bauwerkteils in irgendeiner Weise zum Ausdruck bringt (Abnahme oder ein funktionsäquivalenter Akt)?

Die Zahlung der Restsumme (in der Regel 5 %) setzt nach Art. L.111-19 Abs.1 CCH die Abnahme voraus.

Für alle anderen Teilzahlungen, nach dem entsprechend dem Baufortschritt vorgesehenen Zahlungsplan, ist jedoch keine Abnahme erforderlich.

Der Unternehmer muss jedoch dem Auftraggeber in der Regel ein Schriftstück übersenden, einen sog. „état de situation“ (Situationsbericht). In Verträgen, die den allgemeinen Modellgeschäftsbedingungen der AFNOR unterliegen, muss dieser Situationsbericht folgende Informationen enthalten:

- die seit Beginn des Baus durchgeführten Arbeiten;
- die auf die Baustelle gelieferten oder bei dem Unternehmer für die Baustelle hinterlegten Baumaterialien, für die Zahlungen geleistet werden sollen.

Ein weiterer Schutz des Auftraggebers tritt bei allen finanzierten Verträgen ein. Hier darf bei **Bauverträgen über Ein- oder Zweifamilienhäuser mit Lieferung eines Plans**, soweit die Teilzahlungen im Falle der Finanzierung durch Darlehen erfolgen, das Kreditinstitut die entsprechende Teilzahlung an den Unternehmer nach Art. L.231-7 Abs.3 CCH erst dann vornehmen, wenn ihm eine schriftliche Zahlungsanweisung des Auftraggebers vorliegt und der Garant von der Zahlung informiert wurde.

Die Abnahme ist nach Art. 1792-6 C.civ. das einseitige Rechtsgeschäft durch das der Auftraggeber erklärt, das Werk ohne Vorbehalte zu akzeptieren. Die Abnahme erfolgt auf Anlass einer der Parteien im Normalfall einvernehmlich. Sie kann aber auch gerichtlich erfolgen. In jedem Fall ist sie kontradiktorisch.

Falls dies der Fall ist:

- Kann die erforderliche Akzeptanz nur in ausdrücklicher Form oder auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden?

Obwohl es sich um ein einseitiges ausdrückliches Rechtsgeschäft des Auftraggebers handelt, lässt die Rechtsprechung auch die Abnahme durch schlüssiges Verhalten zu. Die Rechtsprechung verlangt allerdings, dass die Akzeptanz des Werkes eindeutig ist.<sup>470</sup> Die Inbesitznahme des Gebäudes ist hierfür unabdingbar.<sup>471</sup> Zusätzlich muss der eindeutige Wille des Auftraggebers, das Werk abzunehmen, erkennbar sein.<sup>472</sup> Die Zahlung der Restsumme der Werklohnforderung ist hierfür ein Indiz. Die Abnahme ist in jedem Fall ein von der Fertigstellung der Arbeiten und der Inbesitznahme getrenntes Rechtsgeschäft, das nur aus der Sicht des Auftraggebers zu beurteilen ist.

Eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten ist nicht möglich bei Verträgen über den Bau von Ein- oder Zweifamilienwohnhäusern, da hierfür zwingend nach Art. L.231-6-IV CCH eine schriftliche Abnahme vorgesehen ist.

- Sieht das Gesetz oder die Rechtsprechung in bestimmten Fällen eine Fiktion dieser Akzeptanz vor?

Nein.

- In welchen Fällen kann die Akzeptanz des Bauwerks verweigert oder zumindest unter Vorbehalt erklärt werden (bspw. bei Mängeln)? Was sind die Rechtsfolgen einer solchen eingeschränkten Akzeptanz?

Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Werk zu liefern, das den vertraglichen Vereinbarungen entspricht („conformité contractuelle“) und frei von Mängeln ist („obligation de résultat“). Ein entsprechender Vorbehalt kann und muss erklärt werden, wenn diese Pflicht nicht erfüllt wurde. Sämtliche Mängel und Abweichungen von vertraglich vorgesehenen Eigenschaften geben dem Auftraggeber das Recht, einen Vor-

---

<sup>470</sup> Cass. 3e civ., 12 octobre 1988, Bull. civ. III, n°137.

<sup>471</sup> Cass. 3e civ., 8 février 1995, n°93-11.046, Men. TP, 21 avril 1995, S.53.

<sup>472</sup> Cass. 3e civ., 16 juillet 1987, Bull. civ.III, n°143, RDI 1987, S.454, observations Ph. Malinvaud et B. Boubli ; Cass. 3e civ., 23 avril 1986, Bull. civ. III, n°46, 47, RDI 1989,S.59, observations Ph. Malinvaud et B. Boubli.

behalt zu formulieren. Es kommt nicht auf die Schwere des Mangels an.<sup>473</sup> Auch rein ästhetische Mängel sind ausreichend.

- Muss zum Zeitpunkt der Akzeptanz ein Vorbehalt erklärt werden, damit eine etwaig verwirkte Vertragsstrafe weiterhin eingefordert werden kann? Wenn ja: Gilt dies auch im Falle einer Akzeptanzfiktion?

Ohne die Abnahme beginnen die Gewährleistungsfristen nicht zu laufen und die Haftung richtet sich ausschließlich nach allgemeinen Vorschriften. Alle im Laufe der Bauarbeiten vor der Abnahme festgestellten Mängel lösen daher nicht die spezielle Bauunternehmerhaftung nach den Art. 1792 C.civ. aus, sondern nur die allgemeine vertragliche Haftung.

Ab dem Zeitpunkt der Übergabe werden die speziellen Haftungsvorschriften für Bauverträge angewendet.

Wenn die Akzeptanz des Bauwerks unter Vorbehalt erklärt wird, kann die Reparatur der aufgezeigten Mängel aufgrund der speziellen Fertigstellungsgarantie<sup>474</sup> verlangt werden.

Bei Akzeptanz ohne Vorbehalte kann der Auftraggeber keine Garantierücklage behalten und jede Aktion aufgrund ersichtlicher Mängel ist nach Art. 1792-6 C.civ. ausgeschlossen.

Dies gilt auch in dem Fall der Abnahme durch schlüssiges Verhalten, da durch diese die gleichen Wirkungen wie bei einer ausdrücklichen Abnahme eintreten.

Wenn der Auftraggeber bei der Abnahme durch einen Architekten oder anderen Experten beraten wurde und dieser es unterlassen hat, den Auftraggeber auf einen sichtbaren Mangel hinzuweisen, kann dessen Haftung geltend gemacht werden.

**(2) Setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs bzw. der Abschlagszahlungsansprüche eine prüfbare Rechnung voraus? Falls nein: Kann der Verbraucher ohne prüfbare Rechnung in Verzug geraten?**

Nein. Die Abschlagszahlungen erfolgen nach dem gesetzlich vorgesehenen Zeitplan ohne einzelne prüfbare Rechnungen. Der Auftraggeber muss zum Zeitpunkt

---

<sup>473</sup> Cass. 3e civ., 19 juin 1996, RDI1996, S.581; Cass 3e civ., 6 décembre 2005, n°04 18.749, RDI 2006, S.136.

der vorgesehenen Fälligkeit leisten. Der Unternehmer muss allerdings neben dem Situationsbericht (siehe oben II. 1. b. (1)) dem Auftraggeber eine provisorische Zahlungsabrechnung vorlegen, die die Summen, die nach dem Bauabschnitt geschuldet werden, wiederholt und die als Abschlagszahlung zu zahlende Summe aufführt.

Wenn der Vertrag den allgemeinen Modellgeschäftsbedingungen der AFNOR unterliegt, müssen diese Dokumente dem Auftraggeber spätestens 14 Tage nach der Übersendung des Situationsberichts zugesendet werden. Die Abschlagszahlungen müssen spätestens 30 Tage nach Erhalt des Zustandsberichtes durch den Auftraggeber gezahlt werden. Die verspätete Zahlung gibt dem Unternehmer ein Recht auf Verspätungszinsen.

Die Kommission gegen missbräuchliche Klauseln hat sich dagegen für die Unwirksamkeit einer Geschäftsbedingung ausgesprochen, nach der der Auftraggeber eine kürzere als eine zweiwöchige Zahlungsfrist ab dem Nachweis des jeweiligen Baufortschritts hat.<sup>475</sup>

Der Vertrag kann nach Art. R.231-14 Abs.2 CCH eine Vertragsstrafe für den Zahlungsverzug des Auftraggebers vorsehen, die nicht monatlich 1 % der nicht gezahlten Summen überschreiten darf, wenn die vorgesehene Lieferverzugsstrafe nicht 1/3000 des Gesamtpreises pro Verspätungstag überschreitet.

### **(3) Hat der Verbraucher im Falle eines Baumangels das Recht, einen Teil der Werklohnforderung zurückzubehalten (in welcher Höhe)?**

Die Rechtsprechung erlaubt dem Auftraggeber seine Zahlungsverzögerung der einzelnen Abschlagszahlungen mit Mängeln, die er festgestellt und dem Bauunternehmer unterbreitet hat, zu rechtfertigen.<sup>476</sup>

Bei dem Vertrag über den **Bau von Ein- oder Zweifamilienhäusern mit Lieferung eines Plans** kann der Auftraggeber die Restsumme in Höhe von 5 % des Gesamtpreises hinterlegen, soweit die Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln erfolgt.

Bei dem **Verkauf eines zu erstellenden Gebäudes** (Bauträgervertrag) dagegen handelt es sich um eine Art des Kaufvertrags, der einen Rückbehalt im Falle von

---

<sup>474</sup> „garantie de parfait achèvement“.

<sup>475</sup> Commission des clauses abusives, Recommandation Nr.88-01 vom 22. Januar 1988, Nr.9.

<sup>476</sup> Cass. 3e civ., 21 mai 2003, n°02-10.052, Bull. Civ. III, n°105.

Mängeln nicht vorsieht. Nach Art. 1642-1 C.civ. kann der Verkäufer eines zu erstellenden Gebäudes weder vor der Abnahme durch den Käufer, noch vor Ablauf einer Frist eines Monats ab Inbesitznahme durch den Käufer, für die Haftung für offene Mängel entlastet werden.

Die Restwerklohnforderung ist in dem Falle des Rückbehalts eines Teils der Forderung in gleicher Weise gesichert wie die gesamte Werklohnforderung (siehe oben II. 1. a. (3)).

- Kann der Unternehmer dann seinerseits vor Durchführung der Nachbesserungsarbeiten Sicherheit für die künftige nach Mängelbeseitigung fällige Restwerklohnforderung verlangen? Ist die Fälligkeit der Restwerklohnforderung davon abhängig, dass der Verbraucher im Anschluss an die Mängelbeseitigung das nachgebesserte Werk als Vertragserfüllung akzeptiert?

Nein. Die Restwerklohnforderung wird von der Sicherheit der Gesamtforderung gedeckt und es gibt keine getrennte oder neue Sicherheit für die Restwerklohnforderung.

Die Fälligkeit der Restlohnforderung ist von der Abnahme der Mängelbeseitigung abhängig, da der Auftraggeber, solange die Mängel nicht beseitigt sind und die vertragsgemäße Fertigstellung des Gebäudes somit nicht erfolgt ist, sein Rückbehaltungsrecht über einen Teil der Werklohnforderung behält.

**(4) Hat der Verbraucher das Recht, eine Gewährleistungssicherheit zu verlangen, um etwaige, später entstehende Gewährleistungsansprüche abzusichern?**

Die bei der Abnahme beim Werkvertrag ersichtlichen offenen Mängel und diejenigen Mängel, die sich innerhalb eines Jahres ab dem Zeitpunkt der Abnahme zeigen, werden durch die Fertigstellungsgarantie<sup>477</sup> nach Art. 1792-6 C.civ. abgedeckt.

Für die versteckten Mängel sind andere gesetzliche zwingende Garantien vorgesehen, wie z.B. die Zehnjahresgarantie<sup>478</sup> nach Art. 1792 C.civ. für alle erheblichen Schäden am Gebäude und die Zweijahresgarantie nach Art. 1792-3 C.civ. (L.111-16

---

<sup>477</sup> „garantie de parfait achèvement“.

<sup>478</sup> „garantie décennale“.

CCH) für das korrekte Funktionieren der vom Gebäude trennbaren Ausstattungen.<sup>479</sup>

Zur Sicherheit der Durchführung dieser Garantien sieht das Gesetz Versicherungspflichten für Bauunternehmer vor. Es gibt zwei Arten der Pflichtversicherung. Beide Versicherungen können in einer einzigen Police zusammengefasst werden, der sog. „*police unique par chantier*“ oder Puc (siehe unten II. 1. c. (2)).

**(5) Wie ist der Verbraucher bei einer Stundenlohnvereinbarung gegen die Abrechnung nicht geleisteter oder nicht erforderlicher Arbeitsstunden geschützt?**

- Sonderproblem: Wird ein Anerkenntnis fingiert, wenn der Verbraucher während der Bauphase erstellte Stundenzettel nicht beanstandet?

Bei den sog. echten Bauverträgen, die nach dem CCH geregelt sind, gibt es im Allgemeinen nur Verträge, die Pauschalpreisvereinbarungen vorsehen. Dies gilt insbesondere für die Bauverträge über Ein- oder Zweifamilienhäuser, bei denen andere Berechnungen der Entlohnung des Bauunternehmers sogar verboten sind<sup>480</sup> und auf die Art. 1794 C.civ. anwendbar ist.

Bei den Kaufvertragstypen handelt es sich ebenfalls um pauschale Kaufpreisvereinbarungen, so dass keine Stundenlohnvereinbarungen in Betracht kommen.

Nach Art. 1-4-22 der Norm AFNOR P03-001 gibt es neben dem Pauschalpreis zwei weitere Preistypen, die „kontrollierten Ausgaben“<sup>481</sup> und die Einheitspreisvereinbarung<sup>482</sup>.

Bei der Bestimmung des Preises nach den kontrollierten Ausgaben setzt sich der Preis zusammen aus den Materialkosten, Transportkosten und Arbeitskosten nach Stundenberechnung. Bei dieser Preisberechnung wird jede einzelne Ausgabe im Einzelnen durch den Auftraggeber kontrolliert.

Nicht geleistete Arbeitsstunden kann der Auftraggeber beanstanden und die Bezahlung verweigern. Der Schutz des Auftraggebers richtet sich hier aber nach all-

---

<sup>479</sup> „*garantie biennale*“.

<sup>480</sup> Cass. 3e civ., 6 mars 2002, n° 00-19.674, Construction.-urbanisme, juillet – août 2002, n°166.

<sup>481</sup> „*travaux sur dépenses contrôlées*“.

<sup>482</sup> „*marché au mètre*“.

gemeinem Werkvertragsrecht. Die besonderen Schutzvorschriften des Bauvertrags oder Verbraucherschutzrechts greifen nicht ein.

Solche Stundenlohnvereinbarungen gibt es allerdings in Frankreich nur äußerst selten bei Bauverträgen. Sie treten nur vereinzelt in Verträgen auf, in denen der Auftraggeber selbst den Bau koordiniert und Werkverträge mit den einzelnen Unternehmern über Teilleistungen abschließt. Diese haben aber in der Praxis keine wesentliche Bedeutung.

**(6) Wie wird im Falle einer Einheitspreisvereinbarung festgestellt, wie viele Einheiten für den Bau benötigt wurden?**

Bei der Einheitspreisvereinbarung wird ein Einheitspreis festgelegt, der auf die tatsächlich durchgeführten Mengen angewendet wird. Die festgelegten Einheiten sind häufig ein Preis pro Quadratmeter. Die Einheitspreisvereinbarung wird häufiger im öffentlichen Baurecht benutzt, jedoch nur selten für private Bauvorhaben.

In den beiden Fällen, Stundenlohnvereinbarung oder Einheitspreis, hat der Auftraggeber die Möglichkeit, das Auftragsvolumen zu erhöhen oder zu verringern und damit unterliegt die Bezahlung des Unternehmers ebenfalls einer Erhöhung oder Minderung. Die einzelvertraglichen Bestimmungen bezüglich der Preisfeststellung sind hier jeweils ausschlaggebend.

**(7) Falls Abschlagszahlungen gesetzlich vorgesehen sind oder privatautonom vereinbart werden können: Wie wird sichergestellt, dass der Verbraucher für seine Abschlagszahlung im jeweiligen Zahlungszeitpunkt einen Gegenwert erhält?**

**Orientierungshilfe:** Ist eine Abschlagszahlung nur geschuldet, wenn der bereits fertig gestellte Teil des Bauwerks, für den der Abschlag geleistet werden soll, in das Eigentum des Verbrauchers übergeht, oder wenn der Unternehmer eine entsprechende Sicherheit beibringt? Zu denken ist hier insbesondere an die rechtliche Lage bei solchen Verträgen, bei denen der Unternehmer ein Haus auf einem ihm gehörenden Grundstück errichtet und das Eigentum an dem Grundstück erst nach Fertigstellung des gesamten Bauwerks auf den Verbraucher überträgt (Bauträgervertrag).

Bei Verträgen, bei denen der Unternehmer ein Haus auf einem ihm gehörenden Grundstück errichtet (*vente d'immeuble à construire*), sieht Art. 1601-3 C.civ. (Art.

L.261-3 CCH) vor, dass das Eigentum am Grundstück und an den auf dem Grundstück bereits bestehenden Gebäuden sofort bei Vertragsunterzeichnung auf den Käufer übergeht und die im Folgenden errichteten Gebäude nach und nach je nach Baufortschritt und im Rhythmus der Abschlagszahlungen in das Eigentum des Käufers übergehen.

Dennoch behält der Verkäufer nach Art. 1601-3 Abs.2 C.civ. die Stellung des Auftraggebers des Baus und ist allein befugt, mit den Bauunternehmern und Architekten Verträge über den Bau abzuschließen.

Bei dem Verkauf eines schlüsselfertigen Hauses nach Art. 1601-2 C.civ. („vente à terme“) erfolgt der Eigentumsübergang auf den Erwerber mit der Feststellung des Abschlusses der Bauarbeiten durch notariellen Vertrag. Dies ist der Fall, wenn sämtliche Gebäude fertiggestellt und die zur Nutzung des Gebäudes unabdingbaren Installationen eingebaut sind. Die Zahlung des gesamten Kaufpreises ist auch erst zu diesem Zeitpunkt fällig. Es können jedoch Teilzahlungen während des Fortschritts der Bauarbeiten auf ein auf den Namen des Käufers eröffnetes gesperrtes Konto bei einem autorisierten Kreditinstitut hinterlegt werden. Diese Summen sind aber unverfügbar, unabtretbar und unpfändbar und bleiben daher als Sicherheitsleistung bis zum Abschluss der Bauarbeiten bestehen.

Der Eigentumsübergang erfolgt rückwirkend auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags.<sup>483</sup> Daher werden alle dinglichen Rechte, die in der Zeit zwischen Abschluss des Kaufvertrags und Fertigstellung des Gebäudes bei dem Verkäufer entstehen konnten, rückwirkend gelöscht, so als ob sie nie entstanden wären.

#### **(8) Wie ist das Verhältnis von Abschlagszahlungen und Schlussrechnung?**

**Orientierungshilfe:** Werden die Abschlagszahlungen als Anerkenntnis für das Bestehen der entsprechenden Teilforderung ausgelegt?

Im Prinzip können die Abschlagszahlungen als Anerkenntnis für das Bestehen der entsprechenden Teilforderungen ausgelegt werden.

---

<sup>483</sup> Nach französischem Recht gilt für den Eigentumsübergang bei Kaufverträgen das Konsensualprinzip nach dem das Eigentum bereits mit der Einigung der Parteien übergeht.



Allerdings werden die Abschlagzahlungen nicht als Abnahme der Teilleistungen gewertet, so dass etwaige offene Mängel bis zur Abnahme des Gesamtwerkes als Vorbehalt erklärt werden können.

- Darf der Unternehmer für die entsprechenden Teilabschnitte Nachforderungen erheben?

Nein, soweit es sich in den Verträgen um eine Pauschalpreisvereinbarung handelt, dürfen nach Art. 1793 C.civ. keine Nachforderungen gestellt werden.

Beim Übernehmervertrag muss der Übernehmer entsprechend Art. R.222-9 CCH eine finanzielle Garantie vorlegen, die den korrekten Abschluss des Vertrags garantiert. Diese Garantie, die der Absicherung eventueller Mehrkosten dient, kann entweder die Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft oder die eines Vertrags zwischen dem Übernehmer und einem Kreditinstitut zugunsten des Auftraggebers, bei dem ein Kredit zugunsten des Auftraggebers eröffnet wird, haben. Soweit die Mehrkosten die Schwelle von 5% Selbstbeteiligung überschreiten, tritt die Garantie ein und der Garant muss die die Selbstbeteiligung übersteigenden Mehrkosten übernehmen. Die Garantie erlischt mit der Beendigung des Auftrags des Übernehmers.

**(9) Falls Vorauszahlungen gesetzlich vorgesehen sind oder privatautonom vereinbart werden können: Wie wird verhindert, dass der Verbraucher die Vorauszahlung erbringt, ohne zu einem späteren Zeitpunkt die entsprechende Bauleistung zu erhalten?**

**Orientierungshilfe:** Ist die Stellung einer Vertragserfüllungssicherheit durch den Unternehmer gesetzlich vorgesehen, oder ist deren Vereinbarung üblich?

Der Bauunternehmer, der ein Ein- oder Zweifamilienhaus errichtet, hat die Verpflichtung, mehrere Garantien zu stellen: eine Rückzahlungsgarantie nach Art. L.231-4 CCH der Summen, die der Auftraggeber bereits vor Beginn der Arbeiten geleistet hat, und eine Vertragserfüllungsgarantie nach Art. L.231-6 CCH. Diese tritt ab Eröffnung der Baustelle für die Risiken der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung des Bauvertrags zu dem vorgesehenen Preis und den vorgesehenen Fristen ein.

Die Garantie muss durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft durch ein Kreditinstitut oder eine Versicherung bestellt werden.

Sie umfasst die Mehrkosten für die Arbeiten, die erforderlich sind, um das Bauwerk fertig zu stellen und Verspätungsschäden. Die Garantie besteht bis zur Abnahme des Gebäudes.

**(10) An wen hat der Verbraucher den Werklohn zu bezahlen, wenn der Unternehmer seinerseits Subunternehmer zur Erstellung des Bauwerkes beauftragt hat? Gibt es einen Direktanspruch des Subunternehmers gegen den Besteller? Falls ja, unter welchen Voraussetzungen? Wie ist in diesem Fall der Verbraucher vor doppelter Inanspruchnahme geschützt?**

Subunternehmer des Vertragspartners haben unter bestimmten Voraussetzungen im französischen Recht einen direkten Zahlungsanspruch<sup>484</sup> gegen den Auftraggeber.

Im Fall der Insolvenz oder sonstiger Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers können die Subunternehmer sich wegen ihres vertraglichen Zahlungsanspruchs direkt an den Auftraggeber wenden, obwohl dieser keinen Vertrag mit ihnen geschlossen hat.

Voraussetzung ist, dass der Subunternehmer zunächst den Hauptunternehmer wirksam mahnt und dem Auftraggeber eine Kopie der Mahnung zukommen lässt. Der Nachweis der Mahnung ist unverzichtbar. Ab dem Zeitpunkt der Mahnung muss der Subunternehmer eine einmonatige Frist verstreichen lassen, bevor er einen Zahlungsanspruch gegen den Auftraggeber geltend machen kann.

Der Anspruch gilt nur für Leistungen, die sich aus dem Subunternehmervertrag ergeben und die tatsächlich dem Auftraggeber zugute kommen. Die Höhe des Anspruchs ist begrenzt auf die insgesamt zu Lasten des Auftraggebers verbleibende Restwerklohnforderung. Durch diese Begrenzung können dem Auftraggeber durch den Zahlungsanspruch des Subunternehmers keine erhöhten Kosten entstehen. Andererseits führt diese Begrenzung auch dazu, dass direkte Zahlungsansprüche von Subunternehmern gegen Auftraggeber nur in seltenen Fällen durchgreifen.

Dem Auftraggeber stehen außerdem gegen den Anspruch dieselben Einwendungen zu, die ihm auch gegen den Hauptunternehmer zustehen.

**(11) Gibt es für den Unternehmer die Möglichkeit, in einem summarischen Verfahren besonders schnell einen Zahlungstitel zu erwirken, der vorläufig vollstreckbar ist? Wie werden die Interessen des Verbrauchers in diesem Verfahren geschützt?**

Es gibt ein summarisches Verfahren nach Art. 809 Abs. 2 C.civ.,<sup>485</sup> mit dem der Unternehmer gegebenenfalls Abschlagszahlungen auf die Werklohnforderung verlangen kann, wenn diese Zahlungen erforderlich sind, um den Bau fortzuführen. Dies ist nur im Falle der Eilbedürftigkeit möglich. Es reicht aus, dass das Bestehen der Forderung nicht ernsthaft bestreitbar ist. Der Präsident des Landgerichts ist für die Entscheidung über den Antrag zuständig. Die Verjährung der Ansprüche wird durch den Antrag unterbrochen.

Es gibt in diesem Verfahren, das den Vorschriften der Zivilprozessordnung unterliegt (*Code de procédure civile*), keine speziellen Schutzvorschriften für Verbraucher.

Der Fall kommt jedoch in der Praxis nur sehr selten vor. Die weitaus häufigeren Fälle sind die, in denen der Auftraggeber in diesem summarischen Verfahren gegen den Bauunternehmer vorgeht, um eine Vorauszahlung für seine Schadensersatzansprüche zu erhalten, damit er nicht den Ausgang des Hauptverfahrens abwarten muss, um eilige Reparaturmaßnahmen vornehmen zu können.

---

<sup>484</sup> „*Action directe*“.

<sup>485</sup> „*Référé-provision*“.

### c. Insolvenz des Unternehmers

#### (1) Welchem rechtlichen Schicksal unterliegt der Vertrag, wenn der Unternehmer nach Vertragsschluss insolvent wird?

**Orientierungshilfe:** Wie gestaltet sich die Rechtslage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, nach Stellung des Insolvenzantrags, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. nach Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse? Welche Ansprüche bestehen dann zwischen den Parteien? In welchem Verhältnis stehen diese Ansprüche? Wie hoch sind die Chancen der Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche?

Zu keinem der verschiedenen aufgezeigten Stadien des Insolvenzverfahrens hat der Auftraggeber nach französischem Recht die Möglichkeit, den Bauvertrag aus dem Grunde der Insolvenz des Unternehmers zu kündigen. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Abwicklung des Vertrags auf den Insolvenzverwalter über. Dieser entscheidet über die Fortführung oder Kündigung des Vertrags nach pflichtgemäßem Ermessen. Im Falle der Kündigung des Vertrags durch den Insolvenzverwalter oder der Ablehnung der Eröffnung des Verfahrens mangels Masse greifen besondere Schutzmechanismen zugunsten des Auftraggebers ein.

Bei den verschiedenen vorgestellten Vertragstypen ist dieser Schutz mehr oder weniger stark ausgestaltet.

Der höchste Schutz besteht hier wiederum bei dem Bauvertrag über ein Ein- oder Zweifamilienhaus mit oder ohne Lieferung eines Plans.

Nach Art. L.231-2 k) CCH muss eine Liefergarantie<sup>486</sup> vor Beginn des Bauvorhabens abgeschlossen werden und der Nachweis der Garantie dem Vertrag angefügt werden. Anderenfalls ist der Vertrag nichtig.

Es handelt sich bei dieser Garantie um eine selbstschuldnerische Bürgschaft durch ein zugelassenes Kreditinstitut oder eine Versicherung. Die Bürgschaft ist weder der Höhe nach begrenzbar noch können die Ausübungsbedingungen eingeschränkt werden.

---

<sup>486</sup> „Garantie extrinsèque de livraison“.

Diese Garantie soll einerseits die Erwerber des Eigentums an einem Haus zu Wohnzwecken schützen und andererseits dazu führen, dass Unternehmer bei denen ein hohes Ausfallrisiko besteht, keine Garantie erhalten. So wird indirekt eine Kontrollfunktion des Markts ausgeübt.<sup>487</sup>

Der Bürge verpflichtet sich, die Durchführung der Bauarbeiten zu vollziehen, soweit sie der Bauunternehmer nicht vorgenommen hat. Die Garantie ist daher mehr als eine finanzielle Garantie. Sie betrifft die materielle Durchführung des Bauvorhabens und ist daher eine selbständige Garantie.<sup>488</sup>

Der Bürge tritt in die Erfolgsschuldung des Bauunternehmers ein und muss die bestellten Arbeiten durchführen. Er kann nur von dieser Verpflichtung befreit werden, wenn der Vertrag mit dem Bauunternehmer nichtig war, gekündigt wurde oder seine Durchführung aufgrund höherer Gewalt ausgeschlossen ist.

Die Garantie umfasst die Fertigstellung der Bauarbeiten, aber auch die Haftung für offene Mängel, soweit die Abnahme unter Vorbehalt erklärt wird.

Die Garantie tritt im Falle des Ausfalls des Unternehmers ein. Dieser Ausfall kann sowohl wirtschaftlicher Art (im Falle der Insolvenz des Unternehmers) als auch juristischer oder tatsächlicher Art sein. Der Bürge tritt insgesamt in die Verpflichtungen des Unternehmers ein und übernimmt die gesamte Vertragsdurchführung. Er kann sich seinerseits gegebenenfalls an die Haftungsversicherungen des Unternehmers halten.

Der Bürge ist nach Art. L.231-6-I, a)CCH ebenfalls verpflichtet, die durch den Ausfall des Unternehmers entstehenden Mehrkosten ohne Begrenzung zu übernehmen, die erforderlich sind, um das Bauvorhaben entsprechend den vorgesehenen Plänen korrekt abzuschließen.

Die Garantie kann allerdings nach Art. L. 231-6 a) CCH vertraglich in der Weise begrenzt werden, dass eine Selbstbeteiligung des Auftraggebers in Höhe von bis zu 5% des vereinbarten Gesamtpreises beim Anfallen von Mehrkosten vorgesehen

---

<sup>487</sup> Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Daniel Tomasin, n°223.60, S.285.

<sup>488</sup> Cass. 3e civ., 4juin 2003, n°99-17-185, Construction -urbanisme, novembre 2003, observations D. Sizaire.

wird. In diesem Fall trägt der Bürge nur die die 5% übersteigenden anfallenden Mehrkosten.

Der Bürge tritt ebenfalls nach Art. 231-6, c) CCH für den Verspätungsschaden ein und muss die vertraglich vereinbarten pauschalen Verspätungsstrafen leisten. Dies gilt allerdings nur wenn die Verspätung 30 Tage überschreitet. Bei einer Verspätung von weniger als 30 Tagen trägt der Bürge nicht den Verspätungsschaden. Wenn die 30 Tage überschritten werden, trägt er aber den gesamten Verspätungsschaden. Dieser wird nicht um die ersten 30 Tage der Verspätung gekürzt.<sup>489</sup>

Der Bürge kann den Bau im Falle seines Eintritts entweder selbst ausführen, was nur in den seltensten Fällen vorkommt, da er in Regel nicht gleichzeitig Bauunternehmer ist, oder er kann eine Person für die Fortführung des Baus bestimmen. Die Baufortführung erfolgt dann unter seiner Kontrolle und Verantwortlichkeit.

Der Bürge tritt insgesamt an die Stelle des ausgefallenen Bauunternehmers und ist daher auch berechtigt, von dem Auftraggeber entsprechend dem Baufortschritt direkt die anfallenden Abschlagszahlungen zu verlangen.

Die Garantie tritt ab dem Beginn der Bauarbeiten in Kraft und wird mit dem Abschluss der Arbeiten und der Abnahme ohne Vorbehalte beendet. Nur eine ausdrückliche Abnahme führt zum Erlöschen der Bürgschaft.

Die Bürgschaft muss ab der Unterzeichnung des Vertrags eingerichtet werden. Für die Wirksamkeit des Vertrags muss die Bestätigung der Bürgschaft in der Anlage des Vertrags wiedergegeben werden. Der Erhalt der Bürgschaft kann auch als aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrags in diesen aufgenommen werden.

Eine Mustervertragsklausel bezüglich der Bürgschaft nach Art. R.231-13 CCH sieht folgendermaßen aus: *„Die Garantie der Lieferung zu dem vereinbarten Preis und den vereinbarten Fristen wird durch das Kreditinstitut X geleistet, das die Verpflichtungen nach Art. L.231-6 CCH übernimmt. Eine Bestätigung der Bürgschaft befindet sich in der Anlage zu dem vorliegenden Vertrag.“*

---

<sup>489</sup> Cass. 3e civ., 11 mai 2000, n°98-18-773, D. 2000, somm. S. 162.

Die Bürgschaft kann nur auf eine Baustelle bezogen sein oder als Globalbürgschaft für alle Baustellen eines Bauunternehmers in einem bestimmten Zeitraum gelten.<sup>490</sup>

Der erhebliche Schutz der durch die Verpflichtung zu einer Bürgschaft in dem genannten Umfang erreicht wird, ist in der Praxis nicht ohne Probleme.

Zunächst werden hierdurch kleine und mittelständische Bauunternehmer erheblich benachteiligt, da es für sie ungleich schwieriger und teurer ist, entsprechende Bürgschaften zu erhalten.<sup>491</sup>

Die Wirksamkeit des Schutzes ist ebenfalls zu bezweifeln, da der Unternehmer, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen hinsichtlich der Bestellung der Bürgschaft nicht nachkommt, sich zwar nach Art. L.241- CCH strafbar macht, aber im Falle seiner Insolvenz den betroffenen Auftraggeber schutzlos zurücklässt. Die Strafbarkeit kann durch die Beamten der „Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes“ (DGCCRF) verfolgt werden, die auch feststellen, ob die Vertragsdurchführung (d.h. die Bauarbeiten) begonnen hat.

Ein Schutz des Auftraggebers kann allerdings in diesen Fällen durch die Verpflichtung der Banken zur Kontrolle entstehen. Die Kammer für Handelssachen des Cour de cassation hat eine Finanzierungsbank haftbar gemacht, weil sie Abschlagzahlungen auf das Finanzierungsdarlehen geleistet hat, ohne vorher die Bestellung und den Nachweis der Liefergarantie in Form der Bürgschaft kontrolliert zu haben.<sup>492</sup>

Die dritte Zivilkammer hat allerdings entschieden, dass die darlehensgebende Bank keine Verpflichtung hat, die Echtheit der vorgelegten Urkunden bezüglich der Bürgschaftsbestellung zu überprüfen.<sup>493</sup>

Bei dem Bauvertrag ohne Lieferung eines Plans sind nach Art. L.232-2 CCH i.V.m. Art. L.231-6 CCH dieselben Garantievorschriften bezüglich der Liefergarantie anwendbar.

---

<sup>490</sup> Réponse ministérielle n° 20786, 16 avril 1992, JO Sénat CR S.1573.

<sup>491</sup> Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Daniel Tomasin, n°223.60, S.285.

<sup>492</sup> Cass. commerciale, 29 octobre 2003, n°00-17.533, RDI 2004, S.185.

<sup>493</sup> Cass. 3e civ., 12 février 2003, n°01-12.086, Bull. civ. III, n°31, RDI 2003, S.236 observations P. Paineau.

Bei den anderen untersuchten Vertragsarten ist der Schutz des Auftraggebers im Falle der Insolvenz des Unternehmers weniger stark ausgeprägt.

Bei dem **Kaufvertrag** unter aufschiebender Bedingung der Fertigstellung des Gebäudes wird der Kaufpreis erst bei Lieferung des Gebäudes entrichtet, so dass sich in der Regel kein Insolvenzproblem des Bauunternehmers für den Käufer ergibt. Da der Eigentumserwerb, der zu dem Zeitpunkt der Feststellung der Fertigstellung des Gebäudes durch notariellen Vertrag entsteht, rückwirkend zu dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wirkt, besteht eine rechtliche Fiktion, nach der der Unternehmer während der gesamten Zeit der Errichtung des Gebäudes nie Eigentümer war und seine Gläubiger daher auch keinen Zugriff auf das Gebäude haben können.<sup>494</sup> Etwaige bestellte dingliche Sicherheiten auf die Liegenschaft, wie z.B. Hypotheken, erlöschen mit dem Eigentumsübergang auf den Erwerber. Hierdurch wird ein wirksamer Schutz des Erwerbers erreicht.

In den Fällen des Verkaufs eines in Zukunft zu errichtenden Gebäudes stellt sich jedoch das Problem der Insolvenz des Unternehmers, weil der Kaufpreis in Etappen nach dem Baufortschritt bezahlt wird. Obwohl der Käufer nach französischem Recht die erstellten Gebäudeteile bereits während der Vertragsdurchführung nach und nach entsprechend dem Baufortschritt erwirbt, kann sich im Insolvenzfall das Problem des Abbruchs der Bauarbeiten und der Mehrkosten bei Weiterführung durch ein anderes Unternehmen stellen.

Bei diesem Vertrag muss der Verkäufer eine Garantie bestellen.<sup>495</sup> Er hat dabei nach Art. L.261-11 CCH die Wahl zwischen einer Fertigstellungsgarantie<sup>496</sup> und einer Rückzahlungsgarantie.<sup>497</sup>

Nach Art.R.261-18 bis R.261-19 CCH<sup>498</sup> ist der Unternehmer in drei Fällen von der Bestellung einer echten Bankbürgschaft befreit:

- Wenn bei einem kollektiven Wohngebäude das Gebäude soweit fertiggestellt ist, dass Dach und Isolation fertig sind und das Gebäude vor Wasserein-

---

<sup>494</sup> Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Olivier Tournafond, n°531.570, S.1129.

<sup>495</sup> „Garantie de bonne fin“.

<sup>496</sup> „Garantie d’achèvement“.

<sup>497</sup> „Garantie de remboursement.“

<sup>498</sup> „Garantie intrinsèque“.



dringung geschützt ist<sup>499</sup> und keinerlei dingliche Sicherheit auf dem betreffenden Grundstück bestellt wurde (Art. R.261-18, a) CCH) oder wenn die Fundamente fertiggestellt sind und die Finanzierung des Baus zu mindestens 70% sichergestellt ist (Art. R.261-18, b) CCH). In den genannten Fällen geht der Gesetzgeber davon aus, dass selbst im Falle einer Insolvenz des Verkäufers, die Kommerzialisierung des Gebäudes dennoch erfolgen kann.

- Wenn bei Individualwohnhäusern, die zu einem Komplex von mindestens 20 Häusern gehören, mindestens die Fundamente fertiggestellt sind und die Versorgungsleitungen von Wasser, Gas und Strom gelegt sind, und der Kaufpreis entsprechend eines gesetzlichen Zahlungsplans
  - 20% bei Fertigstellung der Fundamente (gegenüber der sonst gesetzlich vorgeschriebenen 35%);
  - 45% bei Fertigstellung des Daches und der Isolation (gegenüber den sonst vorgeschriebenen 70%)
  - 85% bei Fertigstellung (gegenüber den sonstigen 95%)geleistet wird (Art. R. 261-19 a) CCH). Auch in diesem Fall ist das Risiko des Käufers in Fällen der Insolvenz des Verkäufers gemindert.
- Wenn der Verkäufer ein öffentlicher Träger oder halböffentlicher Träger ist, über den der Staat oder eine öffentliche Körperschaft die Kontrolle ausübt (Art. R. 261-19 b) und c) CCH).

In allen anderen Fällen muss der Verkäufer eine Garantie bestellen. Bei der Fertigstellungsgarantie<sup>500</sup> nach Art. R.261-17 CCH handelt es sich um eine Bürgschaft bei der sich der Bürge anstelle des Verkäufers zur Zahlung der Kosten für die Fertigstellung des Gebäudes verpflichtet. Die Garantie besteht in unbegrenzter Höhe.

---

<sup>499</sup> „*Mise hors d'eau*“.

<sup>500</sup> „*Garantie extrinsèque*“.

Anders als bei der Fertigstellungsgarantie bei Ein- oder Zweifamilienhäusern, verpflichtet sich der Bürge in diesem Fall nicht selbst zur Fertigstellung des Gebäudes sondern nur zur Zahlung der für die Fertigstellung erforderlichen Kosten.<sup>501</sup>

Die Garantie tritt ein, wenn der Verkäufer zahlungsunfähig oder wenn nachgewiesen ist, dass er nicht über die zur Fertigstellung des Gebäudes erforderlichen Mittel verfügt.<sup>502</sup> Die Garantie erlischt mit der Fertigstellung des Gebäudes, da ab diesem Zeitpunkt die Pflichtversicherungen für die Mängelhaftung eintreten.

Der Verkäufer kann sich dagegen nach Art. R.261-22 CCH darauf beschränken, eine Rückzahlungsgarantie zu bestellen, die im Falle der Auflösung des Kaufvertrags wegen Unterlassens der Fertigstellung des Gebäudes eintritt. Sie garantiert nur die Rückzahlung der durch den Käufer bereits geleisteten Zahlungen, aber nicht die vereinbarten Vertragsstrafen oder Nebenkosten wie z.B. Notarhonorare. Diese Garantie wird deshalb in der Praxis nur wenig genutzt.

Beide Garantieförmn können gegenseitig ausgetauscht werden. Der Verkäufer kann z.B. zunächst eine Rückzahlungsgarantie bestellen, um ein Immobilienprogramm zu beginnen, dessen Fertigstellung unsicher ist, und später diese Garantie durch eine Fertigstellungsgarantie ersetzen, wenn das Programm auf dem Weg zur Fertigstellung ist.

Bei dem allgemeinen **Werkvertrag**, bei dem der Auftraggeber getrennte Architekten- und Bauunternehmerverträge abschließt, führt die Insolvenz des Unternehmers nach Art. 37 des Gesetzes vom 25. Januar 1985<sup>503</sup> nicht automatisch zu der Auflösung des Vertrags. Der Insolvenzverwalter hat die Möglichkeit, entweder den Vertrag unter den bisherigen Bedingungen weiterzuführen oder den Vertrag zu kündigen. Der Auftraggeber kann den Insolvenzverwalter durch Einschreibebrief zu einer Stellungnahme über den Fortgang des Vertrags auffordern. Dieser muss innerhalb einer Monatsfrist über die Fortsetzung der Vertragsdurchführung entscheiden. Soweit er dem Auftraggeber innerhalb der Monatsfrist nicht antwortet, gilt der Vertrag als aufgelöst.

---

<sup>501</sup> Cass. 3e civ., 22 février 1979, Bull. civ. III, n°48.

<sup>502</sup> Cass. 3e civ., 4 janvier 1977, Bull. civ., III, n°4; D. 1978, jur. S.180,note F. Steinmetz.

<sup>503</sup> Gesetz über Insolvenzen und Sanierungen.

Der Auftragnehmer hat beim Werkvertrag, der nicht dem geschützten Bereich unterliegt, keine Garantien für die Fertigstellung des Gebäudes oder die Übernahme der entstehenden Mehrkosten.

In den Fällen des **Übernehmervertrags** besteht keine Liefergarantie.

**(2) Falls aufgrund gesetzlicher Schutzlücken erforderlich: Wie versucht die Vertragspraxis, den Verbraucher für den Fall der Insolvenz des Unternehmers vor finanziellen Verlusten zu bewahren?**

**Orientierungshilfe:** In der Regel verteuert der Abschluss eines Vertrags mit einem Ersatzunternehmer zur Fortführung des Bauwerks die Baukosten. Der Verbraucher verliert möglicherweise seine Gewährleistungsansprüche für die bisher erbrachte Bauleistung.

Die Verteuerung der Fortführung des Bauwerks wird durch die Garantie der einwandfreien Fertigstellung übernommen.

Die Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers werden durch umfangreiche Pflichtversicherungen garantiert (siehe unten).

Der Verbraucher hat möglicherweise bereits Abschlags- und Vorauszahlungen erbracht. Besonders problematisch ist die Situation beim Bauträgervertrag, bei dem der Unternehmer ein Gebäude auf einem ihm gehörenden Grundstück errichtet und das Eigentum erst nach Fertigstellung des Bauwerks auf den Verbraucher übertragen soll.

Bei dem Bauträgervertrag erfolgt die Eigentumsübertragung entweder nach und nach mit dem Baufortschritt, wobei bei Vertragsabschluss bereits das Grundstück mit den bestehenden Gebäudeteilen übertragen wird oder erst zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes. In diesem Fall hat aber die Eigentumsübertragung Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags. Auf diese Weise können keine dinglichen Rechte Dritter auf das Grundstück geltend gemacht werden. Der Käufer scheint hierdurch für den Insolvenzfall des Verkäufers ausreichend geschützt zu sein.

Greift die Praxis hier auf Fertigstellungssicherheiten, Gewährleistungssicherheiten, Insolvenzversicherungen o.ä. zurück? Erweisen sich die Instrumente als erfolgreich?

Die Sicherheiten zur Fertigstellung und Gewährleistung werden bei den verschiedenen Bauverträgen in Frankreich durch mehrere **Pflichtversicherungen** geschaffen.

Die Architekten sind nach Art. 16 des Gesetzes Nr. 77-2 vom 3. Januar 1977<sup>504</sup> für die Gesamtheit ihrer Haftungstatbestände versicherungspflichtig.

Die Bauverträge werden weiterhin von einer doppelten Versicherungspflicht betroffen. Sowohl Auftraggeber als auch Bauunternehmer unterliegen einer Pflichtversicherung.

Der Auftraggeber muss nach Art. L.242-1 und L.242-2 Code des assurances (im folgenden C.assur.) eine Versicherung für sämtliche Schäden an der Baustelle abschließen,<sup>505</sup> die auch zugunsten der eventuellen zukünftigen Eigentümer gilt. Diese Versicherungspflicht trifft alle Personen, die als Eigentümer, Verkäufer oder als Vertreter des Eigentümers die Bauarbeiten durchführen lassen, also Auftraggeber sind.

Diese Versicherung ermöglicht, dass im Schadensfall sofort die Versicherung eingreift und die Reparatur/Fertigstellung des Gebäudes ermöglicht, bevor die Verantwortlichkeit jedes einzelnen beteiligten Unternehmers im Detail festgestellt wird, und ohne dass der Auftraggeber die erforderlichen Mittel vorfinanzieren muss. Es werden allerdings nur Schäden umfasst, die in den Anwendungsbereich der Zehnjahresgarantie fallen, d.h. die entweder die Standfestigkeit des Gebäudes beeinträchtigen oder die wesentliche Bestandteile des Gebäudes betreffen, so dass dieses nicht mehr zu seiner vertragsgemäßen Nutzung geeignet ist. Der Schaden muss daher von einer gewissen Schwere sein.<sup>506</sup> Es fallen sowohl offene als auch versteckte Mängel unter die Garantie soweit sie die erforderliche Schwere aufweisen.

---

<sup>504</sup> Journal Officiel, 4. Januar 1977, S. 71.

<sup>505</sup> „Assurance dommage-ouvrage“.

<sup>506</sup> Cass. 3e civ., 28 février 1996, n° 94-14.220, RGDA 1996, S.688 observations J.-P. Karila

Nur Schäden am Gebäude werden von der Versicherung übernommen. Es werden dagegen keine immateriellen oder indirekten Schäden (z.B. Nutzungsausfall) ersetzt.<sup>507</sup>

Ausnahmsweise werden auch Schäden übernommen, die vor der Abnahme des Gebäudes entstanden sind, wenn der Vertrag aufgrund der Nichterfüllung der Pflichten durch den Unternehmer gekündigt wurde.

Anschließend tritt die Versicherung in die Ansprüche des Auftraggebers gegen die Bauunternehmer ein und kann im Wege eines Regressanspruchs den Schaden von dem verantwortlichen Bauunternehmer ersetzt verlangen.

Der Bauunternehmer hat seinerseits nach Art. L. 242-1 und L.242-2 C.assur. eine Haftpflichtversicherung<sup>508</sup> nachzuweisen, die bei allen Schäden, die unter die zehnjährige Gewährleistung fallen, eingreift. Diese Versicherungspflicht trifft sämtliche Unternehmer, die nach Art. 1792-1 C.civ. der 10jährigen Gewährleistung unterfallen, also auch die Verkäufer der von ihnen errichteten Gebäude. Die Pflichtversicherung besteht aber nicht für die zweijährige Garantie und die Fertigstellungsgarantie. Diese können Gegenstand einer freiwilligen Versicherung sein.

Die Versicherungspflicht des Bauherrn besteht ebenfalls nur für die Errichtung von Gebäuden. Für Renovierungsarbeiten und andere Bauarbeiten greift die Pflicht nicht.

Beide Versicherungen können in einer einzigen Police, der „Police unique par chantier“ (oder Puc) zusammengefasst werden oder Gegenstand von einzelnen Versicherungsverträgen sein.

Die Verfasser der Bauverträge, insbesondere wenn es sich um Notare handelt, sind verpflichtet, in dem Vertrag auf das Bestehen oder Fehlen der Versicherung ausdrücklich hinzuweisen. Andernfalls machen sie sich ebenfalls schadensersatzpflichtig.

---

<sup>507</sup> Cass. 3e civ., 3 juillet 1996, n°94-17.708, RDI 1996, S.591; Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n° 95-11.793, RDI 1997, S.604, observations G. Leguay

<sup>508</sup> „Assurance de responsabilité décennale“.

Bei Bauverträgen über Ein- oder Zweifamilienhäuser mit oder ohne Lieferung eines Plans muss nach Art. L.231-2 Buchstabe j) und k) CCH die Versicherungspolice in dem Vertrag bezeichnet werden und die Verträge können nach Art. L.231-4 Buchstabe d) und e) CCH unter der aufschiebenden Bedingung des Abschlusses der Versicherung geschlossen werden.

Für den Verstoß gegen die Versicherungspflicht bestehen nach Art. L.243-3 C.assur. strafrechtliche Sanktionen von bis zu 6 Monaten Haftstrafe oder 75 000 € Geldstrafe. Der Versicherungspflicht muss vor der Eröffnung jeder Baustelle nachgekommen werden. Soweit der Auftraggeber ein Gebäude für seine eigene Wohnnutzung oder die Nutzung durch eines seiner Familienmitglieder errichten lässt, ist die strafrechtliche Sanktion bei Verstoß gegen die Versicherungspflicht nicht anwendbar.

#### **d. Kostenanschlag**

- Welche Wirkungen hat ein Kostenanschlag? Welche Rechte stehen dem Verbraucher zu, wenn der Unternehmer die im Kostenanschlag angegebenen Summen überschreitet?

Bei dem Kostenanschlag handelt es sich um ein während der Vertragsverhandlungen aufgestelltes Dokument, das zur Festlegung des Preises dient und ein Angebot des Unternehmers darstellt.

In der Regel führt die Vorarbeit für den Kostenanschlag nicht zu einer getrennten Bezahlung des Unternehmers. Diese kann jedoch im Einzelfall ausdrücklich vereinbart werden, wenn sie mit einem besonders hohen Arbeitsaufwand verbunden ist.

Wenn der Auftraggeber das Angebot des Unternehmers zu dem in dem Kostenanschlag enthaltenen Preis annimmt, wird dieser Vertragsbestandteil.

Zusätzliche Arbeiten, die nicht im Kostenanschlag enthalten sind, können dem Auftraggeber nur dann in Rechnung gestellt werden, wenn dieser sie ausdrücklich verlangt oder ihnen zugestimmt hat.<sup>509</sup>

---

<sup>509</sup> Cass. 3e civ, 8 novembre 2000, n° 99-11.327, Construction -urbanisme, 2001, n°28, observations D. Sizaire; Cass. 3e civ., 19 février 2002, n° 00-22.557, Construction -urbanisme, 2002, n° 140.

## 2. Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung

### a. Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität

#### (1) Wie ist die Rechtslage, wenn sich bei der Bauausführung herausstellt,

- dass die vertraglich vereinbarte Menge der Baumaterialien nicht der tatsächlich benötigten Menge entspricht (Über- oder Unterschreitung)?

Auch hier muss zwischen den verschiedenen Vertragsarten unterschieden werden. Bei Bauverträgen mit Vereinbarung eines Fest- oder Globalpreises<sup>510</sup> gelten strenge Regeln bezüglich anfallender Mehrkosten.

Soweit bei einem solchen Bauvertrag zusätzliche Baumaterialien erforderlich sind, kann der Bauunternehmer nach Art. 1793 C.civ. nicht eine zusätzliche Bezahlung dieser Materialien verlangen.

Beim Bauübernehmervertrag kann dagegen eine Klausel vereinbart werden, nach der unvorgesehene Ausgaben eine Anpassung des Vertrags nach Art. L.222-3, d) CCH rechtfertigen. In dem so genannten Rechnungsposten für unvorhergesehene Materialien und Arbeiten wird eine Summe genannt, die die Nachforderungen nicht überschreiten dürfen.

- dass die vertraglich vereinbarte Bauleistung nicht der tatsächlich erforderlichen Bauleistung entspricht?

Dasselbe gilt, wenn zusätzliche Leistungen erforderlich sind.

Nur soweit diese Änderungen schriftlich durch den Auftraggeber genehmigt worden sind, können sie Anlass zu einer Preiserhöhung im Falle von Pauschalpreisvereinbarungen geben. Ansonsten gilt der vereinbarte Preis als unwiderrufbar.

Eine Anpassung des Preises ist bei Werkverträgen, die keine Pauschalpreisvereinbarung enthalten und bei Übernehmerverträgen in den genannten Grenzen möglich.

- dass zusätzliche Leistungen erforderlich sind?

---

<sup>510</sup> „*Marché à forfait*“.

**Orientierungshilfe:** Hat der Auftragnehmer ein einseitiges Leistungsänderungsrecht? Hat umgekehrt der Verbraucher ein Änderungs- und Ergänzungsrecht? Wie ist dann das Problem der erforderlichen Mehrvergütung geregelt?

Erforderliche zusätzliche Leistungen, die nicht in dem Plan, der Grundlage des Pauschalpreises war, vorgesehen waren, können bei einer Pauschalpreisvereinbarung grundsätzlich nicht zusätzlich in Rechnung gestellt werden.

Der Unternehmer, dem Irrtümer bei der Bestimmung des Preises unterlaufen sind, bleibt trotzdem an den vereinbarten Festpreis gebunden. Nach ständiger Rechtsprechung rechtfertigt die Tatsache, dass sich aufwendige Arbeiten für die Stabilität und Solidität des Gebäudes erst nachträglich als erforderlich herausgestellt haben, die der Bauunternehmer nicht bei der Ausarbeitung des Projektes vorgesehen hat, keine Preiserhöhung.<sup>511</sup>

Auch für den Bauunternehmer unvorhersehbare Umstände führen nicht zu einer Änderung der Pauschalpreisvereinbarung.<sup>512</sup>

Der Auftragnehmer hat kein einseitiges Leistungsänderungsrecht.

Der Auftraggeber dagegen hat ein Änderungs- und Ergänzungsrecht. Bei einem Bauvertrag mit Pauschalpreisvereinbarung nach einem genehmigten Plan, wie z.B. beim Bau eines Ein- oder Zweifamilienhauses mit Lieferung eines Plans, erfolgt jedoch durch die Ausübung des Änderungs- und Ergänzungsrechts unter Umständen eine Vertragsänderung.

Bei zusätzlichen Arbeiten, die nicht unbedingt erforderlich sind, kommt es auf den Umfang der Änderungen an. Wenn die Änderungen so wesentlich sind, dass sie zu einer Änderung der Geschäftsgrundlage des Vertrags führen, nimmt die Rechtsprechung eine stillschweigende oder ausdrückliche Beendigung des Vertrags mit einer Pauschalpreisvereinbarung an und lässt eine Anpassung des Preises nach den allgemeinen Regeln des Werkvertrags zu.<sup>513</sup>

---

<sup>511</sup> Cass. 3e civ., 21 janvier 1981, RDI 1981, S.511, observations Ph. Malinvaud et B. Boubli; Cass. 3e civ., 6 mai 1998, n°96-12.738, Bull. civ. III, n°94, RDI 1998, S. 377, observations B. Boubli.

<sup>512</sup> Cass. 3e civ., 20 novembre 2002, n° 00-14.423, Bull. civ. III, n°230, RDI 2003, S.60, observations B. Boubli.

<sup>513</sup> Cass. 3e civ., 8 mars 1995, n° 93-13.659, Bull. civ. III, n°73, RDI 1995, S.749 für die Nichteinhaltung der ursprünglichen Baupläne und Baubeschreibungen auf Verlangen des Auftraggebers;



**(2) Wie ist die Rechtslage bei auftraglos erbrachten Mehrleistungen des Unternehmers?**

Bei auftraglos erbrachten Mehrleistungen des Unternehmers gibt es keinen Vergütungsanspruch. Die Bezahlung von solchen Arbeiten kann nur verlangt werden, wenn sie durch den Auftraggeber entschieden worden sind.<sup>514</sup>

Bei allen Typen von Bauverträgen werden nur zusätzliche Leistungen vergütet, denen der Auftraggeber vorher schriftlich zugestimmt hat.<sup>515</sup>

**(3) Welche von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers in den unter (1) und (2) angesprochenen Bereichen? Sind diese Klauseln wirksam?**

Die oben geschilderte Rechtslage kann nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen verändert werden, da die entsprechenden Vorschriften zwingend sind.

**b. Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen**

- Hat der Verbraucher zu jeder Zeit das Recht, den Vertrag ohne Angaben von Gründen mit Wirkung ex nunc zu beenden (bspw. Kündigung)?
- Wenn ja: Welchen Formerfordernissen unterliegt die dafür erforderliche Erklärung? Welche Rechtsfolgen ergeben sich für den Fall der Ausübung dieses Vertragsauflösungsrechts zu einem Zeitpunkt, zu dem ein Teil des Bauwerks bereits erstellt ist?

**Orientierungshilfen:** Können auch die noch nicht erbrachten Bauleistungen unter Abzug der ersparten Aufwendungen abgerechnet werden (mit oder ohne Mehrwertsteuer)? Wie gestaltet sich die Rechtslage im Hinblick auf den Beginn der

- 
- Cass. 3e civ., 11 octobre 2000, n°98-21.509, RDI 2001, S.54 für zusätzliche Arbeiten in Höhe von 574 000 FF bei einem Gesamtvolumen in Höhe von 807 000 FF;
  - Cass. 3e civ., 20 mars 2002, n°00-17-713, Bull. civ. III, n°72 bei Unterzeichnung von 11 Vertragsabänderungen;
  - Cass. 3e civ., 26 juin 2002, Construction -urbanisme, 2002, n° 238 bei einer Erhöhung in Höhe von 20 % der Gebäudefläche, wobei die veränderte Baugenehmigung durch den Auftraggeber akzeptiert wurde.

<sup>514</sup> Cass. 3e civ., 24 janvier 1990, n°88-16.563, Bull. civ. III, n°28, D. 1990, jur.S. 258 note A.. Bénabent.

Gewährleistungsfrist, die Fälligkeit der Werklohnforderung und den Gefahrübergang für den bereits fertig gestellten Teil des Bauwerks?

Der Auftraggeber kann sich jederzeit einseitig von dem Vertrag nach Art. 1794 C.civ. lösen, soweit es sich um einen Vertrag mit einer Pauschalpreisvereinbarung handelt.<sup>516</sup> Dies gilt sowohl für Bauverträge über Ein oder Zweifamilienhäuser als auch für Werkverträge mit Pauschalpreis und unabhängig von dem Baufortschritt. Wenn ein Teil des Bauwerks bereits erstellt wurde, muss der Auftraggeber den Unternehmer für sämtliche Ausgaben und sämtliche erfolgten Arbeiten sowie für den entgangenen Gewinn entschädigen.<sup>517</sup> Eine entgegenstehende allgemeine Geschäftsbedingung gilt nach Art. L.132-1 n°1b Code de la consommation als missbräuchlich.

Noch nicht erstellte Gebäudeteile können dagegen nicht in Rechnung gestellt werden.

Für Verträge, die den allgemeinen Modellgeschäftsbedingungen der AFNOR unterstellt sind, gibt Art. 20-1-4 der Norm AFNOR P03-001 eine Berechnungsgrundlage der Entschädigung des Unternehmers.<sup>518</sup>

Die Parteien, die ihren Vertrag nicht der AFNOR Norm unterstellt haben, können dagegen die Anwendbarkeit des Art. 1794 C.civ. ausdrücklich ausschließen, da dieser nicht zwingendes Recht ist. Sie können z.B. vereinbaren, dass der Auftraggeber im Falle einer vorzeitigen Kündigung des Vertrags eine pauschale Vertragsstrafe in Höhe von 20% des Gesamtauftragsvolumens zahlt.<sup>519</sup>

Das Recht auf einseitige Vertragskündigung besteht nicht mehr, wenn die Bauarbeiten fast abgeschlossen sind.<sup>520</sup>

<sup>515</sup> Cass. 3e civ., 21 janvier 1984, RDI 1984, S.412, observations Ph. Malinvaud et B. Boubli; cass. 3e civ., 2 mars 2004, Construction-urbanisme, 2004, n°100.

<sup>516</sup> J. Hugot, D.Sizaire, *Le contrat de construction d'une maison individuelle*, 1992, n°77.

<sup>517</sup> Cass. 3e civ., 6 mars 2002, n°00-19-674, Construction-urbanisme, 2002, n°166.

<sup>518</sup> Zur Anwendung dieser Berechnung : Cass. 3e civ., 15 juin 2000, n°98-21-011, RDI 2000, S.573; Cass. 3e civ., 6 mars 2002, n°00-19.674, RDI 2002, S.213, observations B. Boubli.

<sup>519</sup> CA Paris, 29 octobre 1992, D.1993, IR, S.37; RDI 1993, S.78, observations Ph. Malinvaud et B. Boubli.

<sup>520</sup> Cass. 3e civ., 7 février 1976, Bull. civ. III, n°69.

### 3. Gefahrtragung

#### a. Wie ist die Rechtslage, wenn ein bereits errichtetes Teilwerk vor Fertigstellung des gesamten Baus durch Umstände zerstört wird, die außerhalb der Einflussphäre der Parteien liegen?

- Hat der Verbraucher die bereits ausgeführten Leistungen zu vergüten (Preisgefahr)?
- Hat der Verbraucher einen Anspruch auf Neuerrichtung (Leistungsgefahr)?

Soweit der Werkunternehmer die Materialien für den Bau liefert, trägt er nach Art. 1788 C.civ. bei dem Werkvertrag auch das Risiko des zufälligen Untergangs eines bereits errichteten Teilwerks mit Ausnahme der Fälle des Annahmeverzugs des Auftraggebers., Der Unternehmer trägt das Haftungsrisiko für den Verlust des Werkes z.B. durch höhere Gewalt, wie z.B. eine kriminelle Explosion, bis zur Mahnung des Auftraggebers das Werk abzunehmen.<sup>521</sup>

Der Auftraggeber hat dann die vom Unternehmer bereits ausgeführten Leistungen nicht zu vergüten. Soweit er jedoch schon Teilleistungen vergütet hat, die zerstört worden sind, hat der Unternehmer diese Vergütungen zurückzuzahlen. Der Auftraggeber hat allerdings nur einen Rückerstattungsanspruch aber keinen Anspruch auf Neuerrichtung. Der Unternehmer hat jedoch ein Wahlrecht zwischen der Erstattung der bereits erhaltenen Leistungen und der Fortführung des Werkvertrags mit Neuerrichtung.<sup>522</sup>

Er muss keine Verspätungsschäden ersetzen, da der Verlust der Sache die automatische Auflösung des Vertrags nach sich zieht<sup>523</sup>.

Das Risiko des Unternehmers betrifft ebenfalls nur die Sachen, die er geliefert hat und die Gebäude, die er errichtet hat. Daher kann er nicht nach Art. 1788 C.civ. für Schäden, die an bereits vorher bestehenden Gebäuden entstanden sind, haftbar gemacht werden.

---

<sup>521</sup> Cass. 3e civ., 19 février 1986, Bull. civ. III, n°10; RDI 1986, S.362 observations Ph. Malinvaud et B. Boubli.

<sup>522</sup> Cass. 3e civ., 28 octobre 1992, n°90-16.726, Bull. civ. III, n°281, RDI 1993, S.225.

<sup>523</sup> CA Montpellier, 15 mars 1994.

Soweit mehrere Unternehmer an der Errichtung des untergegangenen Gebäudes beteiligt waren, können diese gesamtschuldnerisch nach Art. 1788 C.civ. haftbar gemacht werden.

Soweit der Unternehmer die Materialien nicht liefert, richtet sich seine Haftung nach Art. 1789 C.civ. Wenn die Sache untergeht, ist der Unternehmer nur verantwortlich, wenn ihn ein Verschulden trifft. Sein Verschulden wird allerdings vermutet und er muss das Fehlen jedes Verschuldens beweisen.

Diese Haftung gilt bis zur Abnahme des Werks.

Diese Haftung gilt für alle hier vorgestellten Typen von Werkverträgen, insbesondere auch für die **Bauverträge über Ein- oder Zweifamilienhäuser mit oder ohne Lieferung eines Plans.**

**b. Genereller gefragt: Wann gehen Preis- und Leistungsgefahr auf den Verbraucher über? Erst mit Fertigstellung und Akzeptanz des Bauwerkes oder bereits früher?**

Generell geht die Preis- und Leistungsgefahr erst mit der Abnahme auf den Auftraggeber über. Der Zeitpunkt der Abnahme ist auch der Zeitpunkt, an dem die verschiedenen gesetzlichen Garantien des Unternehmers zu laufen beginnen.

Bei den vorgestellten Kaufvertragstypen liegt der Zeitpunkt des Gefahrübergangs zeitgleich mit der Übergabe der Sache, d.h. z.B. bei dem Kaufvertrag über zukünftig zu erstellende Gebäude mit der notariellen Feststellung der Fertigstellung des Gebäudes. Der Zeitpunkt der Übergabe der Sache ist in Frankreich unterschiedlich zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs geregelt, der in der Regel bereits mit Abschluss des Kaufvertrags eintritt.

Der Verkäufer trägt die Leistungsgefahr bis zur Lieferung der erbauten Immobilie.<sup>524</sup>

---

<sup>524</sup> Cass. 3e civ., 11 octobre 2000.

**c. Welche von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers in den unter a) und b) angesprochenen Punkten? Sind diese Klauseln wirksam?**

Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Risikoübergang bei Verträgen in dem geschützten Bereich des Grundeigentums zu Wohnzwecken zulasten des Auftraggebers oder Käufers verändern, sind unwirksam.

**4. Pflichtverletzung des Unternehmers**

**a. Baumängel: Grundfragen**

**(1) Wann liegt ein Baumangel vor?**

Art. 1792 C.civ. hat einen weiten Anwendungsbereich. Er begründet eine Haftung des Bauunternehmers für alle am Gebäude und an seinen wesentlichen Bestandteilen entstandenen Schäden, ohne Rücksicht auf den Grund des Schadenseintritts.

Der Gesetzestext selbst spricht auch seit der Reform von 1978 nicht mehr von Mängeln am Bauwerk, sondern nur noch von Schäden. Der Mangelbegriff wird nur noch in Zusammenhang mit den Mängeln am Boden benutzt. Vor der Reform handelte es sich tatsächlich um eine Mängelhaftung.

Nach dem neuen Gesetzestext „haftet der Bauunternehmer für Schäden, die sich aus einem Mangel des Bodens ergeben, die die Standfestigkeit des Bauwerks beeinträchtigen oder die eines seiner wesentlichen Bestandteile derart beeinträchtigen, dass es nicht zu seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch genutzt werden kann“<sup>525</sup>.

Der Grund für die Entstehung des Schadens spielt seit der Reform bei der Baumängelhaftung keine Rolle mehr. Es handelt sich um eine objektive Haftung und es kommt daher nur auf den entstandenen Schaden an. Der Bauunternehmer muss

---

<sup>525</sup> „*Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit [...] des dommages, même résultant d'un vice de sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectent dans l'un*

auch keine Kenntnis von den Mängeln gehabt haben, wenn es Mängel gab. Seine Verantwortlichkeit für den Schaden wird vermutet und kann nur durch einen außerhalb seiner Sphäre liegenden Grund oder höhere Gewalt ausgeschlossen werden.

Die von der Haftung gedeckten Schäden können sowohl die Substanz des Werkes oder eines Teiles davon als auch seine Funktionsfähigkeit betreffen.

Eine besondere Haftung ergibt sich nach Art. L.111-11 CCH für Geräuschisolationsmängel. Wohngebäude müssen bestimmte Normen betreffend der Geräuschisolation einhalten. Die Arbeiten bezüglich der Geräuschisolation unterliegen nach Art. 1792-6 der einjährigen Garantie der ordnungsgemäßen Fertigstellung des Gebäudes.

- Wie wird die vertraglich geschuldete Beschaffenheit des Bauwerks festgestellt?

Nach der neuen Formulierung der Bauunternehmerhaftung des Art. 1792 C.civ. kommt es, wie oben gesagt, nicht mehr auf den Grund für den Schadenseintritt, sondern nur noch auf den Schaden selbst an. Die frühere Unterscheidung des französischen Rechts zwischen Mängelhaftung und Nichterfüllung des Vertrags, weil das Werk die vertraglich geschuldete Beschaffenheit nicht aufweist, hat daher an Interesse verloren.

Die Rechtsprechung wendet nunmehr auch bei Fehlen der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit des Bauwerks die allgemeine Bauunternehmerhaftung nach Art. 1792 C.civ. an, soweit der Schaden die erforderliche Schwere aufweist, d.h. entweder die Standfestigkeit des Bauwerks oder seine Geeignetheit für den bestimmungsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt.<sup>526</sup>

Nur soweit die Schäden nicht die erforderliche Schwere aufweisen und auf ein Fehlen der vertraglichen Beschaffenheit zurückzuführen sind, gibt es noch einen Anwendungsbereich für die Nichterfüllung des Vertrags aufgrund des Fehlens der

---

*de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.*"

<sup>526</sup> Cass. 3e civ., 13 avri 1988, Gaz. Pal. 1988, 2, S.779, note B. Blanchard; Cass. 3e civ., 25 janvier 1989, JCP G 1989, IV, n°109; Cass. 3e civ., 4 octobre 1989, D. 1989, IR, S.256, JCP G 1989, IV, n°385.

vertraglich geschuldeten Beschaffenheit. In der Praxis ist aber auch hierfür das Interesse an der Unterscheidung weggefallen, da der Cour de cassation auch für diese Ansprüche die zehnjährige Verjährungsfrist ab Abnahme für Bauunternehmer anwendet.<sup>527</sup>

- Welche Probleme ergeben sich in der Praxis? Gibt es Lösungsvorschläge?

Aufgrund der bereits langjährigen Erfahrung mit der neuen gesetzlichen Formulierung der Bauunternehmerhaftung wurden die entstehenden Probleme vor allem bezüglich der Anspruchskonkurrenz und der Harmonisierung der Verjährungsfristen zufriedenstellend von der Rechtsprechung gelöst.

## **(2) Welche Rechte stehen dem Verbraucher im Falle eines Mangels am Bauwerk zu, wenn den Unternehmer kein Verschulden trifft?**

Für die Bauunternehmerhaftung kommt es auf ein Verschulden nicht an, denn die Haftung baut auf eine Vermutung der Verantwortlichkeit für Schäden auf.

### **Orientierungshilfe:**

- Anspruch auf Nachbesserung

Das französische Recht geht bei der Bauunternehmerhaftung von dem Prinzip einer vollständigen Wiederherstellung des schadensfreien Zustands durch den Unternehmer aus.<sup>528</sup> Der Auftraggeber hat daher ein Recht auf Nachbesserung durch den Unternehmer.

Im Extremfall kann der Nachbesserungsanspruch sogar soweit gehen, dass der Unternehmer das beschädigte Gebäude abreißen und neu erbauen muss.<sup>529</sup>

Die Haftung des Bauunternehmers umfasst neben den direkten Schäden am Gebäude oder seinen Bestandteilen auch sogenannte Folgeschäden, wie z.B. Nutzungsausfall.<sup>530</sup>

---

<sup>527</sup> Cass. 3e civ., 16 octobre 2002, zwei Entscheidungen; n°01-10.482 und 01-10.330, D. 2003, jur. S.300, note Ph. Malinvaud; RDI 2003, S. 92 und 93, observation Ph. Malinvaud.

<sup>528</sup> „Réparation en nature“.

<sup>529</sup> Cass. 3e civ., 1er avril 1992, n°90-17.685, RGAT 1992, S. 577, note A. d'Hauteville.

<sup>530</sup> Cass. 1re civ., 2 mai 1983, RDI 1983, S.458 (für Darlehenszinsen) ; Cass. 1re civ., 2 octobre 2002, n°01-03.720, RDI 2002, S.543; Cass. 3e civ., 15 janvier 2003, n° 00-16.606 und 00-16.453, RDI 2003, S.190 (für Nutzungsausfall eines Hotels).

- Recht zur selbständigen Mangelbeseitigung (persönlich oder durch Auftragsvergabe an einen anderen Unternehmer) mit Anspruch auf Kostenersatz gegen den Unternehmer (Recht zur Selbstvornahme)

Neben der Naturalrestitution kommt der Kostenersatz für die selbständige Mängelbeseitigung in Betracht.<sup>531</sup>

Im Rahmen der einjährigen Garantie der einwandfreien Fertigstellung kommt ausschließlich eine Reparatur durch den Unternehmer in Betracht. Der Auftraggeber muss sich zunächst an den ursprünglichen Bauunternehmer wenden und diesen zur Reparatur der Schäden oder Mängel auffordern. Erst wenn dieser nach einer Mahnung und Nachfristsetzung die erforderlichen Arbeiten nicht ausführt, kann sich der Auftraggeber an einen dritten Unternehmer wenden und Kostenersatz verlangen (Selbstvornahme).

In den anderen Fällen der Bauunternehmerhaftung nach Art. 1792 C.civ. kommt sowohl eine Naturalrestitution als auch ein Kostenersatz in Betracht. Obwohl die Rechtsprechung in der Regel der Naturalrestitution den Vorrang gibt, obliegt dem jeweiligen Richter die Entscheidung zwischen Naturalrestitution und Kostenersatz.<sup>532</sup> Der Auftraggeber selbst hat kein Wahlrecht zwischen der Naturalrestitution und der Selbstvornahme, er kann aber die Reparatur durch den ursprünglichen Bauunternehmer ablehnen, wenn keine ausreichenden Garantien für die ordnungsgemäße Durchführung der Reparatur bestehen<sup>533</sup>.

Wenn der Auftraggeber selbst Geldsummen für die Durchführung der Reparaturarbeiten durch einen dritten Unternehmer vorstrecken musste, kann er ebenfalls die Rückerstattung der Zinsen für diese Summen verlangen.

- Recht zur Herabsetzung des Werklohns (Minderung)

Das französische Werkvertragsrecht sieht keine Rechtsfolge der Herabsetzung des Werklohns im Rahmen der Mängelhaftung vor.

Daher kommt diese Rechtsfolge nur bei Kaufverträgen über zu errichtende Gebäude (Bauträgervertrag) in Betracht. Nach Art. 1644 C.civ. hat der Käufer ein

---

<sup>531</sup> „Réparation en équivalent, sous la forme d'une indemnité“.

<sup>532</sup> Cass. 3e civ., 18 janvier 1983, RDI 1983, S.458.



Wahlrecht zwischen der Minderung des Kaufpreises oder der Auflösung des Vertrags. Diese Rechtsfolgen kommen jedoch im Baurecht nach Art. 1642-1 C.civ. dann nicht in Betracht, wenn der Bauunternehmer anbietet, den Mangel zu beheben.

➤ Recht zur Vertragsauflösung

Als Rechtsfolge für Mängel gibt es das Vertragsauflösungsrecht nach Art. 1644 C.civ. ebenfalls nur im Kaufvertragsrecht und nicht beim Werkvertrag. Die Vertragsauflösung kann jedoch ebenfalls nicht verlangt werden, wenn der Bauunternehmer sich anbietet, den Mangel zu beheben.

- Kann der Verbraucher bereits dann Rechte geltend machen, wenn sich schon während der Bauphase, also noch vor Beendigung des Bauwerks, ein Mangel zeigt, oder muss er den vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin abwarten?

Die Gewährleistungsansprüche treten erst mit der Abnahme ein, betreffen also auch nur Mängel die erst nach der Abnahme aufgetreten sind. Für Mängel, die bereits während der Bauarbeiten aufgetreten sind, besteht nur der vertragliche Erfüllungsanspruch. Aufgrund dieses Anspruchs kann der Auftraggeber jedoch bereits während der Bauarbeiten die Mängelbeseitigung verlangen.

Die Pflichtversicherung für die Gewährleistungsansprüche tritt entsprechend auch nur für Mängel ein, die sich nach der Abnahme gezeigt haben. Für die Zeit der Bauphase gibt es keine Pflichtversicherung, aber es werden freiwillige Versicherungen angeboten.

**(3) Welche Rechte stehen dem Verbraucher im Falle eines Mangels am Bauwerk über die unter Punkt (2) genannten hinaus zu, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft?**

**Orientierungshilfe:** Anspruch auf Schadensersatz? In welchem Umfang?

---

<sup>533</sup> Cass. 3e civ., 28 septembre 2005, n°04-14.586, RDI 2005, S.548, observations Ph. Malinvaud; JCP G 2006, II., n° 10010, note C. Noblot.

Der Naturalrestitutionsanspruch des Bauunternehmers kann auch ohne Nachweis des Verschuldens durch einen Schadensersatzanspruch für Zinsen nach Art. 1153 ff. C.civ. und Schadensersatz für Nutzungsausfall komplettiert werden.

Der Nachweis des Verschuldens des Unternehmers kann nur zusätzliche konkurrierende deliktische Schadensersatzansprüche auslösen, die aber von wenig praktischem Interesse sind, da auch immaterielle Schäden nach der werkvertragsrechtlichen Bauunternehmerhaftung ersetzt werden können.

**(4) Verliert der Verbraucher seine Rechte, wenn er nach Fertigstellung des Bauwerks im Zeitpunkt einer etwaigen Akzeptanz (s.o. Teil C II.1.b.) wegen sichtbarer Mängel keinen Vorbehalt erklärt? Wenn ja: Gilt dies auch im Falle einer Akzeptanzfiktion?**

Ja. Normalerweise verliert der Auftraggeber seine Rechte, wenn er nach Fertigstellung des Bauwerks bei der Abnahme wegen sichtbarer Mängel keinen Vorbehalt erklärt hat. Allerdings gelten hierfür einige Einschränkungen.

Soweit der Mangel zwar im Zeitpunkt der Abnahme sichtbar war, aber zu diesem Zeitpunkt als unerheblich und von untergeordneter Bedeutung erschien und sich erst später als unerwartet schwerer Schaden herausstellte, verliert der Verbraucher nicht seine Ansprüche gegen den Unternehmer auf Schadensbeseitigung.

Allerdings ist der Anspruch des Auftraggebers dagegen dann ausgeschlossen, wenn der Unternehmer nachweisen kann, dass der Auftraggeber einen bestimmten Mangel, der einen Schaden ausgelöst hat, zum Zeitpunkt der Annahme kannte (weil er z.B. von dem Architekten darauf hingewiesen worden ist), der Mangel also in diesem Fall nicht versteckt war.

**(5) In welchem Zeitraum müssen die Mängel auftreten, damit Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können?**

Im Allgemeinen muss man bei der Baumängelhaftung im französischen Recht drei grundlegende Haftungstatbestände unterscheiden, die für alle Formen des Bauvertrags gelten, denn die Baumängelhaftung wird nach allgemeinem Werkvertragsrecht im Code civil geregelt. Die drei Haftungstatbestände sind von unterschiedlicher Dauer, nämlich ein, zwei und zehn Jahre.

Zunächst einmal gibt es die **einjährige Garantie der ordnungsgemäßen Fertigstellung**<sup>534</sup>, die alle Mängel, die bei der Abnahme aufgetreten sind und alle Mängel, die innerhalb eines Jahres ab der Abnahme eintreten, deckt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Auftraggeber einen Anspruch gegen den Unternehmer hat, dass sich alle Gebäudeteile während der Dauer eines Jahres in einem funktionsfähigen Neuzustand befinden. Der Unternehmer muss daher alle Mängel beseitigen, die innerhalb eines Jahres ab Abnahme auftreten, so dass das Gebäude nach einem Jahr noch in dem gleichen Zustand wie bei der Abnahme ist.

Daneben gibt es die zehnjährige Garantie für das Bauwerk und alle wesentlichen Bestandteile des Grundstücks<sup>535</sup> nach Art. 1792 C.civ. und die zweijährige Funktionsgarantie<sup>536</sup> für alle anderen Zubehörteile nach Art. 1792-3 C.civ.

#### **(6) Wie lang sind die Verjährungsfristen der unter (2) und (3) genannten Ansprüche? Wann beginnen sie zu laufen?**

Die speziellen vertraglichen Verjährungsfristen für Baumängel nach Bauverträgen entsprechen den oben genannten Zeiträumen der Geltung der verschiedenen Garantien, d.h. ein, zwei oder zehn Jahre.

Die Verjährungsfristen beginnen einheitlich für alle Fristen mit der Abnahme zu laufen. Es handelt sich jedoch prozessrechtlich nicht um echte Verjährungsfristen, sondern vielmehr um Ausschlussfristen. Sie können daher auch nicht suspendiert, sondern nur unterbrochen werden.<sup>537</sup>

Die allgemeine zivilrechtliche Verjährungsfrist für versteckte Mängel in Kaufverträgen beträgt 30 Jahre. Allerdings muss nach Art. 1648 C.civ. der Mangel innerhalb einer Zweijahresfrist ab Entdeckung des Mangels dem Verkäufer angezeigt werden. Für den Anwendungsbereich der speziellen baurechtlichen Zweijahresgarantie ist die Konkurrenz mit der allgemeinen zivilrechtlichen Haftung für versteckte Mängel ausgeschlossen.<sup>538</sup> Aber dies trifft nur auf Ansprüche gegen den Bauunternehmer zu. Der Käufer kann nach der allgemeinen zivilrechtlichen

---

<sup>534</sup> „Garantie de parfait achèvement“.

<sup>535</sup> „Garantie décennale portant sur l'ouvrage et les éléments d'équipement“.

<sup>536</sup> „Garantie biennale de bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables“.

<sup>537</sup> Cass. 3e civ., 17 mai 1995, n°93-16.568, Bull.civ. III, n°120, Cass 3e civ., 21 novembre 2000, n°99-13.131, RDI 2001, S.80.

<sup>538</sup> Cass. 3e civ., 11 mars 1992, n°90-15.633, Bull. civ. III, n° 186; RDI 2005, S.61

Haftung Ansprüche gegen Lieferanten geltend machen, die erst nach 30 Jahren verjähren.

### **(7) Wer trägt die Beweislast für die mangelhafte Bauausführung und das Verschulden des Unternehmers?**

Zunächst hat sich durch die Reform der Gegenstand des Beweises geändert. Es muss nicht mehr der Baumangel bewiesen werden, sondern nur der Schaden und die Erheblichkeit des Schadens für die Standfestigkeit des Gebäudes oder für seine Nutzbarkeit zu dem bestimmungsgemäßen Gebrauch.

Die Beweislast hierfür obliegt dem Auftraggeber. Gelingt dieser Nachweis, wird die Verantwortlichkeit des Bauunternehmers vermutet. Es ist insbesondere nicht erforderlich nachzuweisen, dass der Bauunternehmer die Gründe für den Schadenseintritt kannte.<sup>539</sup>

Da die Haftung des Bauunternehmers ohne Verschulden im französischen Recht bereits sehr weitreichend ist und Schadensersatz umfasst, gibt es dagegen Tatbestände, die die Haftung des Bauunternehmers ausschließen. Diese muss der Bauunternehmer nachweisen, um seine Haftung auszuschließen.

Zunächst kann die Haftung bei Schadenseintritt infolge höherer Gewalt ausgeschlossen werden. Weiterhin kann sich der Unternehmer von seiner Haftung befreien, wenn er nachweisen kann, dass der Schadenseintritt entweder auf das Verschulden des Auftraggebers oder eines Dritten zurückzuführen ist.

Wenn das Verschulden des Auftraggebers nicht der alleinige Grund für den Schadenseintritt war, dies aber vor allem zu einer Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat, kommt es zu einer Teilung der Verantwortlichkeit zwischen Bauunternehmer und Auftraggeber.

#### ➤ Sonderproblem: Mehrere Baubeteiligte.

Die spezielle baurechtliche Werkvertragshaftung hat im französischen Recht einen sehr weiten Anwendungsbereich. Sie gilt nicht nur für eigentliche Werkverträge, sondern auch für wirtschaftlich gleichgestellte Verträge, wie z.B. Kaufverträge über zu erstellende Gebäude (Bauträgerverträge).

Der Anspruch des Auftraggebers und/oder Käufers kann sich daher nach Art. 1792-1 C.civ. sowohl gegen den Bauunternehmer, Architekten oder Techniker richten.

Er kann sich aber auch gegen den Verkäufer richten, der ein in Zukunft zu erbauendes Gebäude oder ein bereits erstelltes neues oder neu renoviertes Gebäude verkauft. Obwohl der Verkäufer nicht in der Liste des Art. 1792-1 C.civ. genannt wird, wird dieser Haftungstatbestand nach Art. 1646-1 C.civ. auf ihn ausgedehnt.

Wer zwischen den genannten Unternehmern im Einzelnen haftbar ist, richtet sich nach Art. 1792-3 C.civ. Nur Unternehmer, die die Verantwortung entweder für die Konzeption, die Wahl, die Fabrikation, die Installation oder die Kontrolle von den Zubehör- oder Bestandteilen des Gebäudes hatten, bei denen der Schaden eingetreten ist, unterliegen der Haftung.

Allerdings ist es bei den in der Praxis sehr komplexen Haftungsfragen für den Auftraggeber sehr schwierig die Verantwortlichkeit der einzelnen beteiligten Unternehmer zu bestimmen.

Soweit er nur einen Hauptunternehmer hat, kann er die Haftung dieses Unternehmers geltend machen, der sich seinerseits an seine Subunternehmer für Regressansprüche halten kann.

Wenn der Auftraggeber mehreren Unternehmern einen Auftrag erteilt hat, so kann er entweder den Unternehmer, der am meisten Verantwortung für diesen Gebäudeteil hatte oder aber alle Unternehmer gemeinschaftlich verklagen, ohne dass er im Einzelnen ihr jeweiliges Verschulden nachzuweisen braucht. Da der Auftraggeber keine Beweislast für den Mangel und die Kausalität zwischen Mangel und Schaden hat, muss dann jeder einzelne Unternehmer nachweisen, dass ihm ein Haftungsausschlussgrund (z.B. in Form des Verschuldens eines Dritten) zugute kommt.

Der Gesetzestext sieht dagegen keine gesamtschuldnerische Haftung der verschiedenen Bauunternehmer gegenüber dem Auftraggeber vor. Jeder ist nur haftbar für seinen Anteil an dem Schadenseintritt. Nur wenn der Umfang der

---

<sup>539</sup> Cass. 3e civ., 6 février 2002, n° 99-19.933, RDI 2002, S.150; Cass 3e civ., 30 avril 2002, n°00-19.935, RDI 2002,S. 322

Verantwortung jedes einzelnen Unternehmers für den Schaden nicht nachgewiesen werden kann, kommt eine gesamtschuldnerische Haftung in Betracht.<sup>540</sup>

**(8) Konkurrieren deliktische Schadensersatzansprüche frei mit vertraglichen Gewährleistungsansprüchen? Wie wirkt sich dieses Verhältnis in der Praxis aus?**

Im Prinzip können deliktische Schadensersatzansprüche mit vertraglichen Gewährleistungsansprüchen gegen den Bauunternehmer konkurrieren. In der Praxis ist dies jedoch nur selten relevant, da die vertraglichen Gewährleistungsansprüche sehr umfassend sind und auch den Ersatz von immateriellen Schäden umfassen, so dass nur selten auf deliktische Ansprüche mit strengeren Anspruchsvoraussetzungen zurückgegriffen werden muss.

Der Auftraggeber kann jedoch direkt gegen die Nachunternehmer, mit denen er keine Verträge geschlossen hat, aufgrund deliktischer Ansprüche vorgehen.

Ein weiterer Anwendungsbereich für deliktische Schadensersatzansprüche ist in der Praxis die Produkthaftung von Lieferanten von Komponenten für den Bau. Diese unterliegen aber in der Regel nicht der bauvertragsrechtlichen Gewährleistung, so dass sich kein Problem der Anspruchskonkurrenz ergibt.

**b. Baumängel: Einzelaspekte**

**(1) Falls der Verbraucher Nacherfüllung verlangt: Steht dem Unternehmer der Einwand des unverhältnismäßigen Aufwands zu?**

Den Einwand des unverhältnismäßigen Aufwands kennt das französische Recht nicht bei der Baumängelhaftung. Im Extremfall kann der Nachbesserungsanspruch sogar soweit gehen, dass der Unternehmer das beschädigte Gebäude abreißen und neu erbauen muss.<sup>541</sup>

---

<sup>540</sup> Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Ph. Malinvaud, n°475-40, S.1062.

<sup>541</sup> Cass. 3e civ., 1er avril 1992, n°90-17.685, RGAT 1992, S. 577, note A. d'Hauteville.

**(2) Falls der Unternehmer einen Mangel beseitigt, der sich erst einige Zeit nach Akzeptanz des Bauwerks gezeigt hat: Schuldet der Verbraucher einen Vorteilsausgleich „Neu für Alt“ oder ein funktionales Äquivalent?**

Der Cour de cassation hat in früherer Rechtsprechung sowohl bei der bauvertragsrechtlichen Gewährleistung als auch bei deliktischen Ansprüchen bei der Berechnung des Erstattungsanspruchs einen Abzug entsprechend einem Alterskoeffizienten des betreffenden Gebäudes zugelassen.<sup>542</sup>

Diese Rechtsprechung wird zwar noch von einigen Gerichten angewendet, wurde jedoch vom Cour de cassation seit langem eindeutig verworfen. Nach der Argumentation des obersten Gerichts führe der Abzug dazu, dass der Anspruchsinhaber nicht die Situation wiederhergestellt bekomme, die bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht vorgefallen wäre. Das Opfer würde daher ungerechtfertigt eine zusätzliche Ausgabe tragen, die durch das Verschulden eines Dritten erforderlich geworden ist.<sup>543</sup> Zwar wird das Opfer ohne den Abzug bereichert, jedoch nicht ohne Grund, da der Grund in der Verpflichtung des Schädigers liegt, den Schaden vollständig auszugleichen.

Für den Fall, dass der Unternehmer den Mangel selbst beseitigt, hat die Rechtsprechung niemals dem Unternehmer einen Anspruch auf Vorteilsausgleich zuerkannt.

Ein Abzug bei der Berechnung des Schadensersatzes kann jedoch in dem Fall des Unterlassens ordnungsgemäßer Unterhaltung des Gebäudes erfolgen, wenn dieses zu einer Verschlechterung des Schadens geführt hat.<sup>544</sup>

- Wenn ja: Hat der Verbraucher dafür auf Verlangen des Unternehmers vor Beginn der Nachbesserungsarbeiten Sicherheit zu leisten?

Nein.

---

<sup>542</sup> Cass. com., 7 octobre 1947, D.1948, S.55; Cass. 2e civ., 1er avril 1963, D. 1963, S.454, note H. Molinier; JPC G 1963, II, n°13408, note P. Esmein.

<sup>543</sup> Cass. 2e civ., 16 décembre 1970, Bull. civ. II, n°346; RTD civ. 1971, S.660, Observations G. Durry.

<sup>544</sup> Cass. 2e civ., 31 mars 1989, Responsabilité civile et assurances 1989, comm. n° 258; P. Jourdain, *La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime*, RDI 1995, S.51.

**(3) Falls der Verbraucher im Falle von Mängeln ein Selbstvornahmerecht mit anschließendem Kostenerstattungsanspruch hat: Kann er vor Durchführung der Selbstvornahme von dem Unternehmer einen Vorschuss verlangen?**

Falls der Verbraucher ein Selbstvornahmerecht hat, kann er bereits während des gerichtlichen Verfahrens die Reparaturarbeiten beginnen, entweder auf Kosten des Bauunternehmers oder unter Kostentragung und Kostenerstattung bei Ausgang des Verfahrens. Soweit der Auftraggeber die Reparaturkosten zunächst selbst trägt, umfasst der Kostenerstattungsanspruch auch die Zinsen für diese Summen.

Wenn er die Arbeiten bereits vor Abschluss des gerichtlichen Verfahrens vornimmt, sollte er jedoch vorher eine richterliche Genehmigung hierfür nach Art. 1144 C.civ. einholen, die auf der Basis der durch einen Sachverständigen formulierten Empfehlungen erfolgt.

**c. Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung**

Art. 1792-5 C.civ. enthält ein absolutes Verbot für sämtliche vertragliche Vereinbarungen, die die baurechtliche, gesetzliche Gewährleistung beschränken oder ausschließen.<sup>545</sup>

Für Kaufverträge wird dieses Verbot in Art. 1646-1 C.civ. aufgestellt.

Nach Art 1792-5 C.civ. gilt jede Vertragsklausel, nicht nur eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, „*die die Gewährleistung nach den Art. 1792, 1792-1 und 1792-2 ausschließt oder begrenzt, oder die die nach Art. 1792-3 und 1792-6 vorgesehenen Garantien ausschließt oder deren Anwendung begrenzt, oder die die gesamtschuldnerische Haftung nach Art. 1792-4 ausschließt, als nicht geschrieben.*“

Das Verbot betrifft also sowohl die zehnjährige Gewährleistung für das Gebäude und seine wesentlichen Bestandteile, als auch die Zweijahresgarantie für einwandfreies Funktionieren der Zubehörteile und die Einjahresgarantie für die einwandfreie Fertigstellung.

---

<sup>545</sup> G. Viney, *Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs*, RDI 1982, S.319.



Deshalb sind sämtliche gesetzliche Gewährleistungen des Bauunternehmers zwingend und gehören zum *ordre public*.

Sind folgende Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers wirksam und in der Praxis üblich?

- (1) Völliger Ausschluss der Gewährleistung.**
- (2) Ausschluss einzelner Gewährleistungsrechte.**
- (3) Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Mängel.**
- (4) Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Teile des Werkes.**
- (5) Beschränkung der Gewährleistung auf Fälle schuldhaften Handelns.**
- (6) Beschränkung der Schadensersatzhaftung des Unternehmers auf unmittelbare Schäden.**

Da Folgeschäden nicht direkt unter Art. 1792-5 C.civ. genannt werden, könnte man sich vorstellen, dass sie nicht von dem Verbot der haftungsbeschränkenden Klauseln erfasst werden. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht hierzu geäußert. Aber aufgrund der strengen Rechtsprechung zu Haftungsbegrenzungen und des absoluten gesetzlichen Verbots kann man sich vorstellen, dass die Rechtsprechung das Verbot gegebenenfalls auch auf Folgeschäden ausdehnen würde.

- (7) Kumulative Begrenzung der Schadensersatzhaftung des Unternehmers wegen leichter Fahrlässigkeit auf unmittelbare Schäden und auf Fälle wesentlicher Mängel.**
- (8) Begrenzung der Schadensersatzhaftung auf Fälle versicherbarer Risiken.**
- (9) Summenmäßige Begrenzung der Haftung des Unternehmers?**
- (10) Verweisung des Verbrauchers wegen seiner Gewährleistungsansprüche an Nachunternehmer.**

Auch diese Vereinbarung ist verboten. Dagegen sind Vereinbarungen zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer bezüglich der Regressforderungen möglich, da diese nicht von dem Verbot des Art. 1792-5 C.civ. erfasst werden.

### **(11) Veränderung der Beweislast zu Lasten des Verbrauchers.**

Da nicht nur der Ausschluss der Gewährleistung sondern auch die Begrenzung von dem Verbot erfasst wird, fallen auch die Veränderung der Beweislast und der Fristen unter dieses Verbot.

### **(12) Veränderung der Gewährleistungs- und Verjährungsfrist zu Lasten des Verbrauchers.**

#### **d. Andere Pflichtverletzungen des Unternehmers**

##### **(1) Wie ist die Rechtslage,**

- wenn der Unternehmer vertraglich zugesagte Fristen nicht einhält?

Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk an dem vereinbarten Tag zu liefern. Da es sich um eine Erfolgsschuldung handelt, kann er sich nur durch den Nachweis höherer Gewalt oder der Tatsache, dass die Verspätung auf dem ausschließlichen Verschulden des Auftraggebers beruht, exkulpieren.<sup>546</sup>

Die Bauverträge sehen jedoch in der Regel vertragliche Verlängerungen der vereinbarten Frist vor, insbesondere für Fälle von Schlechtwetter, zusätzlichen Frei- und Feiertagen sowie Streiktagen. Dies ist auch nach den allgemeinen Modellgeschäftsbedingungen für Bauverträge vorgesehen.<sup>547</sup> Die Gültigkeit dieser Klauseln wurde nicht von der Rechtsprechung angezweifelt.

Eine Verlängerung der Frist kann sich außerdem aus Verspätungen ergeben, die dem Auftraggeber zuzurechnen sind, wenn dieser z.B. nicht rechtzeitig die Baugenehmigung erhalten, nicht rechtzeitig die Abschlagzahlungen geleistet oder zusätzliche Arbeiten verlangt hat.<sup>548</sup>

Die Haftung für die Verspätung ergibt sich aus allgemeinem Werkvertragsrecht. Es gibt hier keine speziellen bauvertragsrechtlichen Vorschriften.

In der Regel sind in Bauverträgen Verspätungsklauseln enthalten, in denen eine pauschale Vertragsstrafe vorgesehen wird. Der Richter kann diese Vertragsstrafe

---

<sup>546</sup> Cass. 3e civ., 8 novembre 2005, n°04-17.701, RDI 2006, S.57.

<sup>547</sup> Art. 10.3.1 und 10.3.2 norme AFNOR.

<sup>548</sup> Cass. 3e civ., 4 juillet 1979, D.1980, IR, S.43; Cass. 3e civ., 19 mars 1986, JCP G 1986, IV, n° 151.

nach Art. 1152 C.civ. herauf- oder herabsetzen, wenn sie erheblich zu hoch oder vollkommen unzureichend erscheint.<sup>549</sup>

Wenn die Vertragsstrafe als eine Form der Begrenzung des Schadensersatzes fungiert und der tatsächliche Schaden wesentlich höher ist, ist die Vertragsstrafe im Falle des Vorsatzes oder groben Verschuldens des Bauunternehmers nicht anwendbar und der Auftraggeber kann stattdessen den Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens verlangen.<sup>550</sup>

Wenn der Vertrag keine Verspätungsklausel enthält aber den Modellgeschäftsbedingungen für Bauverträge unterstellt ist, sehen diese nach Art. 9.5 vor, dass nach einer erfolglosen Mahnung eine Verspätungsstrafe in Höhe von 1/1000 der gesamten Vertragssumme angewendet wird.

- wenn zwar vertraglich keine Fristen bestimmt sind, der Unternehmer aber äußerst langsam arbeitet oder die Arbeit vorübergehend ganz einstellt?

**Orientierungshilfe:** Hat der Verbraucher einen Anspruch auf schnelleres Arbeits-tempo bzw. Wiederaufnahme der Arbeit? Besteht ein Schadensersatzanspruch? Welche Rolle spielt ein etwaiges Verschulden des Unternehmers? Wie ist die Beweislastverteilung? Steht dem Verbraucher ein außerordentliches Vertragsauflösungsrecht zu? In welcher Form ist die entsprechende Auflösungserklärung abzugeben? Welche Folgen zieht die Ausübung eines solchen außerordentlichen Auflösungsrechts nach sich? Kann eine Verwirkung dieses Auflösungsrechts eintreten?

Für die Beantwortung dieser Fragen gibt es keine speziellen bauvertraglichen Regelungen. Sie richten sich vielmehr nach allgemeinem Werkvertragsrecht.

Aber die Prüfung dieser Fragen ist auch für die Praxis nur wenig relevant, da nur in den seltensten Fällen keine vertraglichen Fristen vereinbart sein dürften.

---

<sup>549</sup> Cass. 3e civ., 8 octobre 1980, D. 1981, IR, S.107.

<sup>550</sup> Cass. 3e civ. 24 octobre 1978, D.1979, IR, S.116.

**(2) Welche von den soeben angesprochenen gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers? Sind diese Klauseln wirksam?**

Da die gesetzlichen Regelungen in diesem Bereich im französischen Recht fast ausschließlich zwingender Natur sind, ist kein Raum für abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmers.

### **D. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes**

- Sieht das Rechtssystem Ihres Staates für Verbraucherschutzverbände o.ä. eine Möglichkeit vor, gegen Unternehmer vorzugehen, die sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben zum Verbraucherschutz halten?

**Orientierungshilfe:** abstrakte Unterlassungsklagen, Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs, Prozessstandschaft bei konkreten Verbraucher-Unternehmerstreitigkeiten etc.

Bisher gibt es in Frankreich nur wenige Klagearten, die es Verbraucherschutzverbänden ermöglichen, selbstständig gegen Rechtsverstöße von Verbraucherschutzvorschriften vorzugehen. Abstrakte Unterlassungsklagen gegen Rechtsverstöße ohne eigene Betroffenheit des Klägers sind nicht möglich. Jedoch gibt es eine Prozessstandschaft für Verbraucherschutzvereine, die es ermöglicht, mehrere individuelle Verbraucherklagen zusammenzufassen. Da diese Klagen allerdings in der Praxis schwierig durchzuführen sind, wird von ihnen nur wenig Gebrauch gemacht.

Es gab im Februar des Jahres 2007 ein Gesetzesprojekt<sup>551</sup> zum Schutz der Verbraucher, das vorrangig der Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005 diente. Dieses wurde jedoch aus Gründen der Präsidentschafts- und Parlamentswahlen im ersten Halbjahr 2007 zunächst

---

<sup>551</sup> Projet de loi en faveur des consommateurs n°3430 déposé le 8 nov. 2006 à l'initiative du Ministre de l'économie.

aufgegeben. Dieses Projekt sah die Einführung einer Gruppenklage durch Verbraucherschutzorganisationen vor. Die Richtlinie wurde inzwischen durch ein Gesetz vom 3. Januar 2008<sup>552</sup> umgesetzt, allerdings ohne die Einführung der Gruppenklage. Dies ist Gegenstand eines getrennten Gesetzgebungsvorschlags vom 21. November 2007<sup>553</sup>, der von den Verbrauchervereinigungen unterstützt wird<sup>554</sup>. Im Bereich des privaten Baurechts sind diese Gemeinschaftsklagen jedoch von geringer Bedeutung, da die Schäden meist so erheblich sind, dass auch jeder einzelne Betroffene selbstständig klagen wird. Die abstrakte Aufsicht über das verbraucherrechtskonforme Verhalten der Bauunternehmer liegt in Frankreich vielmehr bei den darlehensgebenden Banken, den Versicherungen und Notaren, da diesen nach dem französischen System bestimmte Kontrollpflichten auferlegt und fast alle Verträge in der Praxis von einer dieser Kontrollen betroffen sind.

## E. Nicht angesprochene Probleme

Gibt es im Bereich des Verbraucherbauvertragsrechts in Ihrem Land schwerwiegende Probleme, die im vorliegenden Fragebogen nicht angesprochen worden sind?

In Frankreich wird weitreichend die Problematik der Anwendung der Schutzvorschriften zugunsten des Auftraggebers auf Renovierungsarbeiten diskutiert.<sup>555</sup> Es stellt sich die Frage, ab welchem Umfang Renovierungsarbeiten wie ein Neubau behandelt werden müssen. Die Frage muss im Einzelfall von den Tatsachenrichtern entsprechend der Art und des Umfangs der Arbeiten und der Höhe ihrer Kosten entschieden werden.<sup>556</sup>

---

<sup>552</sup> Gesetz Nr. 2008-3 vom 3. Januar 2008 „pour le développement de la concurrence au service des consommateurs“, veröffentlicht in Journal Officiel Nr. 0003 vom 4. Januar 2004, S. 258.

<sup>553</sup> Nr. 424, Assemblée Nationale.

<sup>554</sup> Vgl. Le Figaro vom 19. Februar 2008, S. 14, „Plaidoyer pour une procédure d'action de groupe à la française.“

<sup>555</sup> Siehe hierzu Philippe Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz 2007/2008, Bearbeiter: Ph. Malinvaud, n°473.420, S. 1036.

<sup>556</sup> Cass. 3e civ., 30 mars 1989, Bull. civ. III, n°76; Cass. 3e civ., 18 janvier 2006, n°04-18.903, RDI 2006, S. 230.

Soweit kein Neubau, sondern umfangreiche Instandsetzungsarbeiten von bestehenden Gebäudeteilen betroffen sind, die unter Umständen mit gleich hohen Kosten wie ein Neubau verbunden sind und zum Erhalt von Baudenkmalern beitragen, stellt sich eine besondere Problematik bezüglich der Baumängelhaftung. Die Arbeiten unterliegen grundsätzlich der Baumängelgarantie nach Art. 1792 C.civ. und der damit verbundenen Versicherungspflicht. Es bestehen aber häufig Bewertungs- und Beweisfragen, insbesondere ob der entstandene Schaden auf die Renovierungsarbeiten zurückzuführen ist oder ob er von vornherein in dem bestehenden Gebäudeteil angelegt war.

Die große Komplexität der Vertragsarten und der damit verbundenen Vorschriften führt zu einer relativen Undurchsichtigkeit dieses Rechtsgebietes für Verbraucher und eröffnet daher auch die Möglichkeit zahlreicher Umgehungen der Schutzvorschriften durch die Bauunternehmer.

Der Bereich der Pflichtversicherungen hat sich dagegen seit langen Jahren bewährt. Der Schutz der Verbraucher wird hierdurch effizient gewährt und die Versicherungspflicht wird aufgrund der Kontrolle durch Banken, Versicherungen und Notare und den bestehenden scharfen Sanktionen bei Verstößen weitgehend respektiert.

Ein weiterer nicht angesprochener Themenkreis betrifft die Rolle des Architekten bei der Abwicklung der komplexen Bauverträge in Frankreich. Der Architekt hat zunächst eine wichtige Rolle bei der Konzeption des Werkes. Er erstellt den Plan für das Bauwerk und assistiert dem Auftraggeber bei der Erstellung der Anträge für die Baugenehmigung. Bei Bauvorhaben für Wohnzwecke, deren Grundfläche 170qm übersteigen, ist die Einschaltung eines Architekten bei der Planung zwingend erforderlich.

Seine Rolle kann sich auf diese Tätigkeit beschränken oder er kann darüber hinaus mit der Durchführung des Bauvorhabens betraut werden.

Soweit er darüber hinaus mit der Durchführung des Bauvorhabens beauftragt wird, leitet er alle Baubesprechungen, koordiniert die verschiedenen beteiligten Unternehmer, gibt Anweisungen betreffend der Durchführung der Arbeiten, überwacht diese und informiert die beteiligten Unternehmen über die spezifischen technischen Erfordernisse des Baus insbesondere betreffend der Beschaffenheit des Bodens. In

diesem Fall kann seine Haftung eingeleitet werden, wenn z.B. bei schlechter Organisation der Baustelle ein Unfall eintritt.

Weiterhin hat der Architekt eine Rolle als Sachverständiger. Er kann insbesondere den Auftraggeber bei der Abnahme des Baus begleiten. Wenn er bei erkennbaren Mängeln keine Vorbehalte in das Abnahmeprotokoll aufgenommen hat, kann seine Haftung ebenfalls eingeleitet werden.

## ANLAGE I

### Modellgeschäftsbedingungen

D. 91-1201 vom 27.11.1991 in Journal Officiel vom 29.11.1991

A N N E X E

CONCERNANT LES CLAUSES TYPES AFFERENTES AU CONTRAT DE  
CONSTRUCTION D'UNE MAISON INDIVIDUELLE AVEC FOURNITURE DE PLAN  
REDIGES EN APPLICATION DE L'ARTICLE R. 231-13

#### I. - Définition des travaux

Clause:

<<La consistance et les caractéristiques techniques du bâtiment à édifier et des travaux d'équipement intérieur ou extérieur qui sont indispensables à l'implantation, à l'utilisation ou à l'habitation de l'immeuble résultent des documents suivants annexés au présent contrat:

<<Le plan de la construction à édifier comportant les travaux d'adaptation au sol, les coupes et élévations, les cotes utiles et l'indication des surfaces de chacune des pièces, des dégagements et des dépendances. Le plan indique en outre les raccordements décrits à la notice prévue à l'article R. 231-4 et les éléments d'équipement intérieur ou extérieur qui sont indispensables à l'implantation et à l'utilisation ou à l'habitation de l'immeuble.

<<Un dessin d'une perspective de l'immeuble est joint au plan. Le plan est daté et signé par les parties.

<<Est également annexée au contrat une notice descriptive conforme au modèle type agréé par arrêté ministériel donnant les caractéristiques techniques tant de l'immeuble lui-même que des travaux d'équipement intérieur ou extérieur qui sont indispensables à l'implantation et à l'utilisation de l'immeuble. La notice fait entre ces éléments la distinction prévue à l'article L. 231-2 (d) selon que ces éléments sont ou non compris dans le prix convenu (travaux à la charge du constructeur) et indique le coût de ceux desdits éléments non compris dans le prix (travaux dont le maître de l'ouvrage se réserve l'exécution).



<<La notice mentionne les raccordements de l'immeuble à l'égout et aux distributions assurées par les services publics notamment aux distributions d'eau, de gaz, d'électricité ou de chauffage en distinguant ceux qui sont inclus dans le prix et, s'il y a lieu, ceux dont le coût est à la charge du maître de l'ouvrage.

<<La notice porte, de la main du maître de l'ouvrage, une mention signée par laquelle il accepte le coût des travaux à sa charge qui ne sont pas compris dans le prix convenu et en précise le montant taxes comprises.

<<Le constructeur établit, en autant d'exemplaires qu'il en est besoin, le dossier de demande de permis de construire.

<<Le constructeur s'oblige à constituer le dossier de demande de permis de construire et, s'il y a lieu, celui des autres autorisations administratives dans le délai d'un mois à compter de la signature du contrat et à le déposer dès sa signature par le maître de l'ouvrage auprès de l'autorité compétente.>> Facultatif: <<Le maître de l'ouvrage constitue par les présentes le constructeur mandataire pour l'accomplissement des démarches et formalités nécessaires à l'obtention du permis de construire et, s'il y a lieu, des autres autorisations administratives.>> Facultatif: <<Le maître de l'ouvrage constitue le constructeur mandataire à l'effet de rechercher l'assurance de dommages.

<<Le constructeur communique au maître de l'ouvrage à titre indicatif le coût des taxes d'urbanisme et participations non comprises dans le prix convenu prévues par les articles L. 332-6 et L. 332-6-1 du code de l'urbanisme.>>

## II. - Coût de la construction et prix convenu

Clause:

<<Le coût du bâtiment à construire comportant le prix convenu et le coût des travaux dont le maître de l'ouvrage se réserve l'exécution s'élève à la somme de ... F se décomposant comme suit:

<<1. Prix convenu: le prix forfaitaire et définitif s'élève à ... F.

<<Cette somme comporte la rémunération de tout ce qui est à la charge du constructeur y compris le montant des taxes dues sur le coût de la construction, le coût du plan, celui de la garantie de livraison et le cas échéant de la garantie de remboursement et, s'il y a lieu, les frais d'étude du terrain pour l'implantation de l'immeuble.>> Facultatif: <<Le prix est révisable dans les conditions ci-après précisées...>> <<2. Travaux à la charge du maître de l'ouvrage: le coût des travaux à la charge du maître de l'ouvrage s'élève à ... F.

<<Ces travaux sont décrits et chiffrés dans la notice annexée au présent contrat qui comporte une mention manuscrite et signée du maître de l'ouvrage pour en accepter le coût et la charge.

<<Le constructeur s'oblige à exécuter ou faire exécuter ces travaux aux prix et conditions prévus si le maître de l'ouvrage en fait la demande dans le délai de quatre mois à compter de ce jour, c'est-à-dire avant le...>>

### III. - Modalités de paiement du prix convenu

Dans l'hypothèse où le contrat ne comporte pas de garantie de remboursement, la rédaction peut être la suivante:

<<Le prix convenu sera payé conformément aux dispositions des articles L. 231-4-III et R. 231-7 du code de la construction et de l'habitation.

<<En conséquence, M.... (le maître de l'ouvrage) verse ce jour la somme de...représentant x p. 100 du prix de la construction, somme qui sera consignée à l'établissement X... en un compte spécial ouvert au nom de M.... (le maître de l'ouvrage) dans le délai de deux jours.

<<Cette somme s'imputera sur les premiers paiements qui seront demandés selon l'échelonnement prévu à l'article R. 231-7 du code de la construction et de l'habitation ci-après reproduit:

<<Art. R. 231-7. - ...>> La formule suivante peut être utilisée dans l'hypothèse où le contrat est assorti d'une garantie de remboursement:

<<Le constructeur justifie de la garantie de remboursement prévue par l'article R. 231-8 du code de la construction et de l'habitation délivrée ..... et faisant l'objet d'une attestation annexée au présent contrat.

<<En conséquence, l'échelonnement des paiements est fixé ainsi qu'il suit:

<<5 p. 100 à la signature du contrat;

<<5 p. 100 à la délivrance du permis de construire.

<<Les autres paiements seront effectués conformément aux dispositions de l'article R. 231-7 du code de la construction et de l'habitation ci-après reproduit:

<<Art. R. 231-7 ...>>

#### IV. - Délai d'exécution des travaux

Clause:

<<Les parties conviennent que les conditions suspensives devront être réalisées dans un délai de...après la signature du contrat.

<<Les travaux commenceront dans le délai de...à compter de la réalisation des conditions suspensives. <<Les travaux commenceront en conséquence au plus tard à la date du ...

<<La durée d'exécution des travaux sera de...mois à compter de l'ouverture du chantier.

<<Ce délai sera prolongé de la durée des périodes d'intempéries pendant lesquelles le travail est arrêté conformément aux dispositions des articles L. 731-1 et suivants du code du travail. Il sera également prolongé en cas de force majeure ou cas fortuit.

<<En cas de retard dans l'achèvement de la construction, une pénalité de...du prix par jour de retard est due par le constructeur.>>

V. - Garanties de livraison

Clause:

<<La garantie de livraison aux prix et délai convenus est donnée par l'établissement X..., qui prend à sa charge les obligations prévues à l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation ci-après reproduit:

<<Art. L. 231-6. - ...

<<Une attestation de cette garantie est annexée au présent contrat.>> Variante:

<<Le présent contrat est soumis à la condition suspensive de l'obtention par le constructeur de la garantie de livraison prévue à l'article L. 231-6 du code de la construction et de l'habitation ci-après reproduit:

<<Art. L. 231-6. - ...

<<Une attestation de cette garantie délivrée par un organisme habilité sera ..... dans le délai prévu pour la réalisation des conditions suspensives.

<<M.....s'engage à communiquer cette attestation au prêteur dès sa réception.>>

Fait à Paris, le 27 novembre 1991.

EDITH CRESSON

Par le Premier ministre:

Le ministre de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace, PAUL QUILES

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, PIERRE BEREGOVOY

Le garde des sceaux, ministre de la justice, HENRI NALLET

Le secrétaire d'Etat au logement, MARCEL DEBARGE

## ANLAGE II

Modell der Informationsschrift

Arrêté vom 28.11.1991 in Journal Officiel vom 30.11.1991

### **TEXTES GENERAUX**

#### **MINISTERE DES DEPARTEMENTS D'OUTRE-MER**

Arrêté du 28 novembre 1991 approuvant les modèles types de notice d'information relative au contrat de construction d'une maison individuelle

NOR: EQU9101700A

Le ministre délégué à l'artisanat, au commerce et à la consommation et le secrétaire d'Etat au logement,

Vu le code de la construction et de l'habitation, modifié par la loi no 90-1129 du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison individuelle, notamment les articles L.231-9 et L.232-2,

Arrêtent:

Art. 1er. - Les notices d'information du maître de l'ouvrage relatives respectivement au contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture de plan et au contrat de construction d'une maison individuelle sans fourniture de plan doivent être conformes aux modèles types joints en annexe au présent arrêté.

Art. 2. - Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le directeur de la construction sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

#### **NOTICE D'INFORMATION RELATIVE AU CONTRAT DE CONSTRUCTION D'UNE MAISON INDIVIDUELLE AVEC FOURNITURE DU PLAN**

Cette notice est destinée à vous informer de vos droits et obligations, en application de la loi no 90-1129 du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison

individuelle. Elle est établie conformément au modèle agréé par les ministres chargés de la construction et de la consommation par arrêté du 28 novembre 1991.

## 1. VOUS VENEZ DE SIGNER UN CONTRAT DE CONSTRUCTION D'UNE MAISON INDIVIDUELLE

Vous avez sept jours pour réfléchir et, éventuellement, revenir sur votre engagement, profitez de ce délai pour être bien sûr de votre projet.

Ce délai légal de sept jours court à compter de la réception du contrat et de la présente notice par lettre recommandée avec accusé de réception.

Utilisez le délai pour procéder à un inventaire complet du contrat ainsi que de ses annexes.

A la suite de cet examen, vous pourrez:

- soit confirmer votre choix: dans ce cas, vous n'avez rien à faire;
- soit exercer votre droit de rétractation: dans ce cas, vous adressez une lettre recommandée avec accusé de réception au constructeur pour l'en informer.

### 1.1. Maîtrisez-vous bien votre projet?

Assurez-vous de la constructibilité du terrain, des dispositions d'urbanisme à respecter, des prévisions d'équipements publics (voirie et réseaux notamment), des servitudes publiques pouvant exister.

Consulter à cet effet la mairie ou la direction départementale de l'équipement.

Revoyez bien vos possibilités de financement: votre engagement financier va s'étaler sur de longues années si vous avez recours à l'emprunt. Etes-vous sûr qu'il est compatible avec l'évolution prévisible de vos ressources? N'hésitez pas à demander un conseil pour vous aider à établir votre plan de financement.

### 1.2. Votre contrat précise vos engagements et ceux du constructeur

Il doit comporter des mentions obligatoires.

Parmi celles-ci, votre attention est appelée plus particulièrement sur les points suivants:

Fait à Paris, le 28 novembre 1991.

Le ministre délégué à l'artisanat, au commerce et à la consommation, FRANCOIS DOUBIN

Le secrétaire d'Etat au logement, MARCEL DEBARGE



## **Anhang 4: Länderbericht Niederlande**

### **A. General Principles**

#### **I. Structure of the Law of Contract**

##### **1. Are there specific rules for construction contracts (either adopted by the legislator or construed by jurisprudence)?**

In 1992 the Civil Code of 1838 was replaced by a new Code. This new Code was not quite complete. Among others the contract for construction was still lacking. In September 2003 the Dutch Civil Code was partly revised and updated. Two special parts on the law of contract concerning construction law, were partly introduced and partly revised;

- Sale (*koop*), in title 1 of Book 7 of the Dutch Civil Code;
- Works. Written for all kind of contracts concerning the production or modification of a movable or immovable good, including construction contracts (*aanneming van werk*), title 12 of Book 7 of the Dutch Civil Code (containing 19 clauses).

Furthermore, the general books on Dutch private law (Books 3 and 6) are also applicable to construction law.

However most of Dutch construction law is not regulated by law but by widespread and generally used (model) construction contracts.

- If so: Could you please name those rules and define the term “construction contract” in accordance with these rules? Are there different types of construction contracts?
- If not: Which rules govern construction contracts in your country?

**Note:** At this point it is sufficient to list the existing rules. Details regarding the content of the rules will be discussed in Part B.

The term ‘construction contract’ or ‘contract concerning an assignment to produce or modify a work’ is defined in article 7:750 CC: ‘Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.’

Translated: A construction contract is the agreement that one party will produce or construct and deliver to the other party, other than in a relationship of employment, a material object in exchange for a fee paid by the owner.

Dutch construction law is mainly governed by several standard contracts, usually drafted in groups of stakeholders. Those are representatives from government organisations, contracting organisations, organisations of architects and consulting engineers, the organisation of notaries-public, lawyers, consumer-organisations and specialists from the Dutch Institute for Construction Law etc.

The most important construction contracts are:

- UAV 1989 (Uniform Administrative Conditions for the Execution of Works, 1989): This is the standard construction contract drafted for contracts between a professional employer (often: government and local government) and contractors. This is a contract for the so called traditional construction model: design and execution of the design are in different hands.
- UAV-GC 2005 (Uniform Administrative Conditions for Integrated Contracts): This is the standard design and building contract.
- Bouwteam-model: This is the standard contract form used when contractors are part of the design team and will be invited as first contractor to make an

offer for realising the design. The standard contract only governs the relationship between employer and contractor.

- AVA 1992: A construction contract used for building or rebuilding in both, consumer-professional and professional-professional relationships. It is used regularly, although not a lot.
- De model Koop-/aannemingsovereenkomst (in English: combined purchase and building contract): This model is also known as the model from The House Building Guarantee Institute (Garantie Instituut Woningbouw (GIW)). This is the typical consumer construction contract. The contract is designed for the legal relationship between a consumer-purchaser and a party taking care of designing and building a house (more on this contract will follow in the following part of the questionnaire). The party designing and building the house can be constructor or can be 'developer' who, in turn, makes use of contractors and architects etc.

## **2. Are the above mentioned rules mandatory rules?**

The Civil Code has very few mandatory rules. Mandatory rules are usually consumer protection rules. For more details on the mandatory rules for consumer protection see question 1 of part II.

## **II. Consumer Protection**

### **1. Are there specific provisions for construction contracts concluded between a consumer and a contractor (consumer construction contracts)?**

Yes.

- If so: Could you please enumerate those rules and describe their scope: Who is considered to be a “consumer”? What types of construction contracts are governed by these rules?

**Note:** If there are no specific rules for construction contracts in your country, it would be helpful to list the consumer protection rules in the field of law which governs – among other contracts – construction contracts.

The term consumer is described in art. 7:2 CC (koop) and art. 7:765 (aanneming van werk) as a ‘natural person not acting in the course of a business or profession’ (‘een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf’). Compare: the term consumer as used in most European directives as the Directive of Unfair Terms (93/13/EEC). In this directive the term consumer is (in art. 2 under b) explained as ‘any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession’. This is roughly the same definition used in Dutch law.

Rules drafted in particular for consumer protection:

- art. 7:2 CC and 7:3 CC (Sale);
- art. 7:765-7:769 CC (Construction): these articles contain similar rules, which are mentioned in detail below.

## **2. Are the above mentioned rules mandatory rules?**

As said, there are laws in the Civil Code drafted for consumer (construction) relationships and some of these are mandatory (according to art. 7:769 CC).

The following rules are mandatory:

- The so called ‘schriftelijkheidseis’ (mandatory written form) (art. 7:2 CC): the demand that a contract involving consumers and the purchase of a property (literally a house destined to be used as a residence) has to be concluded in writing. If the contract is not concluded in writing the contract is void. The construction of a residence has a similar rule, written down in art. 7:766 CC.
- The so called ‘bedenktijd’ or ‘time for reflection’ (cooling off period) (art. 7:2 CC): a period of three days in which the consumer-purchaser can invoke an avoidance clause and dissolve the contract concerning the purchase of a

house without any further requirements. Art. 7:766 CC contains the same rule concerning construction contracts concluded by consumers.

- The right to register the house in the official registers before the transfer has taken place, the so called 'Vormerkung' (art. 7:3 CC). This rule does not only concern houses destined to be used as a residence, but all registered goods.
- Art. 7:767 CC: The consumer is only due to make payments in accordance to the stage of construction. The only exception is that 10% of the construction price can be asked as guarantee.
- Art. 7:768 CC: The consumer has the right to keep 5% of the construction sum in deposit at a notary until three months after delivery of the house.

### III. Standard Forms of Contract

#### 1. Are there standard forms of contract or model terms and conditions which have been drafted specifically for consumer construction contracts or at least for construction contracts in general?

There is one model construction contract especially designed for consumer relationships. The contract governs the purchase and construction of newly developed houses and is called the Combined Purchase and Building Contract (*de koop-/aannemingsovereenkomst*).

In approximately 90% of the Combined Purchase and Building Contracts this model is used. For example in almost all of the so called VINEX projects (large scale developments of new neighbourhoods in suburbs of larger cities) this model is used. This standard form or model contract is written by a group of experts from organisations representing contractors, consumers and the local government. The first version of the model was published around 1973 and it has been updated regularly since.

The model consists of the Combined Purchase and Building Contract (in Dutch '*koop-/aannemingsovereenkomst*') and a set of general terms. The contract itself consists of a sales part (the sale of the land) and a construction part (the construction of the house).

In the Netherlands construction of new property is hardly ever done on parcels owned by the consumer himself. The development of newly built property is usually a package deal including the purchase of the parcel and the construction of the already designed/drawn house. Consumers buy the (to be built) house from a catalogue and have hardly influence on the design and execution.

There are two types of purchase/construction-contracts: one designed for individual houses and one for apartments. These contracts are practically similar. The apartment contract only differs on typical apartment related subjects.

If so: Could you please send us a copy of such a standard form (if possible, in English, French or German) or give us the address of a website where we can find the text.

The copies are only available in Dutch and as an appendix sent with this questionnaire.

## **2. Are the above mentioned standard forms or model terms and conditions commonly used?**

Yes. As mentioned above the model is used in almost 90% of newly developed dwellings for consumers.

In almost all the cases the use of this model is combined with the so called 'GIW Garantie- en waarborgregeling' or literally translated 'guarantee and safeguard provision'. This provision is part of the contract. Most of the Dutch municipal authorities planning new developments oblige the use of this special part of the contract. The guarantee and safeguard provision is a set of guarantees given to the purchasers on top of the rights described in the contract. These guarantees are backed up by the 'House Building Guarantee Institute'. This guarantee gives the buyer extra protection against insolvency of the contractor/seller as well as an extra guarantee concerning the (minimum standard of) quality of the building. The backing up by the GIW means that if the contractor fails to live up to his obligations arising from this guarantee, the GIW will step in his place and ensure the buyer gets what he bargained for under this guarantee.

## **3. If a party wants to make the model terms and conditions part of the construction contract, does he have to present the text of these clauses to**

**the other side or is it sufficient to indicate that certain model terms and conditions will be included into the contract.**

The model contract itself is the contract. So the text has to be presented by one of the parties. It is always the contractor who provides the contract.

This contract document has to be filled in by the parties. The specifics (object, purchaser, contractor etc.) are blanks in the model. Parties sign the (filled in) model contract.

The contract refers several times to the general conditions stating that those provisions are part of the contract. This is sufficient for the general conditions to be part of the agreement. However if the general conditions are not handed over by the contractor/seller to the consumer/buyer before or at the time of conclusion of the contract, the consumer is entitled to nullify one or more (or even all) of the general conditions (art. 6:233 sub b jo 234 CC).

#### **4. Do the above mentioned standard forms and model terms and conditions fall within the national Act implementing Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts?**

Until now no conflict has arisen between the Unfair Term Directive and the model of the Combined Purchase and Building Contract. However, this does not mean that the contract is a perfect example of consumer-friendly provisions. This model is subject of the doctoral thesis of Evelien Bruggeman working at the Dutch Institute for Construction Law to be defended at the Technical University of Delft in 2008.

- If so: Which clauses of the standard forms or model terms and conditions might be ineffective in the light of this Act?

In January 2007 the arbitral clause in the model contract was revised. With this clause parties appointed the Raad van Arbitrage voor de Bouw (translated: The Arbitration Board for Construction) as the authorized institution to rule in conflicts concerning the contract. The clause was revised after ruling from the European Court (*Oceano C-240-244/98*) that such a clause was an unfair term. The new arbitration clause gives consumers, after the conflict arose, a choice between a regular judge and the arbitration board.

## B. Some Aspects of Consumer Protection

**Note:** If in your country no specific consumer protection rules exist in the field of private construction law you can replace the term “consumer“ by “employer“ and the term “consumer construction contract” by “construction contract“ in order to answer the following questions.

### I. Formation of Contract

#### 1. Formal Requirements

- What, if any, formal requirements apply in relation to consumer construction contracts? What is their purpose?

The only, already mentioned, formal requirement is to conclude a consumer construction or sale contract in writing (art. 7:2 CC and art. 7:766 BCC). Therefore, a Combined Purchase and Building Contract (the combination of both in the Civil Code mentioned contracts), has to be concluded in writing as well. This requirement was mainly introduced because of the (similar) introduction of the ‘time for reflection’, which starts after signing the (written) contract. If the contract is not concluded in writing the contract is void.

#### 2. Minimum Standard of Information

##### a. Is the contractor under an obligation to inform the consumer about certain aspects before the contract is concluded?

Dutch (case) law knows several obligations or so called ‘duties to warn’ or ‘duties to inform’. These duties concern aspects or qualities of the house itself, its surroundings or the direct neighbourhood. The answer to the question whether or not there is a duty to warn depends on the circumstances.

In September 2003 the duty to warn (already existing in case law and construction contracts) became part of the CC. Art. 7:754 CC contains a duty to warn before or after the conclusion of the contract regarding faults or failures in the design of the



construction or building materials provided by the contracting authority (Art 7:754 CC: De aannemer is bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Hetzelfde geldt in geval van gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop de opdrachtgever een werk laat uitvoeren, alsmede fouten of gebreken in door de opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften.). It is necessary to realise that this clause has only a limited meaning for consumer law since consumer contracts are usually subject to the model mentioned before (Combined Purchase and Building Contract). So there is hardly anything the contractor will have to warn about as far as the demands of the buyer go.

Apart from the duties to warn or to inform the contractor gives general information in writing, drawings or (technical) (floor)plans on design and construction of the house or materials used. The duty to give this information or a minimum standard of information is not laid down in law or the model contract. In the Dutch case it is even unnecessary to regulate this sort of information because in practice information given is quite elaborate and detailed.

**b. Are there minimum requirements as to the content of consumer construction contracts, particularly in regard to the description of the work contracted for and the transparency of the price? What are the legal consequences if these requirements are not met?**

The only legal requirement is the conclusion of the contract in writing. The law does not make clear what the content of the written contract should be. It is commonly accepted that the essentials (price, object, purchaser and contractor) must be written down, but no rules are made for the transparency of the price, just a price is sufficient.

- If there are no such requirements: Are there any problems resulting from insufficient descriptions of the work contracted for? If not: Why not?

No, not really because the use of the model contract for newly developed dwellings. This model and its general provisions govern almost all of the subjects which need to be covered.

The only part of consumer construction law where this kind of problems arise are the construction contracts concluded by consumers who already own land themselves and contract an architect to design the building and a contractor to build. The mentioned model is not being used in these situations. The absence of this model in combination with the use of the standard contract for professional parties causes problems.

### **3. Right of Withdrawal**

- Does the consumer have the right to withdraw from a construction contract? What are the conditions and the time limit for exercising this right?
- The already mentioned ‘time for reflection’ written down by law in art. 7:2 CC and 7:766 CC. This avoidance clause is also part of the model purchase and building contract. The time for reflection is three days in the Civil Code; in the model contract it is stretched to 5 working days. Within this period the purchaser (consumer) can dissolve the contract without any further requirements.
- The model Purchase and Building Contract also has an avoidance clause for the situation when no mortgage can be obtained. This is a comely used clause with some restrictions, i.e. the purchaser has an obligation to do the best he can to obtain a mortgage.

There are other terms on which the consumer or the contractor can dissolve the contract; those terms however have (financial) consequences.

### **4. Equivalent Instruments**

- Are there other instruments that pursue the objective to protect consumers against construction contracts concluded in haste without sufficient information?

The ‘time for reflection’- avoidance clause (laid down in law as well as in the model contract) is the legal instrument designed to protect the consumers against construction contracts concluded in haste without sufficient information.

During the parliamentary discussion of this new tool the subject was highly discussed and criticised both in parliament and by academic scholars. Parties who didn't find the 'time for reflection' a sufficient tool were in favour of an early involvement of notaries in the whole purchase/sale process. The notary could provide the purchaser with sufficient information to inform and protect the consumer against hasty decisions. Nonetheless the avoidance clause was introduced in favour of the notary-involvement.

## **II. Execution of Contract**

### **1. Payment**

#### **a. Payment Date**

**(1) When is payment due? In particular: Is there any obligation to pay at least a part of the contract price before or while the building is being erected (advance, interim or stage payments)?**

The model Purchase and Building Contract has a system of payments in stages. Every stage of the construction process has its own payment stage which is a percentage of the total construction-price. At the beginning of construction 10% has to be paid followed by 3 payments of 20% and the final 10% at the time of handover.

Art. 7:767 CC has a provision which is roughly the same. It states that the consumer is only due to make payments in accordance to the construction-stages. Art. 7:767 CC: 'De opdrachtgever kan slechts worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de aan hem overgedragen goederen, behoudens dat kan worden bedongen dat hij ter verzekering van de nakoming van zijn verplichtingen een bedrag dat niet hoger is dan 10% van de aanneemsom, in depot stort bij een notaris dan wel voor dit bedrag vervangende zekerheid stelt. Het teveel betaalde geldt als onverschuldigd betaald'.

For the payment of sub-contractors see question under b (10) below.

**(2) If the statutory rules do not provide for such advance, interim or stage payments: Is the stipulation of such payments in the terms and conditions of contract valid and common use?**

See question 1.

**(3) May the contractor require the consumer to provide security for payment? If the statutory rules do not foresee such a right of the contractor: Is the stipulation of such a right in the terms and conditions of contract valid and common use?**

Yes, as mentioned, according to art. 7:767 CC the contractor has the right to ask 10% of the construction price in advance as a guarantee. The model purchase and building contract has a similar rule. This kind of term is of common use.

**(4) What limitation period applies to the contractor's claim for payment? When does it start to run? What incidents cause the suspension or even the interruption of the limitation period?**

1) After completion of a building stage, which allows the contractor to claim payment, the contractor can send an invoice to the consumer. The consumer has two weeks to make payment. If after those two weeks the consumer has not paid, he has to pay an interest penalty to the contractor.

2) The obligation to pay is subject to the statute of limitation in the CC: 2 years after payment was due the contractor loses the right to demand payment (art 7:28 CC).

#### **b. Quid pro Quo**

**(1) If the right to claim payment requires the achievement of completion: Is the achievement of completion sufficient, or is the acceptance of the construction by the consumer an additional condition?**

The right to claim a stage-payment does require the achievement of completion. It does not require acceptance or inspection by the consumer.

To claim the final term completion is not the only requirement. In Dutch law, both in the Civil Code (art. 7:768 CC) and in the model purchase and building contract, the consumer has the right to keep 5% of the construction sum until three months after completion of the building and delivery of the property with or without giving the

contractor a reason for the withholding. The sum must be put in deposit at a notary. The right to withhold the final payment has no requirements. After those three months the deposit can be maintained, but only under strict limitations given by the Civil Code in art. 6:262 CC.

- If so: Does the acceptance require an express statement of the consumer or is it possible to deduce the acceptance from his conduct?

Acceptance is a formal act but is not subject to any legal requirements. In practice however parties will use a written form for acceptance. Acceptance can be deduced from conduct.

- Are there any cases where the courts resort to a legal fiction of acceptance?

Most of the (final) delivery procedures for property follow a procedure of inspection and acceptance by the consumer. After acceptance and handing over of keys delivery of the property is complete.

There are cases in which acceptance of the property has not been done explicitly by acceptance. But those cases are rare and not linked to the final payment because of the right of withdrawal.

An implicit acceptance could be assumed when a consumer starts living in a property without officially inspecting and accepting it, but the model contract prohibits such an early use of the house before a proper delivery took place.

- Are there any situations where the consumer has the right to refuse the acceptance of the construction completely or at least partly (for example in case of defects)? What are the legal consequences of such a refusal

According to case law consumers can refuse the acceptance of the house. This refusal is only legally valid if the dwelling is not 'ready for use as a residence'. This is the case if e.g. there is no heating installed or the heating does not work (yet). A lot of little shortcomings or defects do not give the consumer a valid excuse for not accepting the property except where due to these shortcomings the dwelling is not ready for use as a residence.

- Is it necessary to express reservation at the moment of acceptance in order to keep the right to claim liquidated damages? If so: Does this rule also apply in the case of a legal fiction of acceptance?

When the property is delivered both parties inspect the house and write down all shortcomings in a so called 'delivery record'. The signing of the delivery record and the handing over of keys complete delivery.

In order to maintain the right to claim repair of the defects or damages/price reduction under the Combined Purchase and Build Contract after delivery it is necessary for the purchaser to write down all the (alleged) shortcomings. The shortcomings which are written down must be repaired by the contractor in the six months following the delivery. Those six months are called the maintenance period in which the contractor repairs all shortcomings arising from delivery on and during the maintenance period.

Only in a couple of cases the consumer can claim the repair of or damages/price reduction for shortcomings that were visible but not mentioned during the delivery, or shortcomings that became visible after the maintenance period or rose after this period (i.e.: not visible or severe shortcomings and shortcomings as non-conformities) .

As for the shortcomings falling under the Guarantee from the GIW, the contractor guarantees to fix these shortcomings within the time period given in the contract (maximum 6 years) irrespective of whether these shortcomings have been written down or should have been written down in the delivery report.

**(2) Is payment conditional upon the issuing of a verifiable bill? If not: Is the contractor who has never issued a verifiable bill even entitled to damages for late payment?**

The contractor must send a bill for every stage-payment or additional work he wants to claim. In general the rule is: No bill = no obligation to pay anything, and the contractor is not entitled to damages for late payment.

**(3) Is the consumer entitled to withhold a part of the payment if the work is defective? In such a case, may the contractor require a security for payment before he remedies the defects? Is the payment of the unpaid balance conditional upon the acceptance of the construction after the reparation works haven been completed?**

See the answer under nr. 1 of part b of this chapter.

**(4) Is the consumer entitled to require a security for the contractor's potential liability for defective work?**

See the answer under nr. 1 of part b of this chapter.

**(5) Does the legal system of your country provide for any mechanism in order to protect the consumer against bills that list hours in an unjustified manner?**

- In particular: Do the courts resort to the legal fiction of an acknowledgement if the consumer does not object to time sheets that have been presented by the contractor?

As stated, most consumer contracts are concluded under the model Combined Purchase and Building Contract and its general terms. If this model is used, a price and payment system is presented. The price for ground (parcel) and construction is not (visibly) based on a time-schedule or an hourly wage.

The same is true concerning additional work (special wishes expressed by the consumer i.e. other tiles, extra windows, different doors etc). The prices for additional work are not based on hours but are fixed. The price is accepted by the consumer in advance, no matter the hours spent by the contractor.

The Dutch Civil Code has two provisions concerning the price of a construction-agreement and the price of additional work. However, those provisions are not specifically written for consumer contracts and are not restated in the special part on consumer construction in the Civil Code (art. 7:765-7:769).

If no model contract is used the two articles can apply to a consumer-contractor relationship, but they must be interpreted in the light of consumer protection.

Art. 7:752 lid 1 CC handles the situation where no price has been determined when concluding the contract. In that case (in short) a 'reasonable price' is due.

Art. 7:752 lid 2 CC handles the case where a guide price is agreed upon. This guide price can (in short) not be exceeded with more than 10%. This part of art. 7:752 CC is also applicable to contracts in which the parties agreed to make the price dependent on the hours spent (according to lid 3).

**(6) In case of a re-measurement contract: Is there a specific procedure provided for by law in order to calculate the actual amount of work performed?**

In art. 7:752 CC a procedure is written down for the case that neither a price nor a guide price has been agreed before or while concluding the contract. The article states that the employer is due to pay a 'reasonable price'. However in specific consumer law cases, as said, the Combined Purchase and Building Contract is used in which an exact price and payment stages are determined. Art. 7:752 CC does not apply to those cases.

**(7) In case of stage payments: Is there any rule to ensure that the consumer only has to pay if he gets something in return?**

**Orientation:** Is payment only due if the consumer becomes the owner of the part of the construction for which the stage payment is provided? If not: Is the consumer at least entitled to require a completion guarantee? This might be a solution for contracts which provide for the construction of a building on a parcel of the contractor so that the consumer gets the ownership only upon completion (property developer).

The first payment-stage is the payment for the ground (the parcel) on which the house is built. This (stage) payment is due the moment the ground is (legally) transferred (by a public notary) to the consumer. From that moment on he is (according to property law) owner of the land and gradually of everything forming part with the ground).

Payment of the stage payments is due the moment the land is transferred. If the land is transferred after completion of several building stages, payment of these stages is only due (including interest from the moment of concluding the contract till delivery of the land) at the moment of the transfer of the land.

A completion guarantee is not used in The Netherlands but, as mentioned before, the GIW rules contain a guarantee for the case of insolvency of the contractor. In case of insolvency the GIW or its organisations makes sure the house is completed (without extra costs) by another constructor.

Insolvency does not happen very often in cases where contractors build under the model contract and the GIW guarantee because not only is insolvency covered by



the provided guarantee, but construction companies are also monitored and researched on 'financial health'. Most construction companies building under GIW guarantee (this is, as said, the case in 90% of all newly developed consumer buildings) are healthy organisations.

**(8) Could you please describe the legal relationship between stage payments and the final payment?**

**Orientation:** Are the stage payments considered to be an acknowledgement of the duty to pay? Is the contractor entitled to raise an additional claim for payment in respect of those sections of the work for which he has already accepted stage payments?

See answers above. The total price and stage-payments are agreed when concluding the contract. The only right to extra payments can derive from additional work assignments. These assignments must be made and signed in writing and a price must be agreed upon in advance. Additional work assignments have their own method and place within the stage-payment-system. This system is laid down in the model contract as well.

**(9) In case of advance payment: Is there any mechanism to protect the consumer against financial loss?**

**Orientation:** Is the contractor obliged to provide a completion guarantee?

According to art. 7:767 CC no more than 10% of the total construction sum can be claimed in advance by the contractor. This rule is copied in the model purchase and building contract. Those 10% must be given in deposit with a notary.

The Guarantee and safeguard provision gives consumers the guarantee for the case where the contractor is (due to insolvency) incapable to complete the construction properly. Depending on the stage of construction consumers can get financial compensation (and dissolution of the contract) or the property will be finished (without any financial consequences for the consumer) by another contractor.

**(10) Are the sub-contractors of the contractor entitled to claim payment directly from the consumer?**

No. Sub-contractors are paid by the main contractor. There is no legal relationship between consumers and sub-contractors. They contract with the main contractor and pay him the (fixed) price.

In rare cases sub-contractors offer, with permission of the contractor, additional work. In that case they can claim payment directly from the consumer. But those cases are rare.

**(11) Is there a fast-track procedure in order to get an enforceable judgement for payment? Are the consumer's interests sufficiently respected in such proceedings?**

There is no fast-track procedure specifically for payments. Fast track procedures are governed by the general Code for court procedures.

The only fast-track for enforcing payment is linked to the right to withdraw the last 5% of the payment-stages. When, after the first three months after delivery, the consumer refuses to pay the last sum, contractors can start a so called 'delivery arbitrational procedure at the arbitration board for GIW properties (AIG)'. This procedure is only possible when built under the GIW Guarantee and Safeguard Provision.

More on this subject is described in the overview on arbitration in consumer cases at the end of this national report.

**c. Contractor's Insolvency**

**(1) What are the legal consequences for the contract if the contractor becomes insolvent?**

**Orientation:** What is the legal situation after the inability to pay, after the filing of the petition for insolvency, after the opening of the insolvency proceedings or after the rejection of the petition for insolvency because of lack of assets? Could you please describe the different rights of the parties and the chance of enforcement?

The Guarantee and Safeguard Provision offers protection against a contractor who becomes insolvent. See answer below.

**(2) If the law does not provide sufficient consumer protection in such a situation: Has the practice developed any mechanism in order to protect the consumer against financial loss upon the insolvency of the contractor?**

**Orientation:** Usually, the building costs rise if the consumer has to conclude a new contract with a substitute enterprise to continue the construction. The consumer might lose his warranty rights in respect of those sections of the work that have already been performed. What are the legal consequences if the consumer has already made advance or stage payments?

The GIW Guarantee and Safeguard Provision is drafted and designed to protect consumers against insolvency of the contractor. As mentioned above, most of the Dutch municipal authorities planning new developments oblige the use of this special part of the contract. This extra set of guarantees is given to the purchasers by the 'House Building Guarantee Institute' (GIW).

If the contractor is a property developer who is the owner of the land on which the building is erected: Is it common practice to provide completion guarantees, to provide security for warranty claims or to resort to insolvency insurances? If so: Could you please give a short evaluation of the economic success of these instruments?

In 95% of the cases of newly developed property not the consumer, but the property developer, contractor or local government owns the land on which the building is erected. All situations, legislation and contracts described in this paper govern this particular situation.

The situation where the consumer owns the land on which a dwelling is to be built rarely occurs in the Netherlands.

#### **d. Estimation of Costs**

- What effects does a price quotation have? Is the contractor bound or may he exceed his price quotation?

As said, prices, payments, (architectural) design, construction etc. are settled in advance. The contractor is responsible for all technical and financial aspects and the consumer just buys what the contractor offers. If any shortcomings, mistakes or miscalculations are made, the contractor is responsible.

### **2. Possibilities to Adjust or Terminate the Contract**

#### **a. Variations**

##### **(1) What is the legal situation if during the construction phase it turns out that**

- the amount of construction material contemplated at the date when the contract was concluded is too high or not sufficient?
- the contractually stipulated work differs from the work that is actually needed?

This is irrelevant for the consumer contracting with the Combined Purchase and Building Conditions. As said, prices, payments, (architectural) design, construction etc. are settled in advance. The contractor is responsible for all technical aspects and the consumer just buys what the contractor offers. If any shortcomings, mistakes or miscalculations are made, the contractor is responsible.

Other construction contracts, not drafted for consumer relationships, do contain elaborate regulations about this topic.

- additional work is necessary?

If consumers wish additional work to be done both the Civil Code and the model contract have provisions for such situations. However, in the situation that additional work is necessary, the risk and costs are upon the contractor. The construction, design etc. is made by him or his sub-contractors/architects and with the consumer not being an expert and not being involved in the process, he is not responsible. The model contract has one article about necessary additional work or necessary

changes. If during construction a change seems necessary, the contractor has to offer a substitute of equal quality, price etc. The contractor does not have the right to claim extra payment and if the alternative is not equal to the first solution the consumer is entitled to damages.

**Orientation:** Does the contractor have the right to adjust the contract unilaterally? Likewise, does the consumer have the right to adjust the contract unilaterally? If so, is the contractor entitled to payment for extra work?

In the general part on the law of obligations in the Dutch Civil Code a contractor has this right when unforeseen circumstances occur (art. 6: 258 CC) (meaning circumstances not taken care of in the contract, which is not necessarily the same as unforeseeable circumstances).

In the model Purchase and Building Contract these unforeseen circumstances are taken care of in two articles: art. 4 and art. 6 of the general terms.

Art. 4 general terms gives the contractor the right to make changes in the situation of (unforeseen) governmental requirements or other severe reasons.

Art. 6 general terms gives the contractor the right to make unforeseen necessary changes (in the construction of the building). The solution chosen must be (in short) of the same quality as the original design or material.

In both cases of unforeseen circumstances the contractor has no right to claim extra payment for extra work.

**(2) What are the legal consequences of unilateral supererogation (the contractor's work goes beyond what is required by the contract)?**

See answer under 2. a. (1).

**(3) Are there any clauses usually contained in construction contracts that differ from the rules of law referred to under points (1) and (2)? Are these terms valid?**

Construction contracts not drafted for consumer relationships (i.e. UAV 1989) contain elaborate regulations about the topics mentioned above. However, the law on construction contracts is very comprehensive and in consumer relations most of the time no other contract than the model purchase and building contract is used. As

said, this model has no terms which switch responsibilities and liabilities to the consumer.

## **b. Determination of the Contract**

- Is the consumer entitled to determine the contract without ground?

According to the model contract the consumer can only determine the contract without ground and consequences in the first three or five days after concluding the contract invoking his 'time to rethink' (an avoidance clause).

Other ways of termination are ruled out by the model Purchase and Building Contract (art. 20 general provisions 2007).

All terminations other than on the ground of the 'cooling-off period' are without ground and will impose a duty to pay damages.

There are other ways for the consumer to dissolve the contract, but those ways are not without consequences and can't be without ground:

- If the consumer isn't able to obtain a mortgage and the purchaser has fulfilled his obligation to perform the best he can to obtain the mortgage, the consumer can dissolve the contract without a financial penalty (art. 8 of the model contract 2007).
- If one of the parties does not cooperate in completing the legal delivery in front of a notary, the non-cooperative party is due to pay a financial penalty of 10% of the purchase/construction sum. The contract can be dissolved, but the penalty fee has to be paid (art. 22 of the general terms of the model contract 2007).
- Art. 7:764 CC: According to this article in the Civil Code the employer is entitled to terminate the contract without any ground, any time. However the employer must pay the price for the fully completed building without the savings the contractor has made by termination the contract. This possibility is ruled out by the model contract and therefore not applicable to most consumer cases.

- Art 7:756 CC gives the employer the right to terminate the contract if it becomes clear before delivery that the contractor will not or will not properly perform his contractual obligations. However, this possibility is not mandatory law and ruled out by the model contract.
- If so: Are there any form requirements for such a determination? What are the legal consequences if the determination is effected after partial completion?

**Orientation**: Is the contractor entitled to compensation including loss of profit? Is the value-added tax taken into account for the calculation of the compensation? Does the determination have any effect on the limitation period for the contractor's liability for defects, the maturity date for payment, or the passage of risk for the part of the building already completed?

See the answer above. If done without reaching the requirements (such as the duty to perform to the best of one's ability) a penalty fee is due. Other extra costs can be claimed (and rewarded) as well.

### 3. Bearing the Risk

#### a. What is the legal situation if circumstances beyond the control of either party cause the destruction of the partially constructed building?

Under the model Purchase and Building Contract the contractor is obliged to take care of a suitable insurance and to bare the risk for damages during constructing. No risks are taken on the side of the consumer.

- Is the consumer obliged to pay the work already performed (price risk)?

No.

- Is the contractor obliged to rebuild the destroyed construction (performance risk)?

Yes.

**b. Generally speaking: When does risk pass from the contractor to the consumer? At the time of completion and acceptance of the building or earlier?**

At the time of acceptance and delivery of the building.

**c. Are there any clauses usually contained in construction contracts that differ from the rules of law referred to under points (a) and (b)? Are these terms valid?**

Construction contracts concluded between professional parties contain elaborate clauses concerning insurance obligations, responsibilities and risk control. Under consumer law however, no such clauses are used because consumers, under the model contract, do usually not have responsibilities in the building process other than making of payment and obtaining a mortgage. They cannot influence those risks mentioned and therefore are not to be held responsible.

**4. Breach of Contract by the Contractor**

**a. Defective Work: General Aspects**

**(1) Could you please give us the definition of the term “defective work”. In Germany numerous disputes arise about the question what is due under the contract? Is this also a common problem in your country? What other problems are generally encountered in this context? How are they resolved?**

Defective work is one of the most discussed subjects in case law. This is the case under consumer construction contracts as well as under regular construction contracts. There are several definitions on defective work (e.g. about non-conformity, hidden defects etc), however those legal definitions are not causing problems. Problems arise only in practice when parties disagree on the matter in their particular case.



## **(2) In the case of defects: What rights does the consumer have if the contractor is not at fault?**

### **Orientation:**

- Rectification of defects/subsequent improvements by the contractor

Consumers can rely on the model contract and its general provisions and on the Guarantee and Safeguard Provisions to have grounds to claim the defects to be repaired. The contractor has to perform whatever parties initially agreed upon in the contract.

To claim rectification the consumer has to inform the contractor of the defects.

- Rectification of defects by the consumer (either by himself or by a third contractor who has been engaged by the consumer) and recovery of the costs of reinstatement from the original contractor

The consumer only has a legitimate right to rectify by himself or with the help of a third party if (1) first of all the contractor was given the opportunity (or several) to repair the defect himself or finally perform or (2) if there is an emergency and repairs or rectification have to be done immediately to prevent for further damage or costs.

- Reduction of the price in proportion to the real value of the work (abatement)

If rectification is impossible or disproportional to the defect a reduction of the price (so called 'minderwerk') or damages are rewarded.

- Right to terminate the contract

A legal right to terminate the contract only exists when something completely different than agreed upon is delivered. Minor shortcomings or differences do not justify a termination.

- If a defect appears before completion: Does the consumer have any rights at this point or does he have to wait until the completion date?

The consumer can claim at the moment the problem occurs that the defect should be repaired. He has the low cost opportunity to claim the repair in front of the AIG if the contractor does not repair it after complaints (in writing) by the consumer.

The Arbitrage Instituut GIW Woningen (AIG) or Arbitration Institute for GIW Buildings, is a very low cost and effective procedure to solve any dispute on defects, before or after delivery. After starting a procedure in advance a technical inspector is sent to inspect the building together with the consumer and the contractor. He checks if there are defects and on which ground the defects must be repaired. In short: he inspects if it is a claim based on a guarantee of the Guarantee and Safeguard Provision or a claim based on obligations laid down in de model contract. He often acts as a mediator between both parties and can settle the dispute in advance, before an arbitrator is needed. This is fast, effective and low-cost. (more on arbitration at the end of this report)

**(3) Does the consumer have any additional rights if the contractor is at fault?**

**Orientation:** Claim for damages/compensation? To what extent?

The consumer has an additional right to claim damages when shortcomings occur. However, additional compensation, next to compensation for the actual defect, is not rewarded very often. Sometimes a compensation for loss of holiday-days is given.

**(4) Does the consumer have an obligation to give notice of apparent defects?  
Does he lose his rights if he does not give notice within a reasonable time  
after completion?**

Under the model contract:

Yes, when delivering the house a report with defects is made by both parties. All visible defects must be written down in the report in order to maintain a claim for restoration or damages.

During the maintenance period the consumer has an obligation to give notice 'as soon as possible' when (new) defects become apparent.

After the maintenance period only repair or compensation of the defects mentioned in the model contract can be claimed (those are (in short) defects concerning non-

conform delivery, severe defects and hidden defects). Claiming has to be done within a 'reasonable time' after discovery of the defect. The consumer loses his rights when the reasonable time is exceeded.

With claims based upon the Guarantee and Safeguard Provision the same reasons apply, consumers have to claim the defect 'as soon as possible'. Claiming parties can use a special form called the 'verzoek tot herstel' or in English 'demand to repair' form with which he can claim repair of the defect, damages if the defect can not be repaired, and/or additional damages.

Under the Civil Code defects must be claimed within 'a reasonable time' (art. 7:759 CC). Two years after giving notice this right 'expires' and the consumer can no longer claim reconstruction or damages (art. 7:761 CC).

- In particular: Is it necessary to express reservation at the moment of acceptance of the construction in order to keep the right to claim rectification of or damages for apparent defects? If so: Does this rule also apply in case of a legal fiction of acceptance (s.a. part B II.1.b.)?

Yes, see the answers above.

**(5) Within what period of time do the defects have to occur in order to engage the contractor's liability?**

That depends on the nature of the defect. Liability for several kinds of defects is limited or excluded in the contract. See the answer to the next question.

**(6) What are the limitation periods for the rights under points (2) and (3)? When do these limitation periods start to run?**

After completion of the maintenance period different limitation periods for different kinds of defects start to run (see art. 18 general terms 2007), i.e.:

- hidden defects: five years limitation period (art. 18 general terms 2007);
- severe defects: twenty years limitation period (art. 18 general terms 2007);
- non conform delivery (delivery not in accordance with the contract): no limitation period in the contract. A limitation period is given in the Civil Code in art. 7:761 lid BW: twenty years limitation period. If a consumer has already complained about the defects the limitation period is from then on two years.

(see an overview of the liability periods in the appendix of this report)

**(7) Who bears the burden of proof for the defects in the work and the fault of the contractor? What is the legal situation if there is more than one contractor?**

If his claim is based on the GIW Guarantee and Safeguard Provision and the absence of the defect was guaranteed in this provision, the consumer only has to claim that there is a defect and the contractor must prove that there is not. This is a typical 'Guarantee' in which the burden of proof is upon the contractor.

If the consumer states that there is a defect it is, if his claim is based on the model contract or its general terms, his responsibility to prove that there is an actual defect which can be blamed on the contractor (e.g. a construction fault or fault in the design). If a defect is a result of unprofessional or improper use of the house, the contractor is not liable.

When using the model Purchase and Building Contract the consumer only deals with one contractor or property developer. He therefore only has to claim repair or damages from the main contractor and not from the sub-contractors.

**(8) What is the relationship between tortious and contractual liability in the context of construction contracts? Is it possible to bring concurrent claims for the same damages on the basis of tort law and on the basis of contract law? If so: How does this possibility affect practice?**

Under specific circumstances the same damages can be claimed on the basis of both tortious and contractual liability. This can be the case if the act on which the contractual obligations are violated is an act of tort which goes beyond the contractual violation. In short: the tort is an act which is not only a contractual violating but more (Asser/Hartkamp 4-III, nr. 9 e.v.).

**b. Defective Work: Specific Aspects**

**(1) If the consumer claims rectification of the defects: May the contractor raise the objection of unreasonable expenditure?**

Yes he may. The rectification of defects must be proportional. If a rectification is disproportional in comparison to the defect, in stead of rectification the consumer

can claim damages (in case law this is: HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 - Multi Vastgoed/Nethou).

An example: the contractor delivers a house with a facade which has not the same colour and quality as agreed upon in the contract. The rectification of this defect, in this case erecting a new facade is disproportional in costs and labour and therefore damages are awarded instead.

**(2) If the contractor rectifies defects that appeared a long time after completion and acceptance: Does the consumer have to pay the contractor a compensation for the benefit of getting a new part of the construction?**

No. That is explicitly excluded in the model contract (art. 4 and 6 general terms).

➤ If so: Does the consumer have to provide security for this compensation before the rectification work is carried out?

No.

**(3) If the consumer decides to engage a third contractor for the rectification of the defects and to recover the expenses from the contractor, is he entitled to an advance payment?**

No. In short: defects are the responsibility of the contractor. If defects occur (and he is liable according to the contract) he must repair or pay for the reparation himself.

### c. Exclusion and Restriction of Liability for Defects

Are the following terms usually part of the contractor's general terms and conditions? Are they valid?

**Note:** The contract model used in the Netherlands is neither a contract nor has general terms made by the contractor.

#### **(1) Complete exclusion of liability for defects.**

Yes they are part of the model contract. They might be invalid, but they have never been declared as such (see unfair terms directive on exclusion or limitation of liabilities).

#### **(2) Exclusion of specific remedies in the case of defective work.**

No

#### **(3) Limitation of liability to certain kinds of defects.**

Yes they are part of the contract, they might be invalid, but they have never been declared as such (see unfair terms directive on exclusion or limitation of liabilities).

#### **(4) Limitation of liability to certain parts of the construction.**

Yes they are part of the contract, they might be invalid, but they have never been declared as such (see unfair terms directive on exclusion or limitation of liabilities).

#### **(5) Limitation of liability to cases where the contractor is at fault.**

Yes they are part of the contract, they might be invalid, but they have never been declared as such (see unfair terms directive on exclusion or limitation of liabilities).

#### **(6) Limitation of liability to damages directly caused by the contractor.**

Yes they are part of the contract, they might be invalid, but they have never been declared as such (see unfair terms directive on exclusion or limitation of liabilities).

#### **(7) Cumulative limitation of liability for slight negligence to directly caused damages and to cases of fundamental defects.**

Question unclear.

**(8) Limitation of liability to cases of insurable risks.**

Yes they are part of the contract, they might be invalid, but they have never been declared as such (see unfair terms directive on exclusion or limitation of liabilities).

**(9) Limitation of liability up to a certain sum.**

No.

**(10) A clause that refers the consumer to a sub-contractor for exercising his rights in the case of defective work.**

No.

**(11) Shifting of the burden of proof to the detriment of the consumer**

Yes.

**(12) Change of limitation periods to the detriment of the consumer.**

No.

**d. Other Breaches of Contract by the Contractor**

**(1) What is the legal situation**

- if the contractor does not meet time limits that have been set out in the contract?

According to the model contract he owes the consumer a percentage of the price per day of delay. This is a standard procedure in construction contracts but not laid down in law itself. All construction contracts, including the consumer model, have such a clause.

- if the parties did not agree on any time limits but the contractor works unreasonably slowly or even stops working temporarily or entirely?

**Orientation:** Does the consumer have a right to claim a faster pace of work or resumption of work? Is he entitled to claim damages? Do the consumer's rights depend on the contractor's fault? Who bears the burden of proof? Does the consumer have the right to terminate the contract? If so: Are there any form requirements? What are the legal consequences of exercising this right? Is it possible to lose this right?

This situation does not occur in consumer cases because of the use of the model contract.

**(2) Are there any clauses usually contained in construction contracts that differ from the rules of law referred to under point (1)? Are these terms valid?**

As said, the above mentioned situations are under the model contracts. Almost no other models are used.

### **C. Procedural Aspects of Consumer Protection**

- Do organizations like the Consumer Council have the right to take action against contractors who do not conform to the legal standards of consumer protection?

The new Consumer Authority (a governmental body) does have such a right. But this authority is fairly new and does not focus on construction law issues (according to their action plan).

In the Netherlands however several private consumer organisations are active in this field. The 'Consumentenbond' or Consumer Organisation acts in all fields of consumer related issues. The Vereniging Eigen Huis or Home Owners Society is an organisation which focuses especially on consumer issues concerning buying, selling, building and rebuilding houses.



Those two organisations do have a large number of members and are very involved in legislative procedures concerning consumer affairs.

**Orientation:** abstract injunction suit, suits for unfair competition, representative actions, etc.

## D. Other Problems

Are there any serious problems in the field of consumer construction contracts that have not been addressed in this questionnaire?

Under the model contract disputes are solved by means of arbitration. An arbitral clause is part of the model contract. In January 2007 this arbitral clause and the arbitral procedure has changed. In the model contracts from 2007 consumers have a choice between a procedure before a regular (civil law) judge or the arbitral institute for GIW houses (Arbitrage Instituut GIW Woningen, AIG). Consumers only have to choose for one court or the other when the conflict arises, not when the contract is concluded. It is the consumer who makes the choice.

### (1) AIG

The Arbitral Institute is an independent organisation. It has a board in which consumer organisations and constructor representatives have a seat and it has an independent chair.

The institute gives binding judgements. It is an easy and relatively cheap way to get problems solved. The Institute rules in cases between consumers and constructors who have concluded a model contract with GIW guarantee (the so called 'GIW Guarantee and Safeguard Provisions'), and in which the consumer has chosen for the AIG.

## ***Procedure***

Both parties can start the procedure. The consumer has a choice by which court or institute the case will be handled. If the constructor wants to go to court he has to ask the consumer (in writing) which procedure he prefers. The consumer has one month to decide which procedure he wants to follow. He has to notify the contractor in writing if he chooses for the AIG or a normal judge. If the consumer does not make a choice or does not react at all, the constructor can make the decision himself.

Before appointing an arbitrator or several arbitrators an administrative procedure is followed in which paperwork is exchanged and a technical inspector is doing research. This technical inspector is also acting as a mediator between constructor and consumer. While inspecting the house he will be accompanied by both parties and will discuss the defects with them. It is very likely that as a result of the inspection parties will come to an agreement without the interference of an arbitrator.

There are four procedures at the AIG.

- Bodemprocedure or 'normal procedure'
- Spoedprocedure or 'Fast track procedure'
- Voorlopige voorzienings procedures or 'Temporary provisions procedure'
- Opleveringsarbitrage or delivery arbitral procedure.

### *Normal procedure*

This is the procedure which handles conflicts based on the model contract and its general provisions, based on de GIW guarantee and safeguard provisions.

### *Fast track procedure*

Procedure for conflicts which need an immediate solution.

### *Temporary provisions procedure*

Fast track procedures in which an immediate decision and special action is needed. Comparable to interim injunction proceedings.

### *Delivery arbitrational procedure*

Procedures which handles

- Conflicts about defects appearing at the delivery or 3 months after delivery.
- Conflicts concerning the right to keep 5% in deposit.

Both subjects are most of the time related.

There are four sorts of sanctions which can be claimed.

- Restoration of the defects
- Damages
- Additional damages
- A declaration on the legal situation
- A (judicially imposed) incremental penalty

### ***Costs of the procedure***

The maximum costs for the consumer are around 350 €. Those are the costs for starting the procedure, the so called 'griffierechten'.

The consumer has to pay these costs at the beginning of the procedure. If the ruling of the arbitrator states that the consumer was wrong in 75% or more, he loses those starting costs.

If the consumer is wrong for less than 75%, he will get back those starting costs.

If the consumer is behaving in an 'apparent inappropriate way concerning the arbitrational procedure', then he will have to pay a penalty fee of three times those starting costs.

### ***Forms and regulations***

The AIG provides several forms, provisions and information brochures to make the procedure easier. On all procedures the 'procedural terms for AIG arbitration' are applicable.

The following documents can be relevant:

- Beschilbeslechtsregeling AIG or the 'procedural terms for AIG arbitration'
- Brochure on the AIG procedure. This brochure contains
  - general information on the procedure and checklists for both parties.

- four different models called 'verzoek om arbitrage' or 'request for arbitration'.

### ***Advantages of the AIG***

- Arbitrators are specialists in the field.
- An investigation by specialized construction specialist is almost always part of the procedure. This makes rulings quick and less expensive than procedures in a state court.
- Consumers (and constructors) do not need a legal expert, lawyer or barrister to handle their case. This is cheaper for both parties.
  - Procedures of the AIG are faster than in a normal court and do not have the possibility for appeal.
- low costs

### **Websites**

<http://www.arbitrageinstituut.nl/>

<http://www.giw.nl>

## Anhang

### Zeitschiene für die Phase nach Vertragsschluss

GIW  Guarantee- and Safeguard Provision  (GSP)				general GIW-Guarantee  art. 1.1 annex A GSP <b>6 years &gt;&gt;&gt;</b>					
				GIW guarantee for severe defects  art. 1.2 annex A GSP <b>10 years &gt;&gt;&gt;</b>					
				shorter guarantee for some parts of the construction  art.1.3 Annex A GSP					
Timescale	1 month	1 month	1 month	1 month	1 month	1 month	>>>	>>>	>>
Combined purchase and building contract and general terms (GT)	Maintenance Period art. 18 lid 1 GT  (6 months)			non-conform delivery (no restriction in time) art. 18 lid 3 under a GT					
	reconstruction of defects occured at delivery  art. 17 GT			reconstruction of defects occured at delivery but delayed by bad wheater  art. 17 GT			severe defects art. 18 lid 2 under b <b>20 years &gt;&gt;&gt;</b>		
							hidden defects art. 18 lid 2 under c <b>5 years</b>		
Delivery	3 months			6 months					

## **Anhang 5: Länderbericht Schweiz**

### **A. Vorbemerkungen**

Das schweizerische Recht kennt kein Konsumentenschutzrecht, das spezifisch auf den Baubereich ausgerichtet wäre. Überhaupt ist der Konsumentenschutz hierzulande tendenziell weniger stark ausgebildet als in der Europäischen Union. Doch ist gleichzeitig zu betonen, dass die klassische und in der Schweiz noch immer sehr verbreitete Bauorganisationsform darin besteht, dass der Bauherr einen Planer heranzieht, der ihm auch beratend zur Seite zu stehen hat. Damit beschafft sich der Bauherr einschlägigen Sachverstand, weshalb es schwer hielte, hier von einem strukturellen Ungleichgewicht zwischen Bauherren- und Unternehmerseite auszugehen.

Außerdem ist zu beachten, dass die Wohneigentumsquote in der Schweiz nur 34,6 % beträgt und damit verhältnismäßig tief ist. Diese Tatsache lässt uns vermuten, dass der typische Wohneigentümer wirtschaftlich eher gut situiert ist und wohl auch in punkto Bildung und Erfahrung in Geschäftssachen nicht ohne weiteres mit dem Typus des schutzbedürftigen Konsumenten gleichgesetzt werden kann, wie er die „normalen“ konsumentenschutzrechtlichen Regulierungen prägt.

Nach unserer Wahrnehmung ergeben sich die meisten Probleme ohnehin nicht in den eigentlichen Werkverträgen, sondern in den Kauf-/Werkverträgen, die häufig von Privaten mit professionellen Immobilienentwicklern abgeschlossen werden und die nicht nur die eigentliche Werkleistungen, sondern auch den Erwerb des Grundstücks (in der Regel Stockwerkeigentum) umfassen. Hier sind wir uns im Klaren darüber, dass ein strukturelles Ungleichgewicht besteht, da der Käufer/Besteller meist nicht über einen ihm zur Treue verpflichteten Planer verfügt und deshalb der oben beschriebene Effekt entfällt.

## B. Grundfragen

### I. Systematik des Vertragsrechts

#### 1. Gibt es in der Rechtsordnung Ihres Landes spezielle vom Gesetzgeber geschaffene oder von der Rechtsprechung entwickelte Regelungen für Bauverträge?

- Wenn ja: Welche? Wie ist darin der Bauvertrag definiert? Sind verschiedene Bauvertragstypen vorgesehen?
- Wenn nein: Welchen Regelungen unterliegt der Bauvertrag?

**Hinweis:** An dieser Stelle ist eine Auflistung der entsprechenden Regelungen ausreichend. Inhaltliche Details bilden den Gegenstand von Teil B des Fragebogens.

Nein. Bauverträge unterliegen dem gesetzlichen Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR), soweit die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Etwas anderes gilt hinsichtlich des Architektenvertrags, mit welchem dem Architekten entweder die Planung und Bauleitung (Gesamtvertrag) oder nur die Bauleitung übertragen werden. Auf diese Verträge sind grundsätzlich die Bestimmungen über den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR) anwendbar. [Nota: Der Auftrag kann nach schweizerischer Konzeption – anders als nach § 662 BGB – auch entgeltlich sein!] Das Bundesgericht scheint allerdings davon auszugehen, dass beim Gesamtvertrag der Planungsteil dem Werkvertragsrecht unterliegt, wie es dies auch für Fälle bejaht, in denen sich die Leistung des Architekten auf die Planung beschränkt (reiner Planervertrag).

#### 2. Sind die genannten Regelungen dispositiver oder zwingender Natur?

Das gesetzliche Werkvertragsrecht wird als durchgehend dispositiv angesehen, während die Rechtsprechung für die Beendigung des einfachen Auftrages an der zwingenden Natur der entsprechenden gesetzlichen Bestimmung (Art. 404 OR) ausgeht. Dies ist bedeutsam für den Gesamtvertrag des Architekten, der dieser Rechtsprechung nach zwingend jederzeit, ohne Grund und von beiden Parteien aufgelöst werden kann – wenn auch unter Vergütung der geleisteten Arbeit und

eventuell unter Leistung von Schadenersatz bei einer Auflösung zur Unzeit. Allerdings ist zu beachten, dass der Planer faktisch von seinem Auflösungsrecht keinen Gebrauch machen wird, da die Vertragsauflösung durch ihn meist zur Unzeit erfolgen und so eine Ersatzpflicht nach sich ziehen dürfte.

## **II. Staatlicher Verbraucherschutz**

### **1. Sieht das Rechtssystem Ihres Landes im Bereich des privaten Baurechts Sonderregelungen für Bauverträge vor, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden (Verbraucherbauverträge)?**

- Wenn ja: Welche? Eine Auflistung der Regelungen ist an dieser Stelle ausreichend.
- Wie genau ist der persönliche und sachliche Anwendungsbereich dieser Normen bestimmt?

**Hinweis:** Falls es in Ihrem Land kein spezielles Bauvertragsrecht gibt, sind hier spezielle Verbraucherschutznormen in dem Regelungsbereich von Interesse, dem der Bauvertrag unterfällt.

Nein. Es bestehen keine speziellen Regeln.

### **2. Sind die genannten Regelungen dispositiver oder zwingender Natur?**

Siehe oben.

## **III. Privatautonome Vertragsgestaltung**

### **1. Gibt es Vertragsmuster oder Modell-AGB, die speziell für Verbraucherbauverträge oder zumindest allgemein für Bauverträge entworfen worden sind?**

Falls dies der Fall ist, bitten wir Sie, uns ein solches Modell zu übersenden (möglichst in Englisch, Deutsch oder Französisch) oder eine Fundstelle im Internet mitzuteilen.

Es gibt kein Vertragsmuster, das auf die speziellen Bedürfnisse von Verbrauchern zugeschnitten wäre. Allerdings ist die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977/91), welche



„Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten“ enthält und unter Beteiligung diverser Interessenverbände (einschließlich der Hauseigentümer) ausgehandelt wurde, weit verbreitet. Diese Norm kann unter [www.sia.ch](http://www.sia.ch) gekauft werden (CHF 153). Daneben gibt es weitere Musterverträge, die für spezielle Anwendungen verfasst wurden, wobei wir hier etwa an den Mustervertrag der Vereinigung Schweizerischer Generalunternehmer VSGU oder an die Bestimmungen der Interessengemeinschaft Professioneller Bauherren IPB denken. Diese Bestimmungen stehen nach unserem Dafürhalten bei Ihrer Untersuchung nicht im Vordergrund, weshalb wir sie denn auch hier nur erwähnen und nicht weiter beachten werden.

**Hinweis:** Fragen 2 bis 4 sind nur zu bearbeiten, wenn Sie Frage 1 bejaht haben.

## **2. Finden diese Musterverträge bzw. Modell-AGB in der Praxis Anwendung?**

Die SIA-Norm 118 ist dem Vernehmen nach sehr weit verbreitet. Doch dürften in der Praxis selbst bei kleineren, privaten Projekten mannigfaltige Abweichungen zum Tragen kommen, die den Bauherren von ihren Planern nahe gelegt werden. Diese Änderungen sind nicht selten von zweifelhafter juristischer Qualität, sie sind aber – da sie vom Planer stammen – in der Regel zu Gunsten des Bauherrn abgefasst.

## **3. Müssen die Modell-AGB, um Wirkung zu entfalten, dem Verbraucher bei Vertragsschluss in toto vorgelegt werden, oder ist eine Einbeziehung bestimmter Klauseln durch bloßen Hinweis auf deren Existenz möglich?**

Hierzu gibt es keine spezifisch verbraucherrechtliche Vorschrift. Sicher aber ist, dass nach allgemeiner Regel der Verwender von AGB das Regelwerk der anderen Partei in zumutbarer Weise zugänglich machen muss. Unseres Erachtens reicht ein einfacher Verweis auf die SIA-Norm 118 nicht aus, zumal die Norm nicht gratis zugänglich ist. Häufig ist es aber der mit dem Bauherrn verbundene Planer, der die Norm in die Verhandlungen einbringt. Zudem ist zu beachten, dass die SIA-Norm 118 dem Bauherrn gewichtige Vorteile bietet (namentlich im Bereich der Sachgewährleistung), die nach der gesetzlichen Ordnung so nicht vorgesehen sind, so dass es häufig gar nicht in seinem wohlverstandenen Interesse ist, die Vertragsgeltung der Norm zu bestreiten.

#### **4. Unterliegen diese Musterverträge bzw. Modell-AGB einer Inhaltskontrolle nach dem Gesetz, das die Klauselrichtlinie (Richtlinie EG 93/13) umsetzt?**

Nein, die Schweiz kennt keine entsprechende Inhaltskontrolle. Das meiste läuft in diesem Bereich über die Ungewöhnlichkeitsregel.

- Wenn ja: In welchen Punkten bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Musterklauseln?

### **C. Ausgestaltung des Verbraucherschutzes**

**Hinweis:** Falls es in Ihrem Land keinen speziellen Verbraucherschutz im Bereich des privaten Baurechts gibt, können Sie zur Bearbeitung des folgenden Teils das Wort „Verbraucher“ jeweils durch „Auftraggeber“ und das Wort „Verbraucherbauvertrag“ jeweils durch „Bauvertrag“ ersetzen.

So ist es für die Schweiz zu halten, wobei wir nicht vom Auftraggeber, sondern vom Bauherrn bzw. vom Besteller und nicht vom Bauvertrag, sondern vom Bauwerkvertrag sprechen, um so (1) den schweizerischen Sprachgebrauch einzubringen und (2) zu unterstreichen, dass wir in der Folge nur immer vom Werkvertragsrecht und nicht auch von den Architektenverträgen handeln. Vom Bauwerkvertrag abzugrenzen ist der Totalunternehmervertrag, welcher neben den werkvertraglichen Leistungen auch Planungsleistungen umfasst. Vom Bauwerkvertrag zu unterscheiden ist auch der Kauf-/Werkvertrag über ein noch nicht bestehendes Gebäude sowie der Kaufvertrag über eine künftige Sache. Diese beiden Formen sind namentlich bei Erstellung und Verkauf von Wohnungen (Stockwerkeigentum) die Regel. Wie bereits eingangs erwähnt, liegen nach unserer Wahrnehmung die unter dem Aspekt des Konsumentenschutzes heikleren Fragen eher in diesem Bereich. Da die Umfrage aber auf den Bauwerkvertrag fokussiert, erwähnen wir das im Folgenden nur am Rande.

## I. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsschluss

### 1. Formerfordernisse

- Sind bei Abschluss eines Verbraucherbauvertrags bestimmte Formerfordernisse zu beachten? Wenn ja: Zu welchem Zweck?

Der Bauwerkvertrag kann formlos abgeschlossen werden. Eine Ausnahme gilt immerhin dann, wenn bei einem Kauf-/Werkvertrag eine Gesamtvergütung vereinbart wird oder beim Kauf einer zukünftigen Sache (insbesondere also bei Eigentumswohnungen). Alsdann setzt die Gültigkeit dieses Vertrags die öffentliche Beurkundung voraus (Art. 216 OR), also auch für seinen werkvertraglichen Anteil.

### 2. Mindestinformationen

#### a. Unterliegt der Unternehmer einer Pflicht oder Obliegenheit, den Verbraucher vor Vertragsabschluss über bestimmte Punkte zu informieren?

Nein. Generell gestellt betrifft Ihre Frage das Problem vorvertraglicher Aufklärungspflichten des Unternehmers, die ihn vor allem dann treffen können, wenn der Bauherr nicht selber sachverständig ist und auch nicht sachverständig vertreten ist. Allerdings kann es bei genauer Betrachtung sein, dass auch ein kleinerer Werkvertrag als Totalunternehmervertrag zu verstehen ist, mit dem der Bauherr dem Unternehmer nicht nur die Ausführung, sondern auch die Planung überträgt. Bei dieser Betrachtungsweise schuldet der Unternehmer dem Bauherrn Beratung schon im Bereich der Planung, die an sich soweit gehen kann, dass er zu einer Ausführungsart zu raten hat, die er selber nicht zu leisten im Stande ist.

#### b. Gibt es Mindestanforderungen für den Inhalt eines Verbraucherbauvertrags, insbesondere im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung und Preistransparenz? Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn diese Mindestanforderungen nicht eingehalten werden?

Nein.

- Falls es solche Mindestanforderungen nicht oder kaum gibt: Stellt sich in der Praxis – wie in Deutschland – das Problem unzureichender Leistungsbeschreibungen? Falls nicht: Wieso nicht?

Selbstverständlich ist das Problem der unzureichenden Leistungsbeschreibung auch in der Schweiz bekannt, zumal funktionale Leistungsbeschreibungen noch wenig verbreitet sind. Zum Teil wird seitens der Planer (und zu ihrem eigenen Schutz!) versucht, das Risiko der Unvollständigkeit mit einer entsprechenden Vollständigkeitsklausel auf den Unternehmer zu überwälzen (sinngemäß etwa: „Der Unternehmer schuldet die vereinbarte Leistung und überhaupt alles, was für die Erstellung des Werkes in der erforderlichen Qualität erforderlich ist.“). Zudem verfügt der Bauherr jedenfalls nach der SIA-Norm 118 über ein Beststellungsänderungsrecht, also einen Anspruch auf einseitige Abänderung des Leistungsinhalts, sodass sich anfänglichen Unvollständigkeiten auf diesem Wege Rechnung tragen lassen. Der Unternehmer hat Beststellungsänderungen grundsätzlich hinzunehmen, kann aber Nachforderungen stellen. Wiederum ist schließlich auf den TU-Vertrag zu verweisen, bei dem es zu den Planungspflichten des Unternehmers gehört, für die Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung zu sorgen. Wo er dieser Planungspflicht unzureichend nachkommt, indem er die Leistung unvollständig beschreibt, begeht er eine Vertragsverletzung, aus der er in der nachfolgenden Ausführungsphase grundsätzlich nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag.

### **3. Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen**

- Hat der Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen oder grundsätzlich innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Vertragsschluss die Möglichkeit, sich wieder vom Vertrag zu lösen (Widerrufsrecht, Rücktrittsrecht oder sonstiges Vertragsauflösungsrecht zu dem Zweck, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn niemals ein Vertrag geschlossen worden wäre)?

Der Bauherr hat das Recht, den Werkvertrag vor Vollendung des Werkes aufzulösen. Art. 377 OR, der ihm dieses Gestaltungsrecht verschafft, sieht allerdings auch vor, dass der auflösende Bauherr dem Unternehmer Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses schuldet. Zudem gilt Art. 377 OR (anders als Art. 404 OR, siehe oben) als dispositiv und kann damit wegbedungen werden. Der

erwähnte Ersatzanspruch des Unternehmers entfällt nach richtiger Meinung, wenn der Unternehmer einen wichtigen Grund für die Auflösung gesetzt hat.

#### **4. Andere funktional äquivalente Regelungen**

- Sieht das Rechtssystem Ihres Landes andere Regelungen vor, die den Zweck verfolgen, den Verbraucher vor einem übereilten Vertragsschluss ohne ausreichende Informationen zu schützen?

Nein, im Bereich des Bauwesens nicht. Selbstverständlich aber sind die allgemeinen Regeln zur Übervorteilung (Art. 21 OR) und zu den Willensmängeln (Art. 23 ff. OR) auch auf Bauwerkverträge anwendbar. Eine Ausnahme gilt für den Kauf-/Werkvertrag, der bei einer Gesamtvergütung notariell zu beurkunden ist, was einen gewissen Übereilungsschutz bieten mag.

## **II. Schutz des Verbrauchers bei Vertragsdurchführung**

### **1. Finanzströme und Sicherheiten**

#### **a. Zeitpunkt der Werklohnzahlung**

- (1) Zu welchem Zeitpunkt hat der Verbraucher den Werklohn zu zahlen? Insbesondere: Hat der Verbraucher bereits vor oder während der Erstellung des Bauwerks einen Teil des Werklohns oder sogar den gesamten Werklohn an den Unternehmer zu leisten (Voraus- bzw. Abschlagszahlungen)?**

Das hängt von der Vereinbarung ab. Nach Gesetz wird der Werklohn mit der Ablieferung des Werkes fällig (Art. 372 OR). Damit ist der Unternehmer vorleistungspflichtig. Diese Ordnung ist indes nicht zwingend, weshalb in der SIA-Norm 118 von ihr abgewichen werden kann. Dort (in der SIA-Norm 118) ist vorgesehen, dass der Bauherr (beim Einheitspreisvertrag) monatliche Abschlagszahlungen leistet (Art. 144 SIA-Norm 118), wobei er berechtigt ist, jeweils einen Teil der geschuldeten Vergütung als Sicherheit vorläufig zurückzubehalten, bis ihm der Unternehmer nach Abnahme des Werkes eine andere Sicherheit verschafft hat

(Art. 152 Abs. 1 SIA-Norm 118). Vorauszahlungen sind demgegenüber nicht üblich und in der SIA-Norm 118 auch nicht vorgesehen.

**(2) Falls derartige Voraus- oder Abschlagszahlungen gesetzlich nicht vorgesehen sind: Ist eine entsprechende Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers wirksam und üblich?**

Ja, das ist üblich, was die Abschlagszahlungen angeht. Vorauszahlungen sind nach unserer Erfahrung unüblich. Zu den Einzelheiten siehe vorstehend.

**(3) Ist der Verbraucher einem Anspruch des Unternehmers auf Sicherheitsleistung für künftige Werklohnzahlungen ausgesetzt, bspw. auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek, oder können die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers eine solche Regelung vorsehen?**

Ja.

➤ Wenn ja: Wie sind die entsprechenden Regelungen ausgestaltet?

Der Unternehmer (auch der Subunternehmer) hat Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Ziff. 3 ZGB), mit dem die Bauparzelle dinglich belastet wird und dann in extremis der Zwangsvollstreckung zugänglich ist. Die Belastung trifft den Grundeigentümer, der nicht notwendigerweise auch Werklohnschuldner ist (z.B. im Falle eines General- oder Totalunternehmers). Dieser Anspruch ist zwingend, weshalb ein Unternehmer nicht im Voraus auf ihn verzichten kann. Allerdings ist zu beachten, dass der Anspruch verwirkt, wenn das Pfandrecht nicht binnen dreier Monate nach Vollendung der pfandberechtigten Arbeiten im Grundbuch eingetragen wird (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Daraus ergibt sich ein moderater Schutz des Grundeigentümers, der sich im Übrigen aber mit vertraglichen Behelfen gegenüber dem General- bzw. Totalunternehmer schützen muss (was allerdings im Falle des Konkurses des General- oder Totalunternehmers kaum möglich ist).

**(4) Wie lang ist die Verjährungsfrist der Werklohnforderung? Wann beginnt sie zu laufen? Durch welche Ereignisse tritt Hemmung oder gar Unterbrechung des Fristablaufs ein?**

Anwendbar ist die ordentliche Verjährungsfrist von 10 Jahren, die nach der gesetzlichen Ordnung mit der Fälligkeit des Werklohnanspruchs zu laufen beginnt

(Art. 372 i.V.m. Art. 130 OR). Ein Vorbehalt gilt für Forderungen aus Handwerksarbeit, die einer nur fünfjährigen Verjährungsfrist unterliegen (Art. 128 Ziff. 3 OR). Diese Fristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert (weder verlängert noch verkürzt) werden (Art. 129 OR), sind also zwingender Natur. Der Fristenlauf kann jederzeit unterbrochen werden, wobei die Unterbrechung in der Praxis vor allem mit Betreibungsbegehren oder Ladungen zu einem amtlichen Sühneversuch bewirkt wird. Die Unterbrechungswirkung besteht darin, dass die Verjährung von neuem beginnt (Art. 173 Abs. 1 OR). Die Hinderungs- und Stillstandsgründe, die sich in Art. 134 OR finden, sind unserer Erfahrung nach für die Baupraxis nicht sonderlich bedeutsam. Zu beachten ist namentlich, dass die Fälligkeit der Werklohnforderung lediglich voraussetzt, dass das Werk vollendet wurde, und nicht auch, dass das Werk mangelfrei ist. Immerhin kann der Bauherr die offene Vergütung gestützt auf Art. 82 OR (Zug um Zug) retinieren, solange der Unternehmer seiner gewährleistungsrechtlichen Nachbesserungspflicht nicht nachgekommen ist (allerdings nur soweit der retinierte Betrag in einem angemessenen Verhältnis zur Nachbesserungsschuld steht). Dazu auch hinten.

## **b. Schutz des Verbrauchers vor Zahlung ohne Gegenleistung**

### **(1) Setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs bzw. der Abschlagszahlungsansprüche voraus, dass der Verbraucher die Akzeptanz des fertig gestellten Bauwerks bzw. Bauwerkteils in irgendeiner Weise zum Ausdruck bringt (Abnahme oder ein funktionsäquivalenter Akt)?**

Nein. Nach gesetzlicher Ordnung ist die Abnahme nicht gleichzusetzen mit der Genehmigung des Werkes. Die Abnahme ist ein rein faktischer Vorgang (d.h. es bedarf keiner Willenserklärung), der im Wesentlichen in der Übergabe bzw. (bei Immobilien) in der Vollendungserklärung des Unternehmers besteht.

Anders verhält es sich nach der SIA-Norm 118, deren Abnahmesystem sich wesentlich von der gesetzlichen Konzeption unterscheidet und gewisse Genehmigungswirkungen haben kann. Sie (die Abnahme) ist eine der mehreren Voraussetzungen für die Fälligkeit der in der Schlussabrechnung ausgewiesenen Werklohnforderung des Unternehmers.

Falls dies der Fall ist:

Nur bei Anwendbarkeit der SIA-Norm 118!

- Kann die erforderliche Akzeptanz nur in ausdrücklicher Form oder auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden?

Nach Art. 162 und 164 kann die Abnahme auch konkludent erklärt werden.

- Sieht das Gesetz oder die Rechtsprechung in bestimmten Fällen eine Fiktion dieser Akzeptanz vor?

Ja, die SIA-Norm 118 fingiert die Abnahme, wenn die gemeinsame Prüfung unterbleibt, weil der Bauherr die Mitwirkung unterlässt oder sie von keiner der beiden Parteien verlangt wird.

- In welchen Fällen kann die Akzeptanz des Bauwerks verweigert oder zumindest unter Vorbehalt erklärt werden (bspw. bei Mängeln)? Was sind die Rechtsfolgen einer solchen eingeschränkten Akzeptanz?

Ja, bei wesentlichen Mängeln (Art. 161 SIA-Norm 118). Die Abnahme wird zurückgestellt, weshalb auch ihre Wirkungen nicht eintreten.

- Muss zum Zeitpunkt der Akzeptanz ein Vorbehalt erklärt werden, damit eine etwaig verwirkte Vertragsstrafe weiterhin eingefordert werden kann? Wenn ja: Gilt dies auch im Falle einer Akzeptanzfiktion?

Soweit Ihre Frage auf die Verzugspönale zielt, ist sie zu bejahen (Art. 160 Abs. 2 OR). Das gilt auch für die Akzeptanzfiktion nach SIA-Norm 118, die das gesetzliche Werkvertragsrecht nicht kennt.

**(2) Setzt die Fälligkeit des Werklohnanspruchs bzw. der Abschlagszahlungsansprüche eine prüfbare Rechnung voraus? Falls nein: Kann der Verbraucher ohne prüfbare Rechnung in Verzug geraten?**

Nach der gesetzlichen Ordnung setzt die Fälligkeit lediglich die Ablieferung des Werkes, nicht auch eine Rechnung des Unternehmers voraus. Der Verzug ist nach schweizerischer Konzeption verschuldensunabhängig und kann auch dann eintreten, wenn der Unternehmer eine fällige Werklohnforderung geltend macht und den Bauherrn mahnt, ohne diese Forderung im Einzelnen zu belegen.



Nach der SIA-Norm 118 hat der Unternehmer eine prüfbare Schlussabrechnung vorzulegen, die der Bauherr bzw. sein sachverständiger Bauleiter alsdann zu prüfen hat. Die Fälligkeit der Schlusszahlung ist abhängig vom Prüfbescheid bzw. – wenn die Prüfung unterlassen wird – vom Ablauf einer bestimmten Frist (Art. 155 SIA-Norm 118). Nach dieser Ordnung ist es ausgeschlossen, dass hinsichtlich der Restlohnforderungen Verzug eintritt, ohne dass nicht auch eine Schlussabrechnung vorliegt.

**(3) (a) Hat der Verbraucher im Falle eines Baumangels das Recht, einen Teil der Werklohnforderung zurückzubehalten (in welcher Höhe)? (b) Kann der Unternehmer dann seinerseits vor Durchführung der Nachbesserungsarbeiten Sicherheit für die künftige nach Mängelbeseitigung fällige Restwerklohnforderung verlangen? (c) Ist die Fälligkeit der Restwerklohnforderung davon abhängig, dass der Verbraucher im Anschluss an die Mängelbeseitigung das nachgebesserte Werk als Vertragserfüllung akzeptiert?**

**(a)** Ja, dieses Recht besteht, wobei zur Rechtfertigung das Zug um Zug-Prinzip (Art. 82 OR) angerufen wird und dieser Behelf nur für jene Fälle angeht, in denen der Bauherr auf Nachbesserung dringt, während er bei den übrigen Mängelrechten (Minderung, Wandelung und Ersatz des Mangelfolgeschadens) versagt. Umstritten ist, in welcher Höhe ein Rückbehalt vorgenommen werden darf. Wir sind der Auffassung, dass sich die Höhe des Rückhalts an den mutmaßlichen Nachbesserungskosten zu orientieren hat, wobei aber der Rückbehalt diese Kosten übersteigen darf, damit der Bauherr über ein wirksames Druckmittel verfügt. Auch in der Schweiz wird ein Richtwert von Faktor 2-3 für brauchbar gehalten. Bei Minderung und Ersatz von Mangelfolgeschäden kann der Besteller verrechnen (Art. 120 OR: Die schweizerische „Verrechnung“ entspricht funktional der deutschen „Aufrechnung“).

**(b)** Nein.

**(c)** Die gesetzliche Ordnung sieht keine Akzeptanz durch den Bauherrn vor, weshalb sich diese Frage dort so nicht stellt. Anders nach der SIA-Norm 118, nach der die Abnahme auch für Nachbesserungsarbeiten durchzuführen ist, soweit sie hinsichtlich der betroffenen Mängel zurückgestellt wurde, was dann möglich ist, wenn diese Mängel wesentlich sind (Art. 161 Abs. 3 SIA-Norm 118).

**(4) Hat der Verbraucher das Recht, eine Gewährleistungssicherheit zu verlangen, um etwaige, später entstehende Gewährleistungsansprüche abzusichern?**

Das Gesetz sieht dies nicht vor, doch hat nach der SIA-Norm 118 der Unternehmer dem Bauherrn eine Solidarbürgschaft einer Bank oder Versicherung zu verschaffen, die sachlich auf die Ansprüche aus jenen Mängeln limitiert ist, die der Bauherr in den ersten beiden Jahren nach Abnahme des Werkes gerügt hat, und zeitlich auf fünf Jahre auszulegen ist (Art. 181 SIA-Norm 118).

**(5) Wie ist der Verbraucher bei einer Stundenlohnvereinbarung gegen die Abrechnung nicht geleisteter oder nicht erforderlicher Arbeitsstunden geschützt?**

- Sonderproblem: Wird ein Anerkenntnis fingiert, wenn der Verbraucher während der Bauphase erstellte Stundenzettel nicht beanstandet?

Der Unternehmer ist für den gehaltenen Aufwand beweispflichtig, was auch dann gilt, wenn er Tagesrapporte (Stundenzettel) einreichte. Wo der Bauherr bzw. sein Planer diese Berichte gegengezeichnet hat, begründet dies eine tatsächliche Vermutung, die sich in der richterlichen Beweiswürdigung niederschlagen kann, ohne aber den Gegenbeweis des Bauherrn auszuschließen.

**(6) Wie wird im Falle einer Einheitspreisvereinbarung festgestellt, wie viele Einheiten für den Bau benötigt wurden?**

Das Ausmaß erfolgt entweder nach den tatsächlichen Mengen, an deren Ermittlung sich der Bauherr durch seine Bauleitung beteiligt (Art. 142 Abs. 1 SIA-Norm 118), oder aber dem plangemäßen theoretischen Ausmaß, also auf der Grundlage der Pläne. Im Streitfalle ist dies eine Frage, die typischerweise durch die Begutachtung eines gerichtlich bestellten Experten entschieden wird.

**(7) Falls Abschlagszahlungen gesetzlich vorgesehen sind oder privatautonom vereinbart werden können: Wie wird sichergestellt, dass der Verbraucher für seine Abschlagszahlung im jeweiligen Zahlungszeitpunkt einen Gegenwert erhält?**

**Orientierungshilfe:** Ist eine Abschlagszahlung nur geschuldet, wenn der bereits fertig gestellte Teil des Bauwerks, für den der Abschlag geleistet werden soll, in das Eigentum des Verbrauchers übergeht, oder wenn der Unternehmer eine entsprechende Sicherheit beibringt? Zu denken ist hier insbesondere an die rechtliche Lage bei solchen Verträgen, bei denen der Unternehmer ein Haus auf einem ihm gehörenden Grundstück errichtet und das Eigentum an dem Grundstück erst nach Fertigstellung des gesamten Bauwerks auf den Verbraucher überträgt (Bauträgervertrag).

Das Gesetz sieht keine Abschlagszahlungen vor. SIA-Norm 118: Die Abschlagszahlung wird ausgelöst durch ein vom Unternehmer zu stellendes Zahlungsbegehren, dem er eine überprüfbare Aufstellung aller seit Arbeitsbeginn bis zum Ende des Rechnungsmonates erbrachten Leistungen beizufügen hat (Art. 142 SIA-Norm 118). Ohne Begehren und Aufstellung ist die Abschlagszahlung nicht geschuldet. In der Praxis werden manchmal – in Abweichung von der SIA-Norm 118 – feste Zahlungspläne vereinbart, was i.d.R. bedeutet, dass keine Aufstellung der Leistungen erfolgen muss.

**(8) Wie ist das Verhältnis von Abschlagszahlungen und Schlussrechnung?**

**Orientierungshilfe:** Werden die Abschlagszahlungen als Anerkenntnis für das Bestehen der entsprechenden Teilforderung ausgelegt? Darf der Unternehmer für die entsprechenden Teilabschnitte Nachforderungen erheben?

Die Abschlagszahlungen sind bei der Aufstellung der Schlussabrechnung vom Unternehmer in Abzug zu bringen. Die Leistung von Abschlagszahlungen gilt nicht als Anerkennung der Forderung (Art. 144 Abs. 3 SIA-Norm 118).

- (9) Falls Vorauszahlungen gesetzlich vorgesehen sind oder privatautonom vereinbart werden können: Wie wird verhindert, dass der Verbraucher die Vorauszahlung erbringt, ohne zu einem späteren Zeitpunkt die entsprechende Bauleistung zu erhalten?**

**Orientierungshilfe:** Ist die Stellung einer Vertragserfüllungssicherheit durch den Unternehmer gesetzlich vorgesehen, oder ist deren Vereinbarung üblich?

Vorauszahlungen sind beim Bauen weder gesetzlich vorgesehen noch üblich.

- (10) An wen hat der Verbraucher den Werklohn zu bezahlen, wenn der Unternehmer seinerseits Subunternehmer zur Erstellung des Bauwerkes beauftragt hat? Gibt es einen Direktanspruch des Subunternehmers gegen den Besteller? Falls ja, unter welchen Voraussetzungen? Wie ist in diesem Fall der Verbraucher vor doppelter Inanspruchnahme geschützt?**

Nein, wobei er aber als Grundeigentümer der Gefahr der Doppelzahlung ausgesetzt ist, dann nämlich, wenn ein Subunternehmer auf dem Baugrundstück ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lässt, das der Grundeigentümer/Bauherr nur dadurch abzulösen vermag, dass er den Subunternehmer bezahlt oder ausreichende Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB). In den Fällen, in denen er den Hauptunternehmer schon bezahlt hat und ein Rückgriff auf den Hauptunternehmer scheitert (insbes. bei Konkurs), entsteht für ihn die erwähnte Gefahr der Doppelzahlung. Um den Bauherrn einigermaßen vor dieser Gefahr zu schützen, muss der Architekt/Bauleiter während der Werkerstellung ein „offenes Ohr“ für entsprechende Klagen der Subunternehmer haben und im Falle von sich abzeichnenden Zahlungsausständen entsprechend reagieren.

- (11) Gibt es für den Unternehmer die Möglichkeit, in einem summarischen Verfahren besonders schnell einen Zahlungstitel zu erwirken, der vorläufig vollstreckbar ist? Wie werden die Interessen des Verbrauchers in diesem Verfahren geschützt?**

Nein. Der Unternehmer ist – abgesehen vom Bauhandwerkerpfandrecht, auf das er nicht im Voraus verzichten kann (Art. 837 Abs. 2 ZGB) – vollstreckungsrechtlich nicht privilegiert.

### c. Insolvenz des Unternehmers

#### (1) Welchem rechtlichen Schicksal unterliegt der Vertrag, wenn der Unternehmer nach Vertragsschluss insolvent wird?

**Orientierungshilfe:** Wie gestaltet sich die Rechtslage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, nach Stellung des Insolvenzantrags, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. nach Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse? Welche Ansprüche bestehen dann zwischen den Parteien? In welchem Verhältnis stehen diese Ansprüche? Wie hoch sind die Chancen der Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche?

Wir setzen für das Weitere Insolvenz gleich mit Konkurs. Der Werkvertrag wird durch Konkurs des Unternehmers nicht aufgelöst und die Konkursverwaltung hat die Möglichkeit, in den Vertrag einzutreten (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Tritt die Konkursverwaltung nicht ein, kann der Besteller zurücktreten (Art. 83 Abs. 2 OR), was grundsätzlich eine Auflösung ex tunc bedeutet. Unabhängig von Art. 83 OR kann der Besteller indessen auch nach den Verzugsregeln (Art. 107 OR, Art. 366 OR) ex nunc zurücktreten.

#### (2) Falls aufgrund gesetzlicher Schutzlücken erforderlich: Wie versucht die Vertragspraxis, den Verbraucher für den Fall der Insolvenz des Unternehmers vor finanziellen Verlusten zu bewahren?

**Orientierungshilfe:** In der Regel verteuert der Abschluss eines Vertrags mit einem Ersatzunternehmer zur Fortführung des Bauwerks die Baukosten. Der Verbraucher verliert möglicherweise seine Gewährleistungsansprüche für die bisher erbrachte Bauleistung. Der Verbraucher hat möglicherweise bereits Abschlags- und Vorauszahlungen erbracht. Besonders problematisch ist die Situation beim Bauträgervertrag, bei dem der Unternehmer ein Gebäude auf einem ihm gehörenden Grundstück errichtet und das Eigentum erst nach Fertigstellung des Bauwerks auf den Verbraucher übertragen soll. Greift die Praxis hier auf Fertigstellungssicherheiten, Gewährleistungssicherheiten, Insolvenzversicherungen o.ä. zurück? Erweisen sich die Instrumente als erfolgreich?

Für die Ausführungsphase ist ein Zweifaches zu nennen: Erstens wächst die Bauleistung dem Grundstück an (sachenrechtliches Akzessionsprinzip), was dem

Bauherrn allerdings nur dann nützt, wenn er Eigentümer ist. Zweitens kann der Bauherr faktisch einen Teil der Abschlagszahlungen zurückhalten, was ihm eine gewisse Sicherheit bietet. Das gilt allerdings nur nach Maßgabe der SIA-Norm 118, da das Gesetz keine Abschlagszahlungen vorsieht. In dieser Hinsicht ist das Gesetz für den Bauherrn günstiger, da er die Vergütung ohnehin erst zu leisten hat, wenn ihm das vollendete Werk abgeliefert wird. In der Vertragspraxis wird darauf geachtet, dass der Unternehmer grundsätzlich immer in Vorleistung ist (auch bei festen Zahlungsplänen). In kritischen Fällen wird der Bauherr einen Bautreuhänder einsetzen, welcher sicherstellt, dass der Unternehmer seine (pfandberechtigten) Subunternehmer bezahlt. Außerdem wird in Verträgen manchmal vorgesehen, dass der Bauherr unter Umständen direkt an die Subunternehmer zahlen kann.

Für die Gewährleistungsphase hat der Bauherr Anspruch auf eine Solidarbürgschaft einer Bank oder einer Versicherung, was ihm eine gewisse Sicherheit bietet.

Performance Bonds (Garantieverträge) sind bei kleineren Bauwerkverträgen nicht üblich, weshalb wir sie hier nur pro memoria erwähnen. Diskutiert wurde auch schon die Haftung des Architekten/Bauleiters, der dem Bauherrn wirtschaftlich schwache Unternehmer vorgeschlagen hatte. Uns ist allerdings kein entsprechendes Urteil bekannt.

#### **d. Kostenanschlag**

- Welche Wirkungen hat ein Kostenanschlag? Welche Rechte stehen dem Verbraucher zu, wenn der Unternehmer die im Kostenanschlag angegebenen Summen überschreitet?

Der Kostenvoranschlag (verstanden als Schätzung der Kosten – nicht als Offerte) des Unternehmers ist bedeutsam, wenn und soweit er in den Vertrag übernommen wird bzw. als „Vertragsgrundlage“ gelten kann. Alsdann gilt nach Art. 375 OR, dass der Bauherr vom Vertrag zurücktreten oder eine Herabsetzung der Vergütung verlangen kann, wenn der Unternehmer seinen Voranschlag ohne Zutun des Besteller unverhältnismäßig überschreitet (Art. 375 Abs. 2 OR). Selbst wenn der Kostenvoranschlag nicht Vertragsgrundlage wurde, so handelt es sich immerhin um eine (vorvertragliche?) Information, deren Unkorrektheit allenfalls Ansprüche auf der Basis anderer Rechtsgrundlagen auslösen kann (Auftragsrecht, culpa in contrahendo etc.).

## 2. Möglichkeiten zur Vertragsanpassung und -beendigung

### a. Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität

#### (1) Wie ist die Rechtslage, wenn sich bei der Bauausführung herausstellt,

- dass die vertraglich vereinbarte Menge der Baumaterialien nicht der tatsächlich benötigten Menge entspricht (Über- oder Unterschreitung)?

Wir konzentrieren uns auf den Fall der Überschreitung.

**Vorab:** Beim Einheitspreisvertrag wird die Menge schon gar nicht vereinbart, weshalb sich hier nur die Frage stellt, ob der Einheitspreis anzupassen sei, wenn die im Leistungsverzeichnis ausgesetzte Menge wesentlich (20 %) überschritten wird. Dieser Fall, in dem von einer schlichten Mengenabweichung die Rede ist, wird in der Schweiz analog der Regeln zur Beststellungsänderung gelöst, soweit die SIA-Norm 118 anwendbar ist. Zu beachten ist aber, dass die konkreten Verträge die Regeln über die Preisanpassung, die dort vorgesehen sind, meist wegbedingen.

Bei Pauschal- und Globalpreisen, die (wie der Einheitspreis) feste Preise sind, hat sich der Unternehmer die Pläne entgegenhalten zu lassen, die hier in der Rangfolge vor das Leistungsverzeichnis rücken. Dies bedeutet, dass Mehrmengen nur dann Nachforderungen begründen können, wenn sie auf Planänderungen zurückgehen.

Bei Regiepreisen (Vergütung nach Aufwand) stellt sich das Problem nicht.

**Fazit:** Den Fall einer „vereinbarten Menge“ gibt es, so gesehen, eigentlich gar nicht.

- dass die vertraglich vereinbarte Bauleistung nicht der tatsächlich erforderlichen Bauleistung entspricht?

**Orientierungshilfe:** Hat der Auftragnehmer ein einseitiges Leistungsänderungsrecht? Hat umgekehrt der Verbraucher ein Änderungs- und Ergänzungsrecht? Wie ist dann das Problem der erforderlichen Mehrvergütung geregelt?

Der Besteller verfügt nach Art. 84 der SIA-Norm 118 über ein Gestaltungsrecht, das hier als Beststellungsänderungsrecht bezeichnet wird. Damit hat er es in der Hand, den Leistungsinhalt einseitig abzuändern, soweit dadurch der Gesamtcharakter des Werkes nicht verändert wird. Wenn die vereinbarte (= geplante) Bauleistung nicht

der tatsächlich erforderlichen Bauleistung entspricht, stellt sich die Frage nach der Haftung des Planers.

➤ dass zusätzliche Leistungen erforderlich sind?

Es gilt das zur Beststellungsänderung Gesagte. Ergänzend: Das Gesetz sieht eine entsprechende Befugnis nicht vor, wobei sie sich aber nach einer maßgebenden Lehrmeinung bei lückenhaftem Vertrag im Wege der Vertragsergänzung herleiten lässt, wo vernünftige und redliche Parteien diese Frage entsprechend geregelt hätten. Der Bauherr schuldet eine Mehrvergütung, soweit er den Unternehmer im Wege der Beststellungsänderung zu einer Mehrleistung verpflichtet. Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf Leistungsänderung und ist auch nicht berechtigt, den Werkvertrag einseitig und voraussetzungslos aufzulösen. Auch hier stellt sich natürlich die Frage, warum die zusätzliche Leistung „erforderlich“ wurde (mangelhafte Planung des Architekten?).

### **(2) Wie ist die Rechtslage bei auftraglos erbrachten Mehrleistungen des Unternehmers?**

Im Grundsatz sind entsprechende Arbeiten nicht zu vergüten, wobei sich die Frage stellt, ob der Unternehmer nach kondiktionsrechtlichen Grundsätzen (Art. 62 ff. OR) die Bereicherung zurückfordern kann. Häufig dürfte sich in diesen Konstellationen aber ohnehin häufig ergeben, dass die Mehrleistung nicht auftragslos erfolgte, sondern stillschweigend bestellt wurde.

### **(3) Welche von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers in den unter (2) und (3) angesprochenen Bereichen? Sind diese Klauseln wirksam?**

Das Recht zur einseitigen Beststellungsänderung, die offensichtlich den Bauherrn begünstigt, ist in der Schweiz ohnehin nur in der SIA-Norm 118 vorgesehen, findet also keine ausdrückliche Stütze im Gesetz. Die Wirksamkeit dieser Regeln ist bislang nie in Zweifel gezogen worden.



## **b. Möglichkeit für den Verbraucher, sich vom Vertrag zu lösen**

- Hat der Verbraucher zu jeder Zeit das Recht, den Vertrag ohne Angaben von Gründen mit Wirkung ex nunc zu beenden (bspw. Kündigung)?

Ja. Nach Art. 377 OR (siehe schon oben).

- Wenn ja: Welchen Formerfordernissen unterliegt die dafür erforderliche Erklärung? Welche Rechtsfolgen ergeben sich für den Fall der Ausübung dieses Vertragsauflösungsrechts zu einem Zeitpunkt, zu dem ein Teil des Bauwerks bereits erstellt ist?

**Orientierungshilfen:** Können auch die noch nicht erbrachten Bauleistungen unter Abzug der ersparten Aufwendungen abgerechnet werden (mit oder ohne Mehrwertsteuer)? Wie gestaltet sich die Rechtslage im Hinblick auf den Beginn der Gewährleistungsfrist, die Fälligkeit der Werklohnforderung und den Gefahrübergang für den bereits fertig gestellten Teil des Bauwerks?

Ein Formerfordernis gibt es bei der Auflösung nach Art. 377 OR nicht. Die einschlägige Bestimmung (Art. 377 OR) lautet wie folgt: „Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten.“ Die Pflicht zur vollen Schadloshaltung wird – wie schon erwähnt – so ausgelegt, dass der Besteller Ersatz im Umfang des positiven Vertragsinteresses zu leisten hat.

## **3. Gefahrtragung**

### **a. Wie ist die Rechtslage, wenn ein bereits errichtetes Teilwerk vor Fertigstellung des gesamten Baus durch Umstände zerstört wird, die außerhalb der Einflussphäre der Parteien liegen?**

- Hat der Verbraucher die bereits ausgeführten Leistungen zu vergüten (Preisgefahr)?

Nein, die Gefahr liegt nach Art. 376 Abs. 1 OR beim Unternehmer. Die SIA-Norm 118 weicht davon insoweit ab, als der Unternehmer Anspruch auf eine Vergütung hat, wenn der Zufall auf höherer Gewalt („z.B. Krieg, Aufruhr, Naturkatastrophe“)

beruht und eine Belastung des Bauherrn der Billigkeit entspricht (Art. 187 Abs. 3 SIA-Norm 118).

➤ Hat der Verbraucher einen Anspruch auf Neuerrichtung (Leistungsgefahr)?

Ja, objektive Leistungsunmöglichkeit immerhin vorbehalten. Die Unmöglichkeit führt dazu, dass die Leistungspflicht des Unternehmers erlischt (Art. 378 OR), wobei der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Preise nicht inbegriffenen Auslagen hat.

**b. Genereller gefragt: Wann gehen Preis- und Leistungsgefahr auf den Verbraucher über? Erst mit Fertigstellung und Akzeptanz des Bauwerkes oder bereits früher?**

Nach gesetzlicher Ordnung mit der Übergabe des Werks (Art. 376 OR), nach der SIA-Norm 118 mit seiner Abnahme (Art. 157 SIA-Norm 118), die hier einen gänzlich anderen Gehalt hat als in der gesetzlichen Ordnung (siehe vorne).

**c. Welche von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers in den unter a) und b) angesprochenen Punkten? Sind diese Klauseln wirksam?**

Ja, entsprechende Abreden sind wirksam.

#### **4. Pflichtverletzung des Unternehmers**

##### **a. Baumängel: Grundfragen**

**(1) Wann liegt ein Baumangel vor? Wie wird die vertraglich geschuldete Beschaffenheit des Bauwerks festgestellt? Welche Probleme ergeben sich in der Praxis? Gibt es Lösungsvorschläge?**

Die Frage ist sehr umfassend, unsere Antwort, wie wir sie hier geben, etwas weniger: Ein Mangel ist jede Abweichung vom Vereinbarten. Der Mangelbegriff ist ein Rechtsbegriff, kein technischer. Die geschuldete Beschaffenheit ergibt sich aus dem Vereinbarten und dem, was der Bauherr nach Treu und Glauben erwarten darf. Oder wie Art. 166 Abs. 2 der SIA-Norm 118 es formuliert: „Der Mangel besteht entweder darin, dass das Werk eine zugesicherte oder sonstwie vereinbarte

Eigenschaft nicht aufweist; oder darin, dass ihm eine Eigenschaft fehlt, die der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung in guten Treuen erwarten durfte (z.B. Tauglichkeit des Werkes für den vertraglich vorausgesetzten oder üblichen Gebrauch).“ Für die Praxis wesentliche Probleme mit diesem Mangelbegriff sind uns nicht bekannt – obschon es natürlich einige interessante juristische Detailfragen gibt. Das Hauptproblem des schweizerischen Mängelhaftungsrechts besteht darin, dass die Rechtsprechung bezüglich der Pflicht (genauer: Obliegenheit) zur sofortigen Mängelrüge sehr strenge Maßstäbe anlegt (Art. 367 OR und Art. 370 OR), so dass die Mängelrechte verwirkt sind, wenn ein Mangel nicht innerhalb weniger Tage nach seiner Entdeckung gerügt wird. Insbesondere unter diesem Aspekt kommt die SIA-Norm 118 dem Besteller sehr wesentlich entgegen, indem sie die Rüge während der ersten zwei Jahre nach der Übergabe „jederzeit“ (also z.B. auch Monate nach der Entdeckung) zulässt (Art. 172 SIA-Norm 118).

## **(2) Welche Rechte stehen dem Verbraucher im Falle eines Mangels am Bauwerk zu, wenn den Unternehmer kein Verschulden trifft?**

### **Orientierungshilfe:**

#### ➤ Anspruch auf Nachbesserung

Ja, übermäßige Kosten der Nachbesserung vorbehalten (Art. 368 Abs. 2 OR), wobei sich das Übermaß im Lichte des Interesses bestimmt, das der Bauherr an der Nachbesserung hat. Diese Übermaßregel wird von der SIA-Norm 118 unverändert übernommen.

#### ➤ Recht zur selbständigen Mangelbeseitigung (persönlich oder durch Auftragsvergabe an einen anderen Unternehmer) mit Anspruch auf Kostenerstattung gegen den Unternehmer (Recht zur Selbstvornahme)

Grundsätzlich nein, es sei denn, der Unternehmer wird mit der geschuldeten Nachbesserung säumig. Dann hat der Bauherr einen Anspruch auf Ersatzvornahme, d.h. auf Nachbesserung durch einen Dritten auf Kosten und Gefahr des Unternehmers (Art. 366 Abs. 2 OR, analog). Zudem hat der Unternehmer die mutmaßlichen Kosten der Ersatzvornahme vorzuschießen (Rechtsprechung), wobei allerdings dieser Rechtsbehelf bei dringlichen Nachbesserungen faktisch versagt, da dieser Bevorschussungsanspruch im ordentlichen Verfahren durchgesetzt werden muss.

#### ➤ Recht zur Herabsetzung des Werklohns (Minderung)

Ja, nach Maßgabe der relativen Methode (theoretisch) bzw. nach Maßgabe der mutmaßlichen Reparaturkosten (tatsächliche Vermutung).

➤ Recht zur Vertragsauflösung

Wandelung kann bei Bauwerken nur in extremen Fällen verlangt werden (vgl. Art. 368 Abs. 3 OR).

- Kann der Verbraucher bereits dann Rechte geltend machen, wenn sich schon während der Bauphase, also noch vor Beendigung des Bauwerks, ein Mangel zeigt, oder muss er den vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermin abwarten?

Ja, nach Art. 366 Abs. 2 OR kann er schon während der Werkausführung unter Umständen Ersatzvornahme verlangen, wenn absehbar ist, dass das Werk vertragswidrig erstellt wird.

**(3) Welche Rechte stehen dem Verbraucher im Falle eines Mangels am Bauwerk über die unter Punkt (2) genannten hinaus zu, wenn den Unternehmer ein Verschulden trifft?**

**Orientierungshilfe:** Anspruch auf Schadensersatz? In welchem Umfang?

Der Besteller hat kumulativ zur Nachbesserung bzw. Minderung einen Anspruch auf Ersatz eines allfälligen Mangelfolgeschadens. Das Verschulden des Unternehmers wird präsumiert, wobei ihm aber der Exkulpationsbeweis zusteht (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR).

**(4) Verliert der Verbraucher seine Rechte, wenn er nach Fertigstellung des Bauwerks im Zeitpunkt einer etwaigen Akzeptanz (s.o. Teil B II.1.b) wegen sichtbarer Mängel keinen Vorbehalt erklärt? Wenn ja: Gilt dies auch im Falle einer Akzeptanzfiktion?**

Nach OR: Der Besteller hat das Bauwerk nach Ablieferung zu prüfen und allfällige Mängel sofort zu rügen, ansonsten verwirkt er seine Mängelrechte (Art. 367 OR). Geheime Mängel, also Mängel, die erst nachher erkennbar werden, hat er wiederum sofort zu rügen, mit gleicher Verwirkungsdrohung (Art. 370 OR).

**(5) In welchem Zeitraum müssen die Mängel auftreten, damit Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können?**

Die Verjährungsfrist von fünf Jahren (Art. 371 Abs. 2 OR), welche die Mängelrechte beschlägt, ist der Sache nach gleichzeitig eine absolute Verwirkungsfrist. In der Vertragspraxis ist für die Dichtigkeit von Flachdächern die Vereinbarung einer längeren Frist (10 Jahre) üblich.

**(6) Wie lang sind die Verjährungsfristen der unter (2) und (3) genannten Ansprüche? Wann beginnen sie zu laufen?**

Die Frist beträgt bei unbeweglichen Bauwerken fünf Jahre seit der Abnahme (Art. 371 Abs. 2 OR).

**(7) Wer trägt die Beweislast für die mangelhafte Bauausführung und das Verschulden des Unternehmers? Sonderproblem: Mehrere Baubeteiligte.**

Der Bauherr hat den Mangel zu beweisen, während das Verschulden des Unternehmers, das nur für den Mangelfolgeschaden relevant ist, vermutet wird.

Hier mag es Sie interessieren, dass sich in der SIA-Norm 118 hinsichtlich der Beweislast die folgenden Besonderheiten finden:

„Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer“ (Art. 174 Abs. 32 SIA-Norm 118). Diese Regel, die in den ersten zwei Jahren nach Abnahme gilt (während der sogenannten Rügefrist) und den Bauherrn begünstigt, wird nach Ablauf dieser Frist in ihr Gegenteil verkehrt, nämlich: „Wird streitig, ob ein behaupteter verdeckter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Bauherrn“ (Art. 179 Abs. 5 SIA-Norm 118).

**(8) Konkurrieren deliktische Schadensersatzansprüche frei mit vertraglichen Gewährleistungsansprüchen? Wie wirkt sich dieses Verhältnis in der Praxis aus?**

Ja, wobei wir der Auffassung sind, dass eine zulässige Freizeichnung von einer vertraglichen Haftung gemeinhin auch deliktische Ansprüche aus dem gleichen Ereignis erfasst. Diese Auffassung ist in der Schweiz allerdings umstritten. Die Anspruchskonkurrenz wirkt sich in der Praxis wenig aus. Bedeutsam wird sie etwa

dann, wenn Ersatzansprüche aus Werkvertrag verjährt sind (Art. 371 OR), die deliktsrechtliche Verjährung aber noch offen ist (Art. 60 OR). Zum Teil wird vertreten, dass auch die deliktische Forderung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass der Bauherr seiner werkvertraglichen Rügeobliegenheit nachgekommen ist.

## **b. Baumängel: Einzelaspekte**

### **(1) Falls der Verbraucher Nacherfüllung verlangt: Steht dem Unternehmer der Einwand des unverhältnismässigen Aufwandes zu?**

Ja, wobei nicht der Werklohn, sondern das Interesse des Bauherrn an der Mängelfreiheit des Werkes in die Abwägung der sich widerstreitenden Interessen einzustellen ist.

### **(2) Falls der Unternehmer einen Mangel beseitigt, der sich erst einige Zeit nach Akzeptanz des Bauwerks gezeigt hat: Schuldet der Verbraucher einen Vorteilsausgleich „Neu für Alt“ oder ein funktionales Äquivalent?**

Das ist nicht prinzipiell ausgeschlossen, wobei aber der Grundsatz gilt, dass eine entsprechende Belastung des Bauherrn an sich zu unterbleiben hat. Nach Treu und Glauben kann es sich aber ausnahmsweise rechtfertigen, den Bauherrn zu einer Ausgleichsleistung zu verpflichten. Aus unserer Sicht kann es sich aber durchaus rechtfertigen, den Bauherrn nach den Grundsätzen der Vorleistungsanrechnung zu belangen.

- Wenn ja: Hat der Verbraucher dafür auf Verlangen des Unternehmers vor Beginn der Nachbesserungsarbeiten Sicherheit zu leisten?

Nein.

### **(3) Falls der Verbraucher im Falle von Mängeln ein Selbstvornahmerecht mit anschließendem Kostenerstattungsanspruch hat: Kann er vor Durchführung der Selbstvornahme von dem Unternehmer einen Vorschuss verlangen?**

Ja, siehe auch oben.

### c. Gestaltungsmöglichkeiten der Baumängelhaftung

Sind folgende Regelungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers wirksam und in der Praxis üblich?

#### **(1) Völliger Ausschluss der Gewährleistung.**

Nach unserer Erfahrung unüblich. Was die Wegbedingung im Allgemeinen angeht, so steht ihre Gültigkeit unter dem Vorbehalt, dass der Unternehmer den Mangel nicht grobfahrlässig oder absichtlich verursacht hat (Art. 100 OR). Was allerdings die Haftung des Unternehmers für seine Erfüllungsgehilfen anbelangt, kann diese Haftung beliebig beschränkt werden (Art. 101 Abs. 2 OR). Allerdings wird auch in der Schweiz diskutiert, ob entsprechende Freizeichnungen bei Personenschäden generell nicht zulässig sind, also zur Teilnichtigkeit des (Werk-)Vertrags führen.

#### **(2) Ausschluss einzelner Gewährleistungsrechte.**

Wirksam unter dem Vorbehalt, den wir schon formuliert haben.

#### **(3) Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Mängel.**

Wirksam unter dem Vorbehalt, den wir schon formuliert haben.

#### **(4) Beschränkung der Gewährleistung auf bestimmte Teile des Werkes.**

Wirksam unter dem Vorbehalt, den wir schon formuliert haben.

#### **(5) Beschränkung der Gewährleistung auf Fälle schuldhaften Handelns.**

Wirksam, da die Kausalhaftung des Unternehmers nicht zwingend ist.

#### **(6) Beschränkung der Schadensersatzhaftung des Unternehmers auf unmittelbare Schäden.**

Das Werkvertragsrecht macht die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden nicht. Die Begrenzung erfolgt über das Erfordernis der Adäquanz des Kausalzusammenhangs. Allerdings kann etwa vereinbart werden, dass der Unternehmer für entgangenen Gewinn nicht haftet.

**(7) Kumulative Begrenzung der Schadensersatzhaftung des Unternehmers wegen leichter Fahrlässigkeit auf unmittelbare Schäden und auf Fälle wesentlicher Mängel.**

Siehe oben. An sich möglich und wirksam, wobei die Abrede, wie sie hier formuliert ist, nur die Haftung für Mangelfolgeschäden und nicht auch die kausale Mängelhaftung des Unternehmers berührt.

**(8) Begrenzung der Schadensersatzhaftung auf Fälle versicherbarer Risiken.**

Nach unserer Erfahrung ist diese Klausel in Bauwerkverträgen nicht gebräuchlich, wobei sich hier aber ohnehin das Problem stellt, dass die Betriebshaftpflichtversicherung des Unternehmers das Unternehmerrisiko gar nicht deckt.

**(9) Summenmäßige Begrenzung der Haftung des Unternehmers?**

Wirksam unter dem schon formulierten Vorbehalt.

**(10) Verweisung des Verbrauchers wegen seiner Gewährleistungsansprüche an Nachunternehmer.**

Bei Bauwerkverträgen ist das nach unserer Erfahrung nicht sehr verbreitet. Solche Vereinbarungen sind aber in der Vertragspraxis bei Kauf-/Werkverträgen recht häufig, wobei sich die Frage nach der Wirksamkeit der Abtretung von Mängelrechten stellt. Sicher aber ist, dass die Abtretung der Mängelrechte (gegen den Subunternehmer und/oder gegen die Lieferanten) durch den Hauptunternehmer (Zedent) an den Besteller (Zessionar) dessen Stellung jedenfalls dann tendenziell verstärkt, wenn der Hauptunternehmer nicht gleichzeitig dafür sorgt, dass seine eigene Haftung wegbedungen wird. Diese Problematik stellt sich insbesondere bei den Kauf-/Werkverträgen.

**(11) Veränderung der Beweislast zu Lasten des Verbrauchers.**

Nach unserer Erfahrung unüblich.

**(12) Veränderung der Gewährleistungs- und Verjährungsfrist zu Lasten des Verbrauchers.**

Üblich ist dies in Bezug auf technische Geräte, also namentlich wenn ein Generalunternehmer als Teil einer Bauleistung z.B. eine Küche einbaut. In solchen Fällen wird die Garantiefrist für die Küchenapparate – welche als Teil der Bauleistung eigentlich 5 Jahre betragen würde – auf die Garantiedauer beschränkt,



die der Apparatehersteller gewährt. Generelle Verkürzungen auf unter 5 Jahre sind nach unserer Erfahrung nicht üblich, aber wir schließen nicht aus, dass dies teilweise gemacht wird. Sicher aber verändert die SIA-Norm 118 die Mängelrügefrist zugunsten des Bauherrn, indem der Bauherr während der ersten zwei Jahre nach Abnahme von der (gesetzlich vorgesehenen) Pflicht zur Sofortrüge entbunden ist, Mängel also jederzeit und unabhängig vom Zeitpunkt der Entdeckung wirksam rügen kann.

#### **d. Andere Pflichtverletzungen des Unternehmers**

##### **(1) Wie ist die Rechtslage,**

- wenn der Unternehmer vertraglich zugesagte Fristen nicht einhält?

Das ist eine verzugsrechtliche Konstellation, in der der Besteller die einschlägigen Behelfe anrufen kann (Art. 366 Abs. 1 OR). Unter anderem ist er dieser Bestimmung zufolge berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten, ohne den Lieferungstermin abzuwarten. Dazu tritt der Anspruch auf Ersatz eines Verspätungsschadens, wenn den Unternehmer ein Verschulden oder eine Hilfspersonenhaftung trifft. Von professionellen Bauherren werden häufig Konventionalstrafen durchgesetzt, die aber zum Teil mit einem Bonus-System für die vorzeitige Vollendung des Werkes kombiniert werden.

- wenn zwar vertraglich keine Fristen bestimmt sind, der Unternehmer aber äußerst langsam arbeitet oder die Arbeit vorübergehend ganz einstellt?

**Orientierungshilfe:** Hat der Verbraucher einen Anspruch auf schnelleres Arbeitstempo bzw. Wiederaufnahme der Arbeit? Besteht ein Schadensersatzanspruch? Welche Rolle spielt ein etwaiges Verschulden des Unternehmers? Wie ist die Beweislastverteilung? Steht dem Verbraucher ein außerordentliches Vertragsauflösungsrecht zu? In welcher Form ist die entsprechende Auflösungserklärung abzugeben? Welche Folgen zieht die Ausübung eines solchen außerordentlichen Auflösungsrechts nach sich? Kann eine Verwirkung dieses Auflösungsrechts eintreten?

Auch hier kommt Art. 366 Abs. 1 OR zum Zuge. Zwar ist der Unternehmer in der Bestimmung seines Arbeitstempos frei. Doch ist der Besteller geschützt, wenn sich absehen lässt, dass das Werk bei dem vom Unternehmer angeschlagenen Arbeitstempo nicht rechtzeitig vollendet werden wird.

**(2) Welche von den soeben angesprochenen gesetzlichen Regelungen abweichenden Klauseln finden sich üblicherweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers? Sind diese Klauseln wirksam?**

Zu verweisen ist auf die Art. 94 ff. der SIA-Norm 118, wo vor allem auch geregelt wird, ob der Unternehmer in den Fällen, in denen sich zeigt, dass die vertraglichen Fristen nicht eingehalten werden können, zusätzliche Vorkehrungen zu treffen hat und ob er für diese Vorkehrungen zu vergüten ist. Trifft den Unternehmer an der Verzögerung kein Verschulden, hat er entsprechende Vorkehrungen nur zu treffen, wenn der Bauherr einwilligt. Dann aber hat er Anspruch auf zusätzliche Vergütung im Umfang der nachgewiesenen Mehrkosten. Nach Art. 97 SIA-Norm 118 haften sich Bauherr und Unternehmer gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen.

## **D. Prozessuale Durchsetzung des Verbraucherschutzes**

- Sieht das Rechtssystem Ihres Staates für Verbraucherschutzverbände o.ä. eine Möglichkeit vor, gegen Unternehmer vorzugehen, die sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben zum Verbraucherschutz halten?

**Orientierungshilfe:** abstrakte Unterlassungsklagen, Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs, Prozessstandschaft bei konkreten Verbraucher-Unternehmerstreitigkeiten etc.

Für den Baubereich bestehen keine spezifischen Verbraucherschutzregeln.

## **E. Nicht angesprochene Probleme**

- Gibt es im Bereich des Verbraucherbauvertragsrechts in Ihrem Land schwerwiegende Probleme, die im vorliegenden Fragebogen nicht angesprochen worden sind?