



## Wortprotokoll der 105. Sitzung

### **Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz**

Berlin, den 22. Juni 2016, 17:54 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Dr. Johannes Fechner, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

### **Einzigiger Tagesordnungspunkt**

**Seite 11**

Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

**BT-Drucksache 18/8486**

#### **Federführend:**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

#### **Mitberatend:**

Ausschuss für Wirtschaft und Energie  
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und  
Reaktorsicherheit

#### **Gutachtlich:**

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

#### **Berichterstatter/in:**

Abg. Dr. Hendrik Hoppenstedt [CDU/CSU]  
Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]  
Abg. Karin Binder [DIE LINKE.]  
Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]









<b>Anwesenheitslisten</b>	<b>Seite 3</b>
<b>Anwesenheitsliste Sachverständige</b>	<b>Seite 8</b>
<b>Sprechregister Abgeordnete</b>	<b>Seite 9</b>
<b>Sprechregister Sachverständige</b>	<b>Seite 10</b>
<b>Zusammenstellung der Stellungnahmen</b>	<b>Seite 40</b>



**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz  
(6. Ausschuss)  
Mittwoch, 22. Juni 2016, 17:45 Uhr**

**Anwesenheitsliste**

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
<b>CDU/CSU</b>		<b>CDU/CSU</b>	
Brandt, Helmut	_____	Bosbach, Wolfgang	_____
Heck Dr., Stefan	_____	Fabritius Dr., Bernd	_____
Heil, Mechthild	_____	Frieser, Michael	_____
Hirte Dr., Heribert	_____	Gutting, Olav	_____
Hoffmann, Alexander		Harbarth Dr., Stephan	_____
Hoppenstedt Dr., Hendrik	_____	Henrich, Michael	_____
Launert Dr., Silke	_____	Heveling, Ansgar	_____
Luczak Dr., Jan-Marco	_____	Jörrißen, Sylvia	_____
Monstadt, Dietrich	_____	Jung Dr., Franz Josef	_____
Ripsam, Iris		Lach, Günter	_____
Rösel, Kathrin	_____	Lerchenfeld, Philipp Graf	_____
Seif, Detlef	_____	Maag, Karin	_____
Sensburg Dr., Patrick	_____	Noll, Michaela	_____
Steineke, Sebastian	_____	Schipanski, Tankred	_____
Sütterlin-Waack Dr., Sabine		Schnieder, Patrick	_____
Ullrich Dr., Volker	_____	Stritzl, Thomas	_____
Wanderwitz, Marco	_____	Weisgerber Dr., Anja	_____
Wellenreuther, Ingo	_____	Woltmann, Barbara	_____
Winkelmeier-Becker, Elisabeth	_____		_____
			
			
			

Stand: 20. Juni 2016

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz  
(6. Ausschuss)  
Mittwoch, 22. Juni 2016, 17:45 Uhr**

**Anwesenheitsliste**

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
<b>SPD</b>		<b>SPD</b>	
Bartke Dr., Matthias	_____	Barley Dr., Katarina	_____
Brunner Dr., Karl-Heinz	_____	Binding (Heidelberg), Lothar	_____
Drobinski-Weiß, Elvira	_____	Franke Dr., Edgar	_____
Fechner Dr., Johannes		Hartmann (Wackernheim), Michael	_____
Flisek, Christian	_____	Högl Dr., Eva	_____
Groß, Michael	_____	Lischka, Burkhard	_____
Hakverdi, Metin	_____	Miersch Dr., Matthias	_____
Jantz-Herrmann, Christina	_____	Müller, Bettina	_____
Rode-Bosse, Petra	_____	Müntefering, Michelle	_____
Rohde, Dennis	_____	Özdemir (Duisburg), Mahmut	_____
Steffen, Sonja	_____	Schieder, Marianne	_____
Wiese, Dirk	_____	Vogt, Ute	_____
<b>DIE LINKE.</b>		<b>DIE LINKE.</b>	
Binder, Karin		Jelpke, Ulla	_____
Petzold (Havelland), Harald	_____	Lay, Caren	_____
Wawzyniak, Halina	_____	Pitterle, Richard	_____
Wunderlich, Jörn	_____	Renner, Martina	_____
<b>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN</b>		<b>BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN</b>	
Keul, Katja		Beck (Köln), Volker	_____
Künast, Renate	_____	Kühn (Tübingen), Christian	_____
Maisch, Nicole	_____	Mihalic, Irene	_____
Ströbele, Hans-Christian	_____	Notz Dr., Konstantin von	_____

Stand: 20. Juni 2016

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



---

### Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz

(6. Ausschuss)

Mittwoch, 22. Juni 2016, 17:45 Uhr

---

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU	_____	_____
SPD	_____	_____
DIE LINKE.	_____	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	_____	_____

### Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
DIE TITHE	CDU/CSU	
Ottmann, Juliane	B90/Grüne	
Muschalke, Jana	LINKE	
Göpp, Vera	CDU/CSU	
Meynen, Clara	B90/Grüne	
WILL, NICOLA	SPD	
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____
_____	_____	_____

Stand: 23. Februar 2015  
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

**Bundesrat**

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amts-bezeichnung
Baden-Württemberg			
Bayern	Bauer, Martin		RD
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen			
Mecklenburg-Vorpommern			
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen			
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen	Balt, Andrea		RD
Sachsen-Anhalt			
Schleswig-Holstein			
Thüringen	Bieder		RLG



Anwesenheitsliste der Sachverständigenzur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz  
am Mittwoch, 22. Juni 2016, 17.45 Uhr

Name	Unterschrift
<b>Olaf Lenkeit</b> Rechtsanwalt, Berlin	
<b>Peter Mauel</b> Bauherren-Schutzbund e. V., Berlin 1. Vorsitzender und Rechtsanwalt	
<b>Dipl.-Ing. Corinna Merzyn</b> Verband Privater Bauherren e. V., Berlin Hauptgeschäftsführerin, Architektin	
<b>Dr. Philipp Mesenburg</b> Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V., Berlin Rechtsanwalt, Justiziar/Hauptabteilungsleiter	
<b>Christin Moldenhauer</b> ZVEI – Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e. V., Frankfurt am Main Vorsitzende des Ausschusses Vertragsrecht im ZVEI	
<b>Prof. Dr. Thomas Pfeiffer</b> Universität Heidelberg Geschäftsführender Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht	
<b>Dr. Manja Schreiner, LL.M.</b> Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V. (ZDH), Berlin Leiterin der Abteilung Organisation und Recht	
<b>Prof. Stefan Leupertz</b> Deutscher Baugerichtstag e. V., Hamm Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.	





## **Sprechregister Abgeordnete**

	Seite
<b>Karin Binder (DIE LINKE.)</b>	<b>21, 30</b>
<b>Dr. Johannes Fechner (SPD)</b>	<b>11, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39</b>
<b>Alexander Hoffmann (CDU/CSU)</b>	<b>23</b>
<b>Dr. Hendrik Hoppenstedt (CDU/CSU)</b>	<b>20, 30, 31</b>
<b>Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>21, 31</b>
<b>Eckhard Pols (CDU/CSU)</b>	<b>21, 30</b>
<b>Iris Ripsam (CDU/CSU)</b>	<b>32</b>
<b>Lena Strothmann (CDU/CSU)</b>	<b>31</b>
<b>Dr. Sabine Sütterlin-Waack (CDU/CSU)</b>	<b>30</b>
<b>Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU)</b>	<b>22</b>



## **Sprechregister Sachverständige**

	Seite
<b>Olaf Lenkeit</b> Rechtsanwalt, Berlin	<b>11, 28, 32, 33</b>
<b>Prof. Stefan Leupertz</b> Deutscher Baugerichtstag e. V., Hamm Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D.	<b>12, 27, 33</b>
<b>Peter Mauel</b> Bauherren-Schutzbund e. V., Berlin 1. Vorsitzender und Rechtsanwalt	<b>14, 34</b>
<b>Corinna Merzyn</b> Verband Privater Bauherren e. V., Berlin Hauptgeschäftsführerin, Architektin	<b>15, 26, 35</b>
<b>Dr. Philipp Mesenburg</b> Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V., Berlin Rechtsanwalt, Justiziar/Hauptabteilungsleiter	<b>16, 25</b>
<b>Christin Moldenhauer</b> ZVEI – Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e.V., Frankfurt am Main Vorsitzende des Ausschusses Vertragsrecht im ZVEI	<b>17, 25, 37, 38</b>
<b>Prof. Dr. Thomas Pfeiffer</b> Universität Heidelberg Geschäftsführender Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht	<b>18, 24, 30</b>
<b>Dr. Manja Schreiner</b> Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V. (ZDH), Berlin Leiterin der Abteilung Organisation und Recht	<b>19, 23, 38</b>



Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich darf Sie ganz herzlich begrüßen zu unserer heutigen Anhörung. Ich begrüße ganz besonders – und darf mich schon für das Erscheinen bedanken – die Damen und Herren Sachverständigen. Ich begrüße alle Abgeordneten, nicht nur die aus dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, sondern auch aus den anderen Ausschüssen. Schön, dass Sie hier sind zu diesem wichtigen Thema. Ich begrüße die Vertreter der Bundesregierung und natürlich alle Gäste auf der Tribüne. Alle Fraktionen sind jetzt auch vertreten. Ich darf zunächst um Verständnis für die Verschiebung bitten: Wir hatten gerade die Debatte im Plenum zum 75. Jahrestag des Überfalls auf die Sowjetunion, und da wollten wir allen Gelegenheit geben, hier noch teilzunehmen.

Wir beschäftigen uns heute mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung. Ich glaube, ich brauche nicht näher einzuführen in die Gesetzesthematik, da Sie alle in der Sache drin sind. Ich möchte gleich drauf hinweisen, dass Herr Professor Pfeiffer gern um 19.30 Uhr gehen würde bzw. gehen muss, weil er morgen prüfen muss im ersten Staatsexamen. Also der Hinweis: Wer Fragen an Professor Pfeiffer hat, sollte sich vielleicht gleich zu Beginn melden. Dann steigen wir ein mit den Regularien. Zunächst bekommen Sie, liebe Sachverständige, die Gelegenheit zu einem Eingangsstatement, beschränkt auf fünf Minuten. Oben wird Ihnen die Zeit angezeigt – wenn Sie drüber sind, wird es rot leuchten. Ich darf Sie bitten, die Zeit einzuhalten, damit alle zu Wort kommen und wir noch Zeit haben zur Diskussion. Wir haben dann die Fragerunde, die so aussieht, dass jeder der Abgeordneten zwei Fragen stellen kann. So sind bei uns die Regularien. Wenn Sie mehrere Fragen haben, verpacken Sie es geschickt, dann muss ich nicht eingreifen, aber wir haben mehrere Fragerunden. Wir haben genügend Zeit und Fragemöglichkeiten. Die Sitzung ist öffentlich, darauf möchte ich Sie noch hinweisen. Es wird eine Tonaufzeichnung gemacht und ein Wortprotokoll durch das Sekretariat erstellt. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Wir beginnen in alphabetischer Reihenfolge. Nachher bei den Fragen machen wir es dann umgekehrt,

da beginnen wir mit Frau Dr. Schreiner in der Antwortrunde. Jetzt darf ich aber Ihnen, Herr Lenkeit, das Wort erteilen. Bitte schön.

**SV Olaf Lenkeit:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, zu Beginn der Anhörung steht die Stellungnahme eines Baupraktikers, der seit über 20 Jahren im Baurecht für verschiedene Baubeteiligte berät, insbesondere für kleinere Handwerksbetriebe, Baubetriebe oder Verbraucher. Mit dem heute zu beurteilenden Gesetzentwurf werden zwei verschiedene Themen abgehandelt. Die Regelungen zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung beruhen auf der Entscheidung des EuGH, die ein deutlich weiteres Verständnis von dem Umfang der Nacherfüllung aufzeigt, als es bisher in unserem Rechtsdenken, insbesondere im deutschen Recht nach der Schuldrechtsreform, der Fall war. Aus meiner Sicht erfreulich verzichtet der Entwurf darauf, die vom BGH angedeutete, gespaltene Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung festzuschreiben. Das hat dann natürlich zur Folge, dass der Pflichtenkreis des Unternehmers sich etwas erweitert. Aber mit der gesetzlichen Regelung geht eine Stärkung der Handwerker einher, und diese Stärkung der Handwerker ist zugleich ein Beitrag zum Verbraucherschutz, weil nämlich jetzt die Möglichkeit besteht, den Verursacher des Fehlers in die Haftung und in die Verantwortung zu nehmen. Es wäre zu bedenken, ob diese Schutzrichtung des Gesetzes weitgehend leerläuft, wenn die Regelungen nicht AGB-fest (Allgemeine Geschäftsbedingungen [AGB]) ausgestaltet sind. Bedenklich wäre aus meiner Sicht auch, wenn in einem Vertrag, wo der Handwerker den Einbau vornimmt, das Vertragsverständnis dahin gehen soll, dass dem Verkäufer das Recht zustehen soll, den Einbau vorzunehmen, weil damit natürlich in das Verhältnis Bauhandwerker/Endverbraucher eingegriffen wird.

Für die baurechtlichen Bestimmungen ist seit langem erheblicher Bedarf der Umsetzung gesehen worden. Einer der volkswirtschaftlich bedeutendsten Vertragstypen – mit der Besonderheit, dass er eben eine langgestreckte Vertragsabwicklung beinhaltet – soll jetzt gesetzlich aus dem 19. Jahrhundert geholt werden. Die Reform hat einen langen Vorlauf.



Es gab die Tagung beim Baugerichtstag. Es gab eine mehrjährige Arbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium. In der Diskussion in dieser Arbeitsgruppe, die erfreulich sachlich stattgefunden hat und die breit aufgestellt war, sind vor allem auch gefundene Zwischenergebnisse kritisch hinterfragt worden. Es sind Abstimmungen gemacht worden mit den verschiedenen Themen – passt das denn am Ende alles noch? Und es ist aus meiner Sicht ein homogenes Ergebnis gefunden worden. Vor allem ist das Ergebnis der Arbeitsgruppe mit dem Ziel gelandet, eine gesicherte gesetzliche Grundlage für die Abwicklung des Bauvertrages zu schaffen und einen Leitbildcharakter für den Bauvertrag zu schaffen und Vorbild für vertragliche Gestaltungen zu werden. Das BMJV hat erfreulicherweise mit dem Referentenentwurf diese Ergebnisse umgesetzt. Der zweite Regelungskorb ist nicht gekommen. Mit den Bestimmungen zur Mängelgewährleistung kann man leben, weil die Praxis und die Rechtsprechung sich entwickelt haben. Was allerdings aufgenommen werden sollte, sind die Vorschläge zur Mängelhaftung vor der Abnahme, die nicht mit geregelt worden sind, und die sollten dringend berücksichtigt werden. Diese homogene Gestaltung des Referentenentwurfes ist danach aus meiner Sicht etwas zerlöchert worden, insbesondere was die Anordnungsrechte betrifft. Da hat man entdeckt, dass möglicherweise andere Vertragsabwicklungen günstiger sind. Jetzt bleiben für die Anordnungsrechte im Grunde die Verbraucher als Ansprechpartner des Gesetzes übrig. Deren Rechtsstellung hat sich allerdings in diesem Bereich deutlich verschlechtert, insbesondere, wenn man jetzt als Verbraucher eine Änderung der Bauleistung wünscht. Dann wird es nach dem jetzigen Entwurf bei einer überhöhten Abschlagsforderung ihm wahrscheinlich zuzumuten sein, nicht nur das Sachverständigenverfahren einzuleiten, sondern auch mit einem einstweiligen Verfügungsverfahren in Vorleistung zu gehen. Diese Vorleistungspflicht entspricht nicht dem europäischen Verbraucherrecht. Da sollte noch eine Änderung vorgenommen werden. Das Ziel der Reform war vor allem eine Verbesserung des Verbraucherschutzes. Deswegen ist wichtig, dass es schnell umgesetzt wird. Aber es war auf jeden Fall eine Absenkung des Verbraucherschutzes nicht beabsichtigt, und an einem

wesentlichen Punkt wird eben dieses Ziel nicht erreicht: Durch die Verschiebung der verbraucherschützenden allgemeinen Vorschriften aus den jetzigen Gesetzen in den Titel des Verbraucherbauvertrages werden nur noch die großen Bauverträge erfasst. Das heißt, die verbraucherschützenden Vorschriften – keine Sicherheitsleistung bzw. die Erfüllungssicherheit von fünf Prozent bei den Abschlagszahlungen – werden jetzt nur noch für die großen, die ganzheitlichen Bauverträge nach europäischer Denkart angewendet werden. Damit entfällt nicht nur die Vertragserfüllungssicherheit, sondern auch das, was in der Arbeitsgruppe angedacht wurde, nämlich die Deckelung vertraglicher Sicherheiten. Das wird dazu führen, dass die Verbraucher damit rechnen müssen, dass die Aufspaltung der ganzheitlichen Verträge, zum Beispiel in Roh- und Ausbauperträge, erfolgt, dass vollständig die Vergabe von Planungsleistungen für den Architekten entfällt und dass den Verbrauchern im Grunde angeraten werden muss, diese Vertragskonstellationen zu überdenken. Das wird nicht nur dazu führen, dass die Verbraucher in den großen Verträgen schlechter gestellt sind, sondern eine ganze Anzahl von kleineren und mittelständischen Architektenbüros, die davon leben, werden betroffen sein und werden ihr Arbeitsfeld verlieren. Und damit ist diese Art der Regelung nicht nur verbraucherfeindlich, sondern auch mittelstandsfeindlich für diese Büros. Weiteres eventuell auf Nachfrage. Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

**SV Prof. Stefan Leupertz:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich sitze hier als Präsident des Deutschen Baugerichtstages und ehemaliger Richter am Bundesgerichtshof. In beiden Funktionen möchte ich voranstellen, dass ich dieses Gesetz ausdrücklich begrüße. Ich möchte betonen, dass all das, was es zum Verbraucherrecht zu lesen gibt – insbesondere auch zum Sonderrecht Architekten-, Ingenieure- und Baurägerrecht als Aufsatzpunkt für weiteres –, dass das ein Quantensprung sein wird und ein wichtiger Schritt für ein funktionierendes Bauvertragsrecht. Da kann man über viele Kleinigkeiten nachdenken, das will ich nicht tun, schon allein, wenn ich auf fünf Minuten schaue. Ich möchte mich auf zwei wichtige Punkte konzentrieren in meinem Eingangsstatement, die ein wichtiges Anliegen dieses Gesetzesvorhabens



betreffen, und über die wir über Jahre in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht diskutiert haben. Das ist das Vorhaben, ein ausgewogenes, gerechtes Leitbild, einen Leitgedanken im Gesetz zu verankern für das Austarieren der Rechte und Pflichten in einem strukturell sehr komplexen Bauvertrag, der zudem noch Anlass dafür ist, dass sehr viel Geld bewegt wird. Ich sage nur ein Stichwort: havarierte Großprojekte – kennen wir alle. Ich möchte betonen, dass ganz viele Großprojekte auch gut funktionieren.

Der Aufsatzpunkt für mein Eingangsstatement ist die Sorge, dass zentrale Vorschriften, die im Referentenentwurf ursprünglich etwas anders geregelt waren, durch den Regierungsentwurf meiner Ansicht nach geschwächt, wenn nicht sogar gefährdet werden. Das betrifft die Vorschriften § 650b und § 650c des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) im Entwurf, die ein Anordnungsrecht vorsehen. Das muss auch sein; das ist aber belastet mit einem „Einigungsmodell“ unter Einschaltung eines Sachverständigen, das in der Praxis kontraproduktiv sein wird, weil es wieder Zeit benötigt und weil es wieder die Obstruktion einer Partei, die unwillig ist an einer Einigung mitzuwirken, eher befördert als verhindert. Deshalb meine ich, dass dieses Einigungsmodell – jedenfalls die Einschaltung eines Sachverständigen – unbedingt überdacht werden sollte. Der nächste Punkt, der mir Sorgen bereitet, ist das Modell bzw. die unbedingt benötigte Eilentscheidung für die Fälle, die gerade nicht zu einer Einigung finden, wo ein unglaubliches Drohpotential auf der einen Seite besteht, indem man dem Unternehmer die nötige Liquidität versagt und sagt: Klag' doch mal, dann sehen wir uns in fünf Jahren wieder. Und auf der anderen Seite kann der Unternehmer in bestimmten Situationen sagen, wenn du mir jetzt nicht das zahlst, was ich haben will, stelle ich dir die Baustelle ein. Beides ist gleich schlimm, beides darf nicht sein. Beim Modell einer einstweiligen Verfügung – sowohl für die Frage der Zumutbarkeit einer einseitigen Änderungsanordnung nach § 650b BGB als auch bei der Preisanpassung für die Frage, wie hoch denn dieser vorläufig bindende Preis ist, den du zahlen musst – habe ich ganz große Sorge, dass es jedenfalls mit dem vorgeschalteten Einigungsmodell nicht funktionieren wird. Das sind überaus komplexe Sachverhalte, die entschieden

werden müssen. Wenn diese im normalen einstweiligen Verfügungsverfahren ohne Expertise der entscheidenden Richter, denen man dann keinen Vorwurf machen kann, entschieden werden müssen, besteht die große Gefahr, dass die Praxis nicht das bekommt, was sie benötigt, nämlich verständige und Streit beendende Entscheidungen. Hinzu kommt: Es wird eine enorme Belastung der Gerichte geben, gerade bei § 650c BGB. Die Frage des angepassten Preises an notorisch veränderte Umstände wird – wenn man das beibehält und auch das ist kritisch zu betrachten – dazu führen, dass der Auftragnehmer 80 Prozent seines Nachtragsangebotes erst mal betreiben kann. Das können sie über die Schlussrechnung nachher abrechnen, aber das erst vier, fünf Jahre später. Wer weiß, ob es den Unternehmer dann noch gibt. Dagegen kann sich der Auftraggeber nach dem jetzigen Modell nur mit einer einstweiligen Verfügung wehren, wieder vorgeschaltet mit dem Einigungsversuch und der Einschaltung eines Sachverständigen, der meiner Ansicht nach da nichts zu suchen hat. Das werden Massenverfahren, denn damit ist der Anreiz für den Unternehmer gesetzlich geregelt. Ich verstehe, warum man das macht – man will auf diese Weise das Geld fließen sehen – aber der Anreiz für den Unternehmer besteht ganz klar, und da muss man nicht Gut und Böse brandmarken. Es wird massenhaft überhöhte Nachtragsangebote geben, und davon 80 Prozent ist immer noch ein Wort. Und dagegen kann sich der Auftraggeber, zu dem übrigens auch der Bund gehört, dann nur durch eine einstweilige Verfügung wehren. Das halte ich in der Praxis für nicht durchführbar. Und ein letztes Wort. Ich bitte noch mal über die VOB (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen [VOB], Teil B [VOB/B]) nachzudenken, vielleicht auch im weiteren Durchgang. Die Teilprivilegierung der VOB ist – und da reden wir nicht über verfassungsgemäß oder nicht – im Prinzip ein Statement gegen das eigene Gesetz, weil man ein als unvollkommen und nicht funktionierendes System erkanntes Regelwerk im Prinzip für die öffentliche Hand und damit auch für die Großwirtschaft wieder zum Standard erhebt. Damit zieht man seinem eigenen Gesetzesvorhaben den Stecker und deshalb sind das für mich die Big-Points, die ich in meinem Einleitungsstatement gerne ansprechen wollte.



**SV Peter Mauel:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, aus Verbrauchersicht möchte ich vorausschicken, dass die Gesetzesinitiative selbst sowie das, was letztendlich jetzt als Vorlage vorhanden ist, deshalb zu begrüßen ist, weil eine ganze Reihe von Regelungen darin sind, die wir dringend vermisst haben. So triviale Dinge, die aber in der Praxis eine riesengroße Bedeutung haben, wie das Widerrufsrecht oder die Baubeschreibungspflicht; selbst so simple Dinge, wie die Verpflichtung zur Herausgabe von Unterlagen durch den Unternehmer oder aber Angaben zur Ausführungszeit. Die tägliche Praxis, die ich seit über 35 Jahren in diesem Baubereich erlebe, ist die, dass solche Dinge tatsächlich nicht funktioniert haben. Und jetzt haben wir eine gesetzliche Regelung, darüber freuen sich Verbraucher. Es ist sehr wichtig, auch aus unserer Sicht, dass das Gesetz möglichst rasch kommt. Allerdings gibt es in der Tat Punkte, bei denen wir Schwierigkeiten haben. Der erste Punkt ist – der Kollege Lenkeit hat das bereits gesagt – der Bereich der sogenannten großen Vorhaben. Teilleistungen, die beispielsweise bei vielen Unternehmen mittlerweile als Ausbaupakete angeboten werden, fallen schon nicht mehr darunter. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis die entsprechenden Anbieter in der Lage sind, Pakete zu bieten, die alle unter den sogenannten großen Bauleistungen liegen, und damit ein Unterlaufen der gesetzlichen Regelungen möglich ist. Es sollten also auch kleinere Leistungen einbezogen werden, insbesondere bei den Verbraucherverträgen. Der zweite Punkt ist die kaufrechtliche Mängelhaftung. Ein Thema, das zunächst einmal dem Kaufrecht zugeordnet ist, aber in Wahrheit für den Werkvertragsbereich eine erhebliche Bedeutung hat. Der Aspekt, dass das zweite Andienungsrecht für den Verkäufer für den jeweiligen Werkunternehmer die Verpflichtung beinhalten kann, hinzunehmen, dass der nun tatsächlich auch das Wahlrecht hat, das mangelhafte Teil ein- und auszubauen, führt bei der zweiten Vertragskette, die wir zu beachten haben, zu unlösbaren Konflikten. Aus unserer Sicht hat der Verbraucher oder Besteller einen Vertrag mit einem von ihm ausgewählten Handwerker. Das eingebaute Teil ist fehlerhaft. Dann muss dieser Verbraucher bzw. Besteller nach der derzeitigen Situation hinnehmen, dass sich der Händler, Großhändler oder Lieferant des

kleinen Teils auf seiner Baustelle bewegt. Die Abgrenzung zu den Gewährleistungsbereichen ist gar nicht mehr möglich. Es ist überhaupt nicht mehr möglich zu koordinieren, wer springt denn da auf meiner Baustelle rum. Und es ist nur eine Frage der Zeit, bis sogenannte OBI-Truppen dann irgendwann einmal auf den Baustellen tatsächlich die maßgebenden Arbeiten zusammen beim Ein- und Ausbau machen ohne Abgrenzungsmöglichkeit. Das ist für uns ein echtes Problem; eigentlich ein Problem, das aus dem Kaufrecht kommt, aber ins Werkvertragsrecht ausstrahlt. Gelöst werden muss die Problematik, wie die Ausstrahlung dieser kaufrechtlichen Andienungsrechte in das Werkvertragsrecht umgesetzt wird. Das ist lösbar.

Ein zweiter großer und wichtiger Punkt für uns ist der Komplex Anordnungsrechte. Hierzu ist bereits sehr viel gesagt worden. Die derzeitige Novellierung ist die garantiert sichere Methode zu verhindern, dass es schnell geht. Der Sachverständige vor der einstweiligen Verfügung ist die Garantie dafür, dass nichts klappt. Das funktioniert nicht schnell. Und eine einstweilige Verfügung ohne weitere tatsächliche Bestimmungsinhalte ist sehr problematisch. Vor allen Dingen gibt es sie zweimal. Der Verbraucher, der nachher die Schwierigkeit hat, dass er sich gegen die überhöhte Forderung für den Nachtrag wehren will, der muss sich gegen die Höhe wehren, und er muss sich gegen den Grund wehren. Das heißt, das ist eine Belastung für den Verbraucher; die ist auch verfahrenstechnisch nur sehr schwer zu stemmen. Es gibt dann noch eine Wunschliste, die wir eigentlich hatten, von der wir wissen, dass sie schwer erfüllbar ist. Diese Wunschliste sind Dinge wie zum Beispiel: Warum gibt es kein Recht zur fristlosen Kündigung bei Insolvenz des Auftragnehmers? Der BGH hat jetzt vor wenigen Wochen eine Lösung gefunden für den Eigeninsolvenzantrag und gesagt: Wenn der Unternehmer selbst schon sagt, ich kann nicht mehr, dann kann man auch fristlos kündigen. Aber wer sich einmal in der Praxis angeschaut hat, wie das ist, wenn ein Unternehmer insolvent geht und was der Verbraucher allein in zeitlicher Hinsicht dann für Probleme hat, der weiß, welche Schäden da entstehen. Nach den Ermittlungen, die wir gemacht haben, sind es im Mittel über 40.000 Euro pro Fall. Das können viele Verbraucher nicht mehr stemmen. Zweite Wunschliste: Wir haben uns immer schon



gefragt, warum im Business-to-Business-Bereich (B2B) eine Gewährleistungssicherheit selbstverständlich ist, im Verbraucherbereich aber nicht. Wir würden uns wünschen, dass irgendwann einmal eine gesetzliche Regelung kommt, wonach auch da eine entsprechende Sicherheit formuliert werden kann. Ansonsten sind viele – und ich betone es noch mal – Regelungen enthalten, die für uns sehr wichtig sind und deren Zustandekommen wir wünschen. Vielen Dank.

**SVe Corinna Merzyn:** Herzlichen Dank. Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, ich kann im Grunde genommen erstmal alles unterschreiben, was meine Vorredner gesagt haben. Ich will aber trotzdem den Fokus auf einen Punkt legen, nämlich die Eilbedürftigkeit dieses Gesetzesvorhabens, da wir für die privaten Bauherren, sprich für die Verbraucher-Bauherren sprechen. Wenn man einmal allein die Zahlen der letzten Jahre nimmt: Es werden pro Jahr ungefähr 100.000 Einfamilienhäuser und Zweifamilienhäuser gebaut, zuzüglich zirka 150.000 Eigentumswohnungen für private Bauherren im Moment. Das heißt: 250.000 betroffene Bauherren, Familien – und das sind in der Regel mehrere Personen – pro Jahr. Das heißt jeden Monat, den dieses Gesetz nicht in Kraft tritt mit seinen wichtigen Verbraucherregelungen, sind 21.000 Bauherren-Familien betroffen vom Status quo. Und insofern möchte ich den Fokus darauf legen, wie wenig praxisgerecht die derzeitigen Regelungen sind. Derzeit ist eine Baubeschreibung in keiner Weise normiert. Das heißt, der Bauherr muss im Grunde genommen die Katze im Sack kaufen, weil er sich häufig als Bau-Laie gar nicht im Klaren darüber ist, welche Details er abfragen sollte für einen schlüsselfertigen Bauvertrag – wohlgemerkt, es geht immer nur um schlüsselfertige Verträge für gesamte Häuser. Zweitens kann er natürlich aufgrund dieser Katze im Sack ausschließlich nach dem Preis entscheiden. Eine echte Qualitätsentscheidung, ein echter Qualitätsvergleich ist nicht möglich. Insofern können auch qualitätsvolle Baufirmen gar nicht in einen Vergleich oder in einen Wettbewerb ihrer Qualitäten eintreten. Sie müssen in der Folge im Grunde genommen auch preisgeschnittene Angebote abgeben, wenn sie beim Bauherren zum Zug kommen wollen. Gute Arbeitsbedingungen und gute Bezahlung sind so

eigentlich schlecht machbar. Die Bauzeit ist nicht verbindlich angegeben, das heißt, der Bauherr muss möglicherweise darauf vertrauen, dass das, was der Unternehmer ihm nicht rechtssicher versprochen hat – so zwischen Tür und Angel – zutrifft. In Wirklichkeit aber hat er lange Zeiten, in denen er unerwartet doppelte Miete zahlen muss und seine Finanzierung schon bedienen muss. Das ist ein schwieriger Fall. Wir haben in einer Untersuchung aus dem Jahr 2009 festgestellt, dass allein im AGB-Bereich 97 Prozent aller angebotenen Bauverträge schlüsselfertiger Art für private Bauherren tatsächlich schon AGB-rechtlich zu beanstanden und grob mangelhaft sind. Dennoch soll der private Bauherr mit genau dieser Investition seine Altersvorsorge aufbauen. Nach Allensbach und Institutsumfragen sind Zweidrittel aller Deutschen der Meinung, dass eine eigene Immobilie die ideale Altersvorsorge wäre. Professor Raffelhüschen hat festgestellt, dass 30 Prozent aller Altersvorsorgemittel inklusive der gesetzlichen Rentenmittel durch Immobilien gebildet werden. Die Deutsche Bundesbank, die die Renten nicht reingerechnet hat, sagt: 50 Prozent des Vermögens der Deutschen ist in Immobilien zu finden. Es sind also wirklich existentielle Punkte, um die es geht. Insofern ist auch der Herausgabeanspruch der Bauunterlagen ganz wichtig. Dazu gehören beispielsweise Dinge, die der Bauherr braucht, um gegenüber Behörden Nachweise führen zu können. Der Weg vor Gericht – sagen insbesondere manche Juristen –, der steht dem Bauherrn natürlich offen, gerade, wenn schon der Vertrag nicht AGB-konform ist. Professor Leupertz hat aber schon gesagt: Das durchschnittliche Gerichtsverfahren in Bausachen dauert zwischen drei und fünf Jahren. In den Zeiten muss der private Bauherr das Gerichtsverfahren vorfinanzieren; in der Regel geht es da um hohe Summen. Und er hat das Risiko – die Baubranche ist nach wie vor trotz besserer Baukonjunktur in den Spitzenplätzen der Insolvenzstatistiken zu finden –, dass der Vertragspartner am Ende nicht mehr greifbar ist. Also ist zum Weg vor Gericht eigentlich nicht sinnvoll zu raten. Außerdem ist häufig kein Markt vorhanden, denn in einer bestimmten Lage ist der Bauherr häufig auf nur einen Anbieter zurückgeworfen, der überdies dann möglicherweise auch noch genügend andere Interessenten hat, wenn der Bauherr verhandeln



will. Insofern sind da verbindliche Regelungen ganz wichtig. Kritikpunkte sind schon formuliert worden. Da können wir uns weitgehend anschließen; die sind auch in unserer Stellungnahme zu finden. Aber ich bitte wirklich noch mal, daran zu denken: Pro Monat, den dieses Gesetz nicht in Kraft tritt, müssen durchschnittlich 21.000 Bauherrn-Familien unter den derzeitigen Bedingungen tatsächlich im Grunde genommen wie im dichten Nebel im Blindflug segeln. Und das ist eine Situation, die wir gerne und zügig abstellen würden. Vielen Dank.

**SV Dr. Philipp Mesenburg:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, auch ich bedanke mich für die Gelegenheit und die Einladung, zu dem vorliegenden Gesetzentwurf aus der Perspektive der Bauwirtschaft Stellung nehmen zu dürfen. Angesichts des Umfangs des Gesetzentwurfs beschränke ich mich in meinem Eingangsstatement auf einige für die Bauwirtschaft zentrale Aspekte. Mit Blick auf die Reform des Bauvertragsrechts kommt den Vorschlägen zum Anordnungsrecht des Bauherrn und der daran anknüpfenden Vergütungsanpassung besondere Bedeutung zu, da sie für das Vertragsverhältnis zwischen Bauherrn und Bauunternehmer von überragender praktischer Bedeutung sind. Worum geht es? Seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor über 100 Jahren werden Bauverträge auf der Grundlage des BGB ohne ein Anordnungsrecht des Bauherrn abgewickelt. Nun soll dem Bauherrn erstmals das Recht eingeräumt werden, eine von den Vertragspartnern vereinbarte Bauleistung nach Vertragsschluss einseitig zu ändern. Falls eine Einigung nicht gelingt, ist der Bauunternehmer verpflichtet, eine entsprechende Anordnung des Bauherrn auszuführen. Damit wird der im Zivilrecht geltende Einigungsgrundsatz durchbrochen. Um deutlich zu machen, worüber wir hier sprechen: Es geht beim Anordnungsrecht des Bauherrn nicht nur um solche Änderungen, die zur Erreichung des ursprünglich vereinbarten Erfolgs notwendig werden, weil beispielsweise der Baugrund eine andere Beschaffenheit aufweist. Nein, es geht auch um solche Anordnungen, mit denen der Bauherr den ursprünglich vereinbarten Erfolg einseitig ändern kann. Ein Beispiel: Nach dem Gesetzentwurf kann der Bauherr, der mit dem Unternehmer den Bau eines viergeschoss-

sigen Wohnhauses vereinbart hat, den Bau eines zusätzlichen fünften Geschosses anordnen. Welche Tragweite eine solche Anordnung für die Bauunternehmer hat, wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass der Unternehmer sein Personal, Geräte, Material usw. für eine Vielzahl von parallel laufenden Baustellen disponieren muss. Eine Anordnung bewirkt hier den sprichwörtlichen Dominoeffekt, das heißt, sie wirkt sich im Zweifel auf alle anderen Baustellen aus, auf denen der Unternehmer vertraglich zur fristgerechten Fertigstellung verpflichtet ist. Die Bedenken werden noch größer, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Gesetzentwurf keine Regelung zu den zeitlichen Auswirkungen von Anordnungen des Bauherrn trifft. Nahezu jede Anordnung führt in der Praxis jedoch zur Störung des geplanten Bauablaufs mit unter Umständen gravierenden Folgen, weil beispielsweise nachfolgende Gewerke nicht tätig werden können oder Nachunternehmer nicht mehr zur Verfügung stehen. Über diese konkreten Bedenken zum Anordnungsrecht hinaus hat die Bauwirtschaft von Beginn der Diskussion an gefordert, dass ein einseitiges Anordnungsrecht des Bauherrn nur dann aufgenommen werden darf, wenn gleichzeitig klare Regelungen für die Vergütungsanpassung und die Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs gewährleistet sind. Genau diese letztgenannte Anforderung, die Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs, erfüllt der Gesetzentwurf nicht. Das vorgeschlagene Instrument der einstweiligen Verfügung wird nach unserer festen Überzeugung das Ziel einer schnellen baubegleitenden Streitbeilegung in der Praxis nicht erreichen. Vielmehr ist absehbar, dass sich die Überlastung der ordentlichen Gerichte weiter verschärfen und schnelle Entscheidungen zur Ausnahme werden. Mit der Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs steht und fällt jedoch die Bewertung des gesamten Regelungskomplexes Anordnungsrecht und Vergütungsanpassung. Sie ist Grundvoraussetzung für ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers. Solange der Gesetzentwurf hier keine praktikable Lösung anbietet, ist der Dreiklang aus Anordnung, Vergütungsanpassung und Durchsetzbarkeit unvollständig und kann nicht funktionieren. Die Vorschläge zu Anordnungsrecht und Vergütungsanpassung fußen im Übrigen nicht auf der Grundlage des





Koalitionsvertrages. Nach dem Koalitionsvertrag soll der Verbraucherschutz im Bauvertragsrecht gestärkt werden. Die Vorschläge zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung stellen jedoch allgemeine bauvertragliche Vorschriften dar, die für sämtliche Bauverträge und nicht speziell für Verbraucherbauverträge Geltung beanspruchen. Insoweit wird deutlich, dass die zentralen Konfliktpunkte bei der Reform des Bauvertragsrechts nicht im Kapitel Verbraucherbauvertrag, sondern in den über den Koalitionsvertrag hinausgehenden Vorschriften zum allgemeinen Bauvertragsbaurecht angelegt sind. Mit Blick auf die zentralen Aufgaben, die die Bauwirtschaft in den kommenden Jahren lösen soll – Versorgung mit ausreichendem und kostengünstigem Wohnraum, schnelle Zurverfügungstellung von Flüchtlingsunterkünften, Ausbau der öffentlichen Infrastruktur, Erfüllung der Klimaziele durch Energieeffizienz – leuchtet es ein, dass dies nicht der richtige Zeitpunkt ist, Regelungen für Bauverträge in Kraft zu setzen, die offensichtlich erhebliches Konfliktpotential bergen. Aus diesem Grund müssen die Vorschläge zum Bauvertragsrecht aus Sicht der Bauwirtschaft in zentralen Punkten überarbeitet werden.

Anders verhält es sich mit dem zweiten heute zu diskutierenden Thema, den Vorschlägen zu den sogenannten Aus- und Einbaukosten. Hier liegt eine gute und entscheidungsreife Grundlage für eine gesetzliche Regelung vor, die nur noch weniger Änderungen bedarf, um das im Koalitionsvertrag definierte Ziel zu erreichen. Da sich die Meinungen von Bauwirtschaft und Handwerk zu diesem Thema decken, verweise ich insoweit auf die Ausführungen meiner Kollegin, Frau Dr. Schreiner, vom Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH). Vielen Dank.

**Sve Christin Moldenhauer:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Bundestagsabgeordnete, zunächst danke auch ich Ihnen für die Gelegenheit im Rahmen dieser Anhörung für die Deutsche Elektroindustrie sprechen zu dürfen. Die Branche beschäftigt rund 850.000 Arbeitnehmer allein in Deutschland, ist überwiegend mittelständig geprägt und zeichnet sich durch ein innovatives Produktportfolio aus. Sie ist Wegbereiter für die Digitalisierung und somit für die deutsche Wirtschaft von enormer Bedeutung. Als Mitarbeiterin der Siemens AG

engagiere ich mich ehrenamtlich beim Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie (ZVEI) mit seinen rund 1.600 Mitgliedern als Vorsitzende des ZVEI-Ausschusses Vertragsrecht. In dieser Funktion werde ich mich heute auf die kaufrechtlichen Regelungen für den rein unternehmerischen Geschäftsverkehr konzentrieren und stehe hierzu für Fragen zur Verfügung. Zunächst begrüßt die Elektroindustrie, dass mit dem Gesetzesvorhaben die europarechtlich geforderten Regelungen zum Verbraucherschutz nunmehr ausdrücklich im BGB verankert werden. Allerdings betreffen die geplanten Änderungen den gesamten unternehmerischen Geschäftsverkehr und gehen somit weit über die EU-Richtlinie hinaus. Eine Ausdehnung der verbraucherschützenden Regelungen hinsichtlich des Aufwendungsersatzes für den Ein- und Ausbau mangelhafter Kaufsachen auf den industriellen Geschäftsverkehr ohne Verbraucherbezug ist weder sachgerecht noch geboten. Die Änderungen würden zu einer unangemessenen Belastung der Industrie und zu Wettbewerbsnachteilen führen und werden daher abgelehnt.

Zwei Aspekte, die mir besonders wichtig sind, möchte ich im Eingangsstatement näher erläutern. Erstens: Während es im Koalitionsvertrag in erster Linie um den Schutz des Handwerkers geht, der mangelhaftes Baumaterial gekauft hat, verhindert der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut auch, dass gleichberechtigte Unternehmen der gesamten deutschen Industrie Abweichungen in AGB von der verschuldensunabhängigen Haftung für Ein- und Ausbaukosten vereinbaren können. Damit verschärft der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut eine im B2B-Bereich ohnehin schon kaum handhabbare Rechtslage. Gerade bei wiederkehrenden Vertragsbeziehungen verbleibt aufgrund des AGB-Rechts auch im rein unternehmerischen Geschäftsverkehr keine Möglichkeit, wirksam abweichende, kommerziell sinnvolle und vor allem international übliche Regelungen zu treffen. Zweitens: Im globalen Wettbewerb und mit zunehmender Digitalisierung der Industrie wird diese Situation besonders virulent. Gerade im digitalen Umfeld, wenn Maschinen mit Maschinen direkt miteinander kommunizieren, wird es auf die Wirksamkeit von getroffenen Regelungen ankommen, um innovative Geschäftsmodelle für Unternehmen jeglicher Größe aus Deutschland



heraus zu ermöglichen. Die ausufernde Anwendung von AGB-rechtlichen Restriktionen im B2B-Bereich verhindert aber gerade eine nach deutschem Recht belastbare vertragliche Grundlage. Das vorliegende Gesetzesvorhaben setzt sich mit diesem Aspekt bisher nicht auseinander und würde daher leider einen Rechts- und Standortnachteil für Deutschland im internationalen Wettbewerb schaffen. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die verbraucherschützenden Regelungen aus genannten Gründen nicht auf den unternehmerischen Verkehr ausgedehnt werden dürfen. Sollte jedoch aus politischen Gründen an dem aktuellen Gesetzeswortlaut festgehalten werden, ist zumindest eine sachliche und inhaltliche Differenzierung bei reinen B2B-Verträgen ohne Verbraucherbezug notwendig. Eine Lösung könnte sein, bei der AGB-Kontrolle – und das ist uns wichtig – unter Beibehaltung des besonderen Schutzes für Kleinstunternehmen und Handwerker, für reine business-to-business-Verträge einen anderen Maßstab anzusetzen als in Verbraucherangelegenheiten, wie zum Beispiel von der Frankfurter Initiative bereits vorgeschlagen.

In meiner Funktion als Vertreterin der Siemens AG – und ich betone ausdrücklich, dass es sich hierbei nicht um eine Verbandsposition handelt – möchte ich noch zwei zusätzliche Punkte ansprechen. Erstens: Ein alternativer Lösungsansatz im Kaufrecht könnte sein, die geplanten gesetzlichen Änderungen nur zu Gunsten von Kleinstunternehmen und Handwerkern im Sinne von § 267a des Handelsgesetzbuchs (HGB) einzuführen. Dadurch wird gleichzeitig dem Koalitionsvertrag und dem Schutzbedürfnis der Handwerker Rechnung getragen, ohne die deutsche Industrie im unternehmerischen Geschäftsverkehr mehr als notwendig zu belasten. Zweitens: Die Änderungen im Baurecht betreffen die Siemens AG sowohl auf Auftragnehmer- als auch auf Auftraggeberseite. Daher haben wir uns um einen ausgewogenen Vorschlag bezüglich des Anordnungsrechts bemüht. Das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers ist nach wie vor unverzichtbar. Aus Sicht des Auftragnehmers muss aber das wenig greifbare Kriterium der Zumutbarkeit zwingend konkretisiert werden. Dieser Spagat kann gelingen durch eine Einschränkung auf den eingerichteten Gewerbebetrieb und der

Einführung einer Wertgrenze für Anordnungen. Vielen Dank.

**SV Prof. Dr. Thomas Pfeiffer:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, wer über Bauverträge in komplexen Vertragsstrukturen nachdenkt, muss drei Dinge bedenken, die den Bauvertrag von anderen Vertragstypen doch in vielerlei Hinsicht unterscheiden. Erstens: Wir haben es vielfach mit mehreren Beteiligten zu tun. Die größte Gefahr, der man in solchen Fällen – das zeigt die vertragsrechtliche Erfahrung – unterliegen kann, besteht darin, dass man vorschnell einem Interesse im Vergleich zu den anderen Beteiligten ein zu großes Gewicht einräumt. Die Aufgabe des Gesetzes kann und muss nur sein, einen Ausgleich zwischen allen Beteiligten zu finden. Das wird oft natürlich nicht in der Weise gehen, dass alle zufrieden sind, sondern alle müssen ein wenig unzufrieden sein. Zweitens: Jedes Bauvorhaben ist ein Prototyp. Das unterscheidet Bauvorhaben gänzlich von der industriellen Serienfertigung. Dafür braucht man bestimmte Mechanismen, und die braucht man auch deshalb, weil Bauverträge typischerweise Langzeitverträge sind, also Projekte betreffen, die sich über eine längere Zeit erstrecken. Das vorausgeschickt, nun zu ein paar Einzelpunkten.

Erstens: Einführung eines erweiterten Lieferantenregresses. Die neuere Rechtsprechung des EuGH schafft für den Gesetzgeber Handlungsbedarf, den greift der Gesetzentwurf auf. Aber ich sage auch dazu: Er greift ihn auf eine Weise auf, die meines Erachtens das Maß des Vertretbaren bis an die Grenze des noch Denkbaren ausschöpft. Man muss Folgendes sehen: Wenn ein eingebauter Gegenstand mangelhaft ist, heißt das nicht automatisch, dass dieser Mangel die Ursache für die Ein- und Ausbaurkosten ist. Der Gesetzentwurf sagt deshalb zu Recht, einen Anspruch gegen den Verkäufer kann es beim Einbau nur geben, wenn art- und zweckgerichtet entsprechend eingebaut ist, und sieht außerdem vor, dass es Einschränkungen gibt, wenn der Bauhandwerker beispielsweise die mangelnde Eignung der Sache erkennen konnte. Das ist auch völlig richtig, hat aber folgendes Problem: Die vorgesehene Regelung, nämlich die Anwendung des § 442 BGB, belässt die Kosten dann beim Bauhandwerker, wenn er vorsätzlich oder grobfahrlässig nicht erkennt, dass die Sache nicht geeignet ist. Erkennt er das



normal oder leicht fahrlässig nicht, dann landen alle Kosten beim Händler, obwohl beim Bauhandwerker ein Verschulden vorliegt. Das ist jedenfalls nicht ganz frei von Bedenken. Es ist im Grunde nur erträglich, weil zusätzlich im Unternehmensverkehr § 377 HGB gilt und nach § 377 HGB das Bauunternehmen oder der Handwerker jedenfalls dann ordentlich untersuchen muss, wenn es sich um ein kaufmännisches Unternehmen handelt. Man kann damit also – das ist meine Schlussfolgerung – leben, man sollte das nur nicht noch weiter ausdehnen, als es ohnehin schon im Gesetzgebungsvorschlag geregelt ist. Das ist nicht ohne Auswirkungen auf die Beurteilung weiterer Fragen, insbesondere auf die diskutierte Frage, inwieweit diese Vorschriften AGB-fest sein sollen. Da bin ich ein bisschen skeptisch aus vielerlei Gründen. Erstens: Es ist in Deutschland nicht populär, das zu sagen, aber es gehört zur Wahrheit – das deutsche strenge AGB-Recht im Unternehmensverkehr ist international ein Sonderweg, der vielfach im Ausland nichts anderes auslöst als Kopfschütteln, und zwar zu Recht. Der Deutsche Juristentag und ein vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenes Gutachten kommen zu dem Schluss, hier besteht Handlungsbedarf. Ich will das nicht voll und ganz aufgreifen, das ist hier nicht der Ort, aber man muss diesen Hintergrund einfach sehen. Nun ist es so, wenn man die in § 439 Abs. 3 BGB vorgesehene Regressregelung nun auch noch AGB-fest ausgestalten will, dann verbietet man dem Rechtsverkehr Vereinbarungen, demjenigen eine Verantwortung aufzuerlegen, den ein Verschulden trifft, und den zu entlasten, den kein Verschulden trifft. Das geht zu weit. Die Vertragspraxis zeigt, dass für abweichende Regelungen – jedenfalls in bestimmten Fällen – ein erhebliches Bedürfnis besteht. Man kann der bisherigen AGB-Regelung in § 309 Nr. 8 lit. b) cc) BGB, die erweitert werden soll, ansehen, dass sie in der Praxis gut funktioniert. Man sieht das etwa an der geringen Zahl gerichtlicher Entscheidungen, die sie hervorgerufen hat. Ich glaube, der Gesetzgeber ist gut beraten, wenn er sagt: AGB-rechtlicher Schutz ja, aber das gewährleistet die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ausreichend. Darüber hinaus zu gehen, das wäre des Guten zu viel. Danke.

SVe **Dr. Manja Schreiner**: Vielen Dank. Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, ich beschränke mich bei meinen folgenden Ausführungen auf den kaufrechtlichen Teil des Gesetzentwurfs, weil ich mich bezüglich der bauvertraglichen Regelungen meinem Kollegen und dem Mitgliedsverband, dem Deutschen Baugewerbe, anschließen kann. Die Bundesregierung hat mit ihrem Gesetzentwurf eine sehr, sehr wichtige Reform für das Handwerk auf den Weg gebracht, nämlich die unbillige Haftung des Handwerkers für die Folgekosten von Materialfehlern zu korrigieren. Starten möchte ich mit einem Zitat des Vordenkers und Gründungsvaters der sozialen Marktwirtschaft, nämlich Walter Eucken. Er hat in seinem maßgeblichen Werk das folgende Grundprinzip formuliert: „Die Wettbewerbsordnung ist ohne persönliche Verantwortung der Einzelnen nicht funktionsfähig.“ Die persönliche Verantwortung für das eigene rechtsgeschäftliche Handeln ist nicht nur essentiell für unsere Wettbewerbsordnung, sie ist für uns Juristen auch selbstverständlich für unser Haftungssystem und auch dem Gewährleistungsrecht immanent. Und um einen Rekurs auf meinen Vorredner zu nehmen – für den Handwerker ist es selbstverständlich, dass er für Sachen, die er falsch einbaut, aufkommt. Es geht hier rein um Produktfehler, für die er nichts kann. Warum also sollte nicht diese Haftung für die Ein- und Ausbaurkosten eben auch dem Hersteller, an den es zurückgeführt werden soll, obliegen? Weshalb sollte ein Hersteller von fehlerhaften Produkten nur das Produkt austauschen müssen? Der Gesetzentwurf räumt den Handwerkern künftig einen Anspruch gegen seine Materiallieferanten ein, und der Lieferant seinerseits kann die Kosten entlang der Lieferkette bis zum Hersteller geltend machen. Dieser Ansatz ist richtig. Von diesem guten Ansatz wird in der realen Welt unserer Handwerker nicht mehr so viel zu spüren sein, denn an entscheidenden Stellen im Gesetz wird der Anspruch eingeschränkt. Auf diese drei maßgeblichen Punkte möchte ich gerne eingehen. Erstens beschränkt der Gesetzentwurf den Anspruch auf Fälle, in denen das mangelhafte Material in eine andere Sache eingebaut wurde. Die Betonung liegt auf „eingebaut“. Der Referentenentwurf sah noch vor, dass auch eine mangelhafte Kaufsache, die



verändert oder verarbeitet wurde, dem Regressanspruch unterfiel. Das ist jetzt rausgefallen, und das ist sachlich verfehlt. Weshalb sollte der Verkäufer mangelhafter Wandfarbe nicht für den erforderlichen Neuanstrich einstehen müssen, während ein Verkäufer mangelhaften Parketts für die Neuverlegung haften soll? Ein Schneider, der einen defekten Reißverschluss einsetzt oder einen Stoff verarbeitet, der später Farbe lässt, ist ebenso schutzwürdig, wie ein KFZ-Handwerker, der einen Motorblock tatsächlich – im Wortsinne – einbaut. Oder ein Schreiner, der einen Tisch herstellt, bekäme weiterhin nur neues Holz ersetzt, während ein Elektrohandwerker beim Verlegen von Stromleitungen auch die Aus- und Einbaukosten ersetzt bekäme. Diese Ungleichbehandlung ist sachlich nicht begründbar. Deswegen plädiere ich dafür, zum Referentenentwurf zurückzukehren. Zweitens soll der Anspruch von Handwerkern durch AGB eingeschränkt werden können. Anders formuliert bedeutet das: Die Hersteller können sich durch AGB von ihrer Verantwortung für die eigenen Produktfehler und ihre Folgen befreien, indem sie die Haftung – das ist natürlich bequem – auf andere abwälzen. Ich frage: Was soll die Reform Ihrer Auffassung nach für die Handwerksbetriebe denn tatsächlich noch bringen, wenn es in der Zukunft so sein wird, dass natürlich alle per AGB genau diese Haftung für Ein- und Ausbaukosten abbedingen oder sehr stark einschränken werden? Gegen eine gesetzliche Regelung, die eine Abwälzung der Haftung auf den schwächeren Vertragspartner verbietet, wird stets die Bewahrung der Vertragsfreiheit eingewendet, so auch mehr als deutlich in der Debatte zur 1. Lesung. Für Handwerksbetriebe, die de facto keinen Einfluss auf die AGB ihrer Lieferanten haben, klingt das Argument der Vertragsfreiheit aber zynisch. Handwerker handeln einfach schlicht nicht auf Augenhöhe mit Herstellern und Lieferanten. Und genauso wenig, wie Sie und ich an der Kasse im Baumarkt die AGB in Frage stellen können, sind Handwerker in der Lage, im Fachhandel vorgegebene AGB abzulehnen. Entweder sie kaufen ein Produkt, oder sie lassen es bleiben. Schließen möchte ich wieder mit einem Zitat von Walter Eucken: „Vertragsfreiheit darf nicht zu dem Zweck gewährt werden, um Verträge zu schließen, welche die Vertragsfreiheit

beschränken oder beseitigen.“ Bezüglich des Selbstvornahmerechts würde ich angesichts der Zeit auf die Ausführungen meiner Vorredner verweisen wollen. Vielen Dank.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank und ein Lob. Sie waren nahezu alle in der vorgegebenen Zeit. Dann darf ich in die Runde schauen, ob es schon Wortmeldungen gibt. Herr Kollege Hoppenstedt hat sich gemeldet. Bitte schön.

Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender, vielen Dank. Ich hätte jetzt, weil Herr Professor Pfeiffer früher gehen muss, gleich die Fragen zuerst an Sie, die ich gerne stellen würde. Wir haben als Union großen Wert darauf gelegt, dass die Haftungsfälle für Handwerker bei den Ein- und Ausbaukosten beendet wird. Und deswegen haben wir das auch so mit den Kollegen von der SPD in den Koalitionsvertrag verhandelt. Und selbstverständlich ist es uns ein Herzensanliegen, dass eine solche Regelung nicht leerläuft dadurch, dass ich es in den AGBs abbedingen kann. Dann hätte die ganze Sache keinen Sinn gehabt. Meine Frage an Sie ist, weil auch Frau Dr. Schreiner das eben ein Stück weit so dargestellt hat – ist das denn nun eigentlich tatsächlich möglich? Können Sie denn – vielleicht umgekehrt formuliert – auch Fallgruppen benennen, wann man denn rechtlich zulässigerweise nach der AGB-Kontrolle des BGB in den §§ 307 ff. BGB tatsächlich etwas abbedingen kann? Mein Eindruck war, dass der ganz große Teil der Fälle, wenn er denn als AGB gestellt wird, rechtlich unzulässig ist. Mich würden die Fälle interessieren, wann es denn eigentlich rechtlich zulässig wäre. Das Zweite, was ich in dem Zusammenhang gerne wissen würde, wäre, ob der ursprüngliche Anspruch auf Übereignung einer mangelfreien Sache, also der Anspruch auf Nacherfüllung nicht genau nach den gleichen Regelungen funktioniert wie das, was wir jetzt bei den Ein- und Ausbaukosten planen. Dann ist eine AGB-Festigkeit, wie sie insbesondere von Teilen des Handwerks gefordert wird, auch jetzt schon nicht gegeben. So könnte man mit einer Erstrechtargumentation sagen: Wenn schon der ursprüngliche Anspruch auf Nacherfüllung nicht AGB-fest ist, kann wohl schwerlich auch der Anspruch auf Ein- und Ausbaukosten AGB-fest sein. Der zweite Komplex



betrifft die Frage nach § 650 Abs. 3 BGB, die Nachtragsforderung, Stichwort 80 Prozent. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, ist da Ihre Sorge, dass es zu überhöhten Angeboten kommen könnte. Sie schlagen vor, dass als Lösung möglicherweise ein neutraler Dritter über die Anspruchshöhe entscheidet, jedenfalls wenn ich Sie richtig verstanden habe. Könnten Sie das ein bisschen näher darstellen, wie Sie sich das vorstellen? Auch eine Idee wäre möglicherweise – habe ich neulich gehört –, dass man sagt: Das, was der Unternehmer zu viel fordert, könnte man anschließend in einem Hauptsacheverfahren klären, und man würde dann als „Drohung“ eine entsprechend hohe Verzinsung des zu viel Gezahlten dem Unternehmer auferlegen und praktisch den § 288 Abs. 2 BGB entsprechend anwenden. Wäre das eine Möglichkeit, um einen möglichen Missbrauch in irgendeiner Form zu reduzieren?

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Dann würde ich zwei Fragen an Herrn Lenkeit stellen. Einmal im Prinzip die Frage, die auch Herr Dr. Hoppenstedt aufgeworfen hat, zur AGB-Festigkeit. Da hatten Sie nur sehr kurz gesagt, das sollte so sein oder nicht. Vielleicht können Sie das noch mal näher ausführen, denn auch mich würde interessieren, welche Rolle § 307 BGB hier spielt und ob dieses Problem nicht eigentlich dadurch schon gelöst ist. Es haben sich auch einige der Experten in diese Richtung geäußert und mich würde noch mal interessieren, wie Sie das beurteilen. Die zweite Frage betrifft das Anordnungsrecht. Da haben wir viele kritische Anmerkungen gehört. Was mir noch nicht ganz klar ist, ist der Anwendungsbereich. Einmal wurde gesagt, der ist zu eng, weil die kleinen Leistungen nicht drin sind, und es wurde gesagt, die großen Leistungen auf europäischer Ebene sind raus. Mir ist nicht so ganz klar, woher diese Eingrenzung auf die Anwendbarkeit der Norm kommt. Welche Verträge fallen also nicht unter das Anordnungsrecht? Danke.

Abg. **Karin Binder** (DIE LINKE.): Meine Fragen richten sich an Frau Merzyn, im Zusammenhang mit dem Thema Baubeschreibung, die tatsächlich für die Bauherrn ein sehr wichtiges Instrument ist, um ihren Bau im Auge behalten zu können. Was kann denn derzeit aufgrund einer mangelhaften Baubeschreibung dem Bauherrn passieren?

Ich denke da unter anderem an dieses Thema unumgängliche Nachträge, also Kosten, Zusatzkosten; die sind sicherlich nur ein Teil. Bauzeit, Baudauer sind sicherlich andere Themen. In dem Zusammenhang würde ich noch gerne den geplanten Art. 249 § 2 BGBEG ansprechen, in dem der Inhalt der Baubeschreibung beschrieben ist. Sehen Sie hier alles als in Ordnung an oder haben Sie das Gefühl, dass Nachbesserungsbedarf besteht? Worin könnte der bestehen?

Abg. **Eckhard Pols** (CDU/CSU): Erst mal vielen Dank an die Sachverständigen, dass Sie uns das Thema nähergebracht haben oder den Versuch gemacht haben, es uns näher zu bringen. Wenn ich mir Ihre Stellungnahmen durchlese, dann muss ich sagen, ist man als Nichtjurist ziemlich überfordert. Vor allen Dingen, Herr Professor Leupertz, wenn ich Ihre Stellungnahme lese und auch teilweise die von Professor Pfeiffer. Entschuldigen Sie, aber ich als Handwerksmeister muss ganz ehrlich sagen: Ich bin damit überfordert. Und das sehen meine Kollegen draußen auf der Baustelle genauso. Dass wir der Sache nicht mehr folgen können und dann irgendwann den Kopf senken und sagen, was macht Ihr hier eigentlich? Ich habe aber konkrete Fragen, und zwar, weil ich auch die Stellungnahme von Frau Moldenhauer vielleicht nicht ganz verstanden habe. Da ging es um Business-to-Consumer (B2C), also das Verhältnis zwischen dem gewerblichen Anbieter und dem Privatkunden bzw. zwischen zwei gewerblichen Anbietern. Wo besteht da eigentlich der Unterschied? Wenn ich mir die Gleichbehandlung nach dem Grundgesetz angucke, dann müssten doch die Vertragspartner auch gleich behandelt werden. Vielleicht könnten Sie mir das nochmal erklären? Und dann eine Frage zum Bauvertragsrecht, das hat auch so ein bisschen die Stellungnahme des ZDHs gezeigt, aber auch die mündlichen Ausführungen von Professor Leupertz. Der Zentralverband des Deutschen Handwerks schreibt: „Die Fülle neuer Regelungen und unbestimmter Rechtsbegriffe lässt allerdings vermuten, dass die Streitigkeiten rund um den Bau nicht abnehmen werden.“ Ich meine, sie werden eher zunehmen, und auf der Strecke bleiben wird letztendlich der Handwerker, weil er dann eine noch größere Beweispflicht hat. Meine Frage geht dahin: Wir haben im Bauhandwerk die



VOB, früher hieß es Verdingungsordnung für Bauleistungen, jetzt heißt sie Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, in den drei Teilen A, B, C. Welche Rolle wird die denn eigentlich noch spielen? Wenn ich das aus meiner betrieblichen Praxis sehe, dann habe ich nicht nur gegenüber der öffentlichen Hand natürlich die VOB angemeldet, aber ich versuche es auch in der Regel, dass ich mit dem Kunden die VOB vereinbare, wenn sie dem bekannt ist. Und das werde ich auch tun oder das habe ich in der Praxis bislang immer gemacht, denn die VOB regelt das doch eigentlich umfassend. Meine Frage ist, welche Rolle spielt eigentlich die VOB letztendlich noch? Wird die durch das neue Bauvertragsrecht ausgehebelt oder wird darauf Bezug genommen, denn in irgendeiner Stellungnahme geht es auch um „Rosinenpickerei“. Ich glaube, Herr Dr. Mesenburg hat geschrieben, dass es eine „Rosinenpickerei“ geben könne und dass sich die Rechtsbeistände Einzelpunkte rauspicken, die am Ende passen. Ich will eigentlich nur nach der Praxisfreundlichkeit fragen, einmal natürlich für den Bauherrn, Frau Merzyn, aber auch gleichberechtigt ist der Bauhandwerker zu sehen, damit nicht einer am Ende bevorteilt wird. Vielen Dank.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Herzlichen Dank. Jetzt habe ich als nächstes Herrn Dr. Ullrich, dann habe ich mich selbst auf die Rednerliste gesetzt, dann Herrn Hoffmann, und wenn Sie damit einverstanden wären, würde ich danach unter die erste Fragerunde einen Strich machen, damit Sie antworten können. Dann, bitte schön.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine sehr geehrten Damen und Herren, gestatten Sie mir mit einem Satz eine Bemerkung zu zwei getroffenen Feststellungen. Es ist gefallen von Ihnen, Frau Moldenhauer, der Begriff des Standortnachteils durch AGB im internationalen Wettbewerb, ähnlich hat auch Professor Pfeiffer argumentiert. Das kann ich jetzt im Bereich des Bauvertragsrechts nicht ganz nachvollziehen, weil die Häuser und Wohnungen nun einmal in Deutschland entstehen müssen, weil die Menschen hier wohnen. Deswegen kann aus jedem vielleicht unpassenden Umstand nicht sofort der Begriff des internationalen Wettbewerbs hervorgeholt werden. Nun aber zu

meinen Fragen. Wenn ich mir das Anordnungsrecht, das neu in das BGB aufgenommen werden soll, so ansehe, dann stelle ich fest, dass zunächst einmal eine Einigung vorgenommen werden muss. Kommt die Einigung nicht zustande, dann kommt eine Anordnung, die unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit steht. Über die Höhe des Vergütungsanspruches mögen dann auch möglicherweise Sachverständige im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung befinden. Wenn man sich dieses Konstrukt ansieht, stellt sich tatsächlich die Frage, ob aufgrund dieser Komplexität dieses Anordnungsrecht gebraucht wird oder nicht, oder ob es nicht besser wäre, dieses systemfremde Regelungswerk aus dem BGB herauszulassen und vielleicht, ohne ein Anordnungsrecht, ähnlich gelagerte Normen zu finden. Zum Zweiten möchte ich auf § 650c Abs. 4 BGB rekurren, nämlich auf den Umstand, dass möglicherweise die VOB/B teilweise gelten kann, wenn sie durch einen Unternehmer einbezogen wird. Wie kann man bei diesem vorhandenen Entwurf garantieren, dass der wirtschaftlich Stärkere nicht im Rahmen der Inhaltskontrolle das herausnimmt, was ihm günstig erscheint und damit zu Lasten kleinerer Handwerks- und Bauhandwerksbetriebe diese strukturelle Verhandlungsdisparität ausgenutzt wird, und wir dann am Ende möglicherweise mehr Marktmacht haben als weniger Marktmacht? Und dazu hätte ich gerne eine Einschätzung von Ihnen, Herr Dr. Mesenburg, und von Ihnen, Herr Professor Pfeiffer.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Ich habe zwei Fragen. Die erste Frage möchte ich an Herrn Professor Leupertz richten. Sie haben recht deutlich formuliert zur Frage der VOB-Vereinbarung, das sei ein Statement gegen das Gesetz. Ich teile ebenfalls die Bedenken gegen diese Regelung, die im Referentenentwurf noch nicht enthalten war. Was wäre Ihr konkreter Vorschlag? Würden Sie diesen Absatz ganz streichen, oder wie würden Sie diese Regelung fassen? Meine zweite Frage geht an Frau Dr. Schreiner, deren Ausführungen ich teile, was die AGB-Festigkeit angeht. Wenn wir verhindern wollen, dass Handwerker im B2B-Bereich langjährige Prozesse führen müssten über die Frage, ob der AGB-Ausschluss wirksam ist oder nicht – was ich nicht will – wie könnte dann die



konkrete Regelung aussehen? Was wäre Ihr Vorschlag?

Abg. **Alexander Hoffmann** (CDU/CSU): Ich habe eine Frage, dazu hätte ich gerne ein Statement von Frau Dr. Schreiner und vom Herrn Dr. Mesenburg. Und zwar geht es um Folgendes: In § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB ist bislang die Regelung vorgesehen, dass die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden kann. Diese Regelung soll laut dem vorliegenden Entwurf gestrichen werden. Ich bekomme aus der Handwerkerschaft die Rückmeldung, dass hier ein deutliches Missbrauchspotential befürchtet wird, wenn die Regelung, die bislang sicher auch klarstellende Wirkung hatte, aber von vielen Handwerkern als positiv empfunden worden ist, wegfällt. Und deswegen meine Frage: Befürchten Sie durch den Wegfall dieses Satzes 2, dass es zu Missbrauchskonstellationen dahingehend kommen könnte, dass mit unter Umständen vorgeschobenen Begründungen oder Kleinstmängeln die Fälligkeit der Werklohnforderung hinausgezögert wird? Danke.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank. Dann kommen wir zur Antwortrunde, und wir beginnen im Alphabet hinten mit Frau Dr. Schreiner, die Fragen hatte von Herrn Kollegen Hoffmann und von mir.

SVe **Dr. Manja Schreiner**: Vielen Dank. Ich würde auch in umgekehrter Reihenfolge beginnen. Auf die letzte Frage, Herr Hoffmann, haben Sie schon fast ein bisschen selbst die Antwort gegeben. Wir würden natürlich sehr dafür plädieren, den Satz 2 drin zu lassen, denn unwesentliche Mängel dürfen nicht zur Abnahmeverweigerung führen. Das ist einfach ein Thema, eine Befürchtung. Das ist natürlich ein Blick in die Glaskugel, aber ein durchaus vorstellbares Szenario, dass man unwesentliche Mängel anzeigt und damit die Zahlung hinauszögern will. Man muss immer bedenken, dass der Handwerker mit Material, mit seiner ganzen Einbauleistung und mit seiner Arbeitsleistung komplett in Vorleistung getreten ist. Das ist immer das Grundkonzept im Werkvertragsrecht. Und deswegen kann man natürlich diese Regelung nicht zu scharf ausgestalten, denn er hat einfach seine Leistung erbracht und hat damit auch den Anspruch auf die Gegenleistung. Wenn man das jetzt zu stark beschränkt und auch die unwesentlichen Mängel

rausnehmen würden, dann sehe ich schon ein großes Drohpotential für die Praxis. Letztendlich ist es immer so, dass wir durch die Vorleistungspflicht und die sehr enge Liquiditätsdecke bei Handwerksunternehmen auf eine pünktliche Zahlung angewiesen sind. Und deshalb gibt es so viel gesetzliche Maßnahmen, die in letzter Zeit – ich denke an die Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie – ergriffen wurden, die in die richtige Richtung gehen. Und das wäre jetzt ein Fall, wo durchaus zu befürchten ist, dass die Liquidität dann wieder konterkariert wird. Ich denke, wir kennen auch aus anderen Bereichen „unwesentlich“ und „wesentlich“. Das ist im Detail sowieso immer noch strittig, ob der Mangel als unwesentlich angesehen wird oder als wesentlich. Der Fakt bleibt ja. Aber „unwesentlich“ zu streichen, da würden wir ganz klar sagen: Nein, Satz 2 soll bleiben. Konkreter Änderungsvorschlag, Herr Dr. Fechner, ja, wir haben natürlich einen im Kopf. Wir haben uns Gedanken gemacht und aus unserer Überzeugung würde es durch eine relativ minimalinvasive Regelung in § 310 Abs. 1 BGB eine Möglichkeit geben, die AGB-Festigkeit einzubinden. Bewusst nicht in § 439 BGB, einfach damit auch die individualvertragliche Abrede nach wie vor gewährleistet ist. Deshalb ist das Konzept, in die AGB zu gehen. Und da uns die Indizwirkung gerade nicht ausreicht. Wir haben bei der Indizwirkung relativ wenig Rechtsprechung; Herr Professor Pfeiffer war darauf schon eingegangen. Das liegt aber natürlich auch daran, dass es gar nicht so viele Fälle gibt, die bei der bisherigen Nr. 8 überhaupt wegen Aufwendungsersatz zum BGH gekommen sind. Es war für uns unglaublich schwer, überhaupt einen Fall zu finden, was ich aus der Praxis auch erklären kann, weil einfach auf dem Weg bis zum BGH viele Fälle „verhungern“. Und deswegen würden wir sagen, diese Indizwirkung, die hier angeführt wird, die reicht nicht aus. Diese Rechtssicherheit wollen wir klar in § 310 BGB. Wenn ich einen ganz konkreten Vorschlag jetzt unterbreite, dann lese ich Ihnen den vor: § 305 Abs. 2 und 3 BGB, § 308 Nr. 1, 2 bis 8 und § 309 Nr. 1 bis Nr. 8b, bb BGB – das ist hier unser Fall – und § 309 Nr. 8b, dd bis Nr. 14 BGB finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-



rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. Nur nochmal zur Erklärung: Es ist nur ein ganz kleiner Einschub bei § 310 BGB, rein gesetzestechnisch.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Herzlichen Dank. Dann komme ich zu Herrn Professor Pfeiffer, der hat Fragen von den Kollegen Dr. Hoppenstedt und Dr. Ullrich.

**SV Prof. Dr. Thomas Pfeiffer:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, Frau Dr. Schreiner, Sie sehen es mir nach, ich kann nicht anders: kleiner Eingriff, große Folgen. Allerdings keine nützlichen Folgen für Sie, sondern nur schädliche Folgen für andere. Und das sieht man, wenn man in die Rechtsprechung schaut. Zunächst einmal gibt es eine feststehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der die fragliche Vorschrift – ich will sie nicht immer aufzählen – auch auf Unternehmensverträge im Grundsatz dem Rechtsgedanken nach entsprechend anwendbar ist. Es ist der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs außerdem relativ klar zu entnehmen, auf welche Fälle sie entsprechend anwendbar ist, und zwar insbesondere auf die, die Frau Dr. Schreiner im Sinn hat. Das sieht man, wenn man sich Folgendes anschaut: Der Bundesgerichtshof hatte bisher dreimal Gelegenheit, über diese Frage zu entscheiden. In zwei Fällen ging es um Handwerksbetriebe, und in diesen beiden Fällen war es so, dass im Vergleich zum Wert der Waren relativ beachtliche Ein- und Ausbaurkosten im Raum standen. Einmal ging es um Heizkörper, das andere Mal um Autoreifen. Weil dort relativ beachtliche Ein- und Ausbaurkosten im Vergleich zum Wert des Reifens und der Heizung in Rede standen, war und ist es völlig zweifelsfrei, dass bei den Verträgen, die Sie im Sinn haben und bei denen es auch ein berechtigtes Interesse gibt, eine AGB-Kontrolle durchzuführen, dass es die schon gibt. Jetzt gibt es aber andere Fälle, in denen der BGH, teilweise auch aus Zeiten vor Inkrafttreten des AGB-Rechts, gesagt hat: Das können wir noch akzeptieren. Beispiel ist die Lieferung relativ teurer Bohrkern. Da hatte der Bohrkernlieferant in seinen AGBs stehen, taugt der Bohrkern nichts, tauschen wir ihn gerne aus, ihr müsst uns den nur schicken. Und da sagt der Bundesgerichtshof: Wenn das so ist, und wenn der Käufer des Bohrkerns nicht mal sagt, das Verschicken macht mir organisatorische

oder finanzielle Schwierigkeiten, dann können wir diese Regelung akzeptieren. Wenn man das jetzt ändert, wie Sie das vorschlagen, Frau Dr. Schreiner, wird genau das künftig untersagt. Und in den Fällen, von denen Sie sprechen, haben wir ohnehin schon ein AGB-Verbot. Deswegen glaube ich, die Rechtslage gibt Ihnen, was Sie wollen, und Ihr Vorschlag nimmt anderen, was sie brauchen. Im Übrigen ist es so: Wir haben in Fällen, bei denen es um den Einbau von Quisquilien geht, also Dinge, die wirklich überhaupt keinen oder einen ganz geringen Wert haben, in der Praxis in großem Umfang Fälle oder Vereinbarungen, in denen der Austausch pauschaliert wird. Statt bei 1.000 Glühbirnen jede tausendste einzeln abzurechnen, wird eben einfach eingerechnet; es gibt einen Nachlass dafür, dass jede Tausendste kaputt ist. Solche Vereinbarungen, für die es ein eminentes praktisches Bedürfnis gibt, die niemanden benachteiligen und niemandem etwas nehmen, verbietet der Gesetzgeber, wenn er dem folgt. Und das meine ich, sollte man eben einfach nicht tun. Ich habe Verständnis für das Anliegen, ich bin aber sicher, dem Anliegen tut das Gesetz bereits genüge und deswegen, so sinnvoll das Anliegen ist, so unnötig ist der Vorschlag. Vielleicht noch ein Punkt: Wenn man sich anschaut, wie viele BGH-Entscheidungen es gibt zum AGB-Recht – § 309 Nr. 8b bb BGB ist eben eine der Vorschriften, die besonders wenig streitträchtig sind. Insbesondere die Frage der Anwendung auf den Unternehmensverkehr hat bisher keinen Streit ausgelöst und auch keine Verbandsklagen, anders als viele andere AGB-Vorschriften. Von daher ist für mich relativ klar, es besteht dort auch keine Rechtsunsicherheit, die der Gesetzgeber beseitigen sollte. Wenn ich einen Strich darunterziehe: Aus meiner Sicht spricht da alles für ein Beibehalten.

Jetzt aber zu den anderen Fragen: Anordnungsrecht und 80-Prozent-Regel. Ich glaube, dass der Vorschlag, wie er im Moment auf dem Tisch liegt, in der Tat einen Anreiz schafft, den Spielraum nach oben auszuschöpfen. Ich wäre mit allem zufrieden, was einen tauglichen Gegenanreiz schafft. Das kann eine Zinsregelung sein, das kann sein, dass der Anspruch auf Abschlagszahlungen niedriger ausfällt, wenn sich herausstellt, dass Rechtsmissbrauch betrieben





wurde, oder es kann eine Regelung sein, die einen Teil des Abschlagsanspruchs von der Vereinbarung eines Adjudikationsverfahrens abhängig macht. Ich persönlich bin an dieser Stelle der Meinung – und da teile ich die Auffassung von Herrn Professor Leupertz: Wie auch beim Anordnungsrecht würde man mit einer Unterlegung durch einen tauglichen Streitbelegungsmechanismus insgesamt etwas besser fahren.

Eine letzte Bemerkung zur VOB: Es kommt natürlich darauf an, was man von der VOB-Regelung hält. Ich meine, sie hat doch eine breite Akzeptanz und Verkehrsgeltung auch in diesem Punkt. Deswegen finde ich die AGB-Privilegierung hinnehmbar, und sie hat – da würde ich Ihnen widersprechen – für die Praxis den großen Vorteil, dass die Parteien etwas vereinbaren können, was sie schon lange kennen. Das wollen Parteien erfahrungsgemäß ganz gerne. Ich finde zwar auch die Regelung des Gesetzgebers etwas schöner, aber so viel besser ist sie nicht, dass man etwas anderes verbieten sollte. Deswegen würde ich es bei dem Vorschlag im Gesetzentwurf belassen.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Herzlichen Dank. Dann Frau Moldenhauer, Sie hatten eine Frage vom Kollegen Pols.

SVe **Christin Moldenhauer**: Sie hatten um Erläuterung des Unterschieds zwischen B2C- und B2B-Geschäften gebeten und gefragt, warum es Unterschiede in den gesetzlichen Regelungen gibt. Wenn wir von B2C-Geschäft reden, dann geht es um Rechtsbeziehungen, Geschäftsbeziehungen zwischen einem Unternehmen und einem privaten Endverbraucher, so wie Sie und ich, wenn wir Brötchen kaufen gehen oder auch, was im Zusammenhang mit diesem Gesetzentwurf besser passt, unser Eigenheim bauen lassen wollen. Wenn wir von B2B-Verträgen sprechen, geht es um Geschäftsbeziehungen zwischen Business und Business, also zwischen Unternehmen, wo in keiner Beziehung ein privater Endverbraucher beteiligt ist. Schon jetzt ist es so, dass im BGB an verschiedenen Stellen unterschiedliche Regelungen für diese zwei Geschäftsarten vorgesehen sind. So sieht das Gesetz für das reine Verbrauchergeschäft im Verbrauchsgüterkauf besondere Regelungen vor oder auch bei den AGB-rechtlichen Vorschriften,

weil man eben von einer unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit ausgeht. Das heißt, der normale Verbraucher mit einem Durchschnittseinkommen von 30.000 Euro im Jahr, der einmal in seinem Leben ein Haus baut, hat eine andere Schutzbedürftigkeit als ein Unternehmen, ein Bauunternehmer oder aber auch ein Industrieunternehmen, das tagtäglich am Wirtschaftsleben teilnimmt und somit auch von den Chancen des Wirtschaftslebens profitiert. Insofern ist es auch durchaus gerechtfertigt, dass es hier unterschiedliche gesetzliche Regelungen gibt.

*(Unverständlicher Zwischenruf)*

SVe **Christin Moldenhauer**: Aus meiner Sicht ist der Gleichheitsgrundsatz nicht betroffen, weil es eben einen Unterschied gibt, eine sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung, und diese liegt eben genau in der unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Okay, das war die einzige Frage an Frau Moldenhauer. Dann kämen wir zu Herrn Dr. Mesenburg, der Fragen von Herrn Dr. Ullrich und Herrn Hoffmann hat.

SV **Dr. Philipp Mesenburg**: Vielen Dank. Ich fange gerne mit Ihrer Frage an, Herr Hoffmann, die sich auf die Abnahmefiktion bezieht. Gestrichen werden soll der bestehende § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Das ist die alte Regelung zur Abnahmefiktion. Ersetzt werden soll das Ganze durch einen neuen Absatz 2. Wenn Sie mich fragen, wie ich den neuen Vorschlag finde, dann sage ich Ihnen, dass ich den im Grunde gut finde. Der ist auch im Gesamtpaket zu sehen, mit dem neu einzufügenden § 650f BGB, der Zustandsfeststellung. Also dieses Gesamtpaket „Abnahmefiktion neu“ in § 640 Abs. 2 BGB plus „Zustandsfeststellung“ verbessert die Situation der Auftragnehmer im Hinblick auf unlautere Verzögerungen von Abnahmen. Wir haben durchaus noch Punkte, die wir uns besser vorstellen können. Wenn Sie mich jetzt konkret auf den § 640 BGB angesprochen haben, dann sage ich Ihnen, die Abnahmefiktion wird nach der vorgeschlagenen Regelung schon dann zerstört, wenn unwesentliche Mängel genannt werden. Das halten wir für nicht sachgerecht. Bei der Abnahme ist es so, dass die nur dann nicht vonstattengehen kann, wenn wesentliche Mängel hervorgebracht werden. Das muss bei der



Abnahmefiktion nach unserer Auffassung auch gelten. Deswegen wäre unser Vorschlag zum § 640 des Entwurfs, dass das Wort „wesentlich“ noch bei „Mängel“ eingefügt werden muss. Ansonsten aber tragen wir diesen Vorschlag mit, insbesondere in Ergänzung durch die Zustandsfeststellung. So viel zu dem Punkt „Abnahmefiktion“.

Dann komme ich, Herr Dr. Ullrich, gerne zu Ihrer Frage, die sich ja bezogen hat auf den Themenkomplex „Anordnung“. Insbesondere haben Sie die Regelung § 650c Abs. 4 BGB angesprochen; ich nenne das mal „Ausstiegsklausel“ aus dem gesetzlichen Leitbild. Hier teilen wir die Bedenken, die Herr Professor Leupertz schon vorgetragen hat. Wir sehen es nicht als sachgerecht an, dass man hier einzelne Vorschriften aus der VOB/B isoliert der Inhaltskontrolle entzieht. Warum halten wir da nichts von? Die VOB/B ist ein, das wissen Sie, zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern in sich abgestimmtes Vertragswerk. Sie hat 18 Paragraphen. Das Gesetz sieht bislang in § 310 BGB vor, dass, wenn sie insgesamt unverändert vereinbart wird, davon ausgegangen wird, dass sie der AGB-Kontrolle entzogen ist. Dann und nur dann. Wenn wir jetzt anfangen und sagen, wir nehmen aber mal § 1 oder § 2 VOB/B raus, und die sind dann auch der Inhaltskontrolle entzogen, führt das dazu, dass einzelne Regelungen nicht mehr in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Sie können sich vorstellen, es gibt in der VOB Regelungen, die sind für den Auftraggeber günstig. Es gibt aber auch Regelungen, die sind für den Auftragnehmer günstig. Was ich damit sagen will: Sie dürfen nicht anfangen, Einzelregelungen isoliert herauszuziehen. Deswegen würden wir uns auch für eine Streichung dieses Absatzes 4 in § 650c BGB aussprechen. Ansonsten hatten Sie neben diesem konkreten Punkt noch allgemein das Thema „Anordnungsrecht, Vergütungsanpassung“ angesprochen. Das möchte ich gerne zum Anlass nehmen, hier noch zwei oder drei Punkte anzubringen. Wir sehen folgendes Problem beim Anordnungsrecht; da ist heute schon häufig die Rede darauf gekommen: das Kriterium der Zumutbarkeit, durch das sozusagen abgedämpft werden soll, dass der Unternehmer hier zu Leistungen einseitig durch den Bauherren verpflichtet werden kann, wo kein Vertrag darüber geschlossen wird. Die Zumutbar-

keitsgrenze ist eine ganz wichtige Begrenzung dieses Anordnungsrechts. Und diese Zumutbarkeitsgrenze gilt nach dem bisherigen Gesetzesentwurf nur für eine von zwei Anordnungs-konstellationen. Das halten wir für nicht sachgerecht, denn bei allen Anordnungs-konstellationen kann es Fälle geben, in denen der Unternehmer nicht in der Lage ist, auf die Anordnung eines Bauherren unmittelbar zu reagieren, sei es technisch, sei es von den Kapazitäten her, sei es von seiner Planung her. Deswegen ist ein Vorschlag von uns, dieses Zumutbarkeitskriterium auf beide Modalitäten des Anordnungsrechts zu beziehen. Soweit vielleicht zu dem Thema, es sei denn, es gibt noch weitere Rückfragen. Danke.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank Herr Dr. Mesenburg. Dann komme ich zu Frau Merzyn, die zwei Fragen von Kollegin Binder hatte.

Sve **Corinna Merzyn**: Herzlichen Dank. Das Thema „Baubeschreibung“ ist natürlich ein Punkt, der im Grunde genommen ganz essenziell auch das Wesen des Bauens berührt. Im Grunde genommen sollte Bauen ja ein kooperatives Geschehen sein, bei dem transparente Vereinbarungen getroffen werden – zum Umfang der Leistung, zu einem transparent erkennbaren Preis und auch zu einem transparent erkennbaren Zeitrahmen für diese Leistung. Nur so ist es möglich, qualitätvolle Arbeit abzuliefern auf Firmenseite und zu bekommen auf Bauherren-seite. Ich habe insofern auch nur zur Anschaulichkeit ein dickes Gutachten von Professor Helmus mitgebracht, das dieser im Auftrag des Arbeitsministeriums erstellt hat. Da gibt es nämlich eine große Initiative, „Neue Qualität der Arbeit“, die sich unter anderem mit solchen Qualitätskriterien und den dafür erforderlichen Voraussetzungen beschäftigt. Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass Kommunikation, gerade im Bereich Bau, helfen würde, den sehr schlechten Ruf, der der Bauwirtschaft in Bezug auf Qualität beim Verbraucherbauherren attestiert wird, deutlich zu verbessern. Insofern: Mit transparenten Vereinbarungen wird es überhaupt erst möglich, in einen echten Qualitätswettbewerb zu treten und nicht in einen reinen Preiswettbewerb. Was nun im Moment der Fall ist mit den Baubeschreibungen: Es natürlich so, dass in



Baubeschreibungen nach den Untersuchungen, die wir so laufend anstellen, durchschnittlich 16.000 Euro an erforderlichen Nachträgen allein schon versteckt enthalten sind, in denen Leistungen nicht beschrieben oder unvollständig beschrieben sind, die eigentlich zwingend erforderlich sind, um den Werkerfolg zu erzielen. Da können natürlich die Juristen sagen: Da können sie doch vor Gericht ziehen, wenn die Leistungen zwingend erforderlich sind, dann bekommen sie die vielleicht auch. Dazu habe ich eben schon ausgeführt – in der Regel dauern Bauprozesse drei bis fünf Jahre, in denen der Bauherr alles vorfinanzieren plus das Insolvenzrisiko tragen muss, wenn er sich dann nach drei bis fünf Jahren vielleicht eine Entschädigungszahlung erhofft. Insofern ist das kein taugliches Mittel. Ein weiterer Punkt kommt hinzu, der im Moment finanziell noch gar nicht erfassbar ist, der aber durch die zunehmende Technisierung unserer Häuser und durch die energetischen Ansprüche hinzukommt. Man kann einen sehr pauschal und vage beschriebenen Werkerfolg im Moment auch in unterschiedlicher Art verwirklichen, wenn es um die energetische Qualität geht. Beispielsweise kriegt der Bauherr ein Kfw 55-Haus versprochen. Das ist etwas, was sich im Moment am Markt etabliert. Da kann natürlich der Unternehmer nach seiner Wahl Haustechnik aussuchen. Und je nachdem, welche Art der Haustechnik er auswählt, beispielsweise für die Beheizung, hat der Bauherr am Ende sehr hohe oder vergleichsweise niedrige laufende Unterhaltskosten für diese Heizanlage. Und da stellen wir im Moment beispielsweise fest, und das ist ein weiterer Punkt zur Unterlagenherausgabe: Wenn sich im Verlauf der Bauzeit herausstellt, dass das, was dort eingebaut wird, nicht ausreicht, um den erforderlichen energetischen Standard zu erreichen, dass dann gegebenenfalls schnell nachgebessert wird mit Einsatz von vergleichsweise günstiger Haustechnik. Mit einer Luftwärmepumpe beispielsweise, die dem Bauherren dann aber in der Betriebsphase unendlich hohe Betriebskosten beschert, mit denen er nicht rechnen konnte. Insofern sind das entscheidende Punkte, die mit einer präziseren Baubeschreibung für den Bauherren jedenfalls im Vorfeld erkennbar und einem Qualitätswettbewerb unterworfen werden

können und ihn nicht darauf zurückwerfen, nur mit einem reinen Preiswettbewerb zu arbeiten.

Die zweite Frage war die Bauzeit. Auch da ist es für den Bauherren essenziell wichtig, dass er, jedenfalls wenn der Bau hinreichend konkret geworden ist, irgendwann Vorkehrungen treffen muss: Wann ruft er seine Finanzierung ab, und wann kündigt er gegebenenfalls seine Wohnung? Manchmal ist beispielsweise in der Baubeschreibung oder im Bauvertrag eine Festlegung enthalten, die zwar eine Verbindlichkeit suggeriert, die aber tatsächlich von Rahmenbedingungen abhängig ist, die der Bauunternehmer alleine in seiner Verfügungsgewalt hat, beispielsweise „ab dem Zeitpunkt, ab dem der erste Spatenstich getan ist“ oder Ähnliches. Wir haben in Untersuchungen festgestellt, dass 50 Prozent aller schlüsselfertigen Bauverträge keinen rechtlich fassbaren Fertigstellungszeitpunkt angeben. Dann hat der Bauherr Bereitstellungs-zinsen zu bezahlen, und er hat weiterhin seine komplette Miete zu zahlen, und er hat gegebenenfalls weitere andere Vorkehrungen, die er schon für einen pünktlichen Umzug getroffen hat, wieder rückgängig zu machen und bleibt insofern auch auf diesen Aufwendungen sitzen. Danke.

**Vorsitz Dr. Johannes Fechner (SPD):** Vielen Dank, Frau Merzyn. Herr Mauel hatte keine Frage in dieser Runde. Dann komme ich zu Herrn Professor Leupertz. Er hatte eine Frage vom Kollegen Pols und von mir.

**SV Prof. Stefan Leupertz:** Die Fragen hängen beide wunderbar zusammen. Die kann ich – sozusagen – in einem Aufwasch mitnehmen, weil ich anfangen kann, Herr Pols, mit Ihrer Sorge, dass Ihnen das, was der normale Teilnehmer am Rechtsgeschäft, der Bau- oder Handwerker, braucht, nämlich eine eingeübte handhabbare Regelung, genommen wird. Die VOB/B will niemand nehmen. Die hat viel Günstiges, die brauchen wir, die haben wir, und die werden wir nach meiner Auffassung auch weiterhin haben. Der Teil, über den wir hier reden – Anordnungsrecht und Preisanpassung –, und das ist dann auch die Überleitung zu Ihrer Frage, Herr Dr. Fechner, der Teil ist hochkomplex. Und deshalb tut es mir leid, dass ich Sie verwirrt habe mit der schriftlichen Stellungnahme, aber die Dinge sind halt so kompliziert. Ich versuche, es



herunterzuberechnen auf die wesentlichen Punkte: Die VOB/B in den zentralen Paragraphen – Anordnungsrecht und Preisanpassung – funktioniert nicht. Das weiß man mittlerweile, weil sie unklare Regeln enthält, von denen niemand in Deutschland weiß, was da eigentlich genau drin steht, nämlich das Thema „Anordnungsrechte“ – § 1 Abs. 3 VOB/B. Niemand in Deutschland weiß, was eine Bauentwurfsänderung ist; es gibt so viele Meinungen, wie es Literatur gibt. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B zur Preisanpassung – was da genau drin steht und wie man das macht, da gibt es so viele Wege, wie es Bücher gibt. Um diese Schieflage zu beseitigen, ist der Gesetzgeber angetreten und hat jetzt gesagt, wir machen ein Modell, stellen Leitplanken auf, wie es richtig ist oder wie das richtig gehen könnte, und hat dabei ein Bauvertragsverständnis, wie ich finde, völlig richtig und sehr sachbezogen und ausgewogen entwickelt, das nicht dem Verständnis der VOB/B in §§ 1 und 2 entspricht. Das ist auch der Ansatzpunkt, wo ich Herrn Mesenburg an der Stelle widersprechen möchte. Die andere Anordnungsvariante, die betrifft Leistungen, die er ohnehin schuldet, die nur nicht verpreist sind, die muss er erbringen, weil er den funktionalen Erfolg schuldet, der ist leider nur nicht so ausgeschrieben. Das heißt, da gehört kein Zumutbarkeitskriterium rein. Da geht es nur darum, dass eine Mehrvergütung her muss. Dieses Verständnis bildet jetzt das Gesetz ab, und das ist nicht das Verständnis der VOB/B. Ich gebe zu, es klingt abstrakt, ist aber sehr konkret, weil es dann zu der Frage überleitet, wie funktioniert die Abwicklung eines Bauvertrages. Und deshalb mein Statement: Es darf nicht wieder auf die VOB/B rekurriert werden bei den entscheidenden Fragen, um die es geht, weil nämlich die VOB/B ein in sich ganz anderes Regelungssystem enthält. So, und jetzt kommen wir zur Privilegierung der VOB/B, die da drin steckt. Die betrifft ja genau die Kreise, für die die Neuregelung gemacht ist, nämlich das im Wesentlichen industrielle, jedenfalls großvolumige Bauen. Der Effekt, den Sie haben: Am Ende des Tages bleibt gerade der Verbraucher mit dem kleinteiligen Bauen auf dieser – ich sage mal eigentlich für die anderen Zwecke gemachten – gesetzlichen Regelung hängen: Die Industrie kann sich mit der VOB/B weiter in den bisher betretenen Pfaden bewegen, und der Verbraucher, der muss sich in diesem

Regelungssystem bewegen. Das ist genau falsch herum. Wir haben einen verdeckten Wettbewerb in der Industrie, der viel Geld kostet. Und die Ursachen dafür sind die unklaren Regelungen der VOB/B, und die würden beseitigt.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Herzlichen Dank. Dann komme ich zu Herrn Lenkeit, der Fragen hat von Frau Keul.

SV **Olaf Lenkeit**: Sehr geehrte Frau Keul, es waren zwei Fragen. Zum einen ging es um die nochmalige Erläuterung, ob ein Bedürfnis für die AGB-feste Ausgestaltung bestehe. Herr Pfeiffer hatte dazu schon Einiges gesagt, was auch überlegenswert ist. Ich möchte das in einem entscheidenden Punkt ergänzen oder dem vielleicht sogar widersprechen. Herr Professor Pfeiffer, wir haben natürlich kaum Rechtsprechung dazu, weil es jahrelang gesicherte Rechtsprechung war, dass der Lieferantenregress am fehlenden Verschulden des Lieferanten scheitert. Wir hatten eine Schadensersatzlösung und seit OLG Köln – ewig zurückliegend – hat das niemand mehr ernsthaft angegriffen. Der BGH hat auch schon nach der Schuldrechtsreform in der Parkettstäbe-Entscheidung an diesem durch die Schuldrechtsreform angelegten Ansatz festgehalten. Sie haben außerdem in Ihrer schriftlichen Stellungnahme ausgeführt, dass an der Stelle zu erwarten ist, dass der BGH der gesetzlichen Leitlinie folgt und die wesentlichen Einschränkungen über § 307 BGB, also die grundsätzliche, auch für Verträge zwischen Unternehmern geltende Beschränkung der AGBs, weitergelten lassen wird. Das Vertrauen habe ich nicht. Das zeigen die BGH-Folgeentscheidungen nach der EuGH-Entscheidung. Da hat der BGH sich nämlich explizit etwas widerwillig über den Rechtsstandpunkt des EuGH vom 16. Juni 2011 („Weber und Putz“) geäußert und hat dann diese gespaltene Aufteilung des gleichen Paragraphen in Verträge mit Verbrauchern und in Verträge zwischen gewerblichen Unternehmen vorgenommen. Und das, worüber wir hier reden, sind die Verträge der Handwerker mit ihren Lieferanten, und das sind diese gewerblichen Verträge, die der BGH, dem Sie dieses Vertrauen entgegenbringen, gerade mit den folgenden drei Entscheidungen nach „Weber und Putz“ eben nicht in dieser Weise, wie es das Gesetz jetzt – aus meiner Sicht erfreulicherweise – umsetzt.



Deswegen habe ich auch Zweifel, ob der BGH in ähnlichen Konstellationen, wenn wir das nicht zu Gunsten der Handwerker ausgestalten, bei seiner jetzigen eingefahrenen Linie bleibt.

Der zweite Teil bezog sich auf das Anordnungsrecht und den Anwendungsbereich kleinerer oder größerer Verträge. Dazu muss ich vielleicht noch mal erläuternd etwas sagen. Die Arbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium, die sich mit dieser Frage beschäftigt hat, hat versucht, ein insgesamt ausgewogenes Baurecht als gesetzliches Leitbild zu schaffen. Dabei sind auch in der Arbeitsgruppe bereits Dinge abgeschliffen und austariert worden. Die Bauherren, sowohl die gewerblichen als auch insbesondere die Verbraucher-Bauherren, haben im Bereich dieser Neuregelung in der Arbeitsgruppe auch erheblich Federn gelassen. Das geht so ein bisschen unter. Ich will das mal aufzählen: Da ist die Zustandsfeststellung hineingekommen, da sind Dinge bei der fiktiven Abnahme hineingekommen, wo der Verbraucher und der gewerbliche Bauherr deutlich besser standen im Vorfeld, da ist das Recht zwischen Architekten und Bauunternehmer als Gesamtschuldner auszuwählen zu Gunsten der Architekten verbessert worden, letzten Endes zu Lasten des Bauherrn. Das sind alles Dinge, die die gewerblichen Bauherrn und aber auch die Verbraucher-Bauherrn hingenommen haben im Hinblick auf eine austarierte, ausgewogene Lösung. Hier ist insbesondere, das ist auch angesprochen worden, die Möglichkeit beseitigt worden, bei fehlerhaften Leistungen Abschlagszahlungen insgesamt zu verweigern. Das ist eine deutlich verbraucherschützende Regelung gewesen, die ist aufgegeben worden. Es ist über den Koalitionsvertrag hinaus – da gebe ich Ihnen Recht –, aber im Sinne des Großen und Ganzen auch ein Anordnungsrecht mitgeregelt worden. Im Übrigen, den Einwand verstehe ich nicht so ganz, weil: Die VOB existiert seit 1926. Ich habe die Erstausgabe der VOB bei mir im Büro stehen und habe das im Vorfeld dieser Anhörung noch mal nachgelesen. Da gab es den § 1 Abs. 3 VOB/B in der jetzigen Fassung schon. Das was jetzt im Regierungsentwurf drin ist, mit dem Anordnungsrecht und genau der Freistellung dieser Regelung, das ist natürlich im Kern nichts anderes. Das bedeutet aber auch: Wenn wir sagen, wir wollen die VOB-Regelungen mit all ihren Unklarheiten – mein Vorredner hat darauf verwiesen –, aber

gleichzeitig sagen, ein gesetzliches Anordnungsrecht ist nicht gerechtfertigt, ist das für mich widersprüchlich. Was mit kleineren Bauverträgen gemeint ist, ist damit zu erklären, dass der Gesetzentwurf richtigerweise die Definition des Verbraucherbauvertrages ausgerichtet hat an dem, was vom Regelungsbedarf der Verbraucherrechterichtlinie übrig geblieben ist. Wie Sie wahrscheinlich alle wissen, sind auf Grundlage des Art. 5 der Verbraucherrechterichtlinie Informationspflichten und ähnliche Dinge hineingekommen, und das Gesetz hat Ausnahmen gemacht für die sogenannten großen Bauverträge. Diese Bereichsausnahme ist im § 312a BGB im neuen Gesetz seit dem 13. Juni 2014 in Kraft getreten. Für den Bereich Informationspflichten, Widerrufsrecht usw. ist es unwesentlich, dass diese Trennlinie unscharf ist. Entweder fällt es in die Verbraucherrechterichtlinie oder in den neuen Verbraucherbauvertrag. Für den Bereich der Sicherheiten ist diese Grenzziehung nicht unschädlich, weil die von der Verbraucherrechterichtlinie nicht erfasst werden. Im Hinblick auf die Nichtverpflichtung, Sicherheit für Bauverträge zu leisten, was seine Finanzierung belastet, was auch die Abwicklung erheblich erschweren kann, im Hinblick auf die sehr schmale Erfüllungssicherheit von fünf Prozent für die Abschlagszahlungen und für die Deckelung von vertraglichen Sicherheiten werden eine ganze Vielzahl von Verträgen rausfallen, die wir im Moment in dem Bereich vollziehen, insbesondere alle Verträge, wo ein Architekt die Bauplanung und die Vergabe macht. Das sind Verträge, wo die Bank genau hinguckt bei der Finanzierung, weil da die Kostenkontrolle noch wesentlich schwieriger zu bewältigen ist, als beispielsweise beim Festpreis eines Bauträgers. Und die werden, das kann man voraussagen, aufgespalten werden, und dann wird von dem eigentlichen Verbraucherbauvertrag und von dem guten Anliegen und von dem, was die Koalition eigentlich umsetzen will, nicht mehr viel übrig bleiben, wenn der Anwendungsbereich so groß bleibt. Vielen Dank.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Herzlichen Dank. Ich habe jetzt fünf Wortmeldungen und würde mit dem Blick auf die Uhr, weil Herr Professor Pfeiffer vermutlich nur noch zwei oder drei Minuten da ist, anfragen, ob jemand eine Frage an Herrn Professor Pfeiffer hat. Bitte schön.



Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Ganz schnell. Vielleicht könnten Sie ganz kurz auch noch mal auf das, was Herr Lenkeit hier gesagt hat, antworten, weil das schon sehr divergierend ist. Das Zweite: Frau Dr. Schreiner hatte angeregt über die Frage nachzudenken, ob man jenseits der reinen Frage des Einbaus auch über die Frage der Veränderung und der Verarbeitung sprechen sollte. Wie stehen Sie dazu?

**SV Prof. Dr. Thomas Pfeiffer:** Ich fange mit Letzterem an. Da stimme ich zu. Die Beschränkung auf den Einbau ist eigentlich wertungssystematisch nicht überzeugend. Auch andere Formen der Verbindung oder Verarbeitung sind der Interessenlage nach ähnlich zu beurteilen. Zweiter Punkt: Das, was Sie sagen, Herr Lenkeit, hat mich nicht überzeugt, und zwar aus folgendem Grund: Es ist nicht zutreffend, dass die bisherige Rechtslage keinen Anlass bot, Fälle bis zum BGH zu bringen, weil nämlich die betreffende AGB-Vorschrift bisher schon sowohl das Kaufvertragsrecht als auch das Werkvertragsrecht betraf und dort Regelungen, die sich auf Arbeitsmaterial, Transport und Wegekosten beziehen. Deswegen geht es jetzt nur, wenn man das so macht, wie Frau Dr. Schreiner vorgeschlagen hat, um eine Erweiterung auf Fälle, die bisher noch nicht erfasst sind. Es ist nicht so, dass es bisher keinen wirtschaftlichen Anlass gab, da zu streiten, den hätte es gegeben. Und dass es so wenig BGH-Entscheidungen gibt, zeigt, dass man mit der Rechtslage leben kann. Ich stimme auch nicht zu, dass die Rechtsprechung des BGH im Anschluss an die „Weber und Putz“-Entscheidung durch den EuGH zu irgendwelchen Zweifeln Anlass gibt, dass der BGH seine Position entsprechend der Heranziehung des Rechtsgedankens auch im Unternehmensverkehr für die Fälle, die ich genannt habe, ändern würde. Die Entscheidungen betreffen ganz andere Fälle, haben mit dem AGB-Recht nichts zu tun, und in der Kommentarliteratur vertreten alle Standardkommentare das, was ich Ihnen vorgetragen habe und nichts anderes. Ich bedanke mich.

Abg. **Dr. Sabine Sütterlin-Waack** (CDU/CSU): Ich habe eine Frage, vielleicht sind es auch zwei, an Sie, Frau Dr. Schreiner, und Sie, Frau Moldenhauer. Es geht noch mal um die AGB-Festigkeit. Wir haben heute schon viel gehört, dass Sie insbesondere mit dem ZDH fordern, dass

die Verkäufer im unternehmerischen Geschäftsverkehr über diese Indizwirkung hinaus keine Klauseln aufnehmen dürfen, wonach die Pflicht zur Lieferung der mangelfreien Sache beschränkt wird. Als Argument wird immer angeführt, dass den kleineren Handwerksbetrieben schlichtweg die Zeit – wir haben auch über die Länge der Prozesse heute schon Zahlen gehört – oder auch das Geld fehlen, um den Klageweg zu gehen. Das ist das Argument, was auch dahinter steht, neben dem der Ungleichgewichtigkeit möglicherweise. Für wie tragfähig halten Sie denn das Argument? Sie haben aus unterschiedlichen Gesichtspunkten argumentiert, dass generell im unternehmerischen Geschäftsverkehr und insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Handwerkskammern auch über das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) die AGBs überprüfen können, so dass nicht jeder einzelne Handwerker vor Gericht muss. Da würde mich Ihre Einschätzung zu dem Argument interessieren. Vielen Dank.

Abg. **Eckhard Pöls** (CDU/CSU): Ich habe noch mal eine Nachfrage, Herr Professor Leupertz, zur VOB, weil ich meine, dass wir Handwerker mit der VOB bislang immer sehr gut gefahren sind, weil es eben der Ausgleich ist zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber und dass sich das die Waage hält und auch für einen Ausgleich sorgt. Und nun gab es die VOB – wir haben es gehört – seit 1923 oder 1926; ich habe auch noch eine alte Ausgabe von meinem Opa geschenkt bekommen. Und es gab immer unterschiedliche oder verschiedene Neufassungen, 2009, 2012, 2016, also in immer kürzeren Abschnitten. Ist es dann nicht für den Verbraucher, aber auch für den Unternehmer, wirkungsvoller, wenn wir die VOB den Gegebenheiten anpassen, anstatt jetzt einen Wust aus neuen Paragraphen zu machen? Wenn ich die Diskussion unter den Juristen mitkriege, halte ich doch das für den allgemeinen Geschäftsbetrieb für sinnvoller. Oder liege ich da als juristischer Laie völlig daneben?

Abg. **Karin Binder** (DIE LINKE.): Mir geht es jetzt noch mal um das ganze Thema der Insolvenzen. Wir haben leider im Baugewerbe durchaus eine Branche, die sehr anfällig dafür ist. Mich würde zum einen interessieren: Sie hatten vorher auch das Thema Qualität zur Sprache gebracht – sehen Sie einen Zusammenhang zwischen dieser Häufigkeit von Insolvenzen im Baugewerbe mit



der Qualität dessen, was da abgeliefert wird und in der Verbindung auch mit der Qualität der Beschäftigungsverhältnisse? In dem Zusammenhang wüsste ich auch gerne, ob Sie und Ihr Verband eventuell Vorschläge haben, wie denn Verbraucherinnen und Verbraucher bei einer Insolvenz ihres Bauunternehmens besser geschützt werden könnten, Stichwort: Fertigstellungsrisiko o.ä.? Ein zweiter Fragenkomplex wäre noch mal die Frage zu der Herausgabe der Bauunterlagen. Wir haben insbesondere im Schlüsselfertigbau tatsächlich keine Verpflichtung dazu. Könnten Sie uns hier noch mal erläutern, welche Probleme die Nichtherausgabe dieser Bauunterlagen für die Bauherren und auch für mögliche Mieter aufwerfen könnte?

Abg. **Lena Strothmann** (CDU/CSU): Ich habe eine Frage an Frau Dr. Schreiner. Das Handwerk betrifft noch einen weiteren Punkt, der noch nicht so beleuchtet ist im Zusammenhang mit dem Mängelgewährleistungsrecht, und zwar ist das das Selbstvornahmerecht des Händlers. Nach dem Gesetzentwurf ist es so, dass der Hersteller oder Lieferant entscheiden kann, ob er die Ein- und Ausbaurkosten beim Handwerker ersetzt oder ob er sie selbst ausführt. Und entscheidet sich jetzt der Händler dafür, dass er sie selbst ausführt, kommt der Handwerker in eine ziemlich schwierige Situation. Der Handwerker hat in der Regel zumindest ein Dienstleistungsverhältnis zu seinem Kunden, daneben aber auch ein moralisches Verhältnis. Und wenn er jetzt den Schaden selbst behebt, dann hat er auf der einen Seite ein Problem mit seinem Verkäufer. Wenn er das nicht macht, hat er ein Problem mit seinem Kunden, weil er mit dem auch einen Werkvertrag hat. Der Handwerker ist da in einer ziemlich schwierigen Situation, wenn sich der Lieferant jetzt entscheidet, das selbst zu machen oder durch einen Handwerker seines Vertrauens. Wie kann man das Problem lösen? Wie schätzen Sie die Situation insgesamt für den Handwerker ein?

Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): Ich wollte ganz kurz noch mal von Herrn Professor Leupertz etwas wissen: Ich sehe Ihren Punkt, dass die Rechtsdurchsetzung zweifelhaft ist, in diesem Gesetzentwurf nicht sehr viel anders. Wenn ich mir den § 650c Abs. 5 BGB betrachte, dann ist die einzige Erleichterung, dass der Anordnungsgrund

nach Hinzuziehung eines Sachverständigen entfällt; ich habe aber das Problem, dass ich im Grunde genommen beim relativ unwissenden Landgerichtsrichter lande, der möglicherweise die wesentlich komplexere Frage des ...

*(Zwischenruf: Na, na, na...)*

Abg. **Dr. Hendrik Hoppenstedt** (CDU/CSU): ... Ja, der kann ja nicht alles wissen. Nicht einmal wir wissen alles, dann wird es der Landgerichtsrichter möglicherweise... Ich meine es überhaupt nicht despektierlich, sondern Herr Professor Leupertz hat es vorhin super ausgeführt: Es ist nicht das Verschulden der Richterschaft, sondern man kann eben – selbst als guter Jurist – logischerweise nicht in allen Rechtsgebieten beheimatet sein. Dann muss er aber immer noch entscheiden über den Anordnungsanspruch, und der ist im Grunde auch das komplizierteste an der ganzen Geschichte. Sie haben die Fragen der Bauverfügung ins Spiel gebracht und gesagt, es wäre doch gut, wenn wir auf OLG-Bezirksebene beispielsweise eine spezielle Spruchkammer haben, die sich nur mit diesen, zum Teil hochkomplexen, Fragen befasst und damit sachgerecht und schnell eine Entscheidung treffen kann. Für mich klingt das erst mal relativ plausibel. Die Sorge, die jetzt aber einhergeht mit der Schaffung einer solchen Bauverfügung ist, dass wir – je nach Vertragsart – plötzlich unterschiedliche einstweilige Verfahren in unsere Zivilprozessordnung übernehmen müssen, so dass wir im Ergebnis einen ganz Wust an unterschiedlichen einstweiligen Verfügungsarten haben. Könnten Sie dazu Stellung nehmen, ob denn diese Sorge berechtigt ist, und was man alles tun kann, um die Rechtseinheitlichkeit letztendlich auch zu gewährleisten?

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich werde jetzt zum AGB nicht mehr weiter fragen – ich bin zwar immer noch unentschieden, wer jetzt von Ihnen Recht hat, aber ich glaube, die Argumente sind ausgetauscht und liegen auf dem Tisch. Und ich würde jetzt deswegen noch mal beim Anordnungsrecht § 650b und § 650c BGB nachhaken, und zwar bei Herrn Professor Leupertz und bei Herrn Lenkeit. Sie haben beide im Grunde genommen das Gesetz sehr gelobt, um uns dann aber auch sehr deutlich zu machen, dass bei den §§ 650b, 650c BGB eine ganze Menge nicht funktioniert. Dass § 650c Abs. 4 BGB



gestrichen werden muss, weil er hier unzulässige Ausnahmen für die öffentliche Hand schafft, das habe ich soweit verstanden. Aber was ist denn eigentlich insgesamt mit dieser Konstruktion? Sie haben uns mehrere Nachteile aufgezählt, die mir nachvollziehbar erscheinen. Von der Ausnahme für die öffentliche Hand mal abgesehen – die Pflicht einen Sachverständigen hinzuzuziehen und die Ungeeignetheit der einstweiligen Verfügungsverfahren, da teile ich, was der Kollege Dr. Hoppenstedt gerade gesagt hat. Das sind eigentlich Dinge, die wir normalerweise in der Zivilprozessordnung (ZPO) und nicht im BGB regeln, etwa, wer die Kosten von Sachverständigen zu tragen hat, und wer wo und warum eine einstweilige Verfügung beantragt, Dinge glaubhaft zu machen hat usw. Das sind alles Dinge, die gehören eigentlich gar nicht ins BGB. Deswegen habe ich jetzt noch mal die Frage über den Absatz 4 hinaus: Wenn es sonst so bleibt, wie es vorgesehen ist, ist das dann ein Regularium, was man eher ganz streichen sollte oder sehen Sie eine Chance, es so zu reparieren, dass es für irgendjemanden noch etwas bringt? Ich sehe im Augenblick nicht, wer überhaupt noch einen Vorteil davon hat. Die Verbraucher haben einen Nachteil. Die Bauindustrie sagt, solange nicht Verbraucher betroffen sind, möchten wir das nicht im gewerblichen Bereich haben. Und die ganz Großen und die öffentliche Hand, die machen sich sowieso vom Acker mit Absatz 4. Im Prinzip bleibt doch irgendwie kein Nutzen mehr übrig. Sollten wir uns dann vielleicht komplett verabschieden von dieser Konstruktion? Und wenn nicht, wie retten wir sie dann?

Abg. **Iris Ripsam** (CDU/CSU): Ich habe zwei Fragen an Frau Moldenhauer. Ich würde gern noch mal zurückkehren zu den B2B-Geschäften. Mit welchen Auswirkungen rechnen Sie für die Industrie im B2B-Geschäft? Sollte der Entwurf hinsichtlich der kaufrechtlichen Mängelhaftung Ihrer Meinung nach unverändert beschlossen werden? Die zweite Frage: Haben Sie einen Vorschlag, wie die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften bezüglich der Aus- und Einbaukosten so geändert werden könnten, dass sowohl die Interessenslage des Handwerks als auch diejenige der deutschen Industrie gleichermaßen ausgewogen abgebildet würden?

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Dann habe ich noch eine Frage an Herrn Mauel. Sie hatten gewisse Zweifel an der Konstellation, die auch Kollegin Strothmann schon beschrieben hat, dem Zusammenspiel von Kaufrecht und Werkvertragsrecht. Wie würden Sie diese Konstellation lösen? Was wäre Ihr konkreter Vorschlag? Dann fangen wir jetzt bei Herrn Lenkeit an, der Fragen hatte von Frau Keul.

SV **Olaf Lenkeit**: Wie retten wir das Ganze? Das war die zusammenfassende Frage. Wenn ich das mit einem Satz beantworten müsste: zurück zum Referentenentwurf. Denn der hat abgebildet, was das Ergebnis der Diskussion im Baugerichtstag war und was Diskussion der Arbeitsgruppe war. Wir haben es beim Bauvertrag nicht mit einem punktuellen Leistungsaustausch, sondern mit einem Langzeitvertrag zu tun. Herr Professor Pfeiffer hat schon gesagt, kein Bau ist wie der andere. Das sind Unikate, und die entwickeln sich. Die entwickeln sich in der Planung, die entwickeln sich im Nutzerverhalten. Manchmal entwickeln sie sich, weil man gesehen hat, dass bestimmte Dinge untauglich sind. Manchmal – darauf hat Frau Merzyn schon hingewiesen – kommen Dinge hinzu, ökologische Gesichtspunkte, es kommen Baustoffe hinzu, es besteht ein Bedürfnis nach Veränderung. Wenn ich beispielsweise als junge Familie erkannt habe, dass eines meiner Kinder an einer Allergie auf bestimmte Farben leidet, dann bin ich natürlich nicht gewillt, dass der Bauunternehmer diese Farben einbaut, sondern dann möchte ich, dass der Bauunternehmer eine andere Farbe wählt, die keine Allergien auslöst. Dann habe ich ein berechtigtes Bedürfnis, in die Disposition des Bauunternehmers einzugreifen und ihm zu sagen, ich möchte das nicht. Dafür gibt es die Zumutbarkeitsgrenze. Auf das andere hat Herr Professor Leupertz schon hingewiesen. Wenn mir in der Planung aufgeht, dass das Haus einfallen wird, wenn ich einen benötigten Balken im Dach nicht installiere, dieser Dachbalken aber in der ursprünglichen Statik und Zeichnung nicht vorgesehen ist, dann habe ich natürlich als Bauherr das Bedürfnis zu sagen, ich möchte gern diesen Dachbalken, weil ich ein funktionierendes Haus haben will. Es gibt also ein Bedürfnis für Anordnungsrechte in einem solchen Langzeit-





vertrag, auch für die Architekten beispielsweise, die sind auch mit betroffen. Und jetzt muss man austarieren, wie man mit den Folgen umgeht. Da gibt es sehr unterschiedliche Vorstellungen. Der Befund war eigentlich, dass die Rechtsfolgenregelung, die § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 in der VOB haben, dass die nicht geeignet sind, das Ganze abzubilden, und deswegen hat man sich ein Modell davon überlegt. Dass man den Bauvertragsparteien zugestehen will, zu dem Modell zurückzukehren, das sie kennen, vertraglich zu vereinbaren, dass andere Regelungen gelten sollen – darüber kann man verschiedener Auffassung sein. Dass man freistellt, ein bestimmtes Modell, also einzelne Klauseln aus einem ausgehandelten Vertragswerk, zu wählen – da sagt der Regierungsentwurf in seiner Begründung: Ja, da besteht ein großes Vertrauen in die Leute, die da sitzen. Das ist nicht der Gesetzgeber, das ist auch nicht das, was Art. 80 des Grundgesetzes vorsieht, was da gemacht wird. Ich habe große Bedenken, dass das so zulässig ist. Und es ist zumindest fraglich, was die Freistellung dieser einzelnen VOB-Regelung angeht und ob das Bestand haben kann. Wo Recht zu geben ist, allen Beteiligten, auch den Stimmen aus der Bauindustrie – das Ganze war als Dreiklang gedacht: bestimmte notwendige Anordnungen, bestimmte rasche Vergütungsfolge und gute Durchsetzbarkeit in einem gerichtlichen Verfahren. Man muss sehen, dass man diesen Dreiklang erhalten kann. Ich bin mit Ihnen überzeugt, dass Richterinnen und Richter so gut wie alles können. In diesem Bereich gibt es aber nicht nur juristische Fragen. Wir haben jetzt in der Gesetzesregelung zum Beispiel eine Aufzählung – ich muss das wörtlich vorlesen, sonst entgeht mir das. Wir haben im § 650c Abs. 1 BGB aufgezählt, dass Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln sind. Das sind Begriffe, die nicht einmal in der VOB vorkommen. Das sind Begriffe, wo jeder baubetriebliche Lehrstuhl in der Bundesrepublik etwas anderes vertritt. Und da haben sich in den letzten drei Jahren eine Menge Lehrstühle entwickelt, das ist ein ganz neues Rechtsgebiet geworden, Claim Management. Jeder vertritt etwas anderes zu diesen Begriffen. Und wir schreiben die jetzt ins Gesetz. Die sind völlig ungeklärt, sogar in der Baubetriebslehre. Da kann ich auch dringend von abraten.

*(Zwischenruf Abg. Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): ...stehen im Referentenentwurf...)*

**SV Olaf Lenkeit:** So standen die da nicht.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Jetzt weiter zu Herrn Professor Leupertz. Sie haben Fragen von Herrn Kollegen Pols, Kollege Dr. Hoppenstedt und Frau Keul.

**SV Prof. Stefan Leupertz:** Vielen Dank. Gestatten Sie, Herr Dr. Hoppenstedt, dass ich die Reihenfolge etwas tausche und erst Herrn Pols antworte. Die VOB/B ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung, und die ist super. Sie haben Sorge – und das verstehe ich auch. Die allgemeine Geschäftsbedingung ist in vielen Teilen ganz toll und soll bleiben. In dem Teil, über den wir reden, taugt sie nichts und hat auch nie getaugt. Und sie hat, das merken Sie als Handwerker weniger als die Industrie, zu einem verdeckten Wettbewerb geführt, der wahnsinnig viel Geld kostet. Der Effekt wäre, wenn man die Privilegierung in § 650c Abs. 4 BGB streicht, dass man die VOB/B natürlich immer noch vereinbaren kann, nur sie unterliegt einer ganz normalen Inhaltskontrolle. Und wenn sie nicht das gesetzliche Leitbild abbildet – und das täte sie im Moment nicht in § 1 Abs. 1 und 2 VOB/B – dann müsste sie sich anpassen an das Maß, was das Gesetz vorsieht. Das wäre die einzige Folge. Sie soll nicht abgeschafft werden, sie soll nur nicht privilegiert sein. Das ist alles.

Und jetzt, Frau Keul, wenn ich auf Sie eingehen darf – ganz entschieden: Diesen Schritt, den man jetzt gewonnen hat, auf gar keinen Fall aufgeben. Und nach meiner Einschätzung gibt es zwei Stellschrauben, die man aber drehen muss, damit es auch funktioniert. Die erste Schraube ist, das kann man ziemlich leicht identifizieren: Sie dürfen an der Stelle, wo es um eine rasche Deeskalation geht, weil die Parteien zwei Positionen entwickelt haben, die unmittelbaren Einfluss auf den Baufortgang haben können – die Baustelle steht still und die Liquidität des Unternehmers ist gefährdet – die Situation nicht prolongieren. Sie dürfen also kein „Folterwerkzeug“ in die Hand geben um zu sagen, jetzt wollen wir doch mal schauen. Das ist das Ziel des Referentenentwurfes gewesen. Das ist jetzt verwässert, aber es ist bei Weitem nicht hoffnungslos. Sie müssten nur diesen



Einigungsprozess, insbesondere mit dem Sachverständigen als vorgeschaltete Stufe, ändern. Der kostet Zeit und betrifft im Grunde genommen Dinge, um die es gar nicht geht. Die können sich immer einigen. 80 Prozent der Leute, die das machen, die werden sich sowieso einigen. Dann brauchen die aber keinen gesetzgeberischen Impuls und schon gar keinen Sachverständigen. Wir müssen die im Blick haben, die nicht zu dieser Einigung finden, und die dürfen keine Obstruktion betreiben können. Die ist das Teure, das sind die havarierten Projekte. Und da braucht man nur eins zu tun: nicht die externe Entscheidung, die rasche Entscheidung von einem weiteren Schritt abhängig machen durch Einschaltung eines Sachverständigen. Das ist der kapitale Fehler. Der muss raus. Wenn man das schafft, dann kann man über Details reden, etwa die 80 Prozent. Ich weiß, das ist so ein kleiner Ersatz für die Liquiditätsfrist durch eine Eilentscheidung, die funktioniert, damit der Unternehmer etwas in den Händen hat. Aber dann darf der auch nicht stehenbleiben, ohne dass der andere schnell und rasch dagegen vorgehen kann, weil das wieder ein „Folterwerkzeug“ ist. Also kommt es im Grunde genommen nur auf eins an: Sie brauchen am Ende des Tages eine funktionierende externe Eilentscheidung. Dann funktioniert das System, dann brauchen Sie auch keine Privilegierung der VOB/B. Das Entscheidende ist, dass ein Externer den Parteien das aus der Hand nimmt, die Baustelle stillzulegen und den anderen am ausgestreckten Arm verhungern zu lassen. Und das war ursprünglich mal die Adjudikation. Da gibt es verfassungsrechtliche Bedenken, die ich übrigens nicht teile.

Und dann komme ich jetzt zur Bauverfügung. Herr Lenkeit hat es angedeutet. Meine Kollegen – ich habe selbst in allen Instanzen gearbeitet, ich war Amtsrichter, außer Familienrecht habe ich alles gemacht – arbeiten alle tüchtig. Natürlich sind die schlau und gut, selbstverständlich. Aber: Das kann ein normaler Richter schlechterdings nicht bewältigen. Wenn einer zu ihm kommt und erzählt etwas vom gestörten Bauablauf, von AGKs und BGKs und... – das ist einfach schwierig. Learning by doing ist ausgeschlossen bei diesem Rechtsgebiet. Da ist eine jahrelange Praxis erforderlich. Und da gibt es nur einen Weg dahin. Bei der Eilentscheidung, da darf ich nicht lange

forschen, da muss ich wissen, um was es geht. Und jetzt geht es nur bei der Bauverfügung darum, ein vorhandenes Institut, nämlich die einstweilige Verfügung, eine Etage höher zu geben. Die Bauverfügung ist, wenn Sie sich das Konzept im Abschlussbericht anschauen, im Wesentlichen konzipiert nach dem einstweiligen Verfügungsverfahren, mit einigen Modifikationen. Sie unterscheidet sich nur dadurch, dass sie eine Spezialzuständigkeit begründet mit Leuten, die im Grunde genommen in ihrem Zuständigkeitsbereich nichts anderes machen. Es geht ja nur um zwei Fragen: Zumutbarkeit und vorläufiger Preis. Und da brauchen Sie Expertise. Ob man das Bauverfügung nennt oder ob Sie bei der einstweiligen Verfügung Baukammern einrichten, die mit Spezialisten ausgerüstet sind – was sowieso eine gesetzgeberische Idee ist, über die man schon lange diskutiert –, das ist egal. Aber Sie dürfen es nicht in das allgemeine Verfügungsverfahren reingeben, wo das völlig planlos bei irgendjemand ankommt. Dann teile ich Ihre Sorge, Frau Keul, dann funktioniert das ganze System nicht. Alles andere ist gut, aber an der Stelle muss der letzte Impuls kommen und der letzte Schritt gemacht werden, damit es ein funktionierendes System ist.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank. Dann hatte Herr Mauel eine Frage von mir. Bitte schön.

SV **Peter Mauel**: Die Frage bezog sich auf den Bereich Ein- und Ausbaukosten. Hier haben wir zwei Verträge zu beachten. Wir haben einmal zunächst denjenigen, der einen Handwerker beauftragt hat, bei ihm Werkvertragsleistungen zu erbringen. Der Verbraucher – jeder Dritte – beauftragt jemanden, den er nach bestimmten Kriterien ausgesucht hat. Das sind Zuverlässigkeit, Preis, die verschiedensten Kriterien. Dieser Handwerker bezieht sein Material irgendwo, und das Material ist fehlerhaft. Der Besteller hat keine Ahnung, wo der das Material bezieht. Jetzt machen wir einen Schnitt und gucken uns an, was jetzt gesetzlich geregelt ist. Wir schauen uns die Vertragsbeziehungen an zwischen dem Handwerker und Lieferanten, der ihm die Teile geliefert hat, die er dann eingebaut hat. Dieser Kaufvertrag, den wir betrachten, beinhaltet zunächst einmal das – ohne jede Frage, das ist auch das vom BMJV immer wieder zitierte –



Recht der zweiten Andienung, wenn im vorliegenden Fall das Material fehlerhaft ist. Wenn wir das so regeln, wie wir das hier haben, dass dann der Verkäufer aussuchen kann, dass er selbst hingehet und baut bei dem Partner des Handwerkers die fehlerhaften Teile ein und aus, dann springt damit das, was der tut, in den zweiten Vertrag, nämlich in den Werkvertrag. Wenn man das so umsetzt, würde das bedeuten, dass der Besteller, der den Vertrag mit dem Handwerker gemacht hat, auf einmal bei sich jemanden hat, der etwas ein- und ausbaut, mit dem der gar nichts zu tun haben will und kann. Der kennt dessen Qualifikation nicht, der hat den nicht bestellt, und es gibt ein Riesenproblem bei der Schnittstelle Haftung - Gewährleistung. Was ist, wenn diese Ein- und Ausbaumaßnahmen Mängel auslösen? Gegen wen macht er jetzt seine Ansprüche geltend? Muss der Handwerker sich auf einmal die Reparaturtruppe seines Händlers zurechnen lassen? Sind das seine Erfüllungshelfen oder ist das ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte oder was soll das für eine Konstellation sein? Wir haben einen Bruch in der Gewährleistung, und wir haben einen Bruch in der Vertragsfreiheit, denn wir beeinflussen auf diese Weise den Vertrag zwischen dem Handwerker und dem Besteller. Wir greifen ein und lassen es zu, nur weil der jeweilige Händler sich das ausgesucht hat, da es billiger ist, wenn er es selbst macht. Das halte ich für unzulässig. Das Recht zur zweiten Andienung unbesehen, aber in dem Augenblick, wenn ich als Händler einen Gegenstand in den Verkehr bringe, von dem ich weiß, dass er dazu bestimmt ist, eingebaut und weiterverwandt zu werden, muss ich hinnehmen, dass dann mein Wahlrecht darauf, eine zweite Andienung vornehmen zu können, beschränkt ist. Das ist ohne weiteres nachvollziehbar, denn es ist das typische Geschäft eines Händlers, Produkte auf den Markt zu bringen. Die Bemühungen, dass man ihn entlastet, kann ich zwar verstehen, aber man muss das Risiko genau bei dem lassen, der es weitergegeben hat. Das ist der Händler, der das fehlerhafte Produkt auf den Markt bringt. Auch das Wehklagen an der Stelle des Händlers, dass er sagt: Es ist ganz schwer für mich, wieder Regress zu nehmen, denn ich kriege vom Hersteller das Produkt oder von weit her – das ist sein Problem. Das ist sein Geschäft. Das Geschäft des Händlers ist: Er bezieht Waren und verkauft die. Und wenn

die Ware schlecht ist, muss er dafür einstehen. Er kann zwar sicherlich hingehen und kann, wenn er das Recht zur zweiten Andienung hat, fragen, ob unter Umständen die Werkvertragspartner damit einverstanden sind, wenn er das selbst macht. Aber es kann nicht zum gesetzlichen Zwang werden.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Herzlichen Dank. Dann hatte Frau Merzyn Fragen von Frau Binder.

Sve **Dipl.-Ing. Corinna Merzyn**: Der erste Fragenkomplex ging zum Thema Insolvenzen. Ich hatte vorhin schon ganz kurz die nach wie vor hohe Insolvenzrate im Bereich des Bauwesens angerissen. Wenn man das Statistische Bundesamt konsultiert, erfährt man, dass sich der Bereich seit Jahren unverändert in den Top 3 hält, glaube ich. Da stellen wir aus der Erfahrung mit der Betreuung unserer Mitglieder fest, dass es im Schlüsselfertigbaubereich insbesondere häufig Firmen trifft, die eben nicht handwerklich geführt werden, die nicht geführt werden von Leuten, die tatsächlich bauqualifiziert sind. Im Schlüsselfertigbereich ist man da relativ frei, gerade in Zeiten von Entbürokratisierung und Aufhebung von Meisterzwängen. Häufig genug findet man da auch Konstellationen, in denen ein versierter Verkäufer vielleicht ein Heer von Subunternehmern zusammensucht und gar nicht unbedingt in der Lage ist, die auch nur fachlich zu koordinieren. Das ist ein Problemkreis, den wir häufig sehen. Für den Bauherren hat das natürlich fatale Folgen, denn wenn ihr Bauvorhaben in solcher Weise notleidend wird, dann sind sie in der Regel über viele Monate hin komplett daran gehindert weiterzubauen, vorausgesetzt, sie haben nicht sowieso schon überzahlt. Das ist noch ein weiteres mögliches Problem, was aber durch den Gesetzentwurf abgemildert wird. Gehen wir einmal davon aus, der Bauherr hat nicht überzahlt, die Baustelle wird notleidend durch eine Insolvenz. Dann dauert es in der Regel drei Monate, bis der Insolvenzverwalter sich soweit eingearbeitet hat, dass er entscheiden kann, dass er sich einen Überblick verschafft hat, dass er bestellt ist. Und dann dauert es häufig weitere mindestens drei Monate, bis er entschieden hat, baut er die Baustelle weiter oder kündigt er den Vertrag selbst, so dass der Bauherr in dieser Zeit weder



selbst den Weiterbau veranlassen kann, dann würde er sich nämlich seinerseits schadensersatzpflichtig machen, oder aber auch nur selbst einziehen kann. Er kann auch nicht vom Vertrag zurücktreten. Das gehört zu den Federn, die Herr Lenkeit erwähnt hat, die die Verbraucher-Bauherren ein Stückchen weit gelassen haben bei dieser Gesamtabstimmungsrunde. Und das ist ein Thema, was ganz sicherlich in einer nächsten Legislaturperiode mindestens beim Thema des Bauträgerrechts ganz dringend mit hinein muss, denn da sind die Folgen noch fataler, weil da auch der Grundstücksanteil gegebenenfalls mitbetroffen ist.

Außerdem hatten Sie nach Beschäftigungsverhältnissen gefragt. Es ist häufig so, dass das Einpersonenbetriebe sind und Ähnliches mehr. Ich hatte eben schon angedeutet: In vielen Bereichen ist keinerlei Meister- oder sonstige handwerkliche Qualifikation mehr erforderlich. Anfällig ist insbesondere der Bereich, der für die energetische Qualität eines Gebäudes maßgeblich ist, nämlich der Trockenbau, der ganz viele Dinge inzwischen mit machen kann, die bauphysikalisch aber hochsensibel sind. Insofern würden wir uns im Bereich der Insolvenzen dringend wünschen, dass da eine Fertigstellungssicherheit getroffen wird und dass es ein Sonderkündigungsrecht für den Insolvenzfall gibt. Um des Großen und Ganzen Willens sagen wir im Moment, das soll dann nach Möglichkeit ganz dringend in einer zweiten Runde für das Bauträgerrecht hineinkommen. Die Herausgabe von Unterlagen ist allerdings ein Punkt, der so gravierend ist, dass er im Grunde genommen schon jetzt unerträglich ist und sich insbesondere deshalb weiterentwickelt hat, weil früher das schlüsselfertige Bauen gar nicht in dem Maße ohne Architekten üblich war. Inzwischen ist das der Standardfall; 90 Prozent aller Ein- und Zweifamilienhäuser werden ohne Architekten schlüsselfertig ausgeführt. Und da ist es so, dass der Bauherr im Moment keinerlei Anspruch hat, in irgendeiner Weise die Planunterlagen einzusehen oder gar energetische Berechnungen einzusehen. Das ist der zweite Punkt, der neu hinzugekommen ist im Laufe der letzten Jahre, dass die energetischen Qualitäten eine derartige Rolle spielen. Es ist auch für den geübten Bausachverständigen, den der Bauherr sich vielleicht während der Bauzeit an die Seite holt,

nicht möglich, ohne Einblick in Berechnungs- und Planunterlagen zu beurteilen, ob die versprochenen Qualitäten eingehalten sind. Ein Risiko besteht dann darin, dass beispielsweise im Nachhinein, wenn er Fördermittel bekommen hat, der Fördermittelgeber kommt und Geld zurückfordert vom Bauherrn. Dieses Risiko kann der Bauherr zwar möglicherweise auf dem Klagewege wieder beim Unternehmer versuchen, sich zurückzuholen. Ein weiterer Aspekt ist die Entbürokratisierung. Es gibt im Grunde genommen keinerlei ernsthafte Baugenehmigung im Sinne eines Vieraugenprinzips mehr. Die Unterlagen werden eingereicht, und in der Praxis sieht es so aus, dass kleine Bauvorhaben bei den allermeisten Bauämtern in der Ecke in irgendeiner Kiste gelagert werden oder sogar der Planverfasser nur verspricht, sie bei sich selbst vorzuhalten. Ein Vieraugenprinzip fehlt insofern in dem Punkt. Wenn dann eine Abstandsregelung verletzt ist oder ähnliches mehr, haben wir schon Fälle erlebt, in denen ein Bauherr ein fertiggestelltes Bauwerk in Teilen wieder abreißen musste, um diese nachbarschaftsrechtlichen Probleme gelöst zu bekommen. Ein weiterer Punkt kann durchaus auch im Bereich der Statik vorkommen. Der fehlende Dachbalken wurde eben schon erwähnt. Wenn der Bauherr das so rechtzeitig merkt, dass er es wenigstens dann über ein Anordnungsrecht bekommt, dann ist es gut. Aber es gibt auch Fälle, in denen das allen Beteiligten durch die Lappen geht, weil man es nur mit Hilfe statischer Berechnungen, die man einsehen und mit dem Bauzustand abgleichen kann, erkennen kann. Das sind tatsächlich große Probleme. Und die Mieter, die Sie angesprochen hatten, die sind natürlich insbesondere im Bereich der energetischen Qualitäten auch wieder betroffen. Gerade für Neubauten gilt nun die Mietpreisbremse, zu der man sicherlich unterschiedlich stehen kann, aber die gilt in dem Bereich nicht. Und diese Mietpreisbremse, die dort nicht gilt, die berechtigt den Mieter zu der Hoffnung, dass er ein energetisch besonders gutes Bauvorhaben bezieht und insofern nur mit niedrigen Heizkosten belastet ist. Wenn die aber nicht eintreffen, weil anders ausgeführt ist, als es vorgesehen war, dann ärgert sich zunächst der Mieter. Es kommt zu einem langwierigen mietrechtlichen Streit, und am Ende muss womöglich nach vielen Jahren der Bauherr



versuchen, sich dieses Geld zurückzuholen.  
Danke.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank. Dann habe ich noch Frau Moldenhauer mit zwei Fragen und dann Frau Dr. Schreiner mit zwei Fragen, und dann wären wir durch.

**SVe Christin Moldenhauer:** Frau Ripsam, ich würde zuerst Ihre beiden Fragen beantworten und dann hatte ich noch eine von Ihnen, Frau Dr. Sütterlin-Waack. Frau Ripsam, Sie hatten mich gebeten, die Auswirkungen des momentanen Gesetzentwurfes auf das B2B-Geschäft näher zu erläutern. Dem komme ich gerne nach und betone, meine Ausführungen beziehen sich wirklich nur auf das reine B2B-Geschäft, wo niemals ein Endverbraucher in der Kette teilnimmt. Zum einen führt diese verschuldensunabhängige Haftung für die Ein- und Ausbaurkosten natürlich zu einer Mehrbelastung für die Industrie. Die Ein- und Ausbaurkosten können ein Vielfaches vom Produktpreis betragen. Darüber hinaus führt der geplante Lieferantenregress dazu, dass die Gewährleistungszeit faktisch erhöht wird, weil die Ablaufhemmung von fünf Jahren dazu führt, dass die Lieferanten länger in Anspruch genommen werden können, als sie üblicherweise mit ihrem direkten Vertragspartner vereinbart haben. Des Weiteren werden viele behauptete Produktmängel zu zusätzlichen Transaktionskosten führen. Das heißt, die Unternehmen werden auch für die Prüfung und Abwehr von derartigen Ansprüchen Aufwendungen haben, die nach der momentanen Rechtsprechung nicht erstattungsfähig sind. Hier denke ich, dass gerade mittelständische und kleine Unternehmen davon betroffen sind, da diese häufig nicht die Ressourcen und die Expertise haben, solche aufwendigen Prüfungen, ob wirklich ein Mangel vorliegt oder nicht, durchzuführen und dann die Gerichtsverfahren zu bestreiten. Hinzu kommt, dass die Ertragslage am Anfang der Wertschöpfungskette, wo sich häufig der Hersteller befindet, deutlich niedriger ist als am Ende der Wertschöpfungskette, wo man noch ein viel größeres Leistungspaket hat. Und im wettbewerbsintensiven Umfeld, in dem sich zum Beispiel die deutsche Elektroindustrie bewegt, wird es kaum möglich sein, diese Mehrbelastungen durch Preiserhöhungen zu kompensieren. Wir haben internationalen Wettbewerb und

insofern wird es dazu führen, dass die deutschen Unternehmen auf diesen Kosten sitzen bleiben und einfach weniger Geld haben, die sie in Forschung und Entwicklung investieren oder sonstige Investitionen vornehmen können. Für das Problem, dass der Hersteller verschuldensunabhängig haftet, obwohl beim Werkunternehmer ein Verschulden vorliegt, weil er beim Einbau fahrlässiger Weise nicht erkannt hat, dass die Ware mangelhaft war, möchte ich auf die Ausführungen von Herrn Professor Pfeiffer verweisen. Dann sollte man überlegen, dass für die Hersteller diese Risiken nicht kalkulierbar sind, weil gerade bei Industrieprodukten die Einsatzgebiete nicht vorhersehbar sind. Bei Baumaterialien weiß ich genau, die Dämmplatte und die Farbe werden an der Wand befestigt, oder bei Fliesen weiß ich, wie viel Quadratmeter Fliesen ich wieder rausreißen muss. Da kann ich diese Kosten als Fliesenhersteller kalkulieren. Bei der Industrie sind die Einsatzgebiete vielfältig. Und vor allen Dingen entscheidet der Käufer, wie er die Produkte einbaut und somit auch über die Höhe der entstehenden Ein- und Ausbaurkosten. Des Weiteren muss man sich überlegen, dass mit fortschreitender Digitalisierung schon allein aus technischen Gründen fast nur noch Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen werden. Insofern möchte ich auf die Ausführungen von Herrn Professor Pfeiffer verweisen, der auch davon ausgeht, dass schon jetzt der Gesetzesvorschlag AGB-fest ist und man somit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von dieser verschuldensunabhängigen Haftung keine Abweichung mehr vereinbaren kann. Dies führt bei voranschreitender Digitalisierung dazu, dass ich in diesem Umfeld überhaupt keine Ausnahme von der verschuldensunabhängigen Haftung für Ein- und Ausbaurkosten vornehmen kann. Im Gegensatz zur Bauindustrie, die sicherlich ein lokales Geschäft ist, macht die Industrie keinen Halt vor Landesgrenzen. Das Internet kennt keine Landesgrenzen. Und insofern führt das hier dazu, dass gerade Unternehmen, die sich im Bereich der Digitalisierung bewegen, dazu gezwungen werden, auch zu überlegen, ob sie nicht auf ein anderes Rechtssystem ausweichen oder sogar sich einen anderen Standort suchen, wenn sie ein Geschäft gründen wollen, um den negativen Auswirkungen des deutschen Rechts zu entkommen. Ein kleines Beispiel: Ein Startup-



Unternehmen, was ein innovatives Produkt entwickelt und noch keine Vertriebsgesellschaft hat, entscheidet sich für einen Online-Handel, geht zu seinem benachbarten Rechtsanwalt und fragt nach dem Entwurf von AGB. Der entwirft sie selbstverständlich nach deutschem Recht, und insofern würde er nach dem neuen Gesetz die Haftung für Ein- und Ausbaurkosten nicht mehr ausschließen können. Dann kauft er Platinen oder andere „commodities“ für seine Produkte bei einem ausländischen Lieferanten ein, weil diese Produkte in Deutschland schon gar nicht mehr hergestellt werden. Und wenn sich dann das Produkt als mangelhaft erweist, und er gerade keine Regressmöglichkeiten gegen seine ausländischen Lieferanten hat, weil die Haftung aufgrund der Vorteile von ausländischen Rechtsordnungen ausgeschlossen werden konnte, führt das dazu, dass er natürlich benachteiligt wird, weil er nach den AGB nach deutschem Recht für diese Ein- und Ausbaurkosten haften muss. Und insofern werden gerade im Bereich der Digitalisierung Unternehmen ermutigt, die Vereinbarung von ausländischen Rechtsordnungen zumindest zu prüfen oder aber zu überlegen, ob man nicht einen ausländischen Standort für Vertriebsgesellschaften oder Onlinegesellschaften wählt. Die zweite Frage...

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Da müssen Sie sich deutlich kürzer fassen, bitte.

SVe **Christin Moldenhauer**: ...war, ob wir einen vermittelnden Vorschlag haben. Da kann ich zwei Vorschläge anbieten. Die eine Lösung, die ich wohlgerne nicht als Verbandsposition vertrete, sondern als Vertreterin der Siemens AG, wäre, dass man den Anwendungsbereich des Gesetzes ausdrücklich zu Gunsten der Kleinstunternehmen und Handwerker im Sinne von § 267a HGB beschränkt. Dies hätte zum Vorteil, dass gerade die Kleinstunternehmen und Handwerker von dem jetzigen Gesetzesvorschlag profitieren würden und auch die Regelungen des Koalitionsvertrages umgesetzt würden. Und auf der anderen Seite, weil man den übrigen Bereich der Industrie nicht über das notwendige Maß hinaus belasten würde. Die dritte Frage...

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Dann noch kürzer, als Sie die zweite Frage beantwortet haben.

SVe **Christin Moldenhauer**: Die dritte Frage war von Frau Dr. Sütterlin-Waack, ob das Handwerk nicht schon über die Verbandsklage geschützt ist. Hier sehen wir selbstverständlich die Möglichkeit, dass rechtswidrige AGB-Klauseln schon seit Jahren über die Verbände, IHKs und Handwerkskammern effektiv in gerichtlichen Verfahren angegriffen werden können. Hierfür gibt es auch spezielle Zuständigkeitsregelungen im UWG und im Unterlassungsklagegesetz, und da werden auch die Handwerkskammern konkret als anspruchsberechtigt ausgewiesen. Und insofern muss auch kein Kleinstunternehmer vor Gericht ziehen, sondern er kriegt tatkräftige Unterstützung von seinen Handwerkskammern.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Die Frau Dr. Schreiner repräsentiert und damit sind wir auf der Zielgeraden. Sie hatten noch zwei Fragen, bitte schön.

SVe **Dr. Manja Schreiner**: Vielen Dank. Ich fange auch mit der letzten Frage an, das schließt sich wunderbar an. Ich möchte das Sprichwort „wo kein Kläger, da kein Richter“ gerne um zwei Sachen erweitern: wo kein Anspruch, da kein Kläger, da kein Richter und da auch keine höchstrichterliche BGH-Rechtsprechung. Am ersten – wo kein Anspruch – arbeiten wir gerade, und da liegt ein guter Entwurf vor. Und dann haben wir erst einmal den Anspruch. Das ist auch gleich die Erklärung dafür, warum man bisher in dem Feld noch keine Handwerkskammer gesehen hat, die ein Unternehmen unterstützen konnte, weil wir hier einfach gar keine gesetzliche Regelung hatten. Wenn wir diesen Anspruch jetzt einmal gesetzlich haben, dann haben wir erst einmal die Grundlage geschaffen, warum wir überhaupt tätig werden könnten. Der zweite Teil – wo kein Kläger, da kein Richter – bezieht sich darauf, dass, selbst wenn wir die Möglichkeiten des Unterlassungsklagegesetzes haben, die Handwerkskammer nicht hingehen und das einfach so einklagen kann, sondern sie muss immer einen Handwerker finden, der dazu bereit ist. Und das ist eine große Schwierigkeit, denn der Handwerker hat eine laufende Geschäftsbeziehung zu einem Fachhandel. Und das ist je nach Branche sicherlich unterschiedlich, aber in vielen kann das der einzige, wirklich wichtige und alternativlose



Lieferant sein. Ob es jetzt um Preis oder Qualität oder was auch immer geht – jedenfalls ist man relativ beschränkt in manchen Branchen, und man ist darauf angewiesen, dass man mit seinem Fachhandel in einem guten Austausch ist. Und wenn der Handwerker diesen langen Atem haben soll, bis zum BGH zu gehen, natürlich mit der Unterstützung der Handwerkskammer, dann kriege ich vielleicht mit viel Würgen und Hängen tatsächlich jemanden dazu, das zu machen. Aber um eine flächendeckende Rechtsprechung und eine Rechtssicherheit zu erhalten, reicht es auch in diesem Fall nicht aus, dass ich ein BGH-Urteil habe. Denn wenn die Ausstrahlungswirkung zwar ausgeschlossen ist, dann ist doch immer noch die Möglichkeit, dass die Ein- und Ausbaurkosten maximal eingeschränkt werden. Und das kann branchenspezifisch auch recht unterschiedlich sein. Wir reden hier über Einzelfälle, die im Prinzip hochgetrieben werden müssen, bevor sich auch ein Bild ergibt, wo alle untergerichtlichen Gerichte mitziehen können, weil einfach genug Konstellationen vorhanden sind, die höchstrichterlich entsprechend entschieden sind. Das ist jetzt einfach ein Prozess, der eine lange Rechtsunsicherheit zur Folge hat. Wie gesagt: Die Handwerkskammern sind bereit und in der Spur,

Schluss der Sitzung: 20:16 Uhr

Dr. Johannes Fechner, MdB

aber es wird sehr lange dauern und auch nicht befriedigend sein. Und es löst am Ende nicht die Konstellation, wenn der Handwerker an der Kasse steht. Dann muss er natürlich auch erst einmal wissen, dass es da eine höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, und das Bewusstsein muss überall geschaffen werden. Und das wird einen sehr, sehr langen Zeitraum mit oder ohne UKlaG in Anspruch nehmen. Das zweite, das war Frau Strothmann mit der Frage nach dem Selbstvornahmerecht. Das hat Herr Mauel sehr ausgiebig und gut dargestellt. Den Ausführungen kann ich mich sehr gut anschließen. Mein Vorschlag wäre deswegen, das Selbstvornahmerecht zu streichen. Dann würde man sich alle Folgeprobleme, die hier skizziert wurden, einfach sparen.

Vorsitz **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Damit wären wir durch. Wir sind seit zweieinhalb Stunden da. Ich frage in die Runde, gibt es noch eine Frage? Das ist nicht der Fall. Dann darf ich mich ganz herzlich bei Ihnen allen bedanken dafür, dass Sie da waren und für Ihre hochkompetenten Ausführungen, die uns sicherlich viele Hinweise gegeben haben für das weitere Verfahren. Kommen Sie gut nach Hause. Herzlichen Dank.



**Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen**

<b>Prof. Stefan Leupertz</b>	<b>Seite 41</b>
<b>Peter Mauel</b>	<b>Seite 55</b>
<b>Dipl.-Ing. Corinna Merzyn</b>	<b>Seite 71</b>
<b>Dr. Philipp Mesenburg</b>	<b>Seite 84</b>
<b>Christin Moldenhauer</b>	<b>Seite 93</b>
<b>Prof. Dr. Thomas Pfeiffer</b>	<b>Seite 101</b>
<b>Dr. Manja Schreiner</b>	<b>Seite 107</b>



Essen, den 13. Juni 2016

## Zusammenfassende Stellungnahme

von

Prof. Stefan Leupertz

Präsident des Deutschen Baugerichtstages e. V.

zur Vorbereitung

der öffentlichen Anhörung

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

*BT-Drucksache 18/8486*

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages hat mit seiner Einladung zur öffentlichen Anhörung zu dem o. g. Gesetzentwurf der Bundesregierung eine schriftliche Stellungnahme der geladenen Sachverständigen erbeten. Diesbezüglich möchte ich auf die beiliegende Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstages vom 19. April 2016 verweisen, die von mir verfasst und nach Abstimmung mit dem Vorstand des Deutschen Baugerichtstages veröffentlicht worden ist. Zur Erläuterung sind folgende ergänzende Anmerkungen veranlasst:

- a) Der Deutsche Baugerichtstag e. V., als dessen Präsident ich an der Anhörung teilnehmen darf, befasst sich seit Jahren mit dem Gesetzgebungsvorhaben und hat es von Anfang an begleitet. Er hat zum ursprünglichen Referentenentwurf umfangreich zu allen Aspekten der Regelungsvorschläge Stellung genommen (*abrufbar unter: [www.baugerichtstag.de/Referentenentwurf Bauvertragsrecht](http://www.baugerichtstag.de/Referentenentwurf_Bauvertragsrecht)*) und befürwortet auch weiterhin die Gesetzesinitiative, die sich, wie mehrere Abgeordnete während der ersten Lesung des Gesetzes im Bundestag mit Recht hervorgehoben haben, durch eine bemerkenswert gründliche und sorgfältige Vorarbeit des zuständigen Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz auszeichnet.
- b) Der Regierungsentwurf in seiner jetzigen, durch die Stellungnahme des Bundesrates beeinflussten Fassung enthält zahlreiche Änderungen und Modifikationen des ursprünglichen Referentenentwurfs. Viele dieser Modifikationen, insbesondere diejenigen zum Verbraucherbauvertrag, erscheinen zumindest diskutabel. Sie sollen hier nicht näher beleuchtet werden.
- c) Statt dessen ist das Augenmerk auf drei zentrale Punkte des Regierungsentwurfs zu richten, mit deren Umsetzung das im Referentenentwurf niedergelegte Regelungskonzept für ein ausgewogenes, praxisgerechtes gesetzliches Bauvertragsrecht völlig ausgehöhlt und in sein Gegenteil verkehrt würde (vgl. dazu S. 3f. der beigefügten Stellungnahme). Diese Änderungen, die durch eine dringend empfohlene Rückbesinnung auf den Referentenentwurf weitgehend vermieden würden, betreffen:
  - § 650b BGB-E - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers
  - § 650c BGB-E - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2
  - § 650p BGB-E - Anwendbare Vorschriften
- d) Die in der beigefügten Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstages e. V. aufgezeigten und ausführlich begründeten Einwände, auf die hiermit verwiesen wird, gelten auch für die jetzige, Änderungsvorschläge des Bundesrats in Betracht ziehende Fassung des Regierungsentwurfs (Zusätzliche Anmerkungen zu der bei Abfassung der Stellungnahme des DBGT noch nicht vorhandenen Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates sind gelb unterlegt). Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen:
  - Das nach § 650b Abs. 1 - 3 BGB-E und 650c Abs. 1, 2, 5 BGB-E vorgesehene "Einigungsmodell" ist nicht praktikabel. Es lädt nicht einigungswillige Vertragsparteien ein zur Obstruktion und wird deshalb die Vertragsabwicklung nicht befrieden, sondern zu weiteren kostspieligen Störungen des Bauablaufs führen und den für den Unternehmer essentiell wichtigen Liquiditätsfluss

beeinträchtigen. Insbesondere die obligatorische Einschaltung eines Sachverständigen als Voraussetzung für die Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes ist in diesem Sinne kontraproduktiv (vgl. zum Ganzen S. 4f. der beigefügten Stellungnahme).

- Die zweckentsprechende Austarierung zwingend erforderlicher Anordnungsrechte des Bestellers mit dem berechtigten Vergütungs- und Liquiditätsinteresse des Unternehmers setzt die Bereitstellung eines funktionierenden Systems für neutrale Eilentscheidungen voraus. Das vorgeschlagene Modell, die Beteiligten auf die erleichterte Inanspruchnahme eines Verfahrens zum Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verweisen, ist nicht praxisgerecht. Es ist unbrauchbar, soweit die erfolversprechende Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes zusätzlich davon abhängig gemacht wird, dass zuvor ein Sachverständiger eingeschaltet wurde. Statt dessen sollte eine echte Bauverfügung eingeführt werden (vgl. zum Ganzen: S. 6ff. der beigefügten Stellungnahme).
- Die "80%-Regel" in § 650c Abs. 3 BGB-E animiert die Unternehmer dazu, überhöhte Nachtragsangebote zu legen, um in der Sache nicht gerechtfertigte Nachtragsforderungen (vorerst) liquidieren zu können. Dadurch wird ein enormes Streitpotential geschaffen, das leicht bis zum Baustillstand eskalieren kann. Weil der Besteller überhöhten Abschlagsforderungen des Unternehmers nur im Wege einer einstweiligen Verfügung begegnen kann, werden solche Verfahren massenhaft eingeleitet werden und zu einer erheblichen Mehrbelastung der schon jetzt mit derartigen Baustreitigkeiten oft überforderten Gerichte führen (vgl. S. 10 der beigefügten Stellungnahme).
- Die nach § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Privilegierung der VOB/B entzieht dem gesetzlichen Regelungsmodell in § 650c Abs. 1, 2 BGB-E den Boden und prolongiert ein ungerechtes, auf einem verdeckten Wettbewerb und völlig unklaren Regelungen beruhendes Preisfortschreibungsmodell der VOB/B. Die Privilegierungsregelung begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. S. 8ff. der beigefügten Stellungnahme).
- Das in § 650b und § 650c BGB-E vorgeschlagene Regelungsmodell belastet einseitig den Besteller. Es wird - auch für die öffentliche Hand - zu einer Verteuerung der Bauvorhaben führen und - gegen den Geist des Gesetzes - gerade Verbraucher in der Rolle des Bestellers von Bauleistungen mit Risiken belasten, die er kaum wird beherrschen können.
- Ziel der Einführung eines eigenständigen Vertragstypus' "Architekten- und Ingenieurvertrag" war es u. a., die Leistungspflichten des Architekten/Ingenieurs klarer zu definieren und über die Inbezugnahme der Vorschriften in § 650b BGB-E hinaus auch die gesetzlichen Grundlagen für anordnungsbedingte Mehrvergütungsansprüche des Architekten/Ingenieurs zu schaffen. Dieses Ziel wird durch § 650p Abs. 2 BGB-E nicht erreicht (vgl. dazu S. 10f. der beigefügten Stellungnahme).

Hamm, den 19. April 2016

Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstages e.V.

zum

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

## I. Vorbemerkung

Der Deutsche Baugerichtstag (DBGT) hat schon auf seinem 3. Kongress im Jahr 2010 die Einführung eines eigenständigen gesetzlichen Bauvertragsrechts empfohlen und in seinem Arbeitskreis I Regelungsvorschläge hierzu erarbeitet,<sup>1</sup> die auf den folgenden beiden Kongressen in mehreren Arbeitskreisen weiter verfeinert und ergänzt wurden. Die Empfehlungen des DBGT waren Gegenstand der Erörterungen einer vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) einberufenen "Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht"; sie bilden in zentralen Punkten die Grundlage für die nach mehr als 3-jähriger Beratungstätigkeit im Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 zusammengefassten Vorschläge der Arbeitsgruppe für die Gestaltung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts. Diese Vorschläge hat das BMJV im Herbst 2015 im *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung* aufgegriffen und - mit moderaten Änderungen und Ergänzungen - zu konkreten gesetzlichen Bestimmungen verdichtet. Der DBGT hat zum Referentenentwurf unter dem 20. November 2015 ausführlich Stellung genommen und die Gesetzesinitiative trotz kritischer Anmerkungen im Detail und einigen Änderungs- und Ergänzungsvorschlägen in ihrem Kerngehalt ausdrücklich begrüßt.<sup>2</sup> Dies deshalb, weil der Referentenentwurf in seinen Grundannahmen die dogmatische Struktur des Rechtsgeschäfts "Bauvertrag" zutreffend erfasst und hieraus Regelungsvorschläge entwickelt hat, die praxismgerechte, einer ausgewogenen Interessenbewertung verpflichtete Leitgedanken für die Gestaltung und Abwicklung von Bauvorhaben enthalten.

Anfang März 2016 hat das BMJV nunmehr den *Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung* vorgelegt. Soweit das Ministerium damit durch Änderungen und Ergänzungen des Referentenentwurfs auf Kritik und Anregungen der zuvor angehörten Interessenverbände und Fachleute reagiert hat, besteht aus Sicht des DBGT kein Anlass solche Modifikationen besonders zu kommentieren.

Ohne erkennbaren Anlass sieht der Regierungsentwurf allerdings in den für die Bauwirtschaft zentralen Problembereichen der Anordnungsrechte und der Preisanpassung völlig neue Regelungen vor, die weder in den jahrelang mit der Entwicklung des Gesetzes befassten Gremien diskutiert noch überhaupt öffentlich kommuniziert worden waren. Diese Regelungen müssen revidiert werden. Sie sind mit den auf die Gewährleistung eines ungestörten Bauablaufs und Liquiditätsflusses gerichteten Grundgedanken des Gesetzesvorhabens nicht in Einklang zu bringen. Ihre Umsetzung würde - im Gegenteil - die tatsächliche und rechtliche Abwicklung von Bauvorhaben mit der Implementierung von praxisfernen Verfahrensabläufen und einer nicht ausgewogenen Zuweisung von Rechten und Pflichten erheblich erschweren und so in letzter Konsequenz zu einer Verteuerung von Bauvorhaben und einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte führen. Hinzu treten verfassungsrechtliche Bedenken gegen die in § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Privilegierungsregelung.

Der DBGT, der die Gesetzesinitiative grundsätzlich weiterhin befürwortet und unterstützt, nimmt diese Entwicklung mit großer Sorge zu Kenntnis. Er möchte vor dem Hintergrund

---

<sup>1</sup> abrufbar unter [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de), Arbeitskreis I Bauvertragsrecht

<sup>2</sup> abrufbar unter [www.baugerichtstag.de](http://www.baugerichtstag.de), Referentenentwurf Bauvertragsrecht

einer zu Recht intensiv geführten Diskussion über die kosteneffiziente und termintreue Durchführung großer Bauvorhaben verhindern, dass solche Bemühungen durch inkompatible gesetzliche Bestimmungen konterkariert werden. Deshalb sieht sich der DBGT veranlasst, zu den folgenden Regelungsvorschlägen des Regierungsentwurfs gesondert Stellung zu nehmen:

- § 650b BGB-E - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers
- § 650c BGB-E - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2
- § 650p BGB-E - Anwendbare Vorschriften

## II. Ausgangslage

Gesetzliche Regelungen zu einseitigen Leistungsbestimmungsrechten des Bestellers waren und sind einer der Hauptstreitpunkte des Gesetzesvorhabens, weil die Zubilligung von Anordnungsrechten die durch den Vertragsschluss abgesicherten kalkulatorischen und organisatorischen Dispositionen des Unternehmers stört und solcherart signifikanten Einfluss auf die ökonomischen Rahmenbedingungen für die Abwicklung insbesondere von großen und größten Bauvorhaben hat. Dementsprechend intensiv ist dieser Problembereich in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJV diskutiert worden; die hieraus entwickelten Eckdaten für ein praxisgerechtes Regelungskonzept ergeben sich wie folgt aus der Stellungnahme des DBGT zum Referentenwurf:

*"Die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht BMJ hat es im Interesse einer zweckentsprechenden, möglichst ökonomischen Realisierung von Bauvorhaben grundsätzlich für erforderlich gehalten, dem Besteller ein umfassendes, durch Zumutbarkeitskriterien begrenztes Anordnungsrecht zuzubilligen. Sie wollte allerdings zugleich sicherstellen, dass der zur Befolgung von Anordnungen verpflichtete Unternehmer anordnungsbedingten Mehraufwand zeitnah in angemessener Höhe vergütet erhält. Neben der interessengerechten Austarierung von Anordnungsrechten und Liquiditätssicherung steht der Grundsatz, dass keine Rechtspositionen geschaffen werden sollen, die zu einem unnötigen Stillstand der Bauausführung führen können.*

*Zur Verwirklichung dieser Leitgedanken hat die Arbeitsgruppe ein von drei Säulen getragenes Regelungskonzept entwickelt, das sich wie folgt zusammenfassen lässt:*

- *Es bedarf einer gesetzlichen Regelung, ob und inwieweit der Besteller berechtigt ist, Änderungen der Vertragsleistung anzuordnen.*
- *Als Gegengewicht zu gesetzlich vorgesehenen Anordnungsrechten des Bestellers müssen gesetzliche Regelungen für eine gerechte, spekulativer Preisgestaltung entzogene Anpassung der Vertragspreise bei Mehr- oder Minderaufwand geschaffen werden.*
- *Nach derzeitiger Rechtslage bleiben dem Unternehmer im Streit über den Umfang der bereits nach dem Ausgangsvertrag geschuldeten Leistungen und/oder die Wirksamkeit von (leistungsändernden) Anordnungen des Bestellers zwei Möglichkeiten: Er kann – mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden – die Arbeit*

*einstellen oder die Bauleistung mit dem Ergebnis weiter ausführen, eventuelle Ersatz- bzw. Mehrvergütungsansprüche nachträglich gerichtlich durchsetzen zu müssen. Streiten die Parteien hingegen nur über die Höhe der Nachtragsvergütung, muss der Unternehmer die Arbeit fortsetzen und seine unbezahlt gebliebenen Werklohnforderungen gerichtlich geltend machen. Die solcherart vorgezeichneten Alternativen – Baustillstand oder langfristige Störung des Liquiditätsflusses - sind nicht in Einklang zu bringen mit den Anforderungen an eine zweckentsprechende, ökonomisch sinnvolle Bauabwicklung. Diese strukturelle Schwäche des geltenden Bauvertragsrechts muss dadurch beseitigt werden, dass den Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnet wird, die vorgenannten Streitfragen vorläufig bindend und zeitnah extern klären zu lassen.*

Dieses Konzept war im Referentenentwurf mit den in §§ 650b und 650c BGB-RefE zusammengefassten Regelungsvorschlägen im Wesentlichen zweckentsprechend umgesetzt, allerdings unter Verzicht auf die nach den Vorstellungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht erforderliche Einführung eines Eilverfahrens in Form einer besonderen "Bauverfügung". An deren Stelle sollte eine nach § 650b Abs. 4 BGB-RefE an erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpfte einstweilige Verfügung für die zeitnahe Klärung von Streitfragen (nur) über die Zumutbarkeit von einseitigen Anordnungen des Bestellers sorgen. Der DBGT hat bereits in seiner Stellungnahme vom 20. November 2015 Kritik hieran geäußert und deutlich gemacht, dass die eilbedürftige Klärung der durch Anordnung und Preisanpassung aufgeworfenen Streitfragen nicht in ein hierfür nicht geeignetes einstweiliges Verfügungsverfahren herkömmlicher Prägung verwiesen werden darf. Insoweit wird auf die Ausführungen auf Seite 6f. der Stellungnahme vom 20. November 2015 verwiesen.

### **III. § 650b BGB-E - Änderung des Vertrages, Anordnungsrecht des Bestellers**

#### **1. § 650b Abs. 1, Abs. 2 BGB-E**

a) Der jetzige Vorschlag für gesetzliche Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bestellers unterscheidet zu Recht zwischen Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB-E) und solchen Änderungen, die zur Erreichung des unveränderten Werkerfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB-E). Anders als noch im Referentenentwurf (§ 650b Abs. 2 Satz 3 BGB-RefE) werden Änderungsanordnungen zur *Bauzeit* und zur *Art der Ausführung der Leistung* nun allerdings nicht mehr erwähnt. Auch die Begründung des Entwurfs (S. 59f.) verhält sich hierzu nicht. Das erscheint problematisch, weil sich in besonders gelagerten Einzelfällen Bedarf für derartige Eingriffe in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers ergeben kann und die Praxis darauf angewiesen ist, möglichst klare gesetzliche Regelungen vorzufinden, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer einseitige Anordnungen des Bestellers zur *Bauzeit* oder zur *Art der Ausführung* der Bauleistung befolgen muss. Beispielhaft genannt seien in diesem Zusammenhang zahlreiche Bauvorhaben der Deutsche Bahn AG, die "unter rollendem Rad", also bei laufendem Betrieb durchgeführt werden müssen und deshalb durch Sperrpausen geprägt sind, deren Auswirkungen auf den zeitlichen Bauablauf der Besteller entsprechend steuern können möchte. Derzeit ist es in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten, ob ein solches zeitliches Anordnungsrecht aus der insoweit als Rechtfertigungstatbestand allein in Betracht kommenden Klausel in § 1 Abs. 3 VOB/B abgeleitet werden kann. Der Gesetzgeber sollte diese Unklarheit beseitigen und jedenfalls darauf achten, dass die Bauvertragsparteien privatautonome Vereinbarungen hierzu treffen

können, die nicht schon deshalb an einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 BGB scheitern dürfen, weil sie dem Besteller überhaupt die Möglichkeit einräumen, Änderungen der *Bauzeit* und/oder der *Art der Ausführung* einseitig anzuordnen.

b) § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB-E sieht vor, dass die Vertragsparteien eine Einigung über eventuelle nachträgliche Änderungen des Leistungsumfangs und ihre Bezahlung anstreben sollen. Diese Bestimmung ist für sich genommen ohne rechtlichen und praktischen Wert. Sie konstatiert, was ohnehin gilt: Den Parteien ist es ungeachtet gesetzlicher Bestimmungen zu einseitigen Anordnungsrechten selbstverständlich unbenommen, sich rechtsgeschäftlich über die Ausführung und Bezahlung von Änderungsleistungen zu einigen.

c) Problematisch erscheint die gesetzgeberische Verfestigung des "Einigungsmodells" durch die nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB-E nunmehr vorgesehene Verpflichtung des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, sofern nicht der Besteller nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB-E die hierfür erforderliche Planung beistellen muss. Diese Pflicht, für die nicht klar ersichtlich ist, welche Sanktionen ihre Nichtbeachtung nach sich zieht, soll zudem nur dann bestehen, wenn die Ausführung einer Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB-E dem Unternehmer zuzumuten ist. Damit wird nicht nur möglicher Streit über die nicht immer einfach zu beantwortende Frage der Planungsverantwortung in den Einigungsprozess hineingetragen, sondern auch derjenige über die Zumutbarkeit der Änderung. Diese Streitpunkte aufzulösen und zu einer einvernehmlichen Lösung zu bringen, kostet Zeit. Sie wird in aller Regel nutzlos vertan sein, wenn die Parteien nicht ohnehin einigungswillig sind. Sind sie hingegen ernsthaft an einer Einigung interessiert, bedarf es keiner gesetzlichen Vorgaben für den Einigungsprozess.

Abgesehen davon wirft das nach § 650b Abs. 1 BGB-E vorgesehene "Einigungsmodell" Fragen auf, deren belastbare Beantwortung die Gerichte auf Jahre, wenn nicht Jahrzehnte beschäftigen wird.

Es ist unklar, welche Auswirkungen die Einigungsbemühungen der Vertragsparteien auf den Bauablauf haben. Darf der Unternehmer jedenfalls die von der Änderung betroffenen Arbeiten bis zu einer wirksamen Einigung (oder Änderungsanordnung des Bestellers) einstellen oder muss er die Arbeiten mit dem Ergebnis fortführen, dass ihm am Ende faktisch oft nur die Möglichkeit bleibt, ihre angemessene Bezahlung durchzusetzen? Die gleiche Frage stellt sich, wenn die Parteien nach einem gescheiterten Einigungsversuch darüber streiten, ob eine vom Besteller gemäß § 650b Abs. 2 BGB-E angeordnete Änderung zumutbar ist oder nicht. Der Referentenentwurf sah hierzu in § 650b Abs. 3 BGB-RefE eine klare, von einer zutreffenden Gewichtung der Vertragsinteressen ausgehende Regelung vor, deren Praxistauglichkeit im Interesse eines möglichst ungestörten Bauablaufs freilich von der Bereitstellung eines funktionierenden Eilverfahrens zur raschen Beilegung von Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit von einseitigen Änderungsanordnungen abhing. Der Verzicht auf eine solche Regelung schafft Unklarheit und wird zu unnötigen Auseinandersetzungen - auch vor Gericht - führen.

Was geschieht, wenn der Unternehmer sich weigert, ein Nachtragsangebot vorzulegen? Nach der Gesetzesbegründung werden (nur) Streitigkeiten über Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB-E durch Verhandlungen der Parteien oder durch einstweilige Verfügungen nach § 650b Abs. 3 BGB-E beigelegt (Seite 61 Reg-E). Daraus folgt, dass der Besteller in diesem Stadium des Einigungsverfahrens keine Möglichkeit hat, die Verpflichtung des Unternehmers,



ein Nachtragsangebot zu stellen, rasch gerichtlich klären zu lassen. Er muss also die Änderung anordnen, wozu er gemäß § 650b Abs. 2 BGB-E- wiederum erst nach dem Scheitern der Einigungsbemühungen berechtigt ist. Weil es sich insoweit um eine Tatbestandsvoraussetzung für die Ausübung des Anordnungsrechts handeln dürfte, wird letztlich das Gericht im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nach § 650b Abs. 3 BGB-E klären müssen, ob eine Einigung nicht (mehr) erzielt werden konnte, weil der Unternehmer sich unberechtigt geweigert hat, ein Nachtragsangebot vorzulegen. Auf solche Weise werden den Vertragsparteien Möglichkeiten eröffnet, Streit zu generieren, wo seine Vermeidung im Mittelpunkt des gesetzgeberischen Regelungsplans stehen sollte.

## **2. § 650b Abs. 3 BGB-E (zugleich zu § 650c Abs. 5 BGB-E)**

Die nach § 650b Abs. 3 BGB-E vorgesehene einstweilige Verfügung ist ganz grundsätzlich kein probates Verfahren für eine wirksame Streitbeilegung in Fragen des Anordnungsrechts und der Preisanpassung. Insoweit wird auf die Ausführungen in der Stellungnahme des DBGT vom 20. November 2015 verwiesen (dort Seite 7).

Sie ist jetzt völlig unbrauchbar, weil § 650b Abs. 3 BGB-E (ebenso § 650c Abs. 5 BGB-E) den Verzicht auf eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes davon abhängig macht, dass zuvor versucht wurde, den Streit unter Beiziehung eines Sachverständigen beizulegen.

a) Schon der zeitliche Bezugspunkt für das Erfordernis, einen Sachverständigen einzuschalten, ist nicht ganz klar. Streit - auch über die Zumutbarkeit - kann (und wird in der Regel) bereits in dem gemäß § 650b Abs. 1 BGB-E vorgeschalteten Einigungsprozess entstehen. Also werden die Vertragsparteien mit Blick auf die Durchsetzung einer nach § 650b Abs. 2 BGB-E zu erwartenden Anordnung schon zu diesem Zeitpunkt erwägen müssen, das nach § 650b Abs. 3 BGB-E vorgeschriebene Sachverständigenverfahren einzuleiten. Damit wird eine rasche und unkomplizierte Einigung faktisch behindert, weil die grundsätzlich einigungswillige Vertragspartei "bestraft" wird, wenn die Einigungsbemühungen am Ende scheitern und sie es versäumt hat, möglichst frühzeitig einen Sachverständigen einzuschalten. Auf diese Weise wird das Grundkonzept des Gesetzes, Kooperation und Deeskalation zu fördern, konterkariert.

b) Unabhängig davon wird die Befassung eines Sachverständigen mit den zu erwartenden Streitfragen, die aus den unter 1. c) genannten Gründen nicht nur die Zumutbarkeit betreffen werden, den Einigungsprozess erheblich verzögern; erst wenn dieser Einigungsprozess unter Einbeziehung eines Sachverständigen gescheitert ist, können die Vertragsparteien mit Aussicht auf Erfolg bei Gericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen, wodurch nun ein weiteres Verfahren in Gang gesetzt wird. Der hierdurch bedingte Zeitaufwand ist immens! Es besteht die Gefahr, dass die gesamte Baumaßnahme in Schiefelage gerät, wenn der Unternehmer im Streit um seine Verpflichtung, geänderte Leistungen ausführen zu müssen, die Arbeiten einstellt. Weil der Gesetzesentwurf keine klare Aussage dazu trifft, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen er hierzu berechtigt ist, wird die rechtliche Beratungspraxis mit erheblichen Unwägbarkeiten belastet. Es entsteht neues Streitpotential, das nicht im einstweiligen Verfügungsverfahren aufgefangen werden kann, sondern zu nachläufigen Gerichtsverfahren mit sehr komplexen Sachverhalten und großer wirtschaftlicher Bedeutung für die Beteiligten führen wird.

c) Nach dem gesetzlichen Regelungsmodell soll der Sachverständige keine Entscheidungskompetenz haben. Der Gesetzgeber geht offenbar davon aus, dass seine Einschaltung befriedende Wirkung haben wird. Diese Vorstellung ist praxisfremd; sie wird sich noch weniger verwirklichen als im selbständigen Beweisverfahren, wo - wie die Gerichtspraxis zeigt - Streit entgegen der Intention des Gesetzgebers eher gezüchtet und nur selten vermieden wird. Denn die hier in Rede stehende Einigung über die Zumutbarkeit von geänderten Leistungen wird kaum je an fehlender Sachkunde scheitern, welche die Vertragsparteien - jedenfalls im Bereich des industriellen Bauens - in der Regel selbst besitzen. Dementsprechend handelt es sich bei der zu klärenden Frage der Zumutbarkeit vom vertraglichen Leistungsumfang nicht umfasster Zusatzleistungen um eine reine, an die Auslegung des Vertrages anknüpfende Rechtsfrage, die einer belastbaren Beurteilung durch einen (technischen) Sachverständigen nicht zugänglich ist. Welche befriedenden Wirkungen sollen seine Feststellungen hierzu also haben? Tatsächlich müssten die Parteien für eine kompetente Beantwortung der sich um die Zumutbarkeit rankenden Streitfragen also einen rechtlichen Sachverständigen einschalten, der indes nicht befähigt ist, die in aller Regel mit Streit um die Zumutbarkeit verknüpfte Preisanpassung sachverständig zu begleiten (§ 650c Abs. 5 BGB-E). Dort "regiert" der mit baubetrieblichem Sachverstand ausgestattete Ingenieur, der allerdings in zahlreichen Einzelfragen der Preisberechnung wiederum der Unterstützung durch einen Juristen bedarf. Die Praxis wird sich in einem solchen "Verfahrenswirrwarr" hoffnungslos verheddern und gerade für diejenigen, die nicht an einer Einigung interessiert sind, Möglichkeiten für Obstruktion und Konfrontation schaffen.

d) Das durch die erzwungene Hinzuziehung eines Sachverständigen bedingte Störpotential wird gravierend verschärft durch den Umstand, dass der Gesetzesentwurf zu wichtigen Aspekten des Sachverständigenverfahrens schweigt. Das Modell eines "Einigungsverfahrens mit Sachverständigenbeteiligung", das, um es noch einmal zu betonen, schon im Ausgangspunkt und unabhängig von konkreten Verfahrensmodalitäten unpraktikabel erscheint und keinesfalls Realität werden darf, ist in seiner jetzigen Ausprägung schlechterdings nicht handhabbar. So ist völlig unklar,

- wer den bzw. die Sachverständigen bestimmt; (erledigt durch die Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 17 der Stellungnahme des Bundesrates)
- was geschieht, wenn die Parteien sich nicht auf einen Sachverständigen einigen können;
- wer bestimmt, mit welchen konkreten Fragen der Sachverständige befasst werden soll und
- in welchem Zeitraum und in welcher Form er sein Gutachten zu erstatten hat.

Ziel der Einführung von gesetzlichen Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bestellers und der Anpassung der Vertragspreise war und ist es, den ungestörten Bauablauf zu gewährleisten, die Liquidität des Unternehmers zu sichern und - ganz allgemein - die Vertragsparteien zur Kooperation zu animieren sowie unnötigen Streit zu vermeiden. Anders ausgedrückt: Die gesetzlichen Bestimmungen müssen so gefasst sein, dass es keine lohnenden Gründe gibt, berechnete Belange und Interessen der jeweils anderen Partei in diesem zentralen Problemfeld des gewerblichen und industriellen Bauens zu torpedieren. Das mit dem Regierungsentwurf vorgeschlagene Regelungskonzept bewirkt genau das Gegenteil, weil in ihm überflüssiger und kontraproduktiver Streit über Verfahrensfragen angelegt ist, der von so mancher Vertragspartei, die sich je nach Bauablauf in einer günstigen "Machtposition" befindet, absehbar dazu benutzt werden wird, den zeitlichen

Druck auf den Vertragspartner zu erhöhen und auf diesem Wege Zugeständnisse zu erzwingen, auf die kein rechtlicher Anspruch besteht und die bei Bereitstellung eines funktionierenden Eilverfahrens zur vorläufig bindenden Streitentscheidung gar nicht erst in Erwägung gezogen würden. Auf solche Weise werden Anreize für die Ausbildung unkooperativer Vertragsstrategien gesetzt, die dem gesetzgeberischen Grundanliegen, die Abwicklung von Bauverträgen im Interesse einer Senkung der Baurisiken und Baukosten strukturell zu befrieden, elementar entgegenstehen.

#### **IV. § 650c BGB-E - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2**

##### **1. Ausgangslage - § 650c Abs. 1, Abs. 2 BGB-E**

Der DBGT hat bereits in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf deutlich gemacht, dass er das weitgehend unverändert in § 650c Abs. 1, 2 BGB-E übernommene Modell der Vergütungsanpassung bei geänderten und zusätzlichen Leistungen für zweckentsprechend, gerecht und praktikabel hält (Seite 15 der Stellungnahme vom 20. November 2015). An dieser grundsätzlichen Einschätzung hat sich nichts geändert. Die seinerzeit vom DBGT und der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht neu entwickelten rechtlichen Parameter für die Bemessung der Vergütung für Mehr- oder Minderleistungen sind ein wichtiger Eckpfeiler im Kampf gegen einen mit unkalkulierbaren Risiken und Kosten verbundenen verdeckten Wettbewerb, der seit Jahrzehnten unter dem Regime unklarer und teilweise unbrauchbarer VOB/B-Regelungen (vgl. dazu nur: Kniffka, Ist die VOB/B eine sichere Grundlage für Nachträge?, BauR 2012, Seite 411) die Baupraxis regiert und zu konfrontativ ausgerichteten Vertragspraktiken mit z. T. desaströsen Ergebnissen bei der Umsetzung von Großbauvorhaben geführt hat. Diese Entwicklung sollte gestoppt und gedreht werden hin zu einer von Transparenz und Kooperation getragenen Abwicklung von Nachträgen in Bauvertragsangelegenheiten.

##### **2. § 650c Abs. 4 BGB-E - Privilegierung der VOB/B**

a) Durch die nunmehr eingefügte Regelung in § 650c Abs. 4 BGB-E wird diese gesetzgeberische Intention faktisch außer Kraft gesetzt. Indem nämlich die Teilregelungen in § 2 VOB/B zur Preisfortschreibung in b2b-Geschäften der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entzogen werden, wird die bisherige Praxis eines kostspieligen und intransparenten "Nachtragswettbewerbs" zementiert, weil die öffentliche Hand bei der Vergabe von Bauaufträgen die VOB/B zwingend vereinbaren muss und die private Baubranche jedenfalls im industriellen Baubereich diesem Prinzip folgen wird. Dass die Interessenvertreter der Auftragnehmer und einzelne institutionelle Auftraggeber sich im Gesetzgebungsverfahren dementsprechend positioniert haben, überrascht nicht, weil die Marktteilnehmer sich in der bisher durch die VOB/B-Regelungen (vermeintlich) vorgegebenen Praxis der kalkulatorischen Preisfortschreibung eingerichtet und ausgefeilte Organisationsstrukturen entwickelt haben, um die durch jene Regelungen vorgezeichneten Parameter eines verdeckten Wettbewerbs zu ihrem Vorteil zu nutzen. Das Ziel des Gesetzgebers, die sich aus solchen Strukturen ergebenden Unwägbarkeiten, die im Übrigen in nicht unerheblichem Maße zum Scheitern prominenter Großbauvorhaben beigetragen haben, durch die Implementierung ausgewogener gesetzlicher Leitgedanken für die Ausgestaltung von Anordnungs- und Preis Anpassungsregeln einzudämmen und Anreize für kooperative, auf kollaborative Zusammenarbeit ausgelegte Verträge zu setzen, wird durch das jetzt vorgeschlagene Regelungssystem unterlaufen. Statt dessen werden, weil die

Privilegierung für b2c-Verträge nicht gelten soll, ausgerechnet solche Verträge mit Verbrauchern faktisch den gesetzlichen Bestimmungen zum Anordnungs- und Preisrecht unterworfen, die nicht in gleicher Weise wie großvolumige Bauvorhaben durch die Mechanismen eines "verdeckten Wettbewerbs" geprägt sind und deshalb weit weniger von der Neuordnung eines Preisanpassungsrechts profitieren werden, das in erster Linie auf die Belange des unternehmerischen Geschäftsverkehrs im Baubereich ausgerichtet ist.

b) Die nach § 650c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Privilegierung (nur) der Preisanpassungsvorschriften in § 2 VOB/B ist gesetzestechnisch problematisch und begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Nach § 650c Abs. 4 BGB-E sollen die Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung schon dann nicht mehr der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegen, wenn die VOB/B in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne eine Änderung der Bestimmungen zu den Anordnungsrechten (§§ 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B) und zur Vergütungsanpassung (§ 2 VOB/B) in den Vertrag einbezogen wird. Das hat mit dem bisherigen Privilegierungstatbestand in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB nur noch wenig zu tun. Denn Gegenstand der Privilegierung ist nunmehr - zum Einen - nicht die VOB/B als Ganzes, sondern sind nur einzelne, die Preisanpassung betreffende Klauseln in § 2 VOB/B. Deren Privilegierung hängt - zum Anderen - nicht von der Vereinbarung der VOB/B als Ganzes ohne inhaltliche Änderungen sondern nur davon ab, dass die Bestimmungen der VOB/B zu den Anordnungsrechten (§ 1 Abs. 3, und Abs. 4 VOB/B) und zur Vergütungsanpassung (§ 2 Abs. 3 bis Abs. 8 VOB/B) ohne Änderung vereinbart werden. Das erscheint schon im Ausgangspunkt bedenklich, weil die Privilegierung der Preisanpassungsvorschriften an die unveränderte Vereinbarung der Klauseln zu Anordnungsrechten in § 1 VOB/B geknüpft ist, die ihrerseits mit dem in § 650b Abs. 1, 2 BGB-E verankerten Leitbild für solche Anordnungsrechte und dem dahinter aufscheinenden Verständnis des Gesetzgebers von der rechtsgeschäftlichen Struktur eines Bauvertrages schlechterdings nicht in Einklang zu bringen sind und deshalb einer isolierten AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB kaum standhalten werden.

Der gesetzliche Privilegierungstatbestand in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB enthält eine dynamische Verweisung auf die VOB/B in der "jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung", die nur deshalb als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen werden kann (vgl. dazu: Schmidt, ZfBR 2009, 113ff.), weil es der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte unterliegt, ob die VOB/B als Ganzes auch künftig einen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der Interessen enthält und insgesamt eine Klauselkontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB standhält (Begründung der Bundesregierung zum Forderungssicherungsgesetz, BT-Drucks 16/511 S. 32; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks 16/9787 S. 18; vgl. auch Kuffer, NZBau 2009, 73, 78). Andernfalls wäre es dem DVA ohne hinreichende staatliche Legitimation überlassen, durch jede beliebige Gestaltung der VOB/B über die Grenzen einer unangemessenen Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1, 2 BGB und damit über die Wirksamkeit von VOB/B-Klauseln zu befinden.

Solch eine dynamische Verweisung enthält nun auch § 650c Abs. 4 BGB-E, die allerdings nicht an das § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB zu Grunde liegende Ausgewogenheitspostulat geknüpft ist, sondern einzelne Klausel in § 2 VOB/B auch dann der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB entziehen möchte, wenn die VOB/B im Übrigen nicht als Ganzes

einbezogen wurde und deren Regelungen deshalb gemäß § 310 Abs. 1 Satz 3 VOB/B der isolierten Klauselkontrolle unterliegen würden. Damit wird der Regelungsgehalt der Preisanpassungsregelungen in § 2 VOB/B staatlicher Kontrolle entzogen und es entscheidet in Ermangelung einer kontrollfähig nur auf §§ 1, 2 VOB/B bezogenen Ausgewogenheitsannahme faktisch allein der DVA darüber, was als angemessen bzw. unangemessen iSd § 307 Abs. 1, 2 BGB zu gelten hat. Gegen die Wirksamkeit einer solchen Privilegierungsregelung bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. (Die nach der Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 15 der Stellungnahme des Bundesrates beabsichtigte Ausweitung der Privilegierung auf § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B schafft hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bedenken keine Abhilfe und beseitigt auch nicht den Widerspruch im System.)

### 3. § 650c Abs. 3 BGB-E

a) § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB-E enthält einen redaktionellen Fehler. Der Gesetzgeber will dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Abschlagszahlung in Höhe von 80 % seines Angebots nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB-E ersichtlich nur für den Fall zubilligen, dass die Vertragsparteien sich nicht anderweitig einigen und keine anderslautende gerichtliche Entscheidung entgegensteht (vgl. S. 64 der Begründung). Dann müsste es richtig heißen: *".....und keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht."* (erledigt durch die Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 20 der Stellungnahme des Bundesrates)

b) Die Regelung in § 650c Abs. 3 BGB-E ist insgesamt verfehlt und sollte ersatzlos gestrichen werden. Sie versucht in der Erkenntnis, das von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zur Sicherung des Liquiditätsflusses entwickelte Regelungssystem weitgehend aufgegeben zu haben, dem Auftragnehmer anderweitig einen rasch durchsetzbaren Anspruch auf abschnittsweise zu zahlende Abschläge auf den erst mit der Abnahme fällig werdenden Werklohn zuzubilligen. Dass dieser Anspruch dem Auftragnehmer pauschal in Höhe von 80 % seines Nachtragsangebots nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB-E zustehen soll, ist ein Auftragnehmerinteressen einseitig begünstigender Missgriff, der die Auftragnehmer geradezu dazu einlädt, durch planvoll überhöhte Nachtragsangebote Abschlagsforderungen zu generieren, welche die gemäß § 632a BGB für vertragsgerecht erbrachte Leistungen tatsächlich zu zahlenden Beträge weit übersteigen. Durch diesen falsch gesetzten Anreiz wird die heute schon zu beklagende Zahl an perspektivisch überhöhten Nachtragsforderungen dramatisch steigen und der Auftraggeber wird in all diesen Fällen mit dem Risiko belastet, die überzahlten Geldbeträge erst nach Fertigstellung der Baumaßnahme in uU aufwendigen Streitigkeiten über die Höhe der Schlussrechnung zurückfordern zu können. Dem ihm dadurch auferlegten Insolvenz- und Bonitätsrisiko kann er gemäß § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB-E anderweitig nur dadurch begegnen, dass er die Höhe des tatsächlich begründeten Mehrvergütungsanspruches gerichtlich feststellen lässt und dieserhalb den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt. Abgesehen davon, dass das gemäß § 650c Abs. 5 BGB-E hierfür vorgesehene Verfahren hierfür kaum geeignet erscheint (dazu unten 4.), werden die Gerichte auf diese Weise mit einer signifikant großen Anzahl von einstweiligen Vergütungsverfahren befasst werden, die den für die Einführung einer "Bauverfügung" im Rahmen des von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht vorgeschlagenen Modells eines austarierten Anordnungs- und Preisanpassungssystems zu erwartenden Aufwand deutlich übersteigen und die Justiz erheblich mit Eilverfahren belasten wird, für die keine Kompetenzressourcen zur Verfügung stehen.

#### 4. § 650c Abs. 5 BGB-E

Das gemäß § 650c Abs. 5 BGB-E vorgesehene Modell, gerichtliche Eilentscheidungen durch einen erleichterten Zugang zu einstweiligen Verfügungen zu ermöglichen, ist jedenfalls in der derzeit vorgesehen Form unbrauchbar. Auf die Ausführungen hierzu unter II. 3. wird verwiesen.

#### V. § 650p BGB-E - Anwendbare Vorschriften

Der Deutsche Baugerichtstag hat in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 20. November 2015 darauf hingewiesen, dass die Anordnungsrechte gemäß § 650b BGB-E auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag gelten sollten (dort Seite 25). Dementsprechend ist es zu begrüßen, dass § 650p Abs. 1 BGB-E nun auch auf § 650b BGB-E Bezug nimmt.

§ 650p Abs. 2 BGB-E erkennt zutreffend, dass die Zubilligung eines Anordnungsrechts zwingend zu einer Anpassung Honorars an änderungsbedingten Mehr- oder Minderaufwand führen muss, die mit Blick auf die Besonderheiten des durch die HOAI reglementierten Preisrechts nicht ohne weiteres durch eine Verweisung auf die Preisanpassungsregeln in § 650c BGB-E bewerkstelligt werden kann. Statt dessen soll die Anpassung des Honorars für preisgebundene Architekten- und Ingenieurleistungen in erster Linie den Entgeltberechnungsregeln der HOAI überlassen werden. Das erscheint problematisch, weil die HOAI keine taugliche Anspruchsgrundlage für einen dahingehenden Mehrvergütungsanspruch enthält. Der in der Begründung des Entwurfs in Bezug genommene § 10 HOAI dürfte insoweit keine Anwendung finden, weil die dortigen Vorschriften keine Anspruchsgrundlage im eigentlichen Sinne enthalten und im Übrigen im Wege eines sog. „Doppelvereinbarungsmodells“ in beiden Varianten eine Einigung der Parteien voraussetzen, mithin gerade nicht von einer einseitigen Anordnung des Bestellers ausgehen. Tatsächlich geht es um die abseits § 10 HOAI zu gewährende Bezahlung *wiederholt erbrachter Grundleistungen*, für die bisher weder das Gesetz noch die HOAI belastbare Regelungen enthalten (vgl. zum Ganzen: Koeble in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 11. Aufl., § 10 Rdn. 11ff.). Solche Regelungen werden insbesondere nicht dadurch entbehrlich, dass § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB-E die Bemessung der Mehr- oder Mindervergütung für anordnungsbedingt geänderten Aufwand *„im Übrigen“* für frei vereinbar erklärt. betroffen hiervon sind nur solche Leistungen, die nicht dem Anwendungsbereich der HOAI unterliegen oder bereits nach den dortigen Vorschriften frei vereinbart werden können. Um derartige nicht preisgebundene Leistungen wird es sich bei dem infolge einer einseitigen Änderungsanordnung des Bestellers zu erbringenden Mehraufwand in der Regel nicht handeln. In Erwägung all dessen rät der Deutsche Baugerichtstag dringend, eigenständige Preisanpassungsregeln für den Architekten- und Ingenieurvertrag zu entwickeln, die sowohl den hierfür maßgeblichen Grundgedanken des § 650c Abs. 1, 2 BGB-E als auch den Besonderheiten des bindenden Preisrechts in angemessener Weise Rechnung tragen.

## **Stellungnahme des Bauherren-Schutzbund e.V. (BSB)**

### **zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (Regierungsentwurf)**

Die gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts sind als „Leitbild“ für den modernen Bauvertrag nur bedingt geeignet und führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei Verbrauchern und Unternehmern. Deshalb entspricht die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts den Interessen aller am Bau Beteiligten: Sie schafft mehr Rechtssicherheit, mindert das Konfliktpotential, fördert den Interessenausgleich und ist unverzichtbar für die Stärkung des Verbraucherschutzes und der Verbraucherrechte.

Die Schaffung eines Bauvertragsrechts berührt Verbraucherinteressen privater Bauherren beim Hausneubau, bei Um- und Ausbauten, bei Modernisierung und Sanierung, bei Instandhaltung und Instandsetzung sowie beim Erwerb selbstgenutzten Wohneigentums. Private Bauherren und Erwerber von Wohneigentum repräsentieren eine bedeutsame Verbrauchergruppe mit einem großen wirtschaftlichen Engagement, das wesentlich wirksamer als bisher geschützt werden muss. Laut Angaben des DIW wurden im Jahr 2015 mehr als 116 Milliarden Euro in den Wohnungsbau investiert.

Die Bundesregierung selbst sieht in ihrer wohnungspolitischen Zielsetzung das Wohneigentum als eine zentrale Säule zur Schaffung von dringend benötigtem bezahlbarem Wohnraum: Laut Bundesministerin Dr. Barbara Hendricks werden bis 2020 mindestens 350.000 neue Wohnungen pro Jahr entstehen müssen. Um dieses Ziel zu realisieren, bestehe u. a. ein jährlicher Bedarf von rund 100.000 neuen Eigenheimen und Eigentumswohnungen. So entstände durch private Bauherren jährlich neuer Wohnraum für bis zu 300.000 Bürgerinnen und Bürger. Des Weiteren erzeugt der neue Wohnraum einen beachtlichen Sockereffekt, indem durch den Umzug der privaten Bauherren und Erwerber in ihre Eigenheime und Eigentumswohnungen an anderer Stelle Wohnraum freigezogen wird. Bei einer notwendigen Zahl von 100.000 neuen Eigenheimen und Eigentumswohnungen werden private Bauherren und Erwerber ein Investitionsvolumen von, vorsichtig geschätzt, 25 bis 30 Milliarden Euro jährlich aufbringen müssen. Dies wird aber nur gelingen, wenn private Bauherren und Käufer als Verbraucher das Vertrauen haben können, dass

- sie durch mehr Markttransparenz eine richtige Investitionsentscheidung treffen bzw. eine Fehlentscheidung kurzfristig rückgängig machen können.
- ihre eingesetzten finanziellen Mittel weiterreichend abgesichert sind.
- ihnen verbindliche Informationen über die Bauausführung und den Abschluss der baulichen Maßnahme zur Verfügung gestellt werden müssen.

Der Regierungsentwurf greift zahlreiche Empfehlungen des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesjustizministerium auf, die über mehrere Jahre mit Repräsentanten aller wichtiger Anwenderkreise eingehend beraten sowie verabschiedet wurden und schließt die Lücke zur EU-Verbraucherrechterichtlinie. Mit den vorgeschlagenen Verbraucherschutzregelungen des Regierungsentwurfs wird die Vereinbarung aus dem Koalitionsvertrag umgesetzt, den Verbraucherschutz für Bauleistungen auszubauen und besonders die Verbraucherrechte im Bauvertragsrecht zu stärken.

Es liegt nun mit dem Regierungsentwurf ein gründlich vorbereitetes, die Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag tragendes Gesamtkonzept vor. Eine Aufspaltung dieses Gesetzgebungsvorhabens bzw. eine Entkoppelung der Regelungskomplexe Reform des Bauvertragsrechts und Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (Regelungen zu den Aus- und Einbaukosten) würde dieses Konzept zerstören. Der BSB e.V. fordert, eine derartige Zerstörung und einen damit verbundenen Misserfolg des Regelungskonzepts nicht zuzulassen und setzt sich nachdrücklich für die Umsetzung des Gesamtkonzepts des Gesetzgebungsvorhabens, mithin der Vereinbarung aus dem Koalitionsvertrag ein.

Sofern nachfolgend nach der Paragraphen-Angabe keine Gesetzesquelle genannt ist, beziehen sich sämtliche Ausführungen auf den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung vom 01.03.2016 (RegE). Für den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.09.2015 wird in den nachfolgenden Ausführungen die Abkürzung RefE verwendet. Sofern nachfolgend auf Empfehlungen des Bundesrats Bezug genommen wird, sind die Empfehlungen des Bundesrats bzw. der Ausschüsse vom 12.04.2016, Drucksache 123/1/16 gemeint.

## **I. Zum Bauvertragsrecht**

### **Zu § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc**

Anzufügen ist „nach § 439 Absatz 2 und 3“ die Passage: „oder § 635 Absatz 2“.

Klargestellt werden soll, dass das Klauselverbot künftig nicht nur noch bei Kauf und Werklieferungsverträgen, sondern gerade auch bei Werkverträgen zu gelten hat.

Insofern unterstützt der BSB e.V. die Empfehlung des Bundesrats zu 1., S. 2.

### **Zu § 309 Nr. 15**

§ 309 Nr. 15 a) muss heißen:

„...für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die ~~wesentlich~~ höher sind als die nach § 632a Absatz 1 und § 650I Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, oder ...“

Der BSB e.V. geht gemäß BGH-Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei § 632a Absatz 1 BGB in der geltenden Fassung um ein gesetzliches Leitbild handelt. Dieses soll durch eine unklare Neuregelung nicht ausgehöhlt werden. Deswegen muss die mit dem Wort „wesentlich“ in



den RegE hineingebrachte Unschärfe entfernt werden. Andernfalls ist zu befürchten, wie der Bundesrat zu 3., S. 3 seiner Stellungnahme ausführt, dass sich die gerade noch zulässigen Abweichungen zugunsten des Bauunternehmers zum geschäftsmäßigen Standard in Verbraucherbauverträgen entwickeln werden.

Die Einfügung des § 309 Nr. 15 soll die Vorschriften über Abschlagszahlungen bei Verbraucherbauverträgen AGB-fest ausgestalten. Das dient der Verbesserung des Verbraucherschutzes am Bau. Wie der Bundesrat in seinen Empfehlungen richtig hervorhebt, soll die Vorgabe des § 650I Absatz 1, die eine maximale Höhe der Abschlagszahlungen von 90 Prozent der Gesamtvergütung zulässt, eine absolute Grenze bilden. Die Möglichkeit, davon in AGB abzuweichen, sollte ausgeschlossen werden. Eine Beschränkung auf „wesentliche“ Abweichungen gewährt keinen ausreichenden Schutz des strukturell unterlegenen Verbraucher-Bestellers gegenüber dem Unternehmer am Bau. Die Streichung des Worts „wesentlich“ führt zum Verzicht auf einen unbestimmten Rechtsbegriff und zur gebotenen Rechtssicherheit beim Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit.

#### **Zu § 356d Satz 2 Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen**

Hier ist die Änderung im RegE im Gegensatz zum Regelungsvorschlag des RefE positiv hervorzuheben. Die Änderung entspricht der Forderung des BSB e.V. aus seiner Stellungnahme zum RefE vom 09.11.2015, S. 3. Hingegen wird die Forderung des Bundesrats (dort zu 4., S. 3) hierzu vom BSB e.V. strikt abgelehnt.

#### **Zu § 640 Fertigstellung des Werks oder Vollendung des Werks**

Im Interesse einer klaren und eindeutigen Gesetzesterminologie plädiert der BSB e.V. dafür, wieder zur Formulierung des RefE in § 640 b) zurückzukehren, wonach es heißen muss:

*„Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und ...“*

Für die Aufnahme des Terminus „Fertigstellung des Werks“ im RegE gibt es keinen zwingenden Grund, zumal in § 646 BGB in bewährter Weise die Vollendung des Werks geregelt ist und § 646 BGB unverändert bleiben soll. Konsequenterweise sollte auch in § 650m Absatz 2 statt „Fertigstellung des Werks“ der Terminus „Vollendung des Werks“ gewählt werden.

#### **Zu § 648a Kündigung aus wichtigem Grund**

Wiederum im Interesse einer klaren und einheitlichen Gesetzessprache ist in § 648a Absatz 4 das Wort „Leistungsstandfeststellung“ durch den Terminus „Zustandfeststellung“, wie in § 650f gewählt, zu ersetzen.

Den Vorschlag nebst Begründung des Bundesrats in der dortigen Stellungnahme, S. 9, 12., dem § 648a Absatz 5 noch einen Satz anzufügen –

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

– unterstützt der BSB e. V.

### **Zu § 650a Allgemeine Bauvertragsdefinition**

Gegenüber dem RefE ist positiv anzumerken, dass jetzt auch der Abriss („die Beseitigung ... eines Bauwerks“) von der Definition mit umfasst ist.

Wie bereits in der ergänzenden Stellungnahme des BSB e.V. vom 20.11.2015 zum RefE angemerkt, fehlen Instandsetzungsleistungen nach wie vor im RegE sowohl in der Definition des allgemeinen Bauvertrags in § 650a als auch in der Definition des Verbraucherbauvertrags in § 650h.

Wie der Bundesrat in seinen Empfehlungen zu 14., S. 10 richtig aufführt, weist der Begriff „*Instandsetzung*“ einen massiven Bezug zur Substanzerhaltung auf. Sowohl Instandhaltungsleistungen als auch Instandsetzungsleistungen sollten von der allgemeinen Bauvertragsdefinition sowie von der Definition des Verbraucherbauvertrags umfasst sein. Sofern der Gesetzgeber Instandsetzungsleistungen mit dem Begriff der „*Wiederherstellung*“ ... „*eines Bauwerks*“ erfassen möchte, wäre das in der Gesetzesbegründung klarzustellen. Die derzeitige Gesetzesbegründung zu § 650a enthält diese Klarstellung nicht, sondern bezieht sich in Anlehnung an die HOAI-Terminologie sowie an die VOB/A-Terminologie auf Instandhaltungsarbeiten. Die für die Instandhaltungsleistungen im Einzelnen in der Gesetzesbegründung erwähnten „*Pflege-, Wartungs- und Inspektionsleistungen*“ z. B. an Brücken umfassen nicht nur werkvertragliche, sondern auch dienstvertragliche Komponenten. Schon deswegen dürfen weder in der allgemeinen Bauvertragsdefinition noch in der Definition des Verbraucherbauvertrags die Instandsetzungsleistungen fehlen.

### **Zu § 650b Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers**

Der BSB e.V. hatte in seinen bisherigen Stellungnahmen, insbesondere der Stellungnahme zum RefE vom 09.11.2015 zum Anordnungsrecht des Bestellers gefordert, dass es dem Verbraucher möglich sein soll, Änderungen einseitig durchzusetzen, wenn die Ausführung für den Unternehmer möglich und zumutbar ist. Das Zumutbarkeitskriterium ist in § 650b erfasst.

Bereits in der ersten Fassung der VOB/B gab es das Anordnungsrecht des Bestellers. Bekanntlich ist im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), welcher in regelmäßigen Abständen für die Überarbeitung und Neufassung der VOB/B sorgt, kein einziger Verbraucherverband vertreten. Vielmehr handelt es sich um ein Regelwerk unterhalb der Gesetzesebene, welches vorwiegend von der öffentlichen Hand und der Bauindustrie in deren Vertragsbeziehungen untereinander und miteinander bevorzugt wird. Bemerkenswert ist, dass diejenigen Kräfte, welche seit Jahrzehnten vorzugsweise das Regelwerk der VOB/B ihren Bauvertragsbeziehungen zugrunde gelegt haben, sich jetzt gegen das Anordnungsrecht des Bestellers aufbäumen.

Der Gesetzgeber sollte bestrebt sein, die Streitpunkte, die sich zum einseitigen Anordnungsrecht aus der seit vielen Jahrzehnten gelebten VOB/B-Praxis ergeben, verlässlich zu regeln. Dazu gehört z.B. die derzeitige Unklarheit in Rechtsprechung und Literatur zum zeitlichen Anordnungsrecht des Bestellers zu beseitigen und, wie der Deutsche Baugerichtstag in seiner Stellungnahme zum RegE richtig hervorhebt, darauf zu achten, dass die Bauvertragsparteien privatautonome Vereinbarungen hierzu treffen können, die nicht schon deshalb an einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle scheitern dürfen, weil sie dem Besteller überhaupt die Möglichkeit einräumen, Änderungen der *Bauzeit* und/oder der *Art der Ausführung* einseitig anzuordnen.

Unklar ist im RegE, welche Auswirkungen die Einigungsbemühungen der Besteller- und Unternehmerseite auf den Bauablauf haben. Der RefE sah hierzu in § 650b Absatz 3 eine klarere Regelung vor. Es ist der Einschätzung des Deutschen Baugerichtstags zuzustimmen, dass der Verzicht auf eine solche Regelung Unklarheit schafft und zu unnötigen Auseinandersetzungen – auch vor Gericht – führen wird.

Die jetzige Regelung des § 650b Absatz 3 (und synchron die jetzige Regelung zu § 650c Absatz 5) ist aus Sicht des BSB e.V. bedenklich und unpraktikabel. Hierzu wird in der zutreffenden Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags hervorgehoben, dass diese Regelung jetzt völlig unbrauchbar ist, weil § 650b Absatz 3 (ebenso § 650c Absatz 5) den Verzicht auf eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrunds davon abhängig macht, dass zuvor versucht wurde, den Streit unter Beiziehung eines Sachverständigen beizulegen. Unklar bleibt bei der Formulierung des RegE, wann es erforderlich sein soll, einen Sachverständigen einzuschalten. Die jetzt zwingend vorgesehene Einschaltung eines Sachverständigen vor dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist geeignet, den Einigungsprozess zwischen Bestellerseite und Unternehmerseite zu verzögern.

Offenbar soll nach dem RegE der Sachverständige keine Entscheidungskompetenz haben, sondern eine vermittelnde Wirkung auf die Einigung ausüben. Wie in der Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags richtig hervorgehoben wird, ist diese Vorstellung praxisfremd. Auch nach den Erfahrungen des BSB e.V. wird sie sich noch weniger verwirklichen als im selbständigen Beweisverfahren, welches immer weniger dazu dient, sein ursprüngliches gesetzliches Ziel zu erreichen. Der RegE schweigt zu wichtigen Aspekten des Sachverständigenverfahrens. Das wird zu Recht in der Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags kritisiert. Richtig ist, dass im RegE unklar bleibt,

- wer als Sachverständiger tätig werden darf,
- wer den bzw. die Sachverständigen bestimmt,
- was geschieht, wenn Besteller- und Werkunternehmerseite sich nicht auf einen Sachverständigen einigen können,
- wer bestimmt, mit welchen konkreten Fragen der Sachverständige befasst werden soll,
- in welchem Zeitraum und in welcher Form der Sachverständige sein Gutachten zu erstatten hat.

Der BSB e.V. unterstützt die Forderung des Deutschen Baugerichtstags, die gesetzlichen Bestimmungen zum Anordnungsrecht des Bestellers so zu fassen, dass es keine lohnenden Gründe gibt, berechnete Belange und Interessen der jeweils anderen Partei am Bau zu torpedieren. Dieser Forderung wird der RegE nicht gerecht.

Im RegE werden die Interessen des Unternehmers mit der vorgesehenen Regelung zu § 650b und zu § 650c mittels Zuweisung von Vertragsrisiken unangemessen bevorzugt. Die jetzt vorgesehene Vorschaltung des Sachverständigen behindert den besonderen Eilcharakter der sog. „*Bauverfügung*“.

### **Zu § 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2**

Die Regelung zur Vergütungsanpassung knüpft in den Absätzen 1 und 2 des § 650c an die seinerzeit vom Deutschen Baugerichtstag und der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (nachfolgend BMJV) neu entwickelten Parameter für die Vergütung von Mehr- oder Minderleistungen an. Damit ist ein wichtiger Ausgangspunkt für den Kampf gegen einen unkalkulierbaren Nachtragswettbewerb gegeben.

Allerdings hält der BSB e.V. die im RegE gegenüber dem RefE neu hinzugefügten Absätze 3 und 4 für missglückt. Sie benachteiligen den Besteller unangemessen. Auf den redaktionellen Fehler in § 650c Absatz 3, worin es richtig heißen müsste –

*„... und keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht.“*

– hat bereits der Deutsche Baugerichtstag auf S. 10 seiner Stellungnahme zum RegE hingewiesen und kritisiert, dass der in § 650c Absatz 3 geregelte Anspruch, wonach dem Unternehmer pauschal i. H. v. 80 Prozent seines Nachtragsangebots nach § 650b Absatz 1 Satz 2 ein Mehrvergütungsanspruch zustehen soll, ein die Unternehmerinteressen einseitig begünstigender Missgriff ist.

Die missglückte Regelung des § 650c Absatz 3 und Absatz 4 stellt quasi eine Einladung für die Unternehmerseite dar, die bereits jetzt zu verzeichnenden, oftmals durch unvollständige oder ungenaue, von der Unternehmerseite vorgelegte Baubeschreibungen hervorgerufenen Nachtragsforderungen in Zukunft massiv ansteigen zu lassen. Durch die Regelung des § 650c Absatz 3, wonach der Unternehmer 80 Prozent seiner genannten Mehrvergütung ansetzen kann, ist geeignet, dem Verbraucher-Besteller ein erhöhtes Insolvenzrisiko aufzubürden. Für Verbraucher ist die Regelung des § 650c Absatz 3 im Fall, dass sich die Parteien nicht über die Höhe der Nachtragsvergütung geeinigt haben, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, unpraktikabel. Es ist kaum vorstellbar, dass die Justiz angemessen dem Andrang auf die große Anzahl von einstweiligen Verfügungsverfahren zur Höhe des Mehrvergütungsanspruchs gerecht werden kann.

Jedenfalls ist das in § 650c Absatz 5 vorgesehene Regelungsmodell aus den weiter oben zu § 650b in dieser Stellungnahme erwähnten Ausführungen unpraktikabel.

Zu § 650b Absatz 3 und zu § 650c Absatz 5 möge sich der Gesetzgeber an die seit 2002 in das Werkvertragsrecht des BGB aufgenommene sog. Fertigstellungsbescheinigung erinnern. Da diese in der Praxis gescheitert ist, musste sie seit 2009 wieder aus dem Gesetz herausgenommen werden. Ähnliches sollte mit der Reform des Bauvertragsrechts vermieden werden.

### **Zu § 650e Bauhandwerkersicherung**

Die jetzige Fassung des § 650e Absatz 4 stellt einen Rückschlag gegenüber dem Wortlaut des RefE in § 650e Absatz 4 dar und ist aus Verbrauchersicht nicht hinzunehmen, denn sie dient gerade nicht der Stärkung der Verbraucherrechte am Bau. In der neuen Formulierung des § 650e Absatz 4 im RegE fehlt hinsichtlich des Abschlagszahlungsverlangens des Werkunternehmers ein Korrektiv für das Aufeinanderprallen der Interessen des Bestellers und des Unternehmers. Nachdrücklich erhebt der BSB e.V. die Forderung, dass die neue Gesetzesregelung dem Äquivalenzgebot im Bauvertrag, insbesondere wenn ein Verbraucher-Besteller ist, angemessen sein muss.

Wieder ergänzend in den Gesetzestext zur Bauhandwerkersicherung aufzunehmen ist die Formulierung des RefE in § 650e Absatz 4:

*„Verlangt der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen nach § 632a oder sind Abschlagszahlungen vereinbart, darf er vom Besteller nur eine Sicherheit von höchstens 20 Prozent der vereinbarten Vergütung verlangen ...“*

Die Wiederaufnahme des § 650e Absatz 4 Satz 1 des RefE in den Gesetzestext ist erforderlich, um der weitverbreiteten Praxis Einhalt zu gebieten, dass der Unternehmer vom Verbraucher-Besteller Abschlagszahlungen verlangt plus 100 Prozent Sicherheit in Höhe des gesamten Werklohns, der Unternehmer dem Besteller jedoch zumeist keine Fertigstellungssicherheit, nicht einmal die im gesetzlichen Leitbild des § 632a Absatz 3 BGB vorgesehene 5 Prozent-Sicherheit vom Vergütungsanspruch bietet.

Sofern die Wiederaufnahme des § 650e Absatz 4 Satz 1 RefE aus regelungssystematischen Gründen abgelehnt wird, sollte unter § 650e Bauhandwerkersicherung eine Verweisung auf § 650l in den Gesetzestext aufgenommen werden.

### **Zu § 650f Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme**

Die Neufassung des § 650f Absatz 1 beeinträchtigt den Verbraucher noch mehr als die Fassung im vorangegangenen RefE, welche der BSB e.V. in seiner Stellungnahme vom 09.11.2015 kritisiert hatte.

Die vorgesehene Pflicht zur gemeinsamen Zustandsfeststellung birgt für den Verbraucher die Gefahr, dass er aus Unwissenheit offenkundige Mängel nicht angibt und damit eine für ihn nachteilige Vermutungsregelung des § 650f Absatz 3 greift. Unbedingt erforderlich ist die Aufnahme einer Belehrungspflicht zur negativen Wirkung der Zustandsfeststellung analog § 640 Absatz 2 BGB. Im Gesetzestext unbedingt klarzustellen (z. B. unter § 650f Absatz 2) ist, dass die Abnahmewirkungen nicht durch die Zustandsfeststellung eintreten.

## Zu § 650h Verbraucherbauprojekt

Die Verzahnung allgemeiner und besonderer Bestimmungen des Bauprojektrechts ist im Regierungsentwurf noch nicht durchweg gelungen. Das ist umso bedauerlicher, als die ergänzende Stellungnahme des BSB e.V. zum RefE, welche am 20.11.2015 an das BMJV übermittelt wurde, sowie der mehrfache mündliche Vortrag dieser Problematik im Anhörungstermin zum RefE beim BMJV am 17.11.2015 im RegE völlig unberücksichtigt blieb.

Schon in diesen „Vorrunden“ des Gesetzesentwurfs hat der BSB e.V. hervorgehoben, dass eine Verschlechterung der Stellung der Verbraucher-Bauherren gegenüber dem bisherigen Gesetzeszustand nicht gewollt sein kann und dass es dafür keinen plausiblen Grund gibt. In § 650h RegE sind nur wenige „große Bauvorhaben“ eines Verbrauchers erfasst (Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude). Die Definition des Verbraucherbauprojekts erstreckt sich nicht auf die Herstellung einer Außenanlage, nicht auf die Wiederherstellung eines Bauwerks, nicht auf die Herstellung eines Hauses unter der Regie eines Architekten und nicht auf die Herstellung, Wiederherstellung oder den Umbau eines Teils eines Bauwerks oder einer Außenanlage. Nebenher bemerkt fehlen Instandsetzungsleistungen sowohl in der Definition des allgemeinen Bauprojekts § 650a RegE als auch in der Definition des Verbraucherbauprojekts § 650h RegE.

Offenbar ist durch diese Regelungslücken und nicht identische Begriffswahl das sogenannte Verbraucherprivileg des derzeit geltenden § 648a Absatz 6 Nummer 2 BGB „durchgerutscht“ bzw. zumindest im § 650e Absatz 6 Nummer 2 RegE sehr stark eingeschränkt worden.

Selbst bei einer gebotenen Wiederaufnahme des § 650e Absatz 4 Satz 1 des RefE ergibt sich bei der v. g. Konstellation ein Defizit der Verbraucherschutzvorschrift im Vergleich zum jetzt geltenden § 648a Absatz 6 Nummer 2 BGB.

Diese Schlechterstellung gegenüber dem bisherigen Zustand setzt bereits bei Definition des Verbraucherbauprojekts in § 650h an. Hier ist zu kritisieren, dass auch an dieser Stelle keine einheitliche Gesetzesterminologie durchgehalten wird. Während die allgemeine Bauprojektdefinition in § 650a vom Umbau eines Bauwerks spricht, sollen die spezielleren Regelungen für Verbraucher nicht beim Umbau eines Bauwerks allgemein, sondern nur bei „*erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude*“ greifen.

Nach dem RegE fallen folglich viele Verbraucherbauprojekte durch das Raster der Begünstigung mittels einiger Sondervorschriften. Das betrifft beispielsweise Verträge über Außenanlagen, die z. B. im derzeitigen Gesetzestext in § 648a Absatz 1 Satz 1 BGB erwähnt sind, wie Terrassen und Hofanlagen, Garagen, Swimmingpools, Carports u. a. Nebengebäude. Es betrifft aber auch die gesamten einzelnen Verträge beim Bau eines „Architektenhauses“ des Verbrauchers, z. B. Verträge über den Rohbau, über Elektroinstallations- und Telekommunikationsleistungen, Verträge über Heizungs- und Sanitärinstallationsleistungen, Verträge über den Trockenbau/Innenausbau, Verträge über Estrichlegerleistungen, Verträge über Tischlerleistungen, Leistungen des Einbaus von Fenstern und Türen sowie des sommerlichen Wärmeschutzes, Verträge über Innen- und Außenputzleistungen, Verträge über Fußbodenlegereleistungen.

Das betrifft ferner Verträge über Instandsetzungs- und Instandhaltungsleistungen an Altbauten, die nicht in den unscharfen Terminus „*erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude*“ eingeordnet werden können.

Die gegenwärtige Fassung des Gesetzestextes leistet der Unternehmerseite Vorschub für die Aufsplitterung eines Fertighaus-Bauvorhabens in einzelne Bauverträge über die jeweiligen Gewerke. Das kann so vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Abgrenzungsschwierigkeiten sind zudem vorprogrammiert.

Wie der Bundesrat in seinen Empfehlungen richtig hervorhebt, besteht ein Bedürfnis, Verbraucher bei allen Bauverträgen umfassend durch die ergänzenden Vorschriften der Paragraphen über den Verbraucherbaupvertrag zu schützen. Das kann schon deswegen nicht gelingen, sofern die Definition des Verbraucherbaupvertrags in § 650h nicht entsprechend den obigen Darlegungen geändert wird.

Die Anregung des Bundesrats in seinen Empfehlungen, für Verbraucherbaupverträge das Erfordernis der Textform zu ergänzen, ebenso wie bereits für die Baubeschreibung nach § 650i vorgesehen, wird vom BSB e.V. begrüßt.

#### **Zu § 650i Baubeschreibung**

Die Einführung einer gesetzlichen Baubeschreibungspflicht entspricht einer langjährigen Forderung der Verbraucherverbände.

§ 650i nimmt Bezug auf die sich aus Artikel 249 EGBGB ergebenden Einzelheiten. Der BSB e.V. hält es für bedenklich, dass bei den in Artikel 249 § 2 EGBGB niedergelegten Mindestinhalten der Baubeschreibung in den Punkten 4, 6, 7 und 9 nicht das Wort „gegebenenfalls“ ersatzlos gestrichen wurde, wie in der diesseitigen Stellungnahme vom 09.11.2015, S. 2 gefordert, um die Verbindlichkeit nicht abzuschwächen.

#### **Zu § 650j Inhalt des Vertrags**

Der BSB e.V. lehnt die neue Fassung des § 650i Absatz 2 ab und plädiert dafür, die Fassung des RefE zu § 650j Absatz 2 und 3 wieder in den Gesetzestext aufzunehmen.

Wiederholt wird die Forderung des BSB e.V. aus seiner Stellungnahme vom 09.11.2015 zum RefE, den § 650j Absatz 2 wie folgt zu ergänzen:

*„Erstellt der Unternehmer die Baubeschreibung und führt die Abarbeitung der dort enthaltenen Leistungsschritte nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Werks, so ist der Unternehmer gleichwohl zur Herbeiführung des versprochenen Erfolgs verpflichtet. Sein Vergütungsanspruch bleibt in diesem Fall auf die vertraglich vereinbarte Vergütung beschränkt.“*

### **Zu § 650l Abschlagszahlungen, Absicherung des Vergütungsanspruchs**

Grundlegende Ansicht des BSB e.V. ist es, dass ein gesetzlicher Anspruch des Werkunternehmers auf Abschlagszahlungen nur bestehen kann, wenn das Äquivalenzprinzip gewahrt und eine Vorleistungspflicht des Bestellers ausgeschlossen ist.

In der bisherigen Praxis werden Verbraucher vertraglich häufig gezwungen, vor Schlüsselübergabe 100 Prozent des Vergütungsanspruchs an den Werkunternehmer zu zahlen. Damit gehen sie, entgegen dem ursprünglichen Grundmodell des Werkvertrags, in eine risikoreiche Vorleistung und haben kein effektives Mittel mehr zur Durchsetzung von berechtigten Mängelansprüchen oder Verzugsschadensansprüchen in der Hand.

Zur Absicherung des Verbraucher-Bestellers ist in § 650l Absatz 2 vorgesehen, die bisherige 5-Prozent-Regelung des § 632a Absatz 3 BGB unverändert beizubehalten. Aufgrund des nachweislichen Risikos bei Firmeninsolvenzen und des existenzgefährdenden Charakters erheblicher Baumängel für Verbraucher fordert der BSB e.V., die gesetzliche Regelung auf eine Sicherheitsleistung des Werkunternehmers in Höhe von 10 Prozent zu erweitern, so wie das im gewerblichen Bereich üblich ist und wie es auch in den Empfehlungen des Bundesrats auf S. 25 f. zu Pkt. 36 unter Bezugnahme auf vorliegende Bauforschungsstudien aus den Jahren 2002 bis 2015 als angemessen erachtet wird. Die Praxis zeigt, dass im Insolvenzfall des Werkunternehmers 5 Prozent der vereinbarten Vergütung als Absicherung für den Verbraucher-Besteller regelmäßig nicht ausreichen, um das Bauvorhaben zu einem bewohnbaren, im wesentlichen mangelfreien Abschluss führen zu können.

Die in § 650l Absatz 4 vorgesehene Regelung zu Sicherheitsleistungen durch den Verbraucher-Besteller mit einer Obergrenze von maximal 20 Prozent der vereinbarten Vergütung ist ein Kompromiss. Aus Sicht des BSB e.V. besteht kein Sicherheitsinteresse des Werkunternehmers, da private Bauvorhaben i. d. R. solide finanziert und in der Baupraxis nahezu keine Ausfälle zu registrieren sind. Die vorgesehene Regelung ist jedoch grundsätzlich akzeptabel, weil zumindest das Risiko unverhältnismäßig hoher Sicherheitsleistungen begrenzt wird und die Kosten für die Sicherheitsleistung für den Verbraucher noch finanzierbar bleiben. In der Formulierung des § 650l Absatz 4 ist jedoch klarzustellen, dass sich die intendierte maximale Absicherungshöhe von 20 Prozent der vereinbarten Vergütung auch auf die abzusichernde nächste Abschlagsrate bezieht.

Zur Verhinderung von Missbrauch fordert der BSB e.V. ein Klauselverbot in § 309 Nr. 15 c) aufzunehmen.

### **Zu § 650m Erstellung und Herausgabe von Unterlagen**

Die Aufnahme einer Bestimmung zur Erstellung und Herausgabe von für das Bauvorhaben wichtigen Unterlagen ist ein großer Fortschritt gegenüber der bisherigen Regelung. Allerdings bleibt der vorgesehene Text des § 650m hinter den Anforderungen der Baupraxis zurück. Aus der Sicht des BSB e.V. ist es über die vorgesehene Regelung hinaus notwendig, dass dem Verbraucher technische Nachweise schon während der Erfüllungsphase zur Verfügung gestellt werden, die für die Prüfung der Funktionstauglichkeit des Werks wesentlich sind.



Wegen einer klaren und eindeutigen Gesetzessprache wird angeregt, in § 650m Absatz 2 statt „Fertigstellung des Werks“ die Formulierung: „*Vollendung des Werks*“ zu verwenden. Die „*Vollendung*“ des Werks ist bereits im § 646 BGB, der unverändert bleiben soll, geregelt.

### **Zu § 650n Abweichende Vereinbarungen**

Zu den Vorschriften, von denen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann, sollte noch § 634 BGB hinzugefügt werden.

Wie die Baupraxis zeigt, versuchen die Verkäufer bzw. Werkunternehmer bei Bauträgerverträgen und Bauverträgen häufig zum Nachteil des Verbrauchers in den Grenzen des § 639 BGB sowie der allgemeinen Vorschriften §§ 138, 305 ff. BGB Gewährleistungsrechte des Erwerbers bzw. des Bestellers vertraglich einzuschränken. Den Empfehlungen des Bundesrats (vgl. dort Pkt. 38, S. 26 f.) ist zu folgen, die Ansprüche des Verbrauchers bei Mängeln des geschuldeten Werks „*abweichungsfest*“ auszugestalten.

### **Zu § 650o Architektenvertrag und Ingenieurvertrag**

Wesentlicher Inhalt des RefE war die Einführung einer Zielfindungsphase in § 650o Satz 2. Deren Sinn und Zweck bestand darin, zum einen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Architekt der Planung vorgeschaltet regelmäßig zunächst die Planungsziele in Zusammenarbeit mit dem Besteller zu ermitteln und zu konkretisieren hat. Zum anderen definierte § 650o Satz 2 RefE den Anknüpfungspunkt zum Sonderkündigungsrecht des § 650q RefE.

Während § 650o Satz 2 RefE dem dynamischen Planungsprozess Rechnung trug, geht § 650o Absatz 2 RegE von einer „*Planungsgrundlage zur Ermittlung der Ziele*“ aus. Während also § 650o Satz 2 RefE dem Architekten die Pflicht zur Konkretisierung solange übertrug, bis es zur Vereinbarung der Planungs- und Überwachungsziele kommt, ermöglicht es § 650o Absatz 2 RegE dem Architekten, dem Besteller jedwede Planungsgrundlage vorzulegen, wenn diese nach seiner Einschätzung nur der Ermittlung der Ziele dient. In § 650o Absatz 2 RefE steht die Festlegung der Planungs- und Überwachungsziele somit am Ende der Zielfindungsphase, nach § 650o Absatz 2 RegE am Anfang. Die Übergabe einer Planungsgrundlage, aus der heraus jedoch die Ziele erst ermittelt werden sollen, hat mit der Konstituierung einer neuen Zielfindungsphase nichts zu tun. Sie spiegelt letztlich nur die gegenwärtige Verfahrensweise wieder: Der Architekt legt etwas vor, der Bauherr wünscht Änderungen, der Architekt plant um, neue Änderungswünsche folgen. § 650o Absatz 2 RegE rückt von der seitens des BSB begrüßten Einführung einer Zielfindungsphase ab.

### **Zu § 650q Sonderkündigungsrecht**

Das Sonderkündigungsrecht gemäß § 650q RefE rechtfertigte sich daraus, dass der Besteller am Ende der Zielfindungsphase mit dem Entwurf des Architekten oder Ingenieurs nicht einverstanden war bzw. daraus, dass der Besteller sich zu den konkretisierten Planungs- und Überwachungszielen entweder gar nicht äußert oder erneut von diesen abrücken möchte.

§ 650q RegE knüpft das Sonderkündigungsrecht an ein zu frühes Stadium an, nämlich bereits an die Übermittlung einer Planungsgrundlage, die doch erst zur Ermittlung der Planungs- und Überwachungsziele führen soll. Der BSB e.V. hält es für nicht praktikabel, dass mit dieser ersten Planungsgrundlage, die der Ermittlung der Ziele überhaupt erst dienen soll, bereits eine Kosteneinschätzung übergeben werden soll. Weder dürfte das zu diesem frühen Zeitpunkt möglich sein, noch wäre die Kosteneinschätzung für das avisierte Bauvorhaben maßgeblich, da die eigentlichen Planungsziele erst noch ermittelt werden sollen.

Es erscheint konsequent, in § 650p RegE über den RefE hinaus auch das Anordnungsrecht des § 650b auf den Architekten- und Ingenieurvertrag zu erstrecken. Die Zustandsfeststellung bei der Verweigerung der Abnahme gemäß § 650f RegE allerdings ebenfalls entsprechend auf den Architekten- und Ingenieurvertrag zur Anwendung zu bringen, stößt nicht auf die Zustimmung des BSB e.V. So bleibt unklar, wie der Zustand der Bauüberwachung festgestellt werden soll.

#### **Zu § 650r Teilabnahme**

Der in § 650r RegE vorgesehene Änderung der „Abnahme“ in „Teilabnahme“ stimmt der BSB e.V. zu. § 650r RegE kann sich nur auf den Fall beziehen, in dem auch die Leistungsphase 9 vereinbart wurde. In diesem Fall stellt die Abnahme nach der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers eine Teilabnahme dar.

#### **Zu § 650s Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer**

Während § 650s RefE die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung gegenüber dem ausführenden Unternehmer zur Zulässigkeitsvoraussetzung einer Inanspruchnahme des Architekten bzw. Ingenieurs erklärte, gesteht § 650s RegE dem Architekten bzw. Ingenieur ein Leistungsverweigerungsrecht zu, bis dem ausführenden Unternehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde. Die Konstruktion des RegE fügt sich besser in die Systematik des Bauvertragsrechts ein und ist daher vorzugswürdig.

#### **Zu § 650t Baurägervertrag; anwendbare Vorschriften**

Es fällt auf, dass die Formulierung des RefE in § 650t Absatz 2

*„§ 650i in Verbindung mit Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe Anwendung, dass die Baubeschreibung bereits bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen zu übergeben ist.“*

im RegE nicht enthalten ist.

Beim Baurägervertrag ist es für die Kaufentscheidung des Erwerbers einer neu zu bauenden Stadtwohnung, einer Doppelhaushälfte, eines freistehenden Hauses mit Grundstücksanteil, eines Reihenhauses oder einer sanierten Altbauwohnung besonders wichtig, bereits bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen, d. h. rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin eine erschöpfende Baubeschreibung, die er prüfen und ggf. ergänzen kann, vom Bauräger zu erhalten. Das sollte durch Wiederaufnahme des § 650t Absatz 2 RefE in § 650t RegE klargestellt

werden, zumal sich § 650i im Untertitel 1 auf den Bauvertrag mit dem Unternehmer bezieht und der Untertitel 3 den Bauträgervertrag regelt.

### **Unberücksichtigte Regelungsinhalte/weitere Forderungen des BSB e.V. zu I.**

Der BSB e.V. hat in seiner Stellungnahme zum RefE vom 09.11.2015 und im Positionspapier zum RegE vom 25.04.2016 den Standpunkt vertreten, dass im künftigen Bauvertragsrecht außerdem insbesondere berücksichtigt werden sollten:

- **Mängelrechte sowohl vor als auch nach der Abnahme im Werk- und Bauvertragsrecht:** Die künftige gesetzliche Regelung sollte klarstellen, dass Mängelrechte im Bauvertrag sowohl vor als auch nach der Abnahme geltend gemacht werden können. Ob der Begriff der Erfüllungsgefährdung ein ausreichendes Abgrenzungskriterium darstellt, ist aus der Sicht des BSB e.V. fraglich. Keinesfalls darf erst der überbaute Mangel die Erfüllungsgefährdung begründen.
- **Kündigungsrecht bei Insolvenz:** Die Baupraxis zeigt, dass der Verbraucherschutz bei Firmeninsolvenzen unzureichend ist und unbedingt verbessert werden muss. Deshalb ist es dringend geboten, für Besteller ein Kündigungsrecht bei Insolvenz gesetzlich zu regeln. Der Bundesgerichtshof hat durch sein Urteil vom 07.04.2016 (- VII ZR 56/15 -) klargestellt, dass der Besteller eines Bauvertrages zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt ist, wenn der Auftragnehmer seine Vertragspflichten verletzt. Er hat im Urteil ausgeführt, dass der Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers eine Tatsache darstellt, die eine konkrete und ernsthafte Gefährdung der Vertragsinteressen des Bestellers begründet (Rdnr. 61). Das Urteil macht deutlich, dass der Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers über die dort inhaltlich behandelte Vertragsklausel hinaus stets ein Fall der Unzuverlässigkeit des Auftragnehmers ist und stellt dieses Prinzip für alle Bauverträge fest. Die Erwägungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht werden im Urteil ausdrücklich aufgegriffen und befürwortet. Der Gesetzgeber sollte daher die Gelegenheit nutzen und die nunmehr klargestellte Rechtslage auch durch Aufnahme einer entsprechenden Regelung im Bauvertragsrecht verdeutlichen.
- **Erfordernis einer Schlussrechnung:** Wegen der Besonderheiten des Bauvertrags ist es sachgerecht, die Fälligkeit der Werklohnforderung an den Zugang einer prüfbaren Schlussrechnung zu knüpfen, wie es im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ noch vorgesehen war. Nicht zumutbar ist es, dem Verbraucher aufzugeben, selbst eine Schlussrechnung zu erstellen. Insofern wird die Empfehlung des Bundesrats zum RegE zu Pkt. 37, S. 26 vom BSB e.V. unterstützt. Allerdings ist die einheitliche Terminologie des Gesetzes durchweg zu wahren und in § 650m oder an anderer geeigneter Stelle des Gesetzestextes ergänzend aufzunehmen:

*„Der Unternehmer hat dem Verbraucher unverzüglich nach Vollendung des Werks eine Schlussrechnung in Textform zu übergeben. ...“*

Wie schon weiter vorn erwähnt, ist die „Vollendung“ des Werks bereits im § 646 BGB,

der unverändert bleiben soll, geregelt. Der Terminus „Fertigstellung“ sollte wegen der sprachlichen Nähe zur gescheiterten „Fertigstellungsbescheinigung“, die sich nicht bewährt hatte und seit 2009 wieder aus dem Gesetzestext herausgenommen werden musste, nicht verwendet werden.

- **Gewährleistungssicherheit:** Eine gesetzliche Regelung, die dem Verbraucher nicht nur eine Fertigstellungssicherheit, sondern auch eine Mängelsicherheit (Gewährleistungssicherheit) für die Phase ab Abnahme bis zur Verjährung der Mängelansprüche (Gewährleistungsphase) zubilligt, ist schon lange überfällig. Aus Sicht des Verbraucherschutzes ist die jetzige Situation unzureichend und es sollte, wie im gewerblichen Bereich üblich, eine Sicherheit für Mängelansprüche von mindestens 5 Prozent im Gesetz vorgesehen werden.

## II. Zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

### **Zu § 439 Nacherfüllung**

Unter dem Eindruck der Entscheidung des EuGH vom 16.06.2011 (C-65/09 und C-87/09) findet sich durchgängig im RefE, im RegE sowie in den Empfehlungen des Bundesrats ein Regelungsvorschlag, wonach eine Verpflichtung des Verkäufers im Rahmen der Nacherfüllung zu regeln ist. Nach diesem Vorschlag soll der Verkäufer für den Ausbau einer mangelhaften und den Einbau einer nachgebesserten oder mangelfreien neu gelieferten Sache einzustehen haben. Diese Regelung wird aus Sicht des Verbraucherschutzes begrüßt. Der Verbraucher steht in der Regel am Ende der Leistungskette und hat ein Interesse daran, dass sein Vertragspartner, der ihm gegenüber haftet, nicht dadurch geschwächt wird, dass er Aus- und Einbaukosten tragen muss, weil er ein mangelhaftes Produkt bezogen hat, ohne dies selbst erkennen zu können. Der BSB e.V. unterstützt die vorgesehene Einführung des § 439 Absatz 3, mit der die Verantwortung für ein fehlerhaftes Produkt und Folgekosten aus der Fehlerhaftigkeit demjenigen auferlegt werden, der dieses fehlerhafte Produkt in den Verkehr gebracht hat. Ein Verkäufer, der Produkte vertreibt, die typischerweise zum Einbau geeignet und auch vorgesehen sind, muss für die Mangelhaftigkeit des Produkts einstehen. Die Mangelhaftigkeit ist im Verhältnis zum Käufer ausschließlich seiner Sphäre zuzuordnen.

Argumentativ kann der Verkäufer nicht damit gehört werden, dass es ihm schwer fällt, seinerseits gegenüber seinem Lieferanten zu regressieren, insbesondere wenn es sich um einen Lieferanten aus anderen Ländern handelt. Es ist seine Sache und das typische Geschäftsrisiko seiner Tätigkeit im Falle mangelhafter Lieferung an ihn, Regresswege gegenüber seinem Vorlieferanten oder auch gegenüber dem Hersteller zu schaffen. Dieses Risiko kann nicht auf seinen Abnehmer, den Käufer, abgewälzt werden.

Die Ausweitung der Regelung des § 439 Absatz 3 auf alle Kaufvertragsverhältnisse, nicht nur auf den Verbrauchsgüterkauf ist richtig und längst überfällig. Das Risiko beim Verkauf mangelhafter Gegenstände wird hinsichtlich der Einbau- und Ausbauskosten dorthin verlagert, wo es

hingehört. Es gehört zu dem, der im Verhältnis zum Käufer die mangelhafte Sache in den Verkehr gebracht hat.

Der RegE sieht vor, dass der Verkäufer das Recht haben soll, zu wählen, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder die Kosten hierfür ersetzt. Hierbei wird, wie zutreffend in der Stellungnahme des Bundesrats ausgeführt, übersehen, dass mehrere Vertragsverhältnisse in einer Kette zu berücksichtigen sind. Gibt man dem Verkäufer das Wahlrecht, so muss der am Ende der Leistungskette Stehende hinnehmen, dass nicht sein Vertragspartner den Aus- und Einbau vornimmt, sondern ein beliebiger Dritter mit dem der am Ende der Leistungskette Stehende nichts zu tun hat. Dieser Eingriff in den Vertrag zwischen Käufer und Endabnehmer ist nicht zu rechtfertigen und stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie dar.

Der sorgfältige Bauherr, der einen Handwerker ausgesucht hat, dem er vertraut und mit dem allein er kontrahieren möchte, müsste nach Beauftragung dieses Handwerkers gesetzlich hinnehmen, dass ein fremder Dritter die Gewerkausführung seines Vertragspartners, die dieser im Rahmen der Nacherfüllung schuldet, leistet. Bei der Durchführung baulicher Maßnahmen führt das dazu, dass der Bauherr einen Eingriff in sein Eigentum durch beliebige Dritte hinnehmen müsste. Zu einer solchen Regelung meldet der BSB e.V. verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Artikel 14 Absatz 1 GG an. Einschränkungen nur zum Schutz eines anderen Marktteilnehmers, des Verkäufers, dürften nicht zulässig sein.

Nicht außer Acht zu lassen ist das Risiko des Käufers. Ist der Käufer Handwerker und baut das fehlerhafte Produkt ein, bedeutet das für den Fall der Nacherfüllung folgendes: wenn der Verkäufer den Aus- und Einbau selbst vornimmt, ist die Haftung des Handwerkers gegenüber seinem Auftraggeber damit nicht ausgeschaltet. Er haftet vielmehr diesem gegenüber für den fehlerhaften Aus- und Einbau seines Verkäufers. Die vorgesehene Regelung beseitigt die Haftung des Käufers gegenüber seinem Kunden nicht.

Richtigerweise wird man annehmen müssen, dass der Endabnehmer der Leistung nicht wirksam verpflichtet werden kann, die Erbringung einer werkvertraglichen Leistung – wozu auch die Mängelbeseitigung durch Aus- und Einbau gehört – von einem beliebigen Dritten, der nicht von ihm bestimmt ist, ausführen zu lassen. Er muss die Tätigkeit des Lieferanten seines Vertragspartners nicht dulden. Im Zweifel wird er, wie zutreffend in den Empfehlungen des Bundesrats ausgeführt, einer Ausführung durch Dritte nicht zustimmen. Die jetzt vorgeschlagene Regelung ist damit für die häufigsten Anwendungsfälle, nämlich den Einbau fehlerhafter Teile im Rahmen eines Werkvertrags praxisfern.

Ein Wahlrecht ist deshalb nur mit der Einschränkung denkbar, dass dieses nur ausgeübt werden kann, wenn der Eigentümer oder der Berechtigte der betroffenen Sache, bei der ein Aus- und Einbau stattfinden soll, der Ausführung durch den Verkäufer zustimmt.

Aus Verbrauchersicht bestehen keine Bedenken, den Anwendungsbereich des § 439 Absatz 3 auf die Verarbeitung der mangelhaften Kaufsache sowie die Veränderung der mangelhaften Kaufsache auszudehnen. Das wäre durch eine einfache Textergänzung des RegE möglich.

Gekaufte Gegenstände werden nicht nur eingebaut, sondern durchaus auch umgestaltet, veredelt oder auf Grund eines Vertrages mit dem Vertragspartner des Käufers verändert. Die Kosten des erneuten Aufwands im Rahmen der Nacherfüllung bei fehlerhaft gelieferten Sachen, um den geschuldeten Zustand herzustellen, sind vom Verkäufer zu ersetzen. Hier gilt die gleiche Argumentation wie bei der Erstattung der Aus- und Einbaukosten.

Nach Ansicht des BSB e.V. ist zur Umsetzung der Vereinbarungen des Koalitionsvertrags grundsätzlich sicherzustellen, dass keine Regelung zu einem Defizit an Verbraucherschutz gegenüber dem Status quo führt.

Für weitere Ausführungen und Rückfragen zum Gesetzesvorhaben steht der Bauherren-Schutzbund e.V. gern zur Verfügung.

Berlin, 06. Juni 2016

Die Privaten Bauherren

## Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des  
Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mangelhaftung  
(Bundestags-Drucksache 18/8486)

Seite 1/13

Juni 2016

**Verband Privater Bauherren e.V.** Vereinsregister AG Berlin-Charlottenburg  
24307 NZ **Vorstand:** Dipl.-Ing. Thomas Penningh, Braunschweig (Vorsit-  
zender); Dipl.-Ing. Klaus Kellhammer, Tübingen; Dipl.-Ing. Rüdiger Mattis,  
Leipzig; Dipl.-Ing. Renate Lepper, Bonn; Dipl.-Ing. Reimund Stewen, Köln;  
**Hauptgeschäftsführerin:** Dipl.-Ing. Corinna Merzyn

**Bankverbindung**  
Postbank Hamburg  
IBAN DE95 2001 0020 0400 6022 03  
BIC PBNKDEFF

71 von 126

Herausgeber:

VPB

Verband Privater Bauherren e.V.

Chausseestr. 8

10115 Berlin

Telefon: +49 (0)30 278901-0

Telefax: +49 (0)30 278901-11

E-Mail: [info@vpb.de](mailto:info@vpb.de)

Internet: [www.vpb.de](http://www.vpb.de)



## **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mangelhaftung**

### **A. Allgemeine Bewertung**

Zunächst zum rechtstatsächlichen Hintergrund:

Private Bauherren sind die Mehrheit der im Wohnungsbau Tätigen!

- **56 % der neugebauten Wohnungen werden von privaten Haushalten gebaut.**

2012 wurden insgesamt 101.480 Wohnungen (56 %) von privaten Haushalten gebaut. Etwa 90 % der privaten Bauherren bauen schlüsselfertig – das entspricht ca. 91.000 Wohnungen.

(Statist. Bundesamt: Bautätigkeit und Wohnungen, Wiesbaden 2012).

- **88.000 mangelhafte Verträge werden jährlich mit Eigenheim-Bauherren geschlossen.**

Bei einer qualitativen Stichprobenuntersuchung von über 100 Bauverträgen durch das Institut Privater Bauherren e. V. (IPB) wiesen sämtliche untersuchten Verträge mindestens einen Verstoß gegen das AGB-Recht auf. 97% dieser Bauverträge wurden alleine auf Grund dieser Mängel als 'nicht empfehlenswert' bewertet. Bei 91.000 Wohnungen und Häusern, die von privaten Bauherren gebaut werden, entspricht dies etwa 88.000 Verträgen.

- **Eigenheim-Bauherren sind Durchschnittsverdiener**

Bei den Haushalten mit Haushaltsnettoeinkommen von 2.600-3.600 Euro liegt der Anteil an Eigentümerhaushalten bei 59,5 % (Einkommens- und Verbrauchsstichprobe des Statistischen Bundesamts, 2013).

Der Entwurf hat daher eine eminente Bedeutung, nicht nur für den Verbraucherschutz - er schafft auch gesellschaftlich wichtige Rahmenbedingungen: Angefangen vom Bereich der eigenverantwortlichen Altersvorsorge über die angemessene Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum zu vertretbaren Baukosten bis zur Bewältigung des Klimawandels.

Der Gesetzesentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts enthält aus Sicht des Verbands Privater Bauherren (VPB) **drei existentiell wichtige Punkte**. Sie betreffen zentrale Praxisprobleme fast aller privaten Bauherren, die schlüsselfertig, aber ohne eigenen Architekten bauen.

Erstens wird ihnen vor Vertragsschluss eine **Baubeschreibung** zur Verfügung stehen, die so inhaltsreich ist, dass Verbraucher in der Lage sein werden, Angebote verschiedener Firmen nicht nur nach Preis, sondern nach Qualität zu vergleichen. Außerdem muss der Bauvertrag dann verbindliche **Angaben zur Bauzeit** machen. Damit können private Bauherren Umzug und Finanzierung verlässlich planen – Forderungen, die sich auch im Abschlussbericht der Baukostensenkungskommission des BMUB finden, um bezahlbares Bauen zu ermöglichen.

Zweitens bekommen private Bauherren einen Anspruch auf die **Herausgabe der Unterlagen** und Pläne, die sie benötigen, um die vertragsgemäße Ausführung durch einen neutralen Experten prüfen zu lassen und mit denen sie gegenüber Behörden nachweisen können, dass ihr Haus den öffentlich-rechtlichen Anforderungen (vor allem Bauordnung, EnEV, EEWärmeG) entspricht. Wenn die Firma ein KfW-Effizienzhaus schuldet, gilt das auch für die Unterlagen, die die KfW verlangt. So können private Bauherren sicherstellen, dass sie das bekommen, wofür sie bezahlt haben.

Das alles soll auch beim Bauträgervertrag gelten.

Drittens ist die **Deckelung von Abschlagszahlungen** eine entscheidende Verbesserung im Verbraucherschutz. Sofern Abschlagszahlungen vereinbart werden, bleiben dem Verbraucher vor Abnahme wenigstens 10 % des Werklohns.

Hintergrund: werden bei Abnahme Mängel festgestellt, kann der Bauherr zwar auch heute schon das Doppelte der Mängelbeseitigungskosten vom Werklohn einbehalten, um den nötigen Druck zu erzeugen, dass die Nachbesserung nicht einfach unterbleibt. Viele Abschlagszahlungspläne sind bisher aber so bemessen, dass die letzte Rate nicht annähernd 10 % beträgt und der Bauherr folglich gar nicht mehr so viel einbehalten kann. In einer Untersuchung des Instituts Privater Bauherren e.V. (IPB) „Schlüsselfertig Bauen: Die Bauverträge mit privaten Bauherren in der Praxis“ vom November 2012 wiesen nämlich 70% aller Verträge Schlussraten bis maximal 5% auf.

Diese Regelung gilt allerdings nicht für den Bauträgervertrag, hier soll es zunächst bei § 1 der Abschlagszahlungsverordnung i.V.m. § 3 MaBV bleiben.

Seite 5/13

Das Recht des Bauherrn, einseitig Änderungen des Bauvertrags anzuordnen, kann in Einzelfällen segensreich sein – nach Einführung der Pflicht, im Schlüsselfertigbau eine inhaltsreiche Baubeschreibung zu liefern, wird es jedoch längst nicht mehr so häufig wie bisher für im Vertrag nicht ausdrücklich enthaltene, aber zur Herbeiführung des Werkerfolges erforderliche Leistungen benötigt werden.

Das Widerrufsrecht ist ins Blickfeld gerückt, seit in allen übrigen Bereichen des täglichen Lebens ein solches Recht üblich ist und insofern auch beim Bau erwartet wird. Mit dem Widerrufsrecht wird der Übereilungsschutz, der bei notariell beurkundeten Verträgen – also im Bauträgerbereich – auf andere Art besteht, auch für den Bau auf eigenem Grund und Boden eröffnet.

Der Entwurf bringt die größte Änderung im Werkvertragsrecht seit Erlass des BGB und entscheidende Verbesserungen nicht nur im Verbraucherbereich. Ihm sind Jahre an Beratungen einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorausgegangen, die alle beteiligten Kreise und höchst kompetenten Sachverstand eingebunden hat.

Das zahlt sich aus: Fundamentalkritik an den Verbraucherregelungen ist nicht erkennbar. Es würde sich endlich auch den Verbraucherbauherren im Schlüsselfertigbau das Feld öffnen für den Vergleich von Qualitätsmerkmalen und nicht mehr nur für eine Auftragsvergabe nach dem vermeintlich billigsten Preis. Dieser Aspekt steigert auch die Möglichkeit der ausführenden Firmen, mit Bauqualität zum Zuge zu kommen und insofern auch kompetente Arbeit angemessen zu bezahlen – ein Anliegen, dem sich beispielsweise der Baubereich der Initiative „Neue Qualität der Arbeit“ des BMAS widmet.

Dass der Bundestag eine zügige Verabschiedung anstrebt, ist dringend geboten. Nur so können zentrale Punkte des Verbraucherschutzes am Bau noch in dieser Legislaturperiode Gesetzeskraft erlangen, nur so kann die Koalitionsvereinbarung in diesem Punkt umgesetzt werden, nur so können eklatante Probleme der derzeitigen Gesetzgebung aus dem Weg geräumt werden, die dazu angetan sind, die von der Bundesregierung angestrebte Neubauquote im Wohnungsbau im Bereich der Verbraucherbauherren empfindlich zu behindern.

Zugleich ist klar, dass dies nur ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung ist. Besonders im Bauträgervertragsrecht und bei Insolvenzen von Bauunternehmern existieren noch ungelöste Probleme, die private Bauherren existenziell treffen können. Der vorliegende Entwurf öffnet dafür immerhin die Tür, weil er u. a. für Bauträgerverträge einen eigenen Untertitel im BGB reserviert – ein Feld, das in einem weiteren Schritt dann dringend vom Gesetzgeber angegangen werden muss.

## B. Korrekturbedürftige Punkte

In einigen Punkten kann der Entwurf deutlich verbessert werden, ohne dass sich dies verfahrensverzögernd auswirkt. Von dieser Möglichkeit sollte der Deutsche Bundestag Gebrauch machen. Im wesentlichen handelt es sich um Streichungen und Verbraucherinformationspflichten.

### 1.

*Art. 1 Nr. 3 c)* zu § 309 BGB

Hier knüpft man die Unwirksamkeit von Abschlagszahlungsvereinbarungen per AGB an ein „wesentliches“ Überschreiten der gesetzlichen Grenzen nach § 632a Abs. 1 und § 650I Abs. 1 BGB-E.

§ 309 BGB enthält aber nur Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit. Tatbestandsmerkmale wie „wesentlich“ würden nur unter § 308 BGB zu verorten sein. § 309 BGB ist hier aber richtig: jede Abweichung von § 632a Abs. 1 BGB-E zu Lasten des Verbrauchers verletzt das Leitbild des Werkvertragsrechts (Vorleistung des Werkunternehmers), auch geringfügige.

Der Verbraucher trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Abschlagszahlungsplan als AGB unwirksam ist, weil er ihn zu Vorauszahlungen zwingt.

Schon das ist schwer: denn in den Schlüsselfertigbauverträgen wird meist nur ein einziger Pauschalpreis genannt. Nur mit Hilfe eines Sachverständigen kann der Verbraucher belegen, dass die Äquivalenz von Teilleistung und Abschlagszahlung zu seinen Ungunsten gestört ist. Der Sachverständige muss dabei den Wert dieser Teilleistungen durch Vergleich mit anderen Baumaßnahmen, deren Kosten ihm bekannt sind, ermitteln.

Da es regionale Unterschiede gibt und Bauwerke zudem auch immer individuelle Unterschiede aufweisen, eröffnen sich hier im Tatsächlichen Bewertungsspielräume. Diese muss der

Sachverständige sicherheitshalber zu Lasten des Bauherrn ausüben, denn nur, wenn auch der teuersten Variante immer noch eine Überzahlung gegenübersteht, kann der Beweis gelingen.

Die Wesentlichkeit der Überzahlung steckt also bereits in der Bewertungsspanne des Sachverständigen. Wenn nun als weitere - rechtliche - Voraussetzung noch eine wesentliche Überschreitung dazu kommen müsste, verfehlte das Gesetz sein Ziel.

Dahinter steht ein ernstzunehmendes Problem: Nach Auswertung der Rückmeldungen der für die Mitglieder des VPB tätigen Sachverständigen sind Abschlagszahlungspläne, die den Bauherren unfreiwillig Vorkasse leisten lassen, häufig anzutreffen und es geht mitunter um fünfstellige Beträge.

Gerät der Bauunternehmer in Insolvenz, hat der Bauherr zwar einen Anspruch auf Rückzahlung, kann diesen aber nur zur Insolvenztabelle anmelden und bekommt nach Jahren lediglich eine geringe Quote wieder.

Selbst wenn der Insolvenzverwalter sein Haus fertig bauen sollte, was die große Ausnahme ist: die Leistungen des Insolvenzverwalters hat der Bauherr nach ihrem Wert zu bezahlen. Er verliert also selbst im günstigsten Fall seine Überzahlungen.

Deshalb ist es wichtig, dass das Gesetz überzogene Abschlagszahlungspläne wirksam sanktioniert. **Das Wort „wesentlich“ ist also in § 309 BGB zu streichen.**

Zu den Insolvenzen im Baugewerbe im übrigen folgende Zahlen des statistischen Bundesamtes: 2015 gab es insgesamt 23.123 Unternehmerinsolvenzen. Auf das Baugewerbe entfielen davon 3.874. Im Jahr 2015 sind von je 10.000 Baugewerben 106 insolvent geworden, also gut 1 % pro Kalenderjahr. Das Baugewerbe bewegt sich damit trotz bester Baukonjunktur nach wie vor in der

Spitzengruppe der Insolvenzhäufigkeit.

## 2.

*Art. 1 Nr. 25 zu § 648a Abs. 4*

In § 648a ist das Recht auf eine Leistungsstandsfeststellung nach außerordentlicher Kündigung vorgesehen. Verlangt der Unternehmer diese und bleibt der Verbraucher ihr fern, ohne dies unverzüglich entschuldigt zu haben, trägt der Verbraucher die volle Beweislast für den Zustand des Bauwerks zum Kündigungszeitpunkt!

Während aber bei der fiktiven Abnahme in § 640 Absatz 2 Satz 2 im Entwurf eine Informationspflicht für den Verbraucher vorgesehen ist, weil die Rechtsfolge der fiktiven Abnahme so gravierend ist, ist dies hier nicht der Fall. Dabei ist dies eine ebenso einschneidende Rechtsfolge, wie sie die Abnahme selbst auch mit sich bringt.

Nach derzeitigen Entwurf wäre folgender Fall denkbar: Der Verbraucher erkrankt eine Woche vor dem Feststellungstermin schwer und kann daher nicht teilnehmen. Dies teilt er dem Unternehmer mangels Gesetzeskenntnis aber erst nach fünf Tagen mit, weil er erst zwei Tage vor dem Termin wieder an die Feststellung denkt. Trotzdem trifft ihn die Beweislastumkehr, denn die Anzeige erfolgte nicht unverzüglich.

**Hier wäre also eine Ergänzung des § 648a BGB-E um Informationspflichten analog zu §640 Abs. 2 Satz 2 BGB-E nötig, damit dem Verbraucher die Folgen seines Fernbleibens vor Augen geführt werden.**

## 3.

*Art. 1 Nr. 25 zu §§ 650b und § 650c*

a) Das einseitige Anordnungsrecht wird seine Funktion nur dann wirklich erfüllen, wenn in einem weiteren Gesetzgebungsverfahren dafür gesorgt wird, dass an Land- und Oberlandesgerichten spezialisierte Richter in Baukammern zur Verfügung stehen, die diese und andere Baustreitigkeiten mit der ihnen eigenen Kompetenz entscheiden können.

b) **In § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 muss wieder eingefügt werden: „soweit die Planung des Bauwerks durch den Besteller oder einen von ihm Beauftragten erfolgt ist.“** Der Bundesrat weist in Nrn. 12, 19 und 22 a) seiner Stellungnahmen zu Recht darauf hin, dass keine Mehrvergütung für vergessene Leistungen beansprucht werden kann, wenn der Unternehmer selbst die Planung übernommen hat. Dem ist die Bundesregierung bereits beigetreten. Ohne die entsprechenden Klarstellungen im Gesetz besteht die Gefahr, dass der Unternehmer eine Extravergütung beansprucht, die ihm nach dem Vertrag nicht zusteht.

c) **In § 650b Abs. 3 und § 650c Abs. 5 sind die Ergänzungen zum Sachverständigen zu streichen.** Für die Vermutung des Verfügungsgrundes muss es - wie im Referentenentwurf vorgesehen - reichen, wenn der Baubeginn erfolgt ist. Denn Zweck der Regelungen ist es, einen Baustillstand und damit auch das Abreißen des Liquiditätsflusses zum Unternehmer zu verhindern. Schon § 650b Abs. 1 verlangt von den Parteien vorab den Versuch einer vertraglichen Einigung. In komplizierteren Fällen werden die Parteien schon hier einen Sachverständigen hinzuziehen. Scheitert die Einigung, dann ist nicht erkennbar, welchen Nutzen ein weiteres vorgeschaltetes Verfahren haben soll. Es wirkt nur noch verzögernd, und zwar regelmäßig zu Lasten des Bauherren: er muss im Zweifel sein Anordnungsrecht gerichtlich durchsetzen und er muss auch später gegen überhöhte Abschlagszahlungen, die der Unternehmer über § 650c Abs. 3 von Gesetzes wegen zugesprochen bekommt, gerichtlich vorgehen – wäre aber de facto jeweils gezwungen, vorher ein ggf. erneutes - langwieriges und bauzeitverzögerndes - Einigungsverfahren mit Sachverständigen durchzuführen.

#### **4.**

*Art. 1 Nr. 25 zu § 650f Abs. 2 und 3*

§ 650f Abs. 3 Satz 1, der zur Regelung über die Zustandsfeststellung nach verweigerter Abnahme gehört lautet derzeit: „Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der



Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden *und vom Besteller zu vertreten* ist.“

Auch hier wurde der Referentenentwurf durch den Regierungsentwurf entscheidend ergänzt, nämlich um die Worte „*und vom Besteller zu vertreten*“.

Das hat untragbare Folgen: Typischer Fall des § 650f ist, dass der Besteller (nicht nur private Bauherren, auch Gemeinden oder Bauunternehmer im Verhältnis zu ihren Nachunternehmern trifft das) die Abnahme zu Recht verweigert, weil er einen wesentlichen Mangel feststellt.

Ziel des § 650f ist es, die Parteien dazu zu bringen, dann auch gleich alle Beanstandungen zu klären, damit der Unternehmer nicht immer wieder sein Werk zur Abnahme andient und der Besteller nur sukzessive einen wesentlichen Mangel nach dem anderen rügt und durch diese Verzögerung profitiert. Dieses Ziel ist legitim. Um Druck auf den Besteller auszuüben, regelt die Norm dann Sanktionen.

Dafür ist es aber keinesfalls nötig, den Unternehmer zum Richter in eigener Sache zu machen, wie es Abs. 2 vorsieht! Er wird so durch das Gesetz ermutigt, die Mängelbeseitigung ohne die nötige Rücksicht auf das Eigentum der Bauherren durchzuführen. **Absatz 2 muss daher gestrichen werden.**

Einschneidend ist aber auch der Absatz 3 Satz 1:

Gesetzt, der Besteller rügt im Wege der Zustandsfeststellung drei wesentliche Mängel und sonst nichts und das wird so dokumentiert und diese Dokumentation entspricht auch dem tatsächlichen Zustand des Werks.

Anschließend beseitigt der Unternehmer die drei Mängel, beschädigt dabei aber das Parkett.

Nachdem er fertig ist, übergibt er das Werk an den Besteller. Eine Abnahme wird vergessen oder aus Termingründen auf später verschoben. Rügt nun der Besteller später (insb. bei Abnahmebegehung) den Zustand des Parketts, kann ihm der Unternehmer das Zustandsprotokoll entgegenhalten: der Besteller müsste die Vermutungswirkung widerlegen und das wird ihm in den seltensten Fällen gelingen.

## **Mögliche Lösung wäre, die Ergänzung wieder zu streichen.**

Wenigstens eine einschränkende Umformulierung wäre nötig, etwa:

„Ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben und ist das Werk dem Besteller unmittelbar nach Feststellung verschafft worden, wird vermutet,...“

Im Übrigen gibt es hier noch eine verbraucherspezifische Problematik: Während bei der fiktiven Abnahme in § 640 Absatz 2 Satz 2 BGB-E der Entwurf eine Informationspflicht für den Verbraucher vorsieht, weil die Rechtsfolge der fiktiven Abnahme so gravierend ist, ist das in § 650f BGB-E , dessen Rechtsfolgen fast genauso einschneidend sein können, nicht der Fall.

Vor allem, wenn es dabei bleiben sollte, dass die Zustandsfeststellung einseitig durch den Unternehmer erfolgen kann, wäre eine entsprechende Ergänzung des § 650f BGB-E nötig, um den Verbrauchern die Folgen der Nichtkooperation deutlich zu machen, ganz genau so, wie es bei der Zustandsfeststellung nach außerordentlicher Kündigung nötig ist, s.o. Punkt B.2.

## **5.**

### *Art. 1 Nr. 25 zu § 650t Abs.2 Variante 2*

Damit wird für den Bauträgervertrag die Anwendung des außerordentlichen Kündigungsrechts nach § 648a für beide Parteien ausgeschlossen. Das außerordentliche Kündigungsrecht fließt aus § 242 BGB und dürfte schon deswegen auch im Bauträgervertrag nicht auszuschließen sein,

weil dieser Rückgriff in den entsprechenden Einzelfällen elementaren Rechtserfordernissen entspricht. Es besteht dann, wenn einer Partei das Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann, weil sich die andere grob vertragswidrig verhält. Weder Bauträgern noch Erwerbem kann es jedoch zugemutet werden, auf Gedeih und Verderb an eine notorisch vertragsuntreue Partei gekettet zu sein. **§ 648a ist daher aus der Aufzählung zu streichen.**



**ZENTRALVERBAND  
DEUTSCHES  
BAUGEWERBE** **ZDB**

Stellungnahme  
zum  
Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und  
zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung  
(BT-Drucksache 18/8486)

---

Juni 2016

Die vorliegende Stellungnahme geben wir auch im Namen der Bundesvereinigung Bauwirtschaft mit ihren Mitgliedsverbänden

- Bundesinnungsverband des Gebäudereiniger-Handwerks
- Bundesverband Farbe Gestaltung Bautenschutz
- Bundesverband Gerüstbau
- Bundesverband Metall – Vereinigung Deutscher Metallhandwerke
- Bundesverband Rollläden + Sonnenschutz
- Deutscher Holzfertigbauverband
- Tischler Schreiner Deutschland
- Verband Deutscher Kälte-Klima-Fachbetriebe
- Zentralverband des Deutschen Dachdeckerhandwerks
- Zentralverband Raum und Ausstattung
- Zentralverband Sanitär Heizung Klima

ab.

Damit sprechen wir für das gesamte Bau- und Ausbauhandwerk mit ca. 2,5 Mio. Beschäftigten und 300.000 Betrieben.

## **I. Vorbemerkungen**

Die Bundesregierung hat – dem Vorschlag des Bundesjustizministeriums folgend – in ihrem Gesetzentwurf zwei Themen verknüpft, die in keiner Verbindung miteinander stehen: Die kaufrechtliche Mängelhaftung (Aus- und Einbaukosten) und die Vorschläge zur Reform des Bauvertragsrechts.

Wir fordern, die Vorschläge zu den Aus- und Einbaukosten von den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts abzutrennen und separat zu behandeln. Für die Aus- und Einbaukosten liegt eine gute Grundlage für eine gesetzliche Regelung vor, die nur noch weniger Änderungen bedarf. Mit Blick auf die Reform des Bauvertragsrechts sind hingegen noch viele Fragen ungeklärt und konträre Positionen abzustimmen. Zwar begrüßen wir, dass die Bundesregierung die Kritik der Bauwirtschaft am Referentenentwurf ernst genommen und einige für die Bauunternehmen besonders nachteilige Regelungen gestrichen oder abgemildert hat. Verbesserungsbedürftig sind jedoch nach wie vor insbesondere die zentralen Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bauherrn und deren Vergütungsfolge, die für die Praxis von überragender Bedeutung sind.

Trotz der im Gesetzentwurf enthaltenen Verbesserungen müssen die Vorschläge zum Bauvertragsrecht daher aus Sicht der Bauwirtschaft überarbeitet werden. Sie dürfen nicht zu Lasten der Bauunternehmer über die Vorgaben des Koalitionsvertrags (Verbraucherschutz im Bauvertragsrecht) hinausgehen.

Deswegen plädieren wir dafür, die Vorschläge zu den Aus- und Einbaukosten von den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts abzutrennen und separat zu behandeln. Andernfalls droht die Umsetzung des für die Praxis bedeutsamen Gesetzesvorhabens zu den Aus- und Einbaukosten durch die Verknüpfung mit der umstrittenen Reform des Bauvertragsrechts zu scheitern.

## **II. Aus- und Einbaukosten (§ 439 Abs. 3)**

Hintergrund der Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung ist die derzeitige Rechtslage, nach der Bauunternehmer bei mangelhaften Baumaterialien die sogenannten „Aus- und Einbaukosten“ nicht vom Lieferanten bzw. Hersteller ersetzt verlangen können. Lieferant und Hersteller haben lediglich für die Ersatzlieferung des neuen Materials aufzukommen. Der Bauunternehmer bleibt in der Praxis auf den Aus- und Einbaukosten sitzen, die die Materialkosten häufig deutlich übersteigen.

Durch die fehlende Regressmöglichkeit des Bauunternehmers gegenüber seinem Lieferanten bzw. dem Hersteller des mangelhaften Materials ergibt sich eine nicht hinnehmbare Haftungsverschiebung zu Lasten des Bauunternehmers. Der Verursacher des Mangels, d. h. der Hersteller des mangelhaften Materials, haftet in diesen Fällen nicht.

Die Bundesregierung hat den dringenden Handlungsbedarf erkannt und eine Reform des Mängelgewährleistungsrechts im Koalitionsvertrag angekündigt:

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

### **1. Kein Ausschluss durch Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Den Vorschlag zu den Aus- und Einbaukosten (§ 439 Abs. 3) begrüßen wir. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass die gesetzlich gewährten Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden können. Deswegen ist es erforderlich, die Haftung für die Aus- und Einbaukosten auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr AGB-fest auszugestalten. Der vom Koalitionsvertrag intendierte Schutz der Bauunternehmer würde andernfalls in der Praxis leerlaufen, da die regelmäßig marktstärkeren Lieferanten und Hersteller von Bauprodukten die Haftung in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausschließen würden.

### **2. Kein Wahlrecht des Verkäufers, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt**

Überdies muss sichergestellt werden, dass der Verkäufer des mangelhaften Materials die Kosten des Aus- und Einbaus trägt und kein Wahlrecht hat, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen. Zwar sieht der Gesetzentwurf hier – anders als der Referentenentwurf – eine Einschränkung des Selbstvornahmerechts des Verkäufers vor. Jedoch wird dies den Belangen der Praxis nicht gerecht. Immer dann, wenn der Bauunternehmer als Käufer des mangelhaften Materials dieses bei seinem Bauherrn eingebaut hat, haftet er dem Bauherrn auf Mängelbeseitigung. Diese Mängelbeseitigungspflicht kollidiert aber mit dem Selbstvornahmerecht des Verkäufers, der nach dem Gesetzentwurf die mangelhafte Kaufsache beim Bauherrn selbst aus- und neu einbauen darf. Räumt man dem Verkäufer ein Wahlrecht ein, greift man damit zwangsläufig in das Vertragsverhältnis zwischen Bauherrn

und Bauunternehmer ein. Wenn Dritte entscheiden können, ob und wann sie auf der Baustelle tätig werden, beeinträchtigt das den Bauablauf erheblich. Darüber hinaus ist der Bauherr nicht verpflichtet, den Baustofflieferanten oder Hersteller, mit dem er in keinem Vertragsverhältnis steht, auf seine Baustelle zu lassen.

### **3. Gewährleistung muss auch Fälle der Verarbeitung erfassen**

Im Gegensatz zum vorliegenden Gesetzentwurf sah der Referentenentwurf zu Recht vor, dass sich die Gewährleistung auch auf diejenigen Fälle erstreckt, in denen der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung verändert hat, ohne sie einzubauen, so z. B. bei der Oberflächenbehandlung von Holz oder der Verarbeitung von Holz zu einer Treppe. In diesen Fällen sollte der Verkäufer des mangelhaften Materials verpflichtet sein, entweder den veränderten Zustand selbst wiederherzustellen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen.

Diese Haftung des Verkäufers im Falle der Veränderung einer mangelhaften Sache ist im Gesetzentwurf gestrichen worden, so dass der Bauunternehmer in diesen Fällen leer ausgeht. Da die Sachlage in diesen Fällen jedoch vergleichbar mit dem Einbau mangelhaften Materials ist, muss der Verkäufer auch hier für den Schaden aufkommen, der aus der Mangelhaftigkeit des von ihm verkauften Materials resultiert. Er muss verpflichtet sein, nicht nur neues Material zu liefern, sondern auch den Aufwand des Käufers für die Verarbeitung zu ersetzen.

### **III. Reform des Bauvertragsrechts**

Die Vorschläge zur Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts sind aus Sicht der Bauwirtschaft zwar in einigen Punkten verbessert worden. In ihrer Gesamtheit sind sie jedoch noch grundlegend verbesserungsbedürftig. Ohne entsprechende Anpassungen sind für Bauunternehmer insbesondere die Vorschläge zu nachträglichen einseitigen Vertragsänderungen durch den Bauherrn („Anordnungsrecht“) wirtschaftlich nicht tragbar.

#### **1. Anordnungsrecht und Vergütungsfolge: Kein ausgewogener Interessenausgleich (§§ 650b und c)**

Der Gesetzentwurf räumt dem Bauherrn erstmals das Recht ein, eine von den Vertragspartnern vereinbarte Bauleistung nachträglich einseitig zu ändern (§ 650b). Falls eine Einigung nicht gelingt, ist der Bauunternehmer verpflichtet eine entsprechende Anordnung des Bauherrn auszuführen. Wann und in welchem Umfang es zu nachträglichen Änderungen kommt, ist für den Unternehmer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbar.

Die Vorschläge zur nachträglichen einseitigen Vertragsänderung durch den Bauherrn sind für Bauunternehmer wirtschaftlich nicht tragbar. Sie stellen einen massiven, nicht gerechtfertigten Eingriff in das Dispositionsrecht des Unternehmers dar. Kurzfristige einseitige Änderungen der vereinbarten Bauleistung durch den Bauherrn machen eine verlässliche Planung und Abwicklung einer Baumaßnahme unmöglich. Räumt man dem Bauherrn das Recht ein, die vereinbarte Bauleistung nachträglich einseitig zu ändern, leistet man insbesondere der bereits heute vielfach beklagten unzureichenden Planung Vorschub. Man nimmt dem Bauherrn damit jeglichen Anreiz, sich bereits vor Vertragsschluss um eine möglichst ausgereifte und solide Planung zu kümmern. Planungslücken und -fehler können ja später durch Anordnungen ausgebügelt werden.

#### **a) Reaktionspflicht des Bauherrn und Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers aufnehmen (§ 650b Abs. 1)**

Zwar begrüßen wir die im Gesetzentwurf aufgenommene Stärkung einer Einigung zwischen den Parteien (§ 650b Abs. 1). Dies reicht jedoch in der Praxis nicht aus. Vielmehr muss korrespondierend zu der Pflicht des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, eine Pflicht des Bauherrn eingefügt werden, auf das Nachtragsangebot zu reagieren. Dies schafft die notwendige Klarheit bzgl. der Position des Bauherrn zum Nachtragsangebot des Unternehmers. Der Unternehmer muss berechtigt sein, bis zur Reaktion des Bauherrn auf sein Nachtragsangebot die Ausführung der geänderten Leistung zu verweigern.



### **b) Einwand der Unzumutbarkeit auf sämtliche Anordnungen erstrecken (§ 650b Abs. 1)**

Der Einwand der Unzumutbarkeit steht dem Unternehmer nach dem Gesetzentwurf nur bzgl. Anordnungen zur Verfügung, die auf eine Änderung des Werkerfolgs abzielen (§ 650b Abs. 1 Nr. 1). Der Unternehmer muss sich jedoch auch bei Anordnungen des Bauherrn, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. 1 Nr. 2), auf eine etwaige Unzumutbarkeit berufen können.

Denn auch bei Anordnungen des Bauherrn, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind, gibt es Fälle, bei denen dem Unternehmer die Ausführung der Anordnung nicht zumutbar ist. So kann z. B. ein Bauunternehmer, der im Laufe von Sanierungsarbeiten an einem Gebäude auf asbesthaltige Materialien stößt, einer Anordnung des Bauherrn auf Beseitigung des Asbests aufgrund fehlender fachlicher Eignung nicht nachkommen, wenn er nicht über den notwendigen Sachkundenachweis zum Umgang mit Asbest verfügt. Selbst wenn er zur Ausführung der Arbeiten berechtigt wäre, kann es aber auch sein, dass er sein Personal oder seine Gerätschaften zuvor auf einer anderen Baustelle verplant hat.

### **c) Wahlrecht des Unternehmers bzgl. der Vergütungsberechnung gewährleisten (§ 650c Abs. 1 und 2)**

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung zur Vergütungsanpassung (§ 650c) ist für die tägliche Praxis nicht tauglich. So ist bereits unklar, wie die „tatsächlich erforderlichen Kosten“ zu berechnen sind. Insbesondere besteht für den Unternehmer die Gefahr, dass der Bauherr die Erforderlichkeit der tatsächlichen Kosten bestreitet. Hier ist erhebliches Konfliktpotential vorprogrammiert. Will man dem Bauherrn das Recht einräumen, nachträglich einseitig Leistungen anzuordnen, so muss man dem Unternehmer auch ein Wahlrecht bzgl. der Vergütungsberechnung zugestehen. Der Unternehmer muss wählen dürfen, ob er die Preise der Kalkulation fortschreibt oder alternativ die übliche Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB oder die tatsächlich erforderlichen Kosten geltend macht. Darüber hinaus muss dem Unternehmer ein ausdrücklicher Anspruch auf Abschlagszahlung in Höhe von 80 Prozent der in seinem Nachtragsangebot bezifferten Mehrvergütung eingeräumt werden.

### **d) Kein „Rosinenpicken“ in der VOB/B (§ 650c Abs. 4)**

Nach dem Gesetzentwurf besteht die Gefahr, dass marktstarke Bauherren einseitig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die gesetzliche Regelung zur Vergütungsanpassung umgehen, indem sie nur einzelne Bestimmungen der VOB/B verwenden (§ 650c Abs. 4). Dies steht im Widerspruch zu dem Grundsatz, dass die VOB/B nur dann der Inhaltskontrolle im Sinne des AGB-Rechts entzogen ist, wenn sie als Ganzes unverändert vereinbart worden ist (§ 310 Abs. 1 BGB). Die VOB/B ist als Gesamtwerk eine ausgewogene Vertragsgrundlage. Die Ausgewogenheit geht verloren, wenn man einer Partei das Recht zugesteht, einzelne Vorschriften herauszugreifen, und dadurch die gesetzlichen Regelungen zur Vergütungsanpas-

sung zu umgehen. Um diese Umgehungsmöglichkeit zu unterbinden, muss § 650c Abs. 4 gestrichen werden.

### **e) Durchsetzbarkeit der Vergütung sicherstellen (§ 650c Abs. 5)**

Nicht akzeptabel ist für die Unternehmen der Bauwirtschaft, dass die Durchsetzbarkeit der Vergütung für nachträgliche Anordnungen des Bauherrn nach wie vor nicht gewährleistet ist.

Das Recht des Bauherrn, Bauleistungen nachträglich einseitig anzuordnen, darf nicht zu einer uferlosen Ausweitung des Vorleistungsrisikos des Unternehmers führen. Räumt man dem Bauherrn einseitige Anordnungsrechte ein, muss sichergestellt sein, dass der Unternehmer schnell zu seiner Vergütung kommt.

Mit dem neu eingefügten Instrument der einstweiligen Verfügung (§ 650c Abs. 5) wird zwar versucht, einen schnellen und effektiven Rechtsschutz zu implementieren. Es ist jedoch absehbar, dass dieses Ziel in der Praxis nicht erreicht wird. Die Überlastung der ordentlichen Gerichte dürfte sich nur weiter verschärfen und qualifizierte sowie zeitnahe Entscheidungen zur Ausnahme werden. Wir haben stets betont, dass ein gesetzliches Anordnungsrecht des Bauherrn zwingend voraussetzt, dass der Zahlungsanspruch des Unternehmers schnell und effektiv durchsetzbar sein muss. Diese Anforderung erfüllt der Gesetzentwurf nicht.

Dennoch begrüßen wir das Signal, dass der Unternehmer berechtigt sein soll, Streitigkeiten über die Höhe der Nachtragsvergütung baubegleitend gerichtlich klären zu lassen. Effektiver wäre es, die Regelungen zum Erlass einer einstweiligen Verfügung (§ 650b Abs. 3 und § 650c Abs. 5) in einer Vorschrift zusammenzufassen. So wäre sichergestellt, dass die Parteien bei Streit über das Vorliegen einer Anordnung und die Höhe der Vergütung nicht zwei separate Verfahren führen müssten.

### **2. Abschlagszahlungen dürfen nicht ohne Begründung verweigert werden (§ 632a)**

Abschlagszahlungen sind für die Liquidität der vorleistungspflichtigen Bauunternehmer von essentieller Bedeutung. Will der Bauherr die Zahlung auf eine Abschlagsrechnung kürzen oder verweigern, muss er daher verpflichtet sein, die aus seiner Sicht bestehenden Mängel zu benennen.

Zwar erleichtert der neue § 632a die Berechnung der Höhe der Abschlagszahlungen. Jedoch kann der Bauherr die Bezahlung der Abschlagsforderung nach dem Gesetzentwurf leicht verweigern - er braucht der Abschlagsforderung des Unternehmers lediglich entgegenzuhalten, dass „die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß sind“. Eine Pflicht des Bauherrn, die aus seiner Sicht bestehenden Mängel zu benennen, besteht nicht. Dies macht es für den Bauunternehmer in der Praxis kaum möglich, seine Leistung sachgerecht zu überprüfen und die Bedenken des Bauherrn auszuräumen.

Erschwerend kommt hinzu, dass das Gesetz ausdrücklich erwähnt, dass dem Unternehmer die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung bis zur Abnahme obliegt. Dieser Hinweis ist überflüssig und verfehlt, da es sich um eine allgemeine Beweislastregelung handelt, die keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz bedarf. Sie lädt den Bauherrn vielmehr geradezu dazu ein, Abschlagszahlungen zu verweigern bzw. zu kürzen. Angesichts der überragenden Bedeutung von Abschlagszahlungen für die Liquidität der vorleistungspflichtigen Bauunternehmer muss die Regelung zur Beweislast gestrichen werden.

### **3. Abnahmefiktion und Zustandsfeststellung effektiver ausgestalten (§ 640 Abs. 2 und § 650f)**

In der Praxis kommt es vor, dass Bauherren die für den Unternehmer wichtige Abnahme unlauter hinauszögern. Um dem Unternehmer in diesen Fällen eine wirksame Handhabe zu geben, müssen die Vorschläge zur Abnahmefiktion und Zustandsfeststellung effektiver ausgestaltet werden.

Wir begrüßen die vom Gesetzentwurf intendierte Stärkung der Abnahmefiktion (§ 640 Abs. 2) sowie die neu eingeführte Vorschrift zur Zustandsfeststellung (§ 650f). Jedoch führt nach dem Entwurf bereits die Benennung eines unwesentlichen Mangels dazu, dass die Abnahmefiktion nicht greift. Das ist nicht sachgerecht. Vielmehr ist der Besteller auch bei unwesentlichen Mängeln zur Abnahme verpflichtet. Dieser Grundsatz muss auch bei der Abnahmefiktion gelten. Die Vorschrift muss daher dahingehend eingeschränkt werden, dass die Abnahmefiktion nur bei Angabe von wesentlichen Mängeln nicht eintritt.

Zweck der Zustandsfeststellung ist, dass bei Nichtangabe eines Mangels in der Zustandsfeststellung vermutet wird, dass der Mangel danach entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Das ist sachgerecht. Allerdings ist die Begrenzung der Vermutungswirkung auf „offenkundige“ Mängel zu eng. Sie muss gestrichen werden. Ansonsten droht ein Leerlaufen dieser positiven Regelung in der Praxis. Die Begrenzung auf „offenkundige“ Mängel ist deswegen unnötig, weil der Bauherr bereits anderweitig hinreichend geschützt ist. So gilt die Vermutung bei solchen Mängeln nicht, die ihrer Art nach nicht vom Bauherrn verursacht worden sein können.

### **4. Widerrufsrecht im Verbraucherbaupertrag einschränken, Anforderungen an Baubeschreibung reduzieren**

Anders als der Gesetzentwurf sah der Referentenentwurf zu Recht vor, dass bei einem Verbraucherbaupertrag das Widerrufsrecht mit der ersten Abschlagszahlung erlischt (§ 356d). Da Abschlagszahlungen erst verlangt werden können, wenn der Unternehmer bereits einen Teil der vertraglich vereinbarten Leistungen erbracht hat, gibt der Bauherr mit der ersten Abschlagszahlung zu erkennen, dass er an dem Vertrag festhalten will. Daher ist die ursprüngliche Regelung sachgerecht und muss wieder aufgenommen werden.

Neben den erheblichen Liquiditätsbeschränkungen beim Verbraucherbaupertrag (Sicherheitsleistung zugunsten des Verbrauchers i. H. v. 5 Prozent der Gesamtvergütung bei der ersten Abschlagszahlung (§ 650l Abs. 2), Beschränkung von Abschlagszahlungen auf 90 Prozent der Gesamtvergütung (§ 650l Abs. 1) und fehlende Absicherungsmöglichkeit des Vergütungsanspruchs (§ 650e Abs. 6 Nr. 2) trifft den Unternehmer eine umfangreiche Baubeschreibungspflicht, für die er keine Vergütung erhält (§ 650i). Erschwerend kommt hinzu, dass der Unternehmer zusätzlich Planungsunterlagen zu erstellen und herauszugeben hat, ebenfalls ohne hierfür eine Vergütung verlangen zu können (§ 650m). Gerade kleinere Unternehmen werden durch diese sehr weitgehenden Verpflichtungen überfordert.

#### **IV. Fazit**

Der Gesetzentwurf verknüpft zwei Themen, die in keiner Verbindung miteinander stehen: Die kaufrechtliche Mängelhaftung (Aus- und Einbaukosten) und die Vorschläge zur Reform des Bauvertragsrechts. Wir fordern, die Vorschläge zu den Aus- und Einbaukosten von den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts abzutrennen und separat zu behandeln. Für die Aus- und Einbaukosten liegt eine gute Grundlage für eine gesetzliche Regelung vor, die nur noch weniger Änderungen bedarf. Mit Blick auf die Reform des Bauvertragsrechts sind hingegen noch viele Fragen ungeklärt und konträre Positionen abzustimmen. Verbesserungsbedürftig sind insbesondere die zentralen Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bauherrn und deren Vergütungsfolge, die für die Praxis von überragender Bedeutung sind. Die Vorschläge zum Bauvertragsrecht müssen daher aus Sicht der Bauwirtschaft überarbeitet werden. Sie dürfen nicht zu Lasten der Bauunternehmer über die Vorgaben des Koalitionsvertrags (Verbraucherschutz im Bauvertragsrecht) hinausgehen.

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



Juni 2016

Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie

# Geplante Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Gerne nimmt der ZVEI die Möglichkeit wahr, für die deutsche Elektroindustrie im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22. Juni 2016 zum Gesetzesvorhaben (BT-Drucksache 18/8486, Stand: 18. Mai 2016) zu den geplanten Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung Stellung zu beziehen.

Die Bundesregierung hat am 2. März 2016 den vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz vorgeschlagenen Gesetzesentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (nachfolgend: „Regierungsentwurf“) beschlossen. Der Regierungsentwurf entspricht im Wesentlichen dem Vorschlag des BMJV.

Der ZVEI hatte bereits in einer öffentlichen Anhörung des BMJV am 17. November 2015 für die deutsche Elektroindustrie fokussiert zu dem Vorschlag einer Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung Stellung bezogen.

## Die Elektroindustrie

Das Produktspektrum der Unternehmen der Elektroindustrie ist besonders vielfältig und von Innovationen geprägt. Die Elektroindustrie beschäftigt ca. 849.000 Arbeitnehmer in Deutschland und weitere rund 677.000 weltweit. Sie ist dabei überwiegend durch mittelständische Unternehmen geprägt. Im Jahr 2015 betrug ihr Umsatz 178,5 Milliarden Euro. Hiervon entfielen in etwa 139,8 Milliarden Euro auf Investitionsgüter. Der unternehmerische Geschäftsverkehr ist damit für die Elektroindustrie von besonderer Bedeutung.

## Verbraucherschutz muss Kernanliegen sein

Die Elektroindustrie begrüßt, dass mit dem Gesetzesentwurf die Anforderungen des Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ausdrücklich im deutschen Gesetz geregelt werden sollen. Bereits die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urt. v. 16.06.2011, verbundene Rechtssachen C-65/09 und C-87/09) wie auch des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 21.12.2011, Az. VIII ZR 70/08) haben den richtlinienkonformen Anpassungsbedarf der gesetzlichen Regelungen zur kaufrechtlichen Mängelhaftung in Deutschland aufgezeigt und dabei gleichzeitig deutlich gemacht, dass sich der zwingende Anpassungsbedarf auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt und die Richtlinie für die Mängelhaftung im unternehmerischen Geschäftsverkehr keine Vorgaben vorsieht.

Die Elektroindustrie hat sich daher bereits 2012 für eine entsprechende Änderung des Gesetzes ausschließlich im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 BGB) ausgesprochen. Grundsätzlich werden in Bezug auf den Verbrauchsgüterkauf folgende Ansätze des aktuellen Regierungsentwurfs positiv bewertet:

- **Wahlrecht des Verkäufers** die mangelhafte Kaufsache aus- und die nachgebesserte oder neu gelieferte mangelfreie Sache selbst einzubauen oder Ersatz der angemessenen Aufwendungen hierfür zu leisten;
- **Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers bei Unverhältnismäßigkeit** und im Verhältnis zum Verbraucher bei Unverhältnismäßigkeit Beschränkung des Aufwendungsersatzes auf einen angemessenen Betrag;
- Ausrichtung des Anwendungsbereichs auf den **Verkauf einer neu hergestellten Sache.**

#### **Unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht belasten**

Eine Ausdehnung der Verbraucherschützenden Regelungen auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr hinsichtlich des Aufwendungsersatzes für den Ein- und Ausbau mangelhafter Kaufsachen ist nach Ansicht der Elektroindustrie hingegen weder sachgerecht noch geboten. Folglich wird auch der Ansatz des Gesetzesentwurfs für eine Änderung in § 439 Abs. 3 BGB-E sowie für eine Einführung der §§ 445a, 445b BGB-E abgelehnt. Systematisch sollten die europarechtlich geforderten Gesetzesänderungen ausschließlich in den Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB) erfolgen.

Mit der Regelung des § 439 Abs. 3 BGB-E wird eine verschuldensunabhängige Haftung begründet, die deutlich über den ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag hinausgeht. Insbesondere stehen der Wert der veräußerten Kaufsache und die Höhe des geltend gemachten verschuldensunabhängigen Rückgriffsanspruchs regelmäßig in keinem für den Hersteller/Lieferanten vorhersehbaren Verhältnis. Hiermit geht ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit für Hersteller/Lieferanten einher, gerade wenn der Einsatzbereich von Industriekomponenten nicht abschließend vorhersehbar ist, die Ware verschiedene Handelsstufen durchläuft oder im Rahmen des etwaigen Einbaus physischen (Dritt-)Einwirkungen ausgesetzt ist. Positiv gewertet wird in diesem Zusammenhang, dass in § 445a Abs. 4 BGB-E die Vorschrift des § 377 HGB ausdrücklich unberührt bleibt.

Die Einführung eines allgemeinen Rückgriffsanspruchs in der Lieferkette mit einer maximalen Verjährungsfrist von 5 Jahren (§§ 445a, 445b BGB-E) führt zu einer faktischen Verlängerung der Verjährungsfrist von Mängelansprüchen. Dies würde

die Bildung bzw. Erhöhung von Rückstellungen notwendig machen, was Unternehmen zusätzlich belastet. Insbesondere für kleinere und mittlere Industrieunternehmen kann dies ein wesentlicher investitionshehmender Faktor sein, gerade auch im Hinblick auf die Digitalisierung der Industrie.

Etablierte kleine und mittlere Unternehmen mit Sitz in Deutschland sind bereits heute einem intensiven globalen Wettbewerb ausgesetzt. Die verschuldensunabhängige pauschale Risiko- und Kostenverlagerung gemäß der vorgeschlagenen Änderung im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht würde zu erheblichen Mehrbelastungen von deutschen Herstellern führen. Diese Mehrbelastung kann nicht ohne weiteres kompensiert werden, insbesondere in einer von intensivem internationalem Wettbewerb geprägten Branche. Selbst für Hersteller von qualitativ hochwertigen Produkten muss damit gerechnet werden, dass nach Erlass des Gesetzes eine Fülle von behaupteten Produktmängeln vorgebracht werden. In jedem Fall würde dies zu einem Anstieg von nicht erstattungsfähigem Prüfungs- und Abwicklungsaufwand der Hersteller und Lieferanten für die Abwehr unberechtigter Rückgriffansprüche führen. Dieser zusätzliche Aufwand steht in keinem Verhältnis. In Konsequenz wird auch die Anzahl streitiger gerichtlicher Auseinandersetzungen zunehmen und damit eine zusätzliche Belastung der Justiz nach sich ziehen.

Im grenzüberschreitenden unternehmerischen Geschäftsverkehr wird die Attraktivität des deutschen Rechts für Vertragsabschlüsse weiter abnehmen. Zudem würden in Deutschland ansässige Hersteller/Lieferanten schlechter gestellt als ausländische Anbieter, die ihr Liefer(import)geschäft auf Grundlage eines anderen anwendbaren Rechts flexibler ausgestalten und sich keiner vergleichbaren verschuldensunabhängigen Haftung ausgesetzt sehen. Hierunter dürfte das produzierende Investitionsgütergewerbe am Wirtschaftsstandort Deutschland leiden.

Virulent wird diese Situation im globalen Wettbewerb und mit erfolgreicher Digitalisierung der Industrie. Gerade im digitalen Umfeld – wenn Maschinen mit Maschinen direkt kommunizieren – wird die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwangsläufig noch mehr an Bedeutung gewinnen. Zur Umsetzung von neuen und innovativen Geschäftsmodellen wie z.B. dem Onlinehandel von Industriegütern, ist aber eine belastbare vertragliche Grundlage notwendig. Die ausufernde Anwendung von AGB-rechtlichen Restriktionen im unternehmerischen Geschäftsverkehr verhindert aber eine solche Grundlage nach deutschem Recht. Das vorliegende Gesetzesvorhaben setzt sich mit diesem Aspekt bisher nicht hinreichend auseinander. Durch die bereits heute in der Rechtsprechung verankerte Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB auch für den



unternehmerischen Geschäftsverkehr sind – für beide Industriepartner – kommerziell sinnvolle und international übliche Gestaltungen nach dem deutschen Recht kaum noch möglich. Im Bereich von Haftungsklauseln wurde dieses negative Alleinstellungsmerkmal in einem vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bei Herrn Prof. Dr. Leuschner (Universität Osnabrück) in Auftrag gegebenen rechtsvergleichenden sowie empirisch angelegten Gutachten klar festgestellt.<sup>1</sup> Überall dort, wo Vertragsabschlüsse aufgrund technischer Gegebenheiten von „Maschinen-zu-Maschinen“ direkt erfolgen werden, stellt das deutsche AGB-Recht im unternehmerischen Geschäftsverkehr bereits in der aktuellen Fassung ein wesentliches Hemmnis dar. Diese Situation wird durch die geplante Änderung der kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen – mit ausschließlichem Fokus auf das Handwerk und ohne eine differenzierende Betrachtung der überwiegenden Teile der deutschen Industrie – weiter verschärft.

Das Industriegeschäft sowie innovative Geschäftsmodelle finden allerdings nicht nur innerhalb der Landesgrenzen statt. „Das Internet kennt keine Grenzen“ und Industrieunternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen sind nicht per se an die deutsche Rechtsordnung oder den Wirtschaftsstandort Deutschland gebunden. Bereits heute kann man deutlich erkennen, dass international agierende Unternehmen ihren Sitz bevorzugt in anderen EU-Mitgliedsstaaten wählen, z.B. Irland oder Luxemburg. Gerade kleine und mittlere Hersteller verfügen regelmäßig jedoch nicht über die Ressourcen und Expertise, um diesen regulatorischen Herausforderungen zu begegnen. Für „Start-Up“ Unternehmen der digitalen Branche wäre der Wirtschafts- und Rechtsstandort Deutschland damit im europäischen und internationalen Vergleich nicht die erste Wahl.

---

<sup>1</sup> Der Abschlussbericht zu dem Forschungsprojekt von Herrn Prof. Dr. Leuschner zu dem Thema „AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen“ ist abrufbar unter [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02092015\\_AGB\\_Recht.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02092015_AGB_Recht.html)

## Forderungen der Elektroindustrie

In Bezug auf den gesetzlichen Änderungsbedarf bringt die Elektroindustrie nachstehende Forderungen vor:

- Die Gesetzesänderung in Bezug auf den Aufwendungsersatz für den Ein- und Ausbau mangelhafter Kaufsachen ist gemäß den europarechtlichen Vorgaben auf „Business-to-Consumer“-Konstellationen zu beschränken und daher auch systematisch ausschließlich im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB) umzusetzen.
- Keine Ausdehnung der rein verbraucherschützenden Regelungen auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr („Business-to-Business“; ausgenommen § 478 BGB).
- Keine Abkehr von den Grundprinzipien der verschuldensabhängigen Haftung und der Relativität von Schuldverhältnissen.
- Keine Schwächung des Wirtschafts- und Produktionsstandorts Deutschland im Investitionsgüterbereich durch einseitige und pauschale Risikoallokation.
- Wiederherstellung der Vertragsautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr, insbesondere im Falle von standardisierten Geschäftsprozessen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen, da die entwickelten Anforderungen an Individualverträge in der Praxis kaum umsetzbar sind. Hierbei kann den Anforderungen an die unterschiedliche Schutzbedürftigkeit der beteiligten Akteure durch eine differenzierte Betrachtung in den AGB-rechtlichen Regelungen der §§ 305 ff. BGB anhand des Rechtsgedanken des § 267 a HGB (analog) Rechnung getragen werden. Hierfür werden folgende Änderungen und Ergänzungen im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgeschlagen:

In § 305 Abs. 1 BGB werden folgende Sätze 4 und 5 angefügt:

*„Werden Vertragsbedingungen gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet, stellen sie keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, soweit die andere Vertragspartei diesen oder dem Vertragswerk insgesamt aufgrund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung zustimmt; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes bedarf es nicht. Satz 4 gilt nicht, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kleinunternehmen (entsprechend § 267 a HGB) verwendet werden.“*

§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB wird wie folgt neu gefasst:

*„§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 findet in den Fällen des Satzes 1 mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen unangemessen sind, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben von guter unternehmerischer Praxis grob abweichen.“*

Entsprechende Vorschläge für eine Gesetzesänderung des § 305 Abs. 1 BGB sowie § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB nebst Begründung wurden von der sogenannten Frankfurter Initiative bereits im April 2015 veröffentlicht und sind abrufbar unter <http://www.AGB-Initiative.de>

\*\*\*\*\*

## Über den ZVEI

Der ZVEI - Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e. V. vertritt die gemeinsamen Interessen der Elektroindustrie und der zugehörigen Dienstleistungsunternehmen in Deutschland. Rund 1.600 Unternehmen haben sich für die Mitgliedschaft im ZVEI entschieden. Die Branche beschäftigt ca. 849.000 Arbeitnehmer in Deutschland und weitere rund 677.000 weltweit. Im Jahr 2015 betrug ihr Umsatz 178,5 Milliarden Euro. Etwa 40 Prozent davon entfallen auf neuartige Produkte und Systeme. Jährlich wendet die Branche 15,5 Milliarden Euro auf für F&E, 6,4 Milliarden Euro für Investitionen und zwei Milliarden Euro für Aus- und Weiterbildung. Jede dritte Neuerung im Verarbeitenden Gewerbe insgesamt erfährt ihren originären Anstoß aus der Elektroindustrie.



ZVEI - Zentralverband Elektrotechnik-  
und Elektronikindustrie e. V.  
Lyoner Straße 9  
60528 Frankfurt am Main

Hauptamtlicher Ansprechpartner:  
RA Jan Paul Marscholke, ZVEI  
Telefon +49 69 6302-310  
E-Mail: [marscholke@zvei.org](mailto:marscholke@zvei.org)  
[www.zvei.org](http://www.zvei.org)

Ehrenamtliche Ansprechpartnerin:  
Christin Moldenhauer (MBA), Siemens AG  
Vorsitzendes des ZVEI-Ausschuss Vertragsrecht

Juni 2016

Trotz größtmöglicher Sorgfalt übernimmt der ZVEI keine Haftung für den Inhalt. Alle Rechte, insbesondere die zur Speicherung, Vervielfältigung und Verbreitung sowie zur Übersetzung sind vorbehalten.

## **Stellungnahme zum**

### **Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (BT-Drucksache 18/8486)**

#### **Vorgelegt zur Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 22.06.2016**

Prof Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer\*

#### **Vorbemerkung**

1. Die nachstehende Stellungnahme beruht sowohl auf meiner wissenschaftlichen Befassung mit Fragen des Vertrags- und AGB-Rechts unter Einschluss des Bauvertragsrechts als auch auf meiner umfangreichen praktischen Befassung mit Bau- und Anlagenbau-Projekten in nationalen und internationalen Schiedsverfahren als Schiedsrichter und Gutachter. Außerdem habe ich in der Arbeitsgruppe zum Bauvertragsrecht im (seinerzeitigen) BMJ mitgewirkt.
2. Da mir die Einladung zu dieser Stellungnahme erst seit 16.06.2016 vorliegt, beschränke ich mich auf einige ausgewählte Aspekte des Gesetzentwurfs. In der mündlichen Anhörung kann ich auf Nachfrage auch zu weiteren Fragen des Gesetzentwurfs Stellung nehmen.

#### **Einführung eines erweiterten Lieferantenregresses**

3. Infolge der neueren Rechtsprechung des EuGH erstreckt sich die Haftung der Bauunternehmen und Bauhandwerker für eingebaute mangelhafte Gegenstände auch auf Ein- und Ausbaukosten, ohne dass angemessene Regressansprüche gegen Lieferanten bestehen. Insofern besteht für den Gesetzgeber Handlungsbedarf und eine Erweiterung der Regressansprüche gegenüber ihren Lieferanten erscheint grundsätzlich angemessen.
4. Soweit in der Diskussion über dieses Vorhaben allerdings behauptet wird, die jetzt vorgesehene Neuregelung führe lediglich zu einer Rückkehr zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 01.01.2002, ist dies irreführend. Zwar konnte der Werkunternehmer gegenüber seinem Lieferanten (Verkäufer) vor der Schuldrechtsreform in der Tat hinsichtlich der ihn, den Werkunternehmer, treffenden Ein- und Ausbaukosten im Rahmen kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche Rückgriff nehmen. Allerdings war dieser Anspruch praktisch weitgehend wertlos, weil er einer sechsmonatigen Verjährung unterlag (§

---

\* Dr. h.c. International Hellenic University.

477 a.F. BGB). Insofern soll jetzt erstmals ein nachhaltig bestehender Anspruch eingeführt werden.

5. Die Einführung eines erweiterten Lieferantenregresses in § 439 BGB-E muss der Interessenlage nach berücksichtigen, dass in den angesprochenen Fällen zwar ein Sachmangel des eingebauten Gegenstandes in Frage steht. Allerdings folgt aus dem Vorliegen eines Sachmangels noch nicht ohne weiteres, dass dieser die alleinige Ursache für das Entstehen der Ein- und Ausbaurkosten darstellt. Vielmehr kann den Bauhandwerker trotz des Sachmangels eine Mitverantwortung für diese Kosten treffen, etwa bei unsachgemäßem oder bestimmungswidrigem Einbau oder wenn er die mangelnde Eignung der Sache – insbesondere aufgrund seiner Sachkunde – hätte erkennen können. Soweit letzteres der Fall ist, ist es unangemessen, die Kosten des Ein- und Ausbaus ausschließlich dem Händler aufzuerlegen.
6. Der Entwurf erkennt diese Problematik und greift sie – neben weiteren einschränkenden Anspruchsvoraussetzungen (art- und zweckentsprechender Einbau durch den Käufer) – u.a. dadurch auf, dass § 442 BGB für anwendbar erklärt wird (§ 439 Abs. 3 S. 3 BGB-E), sofern der Käufer (Bauhandwerker) den Mangel zum Zeitpunkt des Einbaus kennt. Zwar ist es nicht frei von Zweifeln, ob die gewählte Lösung über § 442 BGB zu einem angemessenen Interessenausgleich führt; denn die Anwendung des § 442 BGB hat letztlich zu Folge, dass der Verkäufer auch bei fehlendem eigenem Verschulden die Ein- und Ausbaurkosten alleine tragen muss, selbst wenn dem Käufer infolge von (einfacher) Fahrlässigkeit der Mangel unbekannt geblieben ist und dieser durch den weiteren Einbau letztlich die finale Ursache für die Entstehung der Ein- und Ausbaurkosten gesetzt hat. Insofern erlegt der Entwurf dem Verkäufer die Ein- und Ausbaurkosten auch in Fällen auf, in denen ihn am Entstehen dieser Kosten kein Verschulden trifft, wohingegen dem Käufer ein Verschulden anzulasten ist. Nur bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Mangel verliert dieser in der Regel seine Rechte aus § 439 Abs. 3 BGB-E, sodass er die Ein- und Ausbaurkosten tragen muss.
7. Diese Maßgabe ist zwar nicht vollständig frei von Bedenken. Sie ist freilich auch vor dem Hintergrund zu bewerten, dass der Regressanspruch nach § 439 Abs. 3 BGB-E generell verschuldensunabhängig ausgestaltet ist und das Ziel verfolgt, eine Regressmöglichkeit zu schaffen, die möglichst bis zu dem für den Mangel der Kaufsache Verantwortlichen reicht. Insofern werden die geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Unbeachtlichkeit einer nicht von § 442 BGB erfassten einfachen Fahrlässigkeit des Käufers bei der Entdeckung des Mangels zumindest gemindert. Außerdem trifft den gewerblichen Käufer, wenn er zugleich Kaufmann ist, die Untersuchungsobliegenheit des § 377 HGB. Diese hat zur Folge, dass der kaufmännische Käufer seine Ansprüche auch dann verliert, wenn er den Mangel bei ordnungsgemäßer Untersuchung hätte erkennen können. Berücksichtigt man

neben § 442 BGB also auch § 377 HGB, scheint die gewählte Lösung insgesamt vertretbar.

### **Selbstvornahmerecht des Verkäufers**

8. Der Gesetzentwurf versucht ferner, eine gewisse Entlastung des Handels dadurch zu erreichen, dass er dem Verkäufer das Recht gibt, den Ein- und Ausbau selbst vorzunehmen. Das soll nur dann nicht gelten, wenn dem Ein- und Ausbau der Sache durch den Verkäufer ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegensteht. Diese Regelung erscheint vertretbar, wenn der Käufer die mangelhafte Sache in eine andere eigene Sache einbaut.
9. Zwar ist das damit verfolgte Regelungsziel auch in denjenigen Fällen verständlich, in denen der Käufer ein Bauhandwerker ist und die Sache in das Eigentum eines Kunden eingebaut hat. Dennoch bestehen hier durchgreifende Bedenken:
  - a. Es geht um Eingriffe in Eigentum des Kunden. Dem Kunden muss das Recht zustehen, ihm gegenüber vertragsfremden Dritten (dem Lieferanten des Bauhandwerkers) den Zugriff auf sein Eigentum zu verweigern. Außerdem muss in jedem Fall das Grundrecht des Kunden auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG gewahrt bleiben. Aus dem Entwurf wird nicht hinreichend deutlich, auf welche Weise diese Maßgaben im Verhältnis zwischen dem Bauhandwerker und seinem Lieferanten (Käufer und Verkäufer) zum Tragen kommen sollen.
  - b. Am nächsten liegt die Annahme, dass dem Verkäufer ein Selbsteinbau der mangelfreien Ersatzsache im Sinne von § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB subjektiv unmöglich ist, wenn der Kunde des Käufers eine Durchführung durch den Verkäufer ablehnt. Um seinen Anspruch aus § 439 Abs. 3 BGB-E noch durchsetzen zu können, müsste der Käufer dem Verkäufer in diesen Fällen an sich eine Frist nach § 439 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BGB-E setzen, um anschließend seinerseits den Ein- und Ausbau vorzunehmen und hierfür Aufwendungsersatz vom Verkäufer zu verlangen (nach § 439 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BGB-E). Eine Fristsetzung dürfte zwar dann entbehrlich sein, wenn der Kunde des Käufers die Selbstvornahme durch den Verkäufer ernsthaft und endgültig ablehnt. Doch zeigen die vorstehenden Überlegungen an, dass mit dem Selbstvornahmerecht des Verkäufers eine in hohem Maße streitanfällige Lösung geschaffen würde.
  - c. Falls es zu einer Selbstvornahme durch den Verkäufer kommt, stellt sich alsdann die Frage, in welchem Verhältnis dieser zum Kunden des Käufers steht und welche Rechte sich für den Kunden daraus ergeben. Es dürfte sich

nämlich verbieten, den Verkäufer im Verhältnis zum Kunden als Erfüllungsgehilfen des Käufers (Bauhandwerkers) im Sinne von § 278 BGB anzusehen. Eine solche Einordnung würde voraussetzen, dass der Bauhandwerker willentlich den Verkäufer beim Ein- und Ausbau einschaltet, was im Hinblick auf das vorgesehene Verkäuferwahlrecht typischerweise nicht der Fall sein wird. Geht man hiervon aus, so liegt im Verhältnis zwischen Verkäufer und Kunden ein vertragsloses Tätigwerden vor, das dem Kunden schon aus haftungsrechtlichen Gründen schlicht unzumutbar ist. Eine gesetzliche Anordnung, dass der Verkäufer als Erfüllungsgehilfe des Bauhandwerkers tätig wird, dürfte sich ebenfalls verbieten, weil dies wiederum dem Bauhandwerker unzumutbare Haftungsrisiken auferlegen würde.

- d. Schließlich führt die vorgeschlagene Regelung dann zu erheblichen Schwierigkeiten, wenn die ursprüngliche Werkleistung des Bauhandwerkers nicht vollständig, sondern nur teilweise mangelhaft war und nun in Teilen durch nachträgliche Ein- und Ausbauhandlungen des Verkäufers überlagert wird. Zeigt sich dann erneut ein Mangel, wird für den Kunden vielfach nicht erkennbar sein, an wen er sich halten kann und muss. Auch insofern ist das Selbstvornahmerecht in hohem Maße streitanfällig und führt für den Endkunden zu einer nicht zumutbaren Rechtsunsicherheit.

#### **AGB-Festigkeit des § 439 Abs. 3 BGB-E**

10. Die Stellungnahme des Bundesrats wirft die Frage auf, ob das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auch auf den Unternehmensverkehr erstreckt werden soll. Das ist zunächst vor dem Hintergrund zu würdigen, dass die intensive AGB-Kontrolle, die das deutsche Recht im Unternehmensverkehr vorsieht, im internationalen Vergleich als Sonderweg einzuordnen ist. Deshalb wird in der rechtspolitischen Diskussion vielfach (etwa durch den Deutschen Juristentag oder durch ein durch das (seinerzeitige) BMJ in Auftrag gegebenes Gutachten) mit guten Gründen eine gesetzgeberische Einschränkung dieser weitgehenden AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr gefordert. Hier ist nicht dieser Ort, diese Kontroverse aufzugreifen. Doch muss vor dem Hintergrund der angesprochenen Diskussion angemerkt werden, dass die Forderung nach der uneingeschränkten Erstreckung des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auf den Unternehmensverkehr schon grundsätzlich eher skeptisch zu beurteilen ist.
11. In der Sache ist für eine unmittelbare Anwendung des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E im Unternehmensverkehr kein durchgreifendes Bedürfnis erkennbar. Nach einer gefestigten Rechtsprechung ziehen die Gerichte auch im Unternehmensverkehr § 309 Nr. 8 b) cc) BGB mit der Folge heran, dass auch dort ein Ausschluss der



Verpflichtung zum Aufwendungsersatz grundsätzlich nicht akzeptabel ist (BGH, 25.10.1995 - VIII ZR 258/94, NJW 1996, 389; BGH, 09.04.1981, VII ZR 194/80, NJW 1981, 1510).

12. Allerdings kann man dieser Rechtsprechung entnehmen, dass in Einzelfällen eine abweichende Beurteilung nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Für eine derartige abweichende Beurteilung in einzelnen Fällen besteht auch ein Bedürfnis. Dabei muss zunächst bedacht werden, dass § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E auch Konstellationen erfasst, in denen es um den Einkauf großer Bauunternehmen geht und eine AGB-rechtliche Schutzwürdigkeit des Käufers nicht oder allenfalls in geringerem Maße ersichtlich ist. Zudem kommen als typische Abweichungsform Pauschalierungsabreden vor, für die in einer nicht geringen Zahl von Fällen ein erhebliches praktisches Bedürfnis besteht. Diesen wäre vielfach der Boden entzogen oder sie wären unangemessen erschwert, wenn § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E auf den Unternehmensverkehr erstreckt würde.
13. Zudem hat die mangelnde unmittelbare Erstreckung von § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auf Unternehmensverträge – wie die veröffentlichte Entscheidungspraxis erweist – weder zu besonderer Rechtsunsicherheit noch zu sonstigen Unzuträglichkeiten geführt.

### **Anordnungsrecht des Bauherrn und Vergütung**

14. Die Schaffung eines Anordnungsrechts des Bauherrn in § 650b BGB-E ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings bestehen gegen das gewählte Modell insofern Bedenken, als die verfahrensrechtliche Unterlegung (Einigung oder einstweilige Verfügung) unzureichend und im Hinblick auf die in § 650b Abs. 3 BGB-E vorgesehene Obliegenheit, einen Sachverständigen einzuschalten, nicht hinreichend praktikabel erscheint. Der Gesetzgeber sollte das Anordnungsrecht mit einem hierauf ausgerichteten Rechtsschutzangebot verbinden, das etwa ein Wahlrecht zwischen einem gerichtlichen und einem außergerichtlichen Verfahren einräumen könnte.
15. Die in Bezug auf Abschlagszahlungen vorgesehene 80%-Regel (§ 650c Abs. 3 BGB-E) nimmt zwar das berechtigte Anliegen auf, dass schon die Abschlagszahlungen einen etwaigen Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung berücksichtigen sollten. Allerdings ist die vorgeschlagene Lösung insofern bedenklich, als sie einen Anreiz zur Liquiditätsbeschaffung durch überhöhte Nachtragsforderungen des Unternehmers setzt. Demgegenüber wäre eine Lösung vorzugswürdig, nach der ein neutraler Dritter mit verbindlicher Wirkung einen angemessenen Betrag schätzt. Hilfsweise kann man auch an die Schaffung eines Gegenanreizes denken, etwa indem der Anspruch auf Abschlagszahlungen

begrenzt wird, wenn die zunächst verlangte Mehrvergütung nicht nur unberechtigt, sondern missbräuchlich ist.

### **AGB-rechtliche Privilegierung von VOB/B-Regeln**

16. Angesichts der Verkehrsgeltung und breiten Akzeptanz der VOB/B erscheint die Privilegierung des dort vorgesehenen Anordnungs- und Vergütungsmodells (§ 650c Abs. 4 BGB-E) AGB-rechtlich akzeptabel. Soweit man verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Technik einer dynamischen Verweisung auf die VOB/B hegen sollte, empfiehlt es sich, § 650c Abs. 4 BGB-E die Gestalt einer abstrakt-generell gefasste AGB-rechtliche Erlaubnisnorm zu geben. Diese könnte beispielsweise vorsehen, dass § 307 BGB anderen Vergütungsmodellen nicht entgegensteht, wenn die in Frage stehenden Klauseln unter angemessener Beteiligung von Vertretern von Bestellern und Unternehmern ausgehandelt wurden, über eine anerkannte Verkehrsgeltung verfügen und ohne Änderung in den Vertrag einbezogen wurden.

Heidelberg, 18.06.2016

-----

## Stellungnahme

---

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

## - Die Reform des Bauvertragsrechts -

Berlin, Juni 2016

# Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts

## Allgemeine Anmerkungen

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung enthält zwei Schwerpunkte: Zum einen soll durch eine Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung das Risiko für die Kostentragung bei Aus- und Einbaukosten zugunsten derjenigen Betriebe geändert werden, die mangelhafte Sachen im Rahmen der Vertragserfüllung einbauen. Den zweiten Schwerpunkt bilden neue Regelungen für das Bauvertragsrecht.

Die beiden Regelungsbereiche stehen in keinem inneren Zusammenhang, weshalb es aus Sicht des Handwerks nicht zwingend ist, diese in einem Gesetzentwurf zu behandeln.

Die nachfolgende Stellungnahme bezieht sich ausschließlich auf die Bewertung der bauvertraglichen Regelungen.

Die Vorarbeiten hierzu wurden in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz geleistet. Die gefundenen Ergebnisse sind im Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 festgehalten. Der Zentralverband des Deutschen Handwerks hat den Abschlussbericht nicht mitgetragen.

Die Umsetzung des Abschlussberichts in einen konkreten Gesetzentwurf räumt unsere grundsätzlichen Bedenken nicht vollständig aus. Allerdings ist zu konstatieren, dass es in einigen zentralen Punkten Verbesserungen gegeben hat. Die Fülle neuer Regelungen und unbestimmter Rechtsbegriffe lässt allerdings vermuten, dass die Streitigkeiten rund um den Bau nicht abnehmen werden.

Auch bleiben die Regelungen teils hinter dem zurück, worauf sich die Arbeitsgruppe im BMJV verständigt hat, so etwa bezüglich eines schnel-

len Streitbeilegungsverfahrens. Positiv ist, dass die noch im Referentenentwurf auch außerhalb des Verbraucherbauvertragsrechts vorgesehene Beschränkung des Sicherungsanspruchs auf 20 Prozent der vereinbarten Vergütung im Falle vereinbarter oder geleisteter Abschlagszahlungen gestrichen worden ist.

## Zu den Bestimmungen im Einzelnen

### § 632a BGB-E (Abschlagszahlungen)

Die bestehende Vorschrift des § 632a BGB wird laut Gesetzesbegründung wie folgt modifiziert: Dem Unternehmer soll eine unkomplizierte Berechnung der Höhe des Abschlags und dem Besteller eine einfachere Überprüfung der Berechnung ermöglicht werden. Grundlage der Berechnung der Abschläge soll künftig der Wert der vom Unternehmer erbrachten Leistungen sein. Absatz 1 Satz 1 legt daher als Bezugsgröße für die Berechnung die vom Unternehmer erbrachte und nach dem Vertrag geschuldete Leistung fest. Mit der Änderung wird ein weitgehender Gleichlauf der Vorschrift des BGB mit der Regelung in der VOB/B hergestellt. Das ist zu begrüßen.

Problematisch an der Regelung ist, dass es dem Besteller möglich ist, die Abschlagszahlung "auf Zuruf" zu verweigern oder zumindest einen erheblichen Teil der vereinbarten Abschlagszahlung unter Verweis auf § 641 Abs. 3 BGB einzubehalten. Da den Unternehmer die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung trifft, befindet sich der Besteller in einer ungerechtfertigt starken Position. Um seinen Anspruch auf die Abschlagszahlung zu realisieren, müsste der Unternehmer im Zweifel den Klageweg beschreiten.

Das schränkt ihn über die einbehaltene Abschlagszahlung hinaus in seiner Liquidität ein.

Vor diesem Hintergrund ist es aus unserer Sicht unerlässlich, die Belastung für die Vertragsparteien gerechter zu verteilen.

Ein denkbarer Weg wäre, den Rechtsgedanken des § 650f BGB-E in die Vorschrift des § 632a BGB-E miteinzubeziehen. Dieser Vorschlag soll verhindern, dass der Besteller ohne weiteren substantiierten Vortrag die Abschlagszahlung verweigern oder reduzieren kann. Er soll zumindest dazu verpflichtet sein, gemeinsam mit dem Unternehmer eine Zustandsfeststellung durchzuführen.

#### **§ 648a BGB-E (Kündigung aus wichtigem Grund)**

Der Vorschlag zu einem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für sämtliche Werkverträge ist zu begrüßen. Nicht nur bei auf längere Zeit angelegten Bauverträgen sollen die Vertragsparteien die Möglichkeit haben, den Vertrag durch Kündigung zu beenden.

Allerdings ist aus unserer Sicht die in § 648a Abs. 5 BGB-E vorgesehene Vergütungsregelung für die Fälle äußerst bedenklich, in denen der Besteller den wichtigen Grund zur Kündigung zu vertreten hat und sich der Unternehmer genötigt sieht, den Werkvertrag zu kündigen. Nicht nachvollziehbar ist, warum der Unternehmer in diesen Fällen nur die Vergütung erhalten soll, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil entfällt. Sachgerechter wäre eine Vergütung des Unternehmers, die sich an § 649 BGB orientiert.

#### **§ 650a BGB-E (Bauvertrag)**

Die §§ 650a bis 650g BGB-E stellen im Gesetzentwurf die neuen Regelungen zum Bauvertragsrecht dar. In § 650a wird der Begriff "Bau-

vertrag" legal definiert. Der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift ist weit gefasst. Daher ist davon auszugehen, dass die Bau- und Ausbauhandwerke in ihrer überwiegenden Zahl betroffen sind. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen wird es zukünftig auf eine präzisere – und für die Praxis schwierige – Abgrenzung zwischen Bauverträgen und Werklieferverträgen (§ 651 BGB = § 650 BGB-E) ankommen. Beispiele aus der bisherigen Rechtsprechung sind Herstellen und Liefern von Türen oder die Herstellung und Lieferung einer Einbauküche (vgl. Palandt, § 651 Rz 5).

Inhaltlich soll die Definition des Bauvertrages grundsätzlich das zusammenfassen, was durch Rechtsprechung und Literatur in den vergangenen Jahrzehnten entwickelt wurde.

Die konkrete Umsetzung in § 650a Abs. 2 BGB-E ist jedoch problematisch. Danach soll ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ein Bauvertrag sein, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Durch § 650a Absatz 2 BGB-E wird nach der Gesetzesbegründung geregelt, wann ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks als Bauvertrag im Sinne des neuen Kapitels 2 „Bauvertragsrecht“ anzusehen ist.

Demnach kann nur unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen davon ausgegangen werden, dass es sich nach Vertragsdauer und -umfang um einen auf längerfristige Zusammenarbeit angelegten Vertrag handelt, bei dem die Anwendung der speziellen bauvertragsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt ist. Als Beispiele werden Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen genannt.

Dies ist enger gefasst als die sonst in Rechtsprechung und Schrifttum verwendete Definition des Begriffs "Instandhaltungsarbeiten" (s. etwa KG, Urteil vom 23. April 2010 – 6 U 30/09). Instandhaltungsarbeiten sollen danach regelmäßig in etwa gleichem Umfang wiederkehrende bauliche Maßnahmen sein, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs oder der baulichen Substanz vorgenommen werden, um die durch Abnutzung, Alterung oder Witterung entstandenen baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen.

Grundsätzlich ist eine enge Fassung des Begriffs der Instandhaltung, wie sie auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, zuzustimmen. Gleichwohl kommt diese enge Ausgestaltung im Gesetzestext nicht in der erforderlichen Weise klar konturiert. Die Grenzlinien zwischen „Instandhaltung“ und „Instandsetzung“ (s. zur Differenzierung Palandt, 73. Auflage, § 535 Rz 38) werden verwischt. Unter dem weiten Begriff der Instandhaltung werden häufig auch reine Inspektionsleistungen gefasst, weshalb die Instandsetzung daher eher auch substanzeingreifend definiert wird. Dies eignet sich unseres Erachtens durchaus als Ansatzpunkt, eine eingrenzende Definition vorzunehmen. Für die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks wäre es eine – obwohl vom Gesetzgeber nicht intendierte – Belastung, wenn durch eine weite Auslegung der Rechtsprechung etwa die Wartung der Heizanlage, das Fegen des Kamins oder die Wartung der elektrischen Gebäudetechnik mit jedem Filterwechsel dem Bauvertragsrecht unterfielen.

Wir plädieren daher nachdrücklich dafür, in § 650a Abs. 2 BGB-E den Begriff "Instandhaltung" durch den Begriff "Instandsetzung" zu ersetzen. Dieser ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der HOAI bekannt und durch seinen klaren Bezug zur Substanzerhaltung präziser.

### **§ 650b BGB-E (Anordnungsrecht des Bestellers) und § 650c BGB-E (Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b)**

Erstmals wird im Zusammenhang des Werkvertragsrechts das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b BGB-E gesetzlich normiert. Bislang ist das Anordnungsrecht des Bestellers lediglich aus dem Kontext von VOB/B-Verträgen bekannt. Voranzustellen ist, dass das Anordnungsrecht einen schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit des Unternehmers darstellt. Es fügt sich nur schwer in die Systematik des Schuldrechts ein, das in der Regel von einer auf dem Verhandlungsweg erzielten Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Vertragspartnern ausgeht. Zwar ist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht dem BGB nicht gänzlich fremd (§§ 315 ff. BGB). Dass aber eine Partei per Gesetz über das vertraglich Vereinbarte hinaus die Leitungspflichten des anderen ändern oder erweitern kann, ohne noch einmal in die Vertragsverhandlungen einsteigen zu müssen, ist neu.

In ihrer Stellungnahme zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht haben Handwerk und Bauwirtschaft sehr deutlich gemacht, dass es bei dem Anordnungsrecht des Bestellers auf den Dreiklang Anordnungsrecht - Vergütungsanpassung - Streitbeilegungsmechanismus ankommt. Diesem Anspruch wird der Gesetzentwurf insofern nicht gerecht, als nur Regelungen über das Anordnungsrecht des Bestellers sowie in § 650c BGB-E eine Vorschrift zur Vergütungsanpassung vorgesehen sind. Er bleibt damit hinter den Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages und der Arbeitsgruppe Bauvertrag selbst zurück.

Der Regierungsentwurf trägt den Bedenken des Handwerks allerdings in einigen Punkten Rechnung.

Zunächst bezieht sich das Anordnungsrecht nicht mehr auf die Art der Ausführung der Bauleistung und auf die Bauzeit. Das ist zu begrüßen. In der Gesetzesbegründung sollte aber klargestellt werden, dass Anordnungen nach § 650b keine Anordnungen zur Bauzeit und zur Art der Ausführung umfassen. Außerdem sind dem einseitigen Anordnungsrecht nunmehr mehrere Hürden vorgeschaltet: Zunächst geht der Gesetzentwurf im Gegensatz zu den Vorentwürfen davon aus, dass die Vertragsparteien ein Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben. Dies entspricht dem Charakter des Bauvertrags und prägt auch das gesetzliche Leitbild des Anordnungsrechts in diesem Sinne. Insofern ist es konsequent, vom Unternehmer ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu fordern. Insgesamt orientiert sich § 650b Abs. 1 BGB-E gegenüber den Vorentwürfen deutlich mehr am Gedanken einer vertraglichen Vereinbarung, bevor ein einseitiges Anordnungsrecht überhaupt zum Tragen kommt.

Zudem ist der Unternehmer im Falle des § 650b Abs. 1 Nr. 1 nur verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu erstellen, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Diese Möglichkeit der Einredeerhebung für den Unternehmer ist notwendig, um auf ein derart scharfes Instrument wie das einseitige Anordnungsrecht reagieren zu können.

Essentiell wäre es allerdings, die Einrede auch für den Fall des § 650b Abs. 1 Nr. 2 vorzusehen. Denn selbst wenn sich ein einseitiges Anordnungsrecht auf eine Änderung bezieht, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist, so gibt es Konstellationen, in denen der Unternehmer sie nicht in jedem Fall erfüllen kann. So kann z.B. ein Dachdecker, der während seiner Arbeiten Schwamm im Mauerwerk entdeckt, einem einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers aufgrund fehlender fachlicher

Eignung nicht zwingend nachkommen. Selbst wenn er berechtigt und fähig wäre, kann es aber sein, dass sein Personal oder seine Gerätschaften auf einer anderen Baustelle verplant sind.

Die Durchsetzung des Anordnungsrechts im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes wird zudem begrüßenswerter Weise von dem Versuch einer einvernehmlichen Streitbeilegung unter Hinzuziehung eines Sachverständigen abhängig gemacht. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, muss bei der Beantragung einer einstweiligen Verfügung der Verfügungsgrund nachgewiesen werden. Das ist für den Auftraggeber mit einem erheblichen Mehr an Aufwand und Zeit verbunden.

Der Regierungsentwurf sieht in § 650 c Abs. 4 BGB-E zudem vor, dass von den Regelungen in den Absätzen 1 bis 3 auch dann durch Vertragsklauseln abgewichen werden kann, wenn nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen sind. Diese Regelung setzt rechtspolitisch das falsche Signal. § 310 Absatz 1 Satz 3 wurde – nicht zuletzt im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH (s. etwa Urteil vom 14. April 2004, VII ZR 129/02) - mit gutem Grund in das BGB aufgenommen. Nur derjenige sollte ohne das Risiko einer AGB-Inhaltskontrolle ausschließen können, wer die VOB/B insgesamt und ohne Abweichungen vereinbart. Darin liegt gerade für die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks eine nicht zu unterschätzende Schutzfunktion. Mit § 650c Abs. 4 BGB-E wird dieser gesetzgeberische Ansatz konterkariert und die Schutzfunktion des § 310 Absatz 1 Satz 3 BGB geschwächt. Die Regelung muss aus dem Entwurf deshalb wieder gestrichen werden.

Entgegen den Überlegungen in der Arbeitsgruppe Bauvertrag im BMJV enthält der Gesetzesentwurf schlussendlich immer noch keinen effizienten und schnellen Streitbeilegungsmechanismus für Fragen der Nachtragsvergütung. Als Begründung wird angegeben, es sei zweifelhaft, ob die Einführung eines Bauverfügungsverfahrens zwingend erforderlich sei. Verwiesen wird auf eine Umfrage unter den Mitgliedern der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zum bereits bestehenden Anordnungsrecht nach § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B zu Art und Umfang von Streitigkeiten. Die Abfrage habe zu dem Ergebnis geführt, dass in der Regel trotz teils erheblicher Differenzen über Anordnungen nach § 1 Absätze 3 und 4 VOB/B während der laufenden Bauarbeiten kein gerichtlicher Rechtschutz in Anspruch genommen werde. Der Streit der Parteien werde erst im Zusammenhang mit der Schlussabrechnung ausgetragen. Es komme demnach bei VOB/B-Verträgen in der Regel nicht zu erheblichen Verzögerungen und Unterbrechungen der Bauarbeiten wegen Streitigkeiten über Anordnungen des Bestellers.

Es ist anzuzweifeln, dass diese Überlegungen auf ein allgemeines Anordnungsrecht im Kontext der neuen bauvertraglichen Regelungen übertragbar sind. Entgegen der bisherigen Praxis von VOB/B-Bauverträgen, an denen überwiegend die öffentliche Hand sowie institutionelle Bauherren beteiligt sind, sollen die neuen Vorschriften für sämtliche am Bau beteiligten Parteien bis hin zum privaten Verbraucher gelten.

Schon alleine aus diesem Grund sollte für das Anordnungsrecht die Schrift- oder Textform zwingend vorgeschrieben werden.

Insgesamt ist es aus Sicht des Handwerks nicht sachgerecht, Erfahrungen aus dem Bereich VOB/B auf die Situation des künftigen gesetzlichen Bauvertragsrechts zu übertragen. Wir sehen nach wie vor die Notwendigkeit für einen

wirksamen Streitbeilegungsmechanismus. Die Einschaltung eines Sachverständigen ist ein Schritt in die richtige Richtung, kann aber nur als Zwischenlösung angesehen werden.

Darüber hinaus ist es aus unserer Sicht nicht sinnvoll, bei der Einbeziehung Dritter nur allgemein von "Sachverständigen" zu sprechen. Hier sollte entsprechend der Regelung des § 404 Abs. 2 ZPO bevorzugt die Beiziehung eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vorgesehen werden. Die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bieten Gewähr für eine neutrale, fachlich fundierte und objektive Begleitung der Parteien des Bauvertrags.

Um unnötige Gerichtsverfahren zu vermeiden, sollte schließlich auch eine Regelung vorgesehen werden, nach der der Anspruch aus § 650c BGB-E automatisch in eine Entscheidung nach § 650b Abs. 3 BGB-E einfließt. Mindestens ist ein Satz einzufügen: "Die einstweilige Verfügung hat einen Ausspruch über das Bestehen des Vergütungsanspruchs und die Höhe der Vergütungsanpassung nach § 650c BGB-E zu enthalten."

Bezüglich der Preisanpassung enthält der Regierungsentwurf gegenüber dem Referententwurf eine entscheidende Verbesserung: Durch den neu eingefügten § 650c Abs. 3 erhält der Unternehmer die Möglichkeit, pauschal 80 Prozent der von ihm veranschlagten Nachtragskosten in Form von Abschlagszahlungen zu vereinbaren bzw. – was in der Praxis eher der Fall sein dürfte – nach § 632a BGB zu fordern.

Positiv ist auch die neu in den Regierungsentwurf aufgenommene Regelung, wonach beim einstweiligen Rechtsschutz wegen der Vergütungsanpassung nur dann auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs verzichtet werden kann, wenn vorher unter Beiziehung eines



Sachverständigen versucht wurde, den Streit beizulegen. Dies wird den Parteien den Weg zu einer einvernehmlichen Lösung erleichtern.

Im Zusammenhang mit der Beiziehung eines Sachverständigen ist wie in § 650b BGB-E im Rahmen von Streitigkeiten um die Nachtragsvergütung darauf abzustellen, dass die Vertragsparteien in erster Linie öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige einbinden.

#### **§ 650f BGB-E (Zustandsfeststellung nach Verweigerung der Abnahme; Gefahrtragung)**

Durch die Regelung über die Zustandsfeststellung wird die Position des Unternehmers gestärkt.

Positiv ist auch die Vermutung in Abs. 3 Satz 1. Diese trägt dem Umstand Rechnung, dass der Besteller das erstellte Werk bereits und offensichtlich ohne nennenswerte Einschränkungen nutzt, aber nach wie vor Mängel geltend macht und eine Abnahme verzögert.

Gegenüber dem Referentenentwurf wurde eine Bestimmung aufgenommen, wonach der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen kann, wenn der Besteller einem vereinbarten Termin fernbleibt. Dies entspricht einer Forderung des Handwerks. Auf die Frage der Kostentragung geht jedoch nur die Gesetzesbegründung ein. Danach wird davon ausgegangen, dass jede Vertragspartei die bei ihr anfallenden Kosten für die Zustandsfeststellung selbst trägt, weil das Verfahren im Interesse beider Vertragspartner liege. Diese Regelung sollte sich der Klarheit halber ausdrücklich im Gesetzestext widerspiegeln.

#### **§ 650g BGB-E (Schriftform der Kündigung)**

Die Vorschrift über die Schriftform der Kündigung ist schon allein aus Beweisgründen sinnvoll.

Allerdings ist nicht nachvollziehbar, dass ein schwerwiegender Eingriff in die Vertragsautonomie wie das einseitige Anordnungsrecht ohne ein Schriftformerfordernis auskommen soll. Gerade in diesem Zusammenhang sollten die Besteller auch im Sinne einer Warnfunktion im Hinblick etwa auf Kostentragungspflichten dazu verpflichtet werden, dem Unternehmer eine Anordnung nach 650b BGB-E schriftlich zu übermitteln.

#### **§ 650h bis § 650m BGB-E (Verbraucherbauvertrag)**

Im Zusammenhang mit den neu geschaffenen Regelungen über das Bauvertragsrecht soll in das Gesetz auch ein eigenständiges Verbraucherbauvertragsrecht eingefügt werden. Die damit verbundenen Regelungen über die Baubeschreibungspflicht, den Inhalt des Vertrags oder zur Höhe und Absicherung von Abschlagszahlungen verschieben das Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragsparteien deutlich zulasten des Unternehmers.

Die Fülle an neuen unbestimmten Rechtsbegriffen legt die Befürchtung nahe, dass es in Zukunft nicht weniger, sondern erheblich mehr juristische Auseinandersetzungen geben wird.

Umso wichtiger ist es, dass eine Musterwiderufsbelehrung in die Anlage des Gesetzentwurfs aufgenommen worden ist.

Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wichtig, das Erlöschen des Widerrufsrechts mit der ersten Abschlagszahlung, wie es noch im Referentenentwurf vorgesehen war, aufleben zu lassen.

Bei den neuen Vorschriften kann darüber hinaus nicht klar abgegrenzt werden, wann es sich noch um eine vom Unternehmer zu erfüllende Baubeschreibungspflicht handelt oder bereits um eine eigenständige werk- bzw. bauvertragliche Leistung, die gesondert zu vergüten ist. Dies ist für die handwerklichen Unternehmen bereits unter dem geltenden Werkvertragsrecht ein erhebliches Problem und wird sich unter den Vorzeichen eines verbraucherorientierten Bauvertragsrechts verschärfen.

Die Betriebe werden durch die Baubeschreibungspflicht auch insofern vor kaum lösbare Probleme gestellt, weil es keine Anhaltspunkte dafür gibt, wie diese rechtssicher zu erfüllen ist. Den Bereich der zukünftigen Rechtsprechung zur näheren Ausgestaltung zu überlassen, stellt eine erhebliche Belastung der Betriebe mit dem entsprechenden Kosten- und Prozessrisiko dar. Zwar macht der Gesetzgeber in Art. 249 EGBGB Vorgaben zur Leistungsbeschreibungspflicht. Allerdings sind diese so wenig konkret ausgestaltet, dass sich ein für die Praxis umsetzbares Leitbild kaum ableiten lässt. Wir plädieren nachhaltig für die Erarbeitung privilegierter Muster durch das BMJV in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen.

### **§ 650s BGB-E (Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer)**

Bei der vorgeschlagenen Regelung zur gesamtschuldnerischen Haftung ist zu kritisieren, dass es an einer verlässlichen Grundlage für die Behauptung, der Besteller wende sich voreilig an den Planer, fehlt. Es wird nur allgemein von einer überproportionalen Belastung von Ingenieuren/Architekten gesprochen. Belegt ist das nicht und nach den Erfahrungen der Bauwirtschaft auch nicht zutreffend. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage der praktischen Relevanz der Norm.

### **Fazit**

Wegen der unterschiedlichen Rechtsmaterien halten wir eine Trennung des Gesetzentwurfs in Bauvertragsrecht auf der einen und kaufrechtliche Mängelgewährleistung auf der anderen Seite weiterhin für sinnvoll.

Trotz der Verbesserungen im Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf sind viele grundlegende Fragen des Bauvertragsrechts noch nicht geklärt. Vor diesem Hintergrund wäre es aus unserer Sicht vorzugswürdig, zunächst den Koalitionsvertrag umzusetzen und lediglich das Verbraucherbauvertragsrecht zu verabschieden.

Auf jeden Fall aber sind die von uns vorgeschlagenen Änderungen am Gesetzentwurf für das Handwerk essentiell, um eine einseitige Belastung der kleinen und mittleren Unternehmen der Baubranche zu vermeiden.

## Stellungnahme

---

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

## - Die Reform des Mängelgewährleistungsrechts -

Berlin, Juni 2016

# Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

## Vorbemerkung

Die Große Koalition hat bereits zu Beginn der Legislatur erkannt, dass das Gewährleistungsrecht in seiner gegenwärtigen Fassung zu ungerichteten Haftungsfolgen führt und Änderungen dringend geboten sind. Im Koalitionsvertrag heißt es:

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

Mit ihrem Gesetzentwurf nimmt die Bundesregierung die Umsetzung des Koalitionsprojekts in Angriff. Durch gezielte Gesetzesänderungen und Ergänzungen des Gewährleistungsrechts soll laut Gesetzesbegründung die Rechtssituation für Werkunternehmer verbessert werden.

Für das Handwerk und den gesamten verarbeitenden Mittelstand gehört das Koalitionsprojekt zu den wichtigsten rechtspolitischen Vorhaben dieser Legislatur. Alltägliche Gewährleistungsfälle können Handwerker und andere KMU wegen der Rechtslage zu den sog. "Aus- und Einbaukosten" teuer zu stehen kommen. Denn sie und nicht die Verantwortlichen tragen die Folgekosten für Materialfehler. Nicht selten nimmt die Haftung des Handwerkers für Materialfehler ein Ausmaß an, das kleine Betriebe in die Insolvenz führt und damit für Unternehmer und Angestellte existenzbedrohend ist.

Hierbei handelt es sich keineswegs um ein theoretisches Schreckensszenario oder gar um überzogene Einzelfälle. Die Betroffenheit der Praxis ist groß und Beispielfälle gibt es genug. So hat laut aktueller Konjunkturumfrage ein Be-

trieb im Elektrohandwerk im Jahr 2015 durchschnittlich 21 Mangelgewährleistungsfälle zu verzeichnen. Davon gehen 16,2 der Fälle auf Herstellerfehler zurück. Dies sind mehr als 3/4 (77 %). Obwohl der Hersteller unstreitig verantwortlich ist, blieben Betriebe im Durchschnitt auf Kosten in Höhe von ca. 4.689 EUR sitzen. Allein auf die Branche des Elektrohandwerks gerechnet kumulieren sich diese Kosten auf einen Betrag in Höhe von 260,6 Mio EUR.

Zudem lassen sich zahlreiche Fälle nicht einvernehmlich zwischen Handwerk, Handel und Hersteller klären. Neben den bekannten Entscheidungen des BGH zu Bodenfliesen, Parkettstäbchen und Fensterrahmen müssen sich immer wieder Instanzgerichte mit derart gelagerten Sachverhalten befassen (Beispiele: LG Deggen-dorf, Urteil vom 3. April 2007, AZ: 3 O 370/06; OLG Celle, Urteil vom 11. November 2010, AZ: 11 U 133/10; OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Juni 2011, AZ: 4 U 34/11; LG Marburg, Urteil vom 14. Juni 2011, AZ: 2 O 48/10; LG Waldshut-Tiengen, Urteil vom 7. September 2012, AZ: 3 O 11/10; LG Potsdam, Urteil vom 21. Mai 2014, AZ: 3 O 86/13).

Eine solche Situation ist weder ordnungspolitisch noch wirtschaftlich tragbar. Gegner der Reform behaupten unzutreffend, Handwerker seien gegen diese Schäden versichert oder könnten sich auf die Kulanz ihrer Lieferanten verlassen. Einen Beweis ihrer Behauptung bleiben die Wortführer allerdings schuldig. Die tägliche Rechtsberatung der Handwerksorganisationen, die Umfragen und Erfahrung der Praxis zeigen dagegen sehr deutlich ein anderes Bild. Der Gesetzgeber ist deshalb gut beraten, sich nicht durch derart unseriöse Behauptungen beirren zu lassen. Die Praxis kann nicht länger zuwarten, sondern benötigt dringend eine gesetzliche Abhilfe. Der

Gesetzentwurf markiert hierfür einen wichtigen Schritt und verfolgt die richtigen Ansätze für eine Lösung der unfairen Haftungssituation.

Die Vereinbarung des Koalitionsvertrags zielt darauf ab, denjenigen die Kosten für Materialfehler tragen zu lassen, der die Mängel zu verantworten hat. Ein solches verantwortungsgerechtes Gewährleistungsrecht kann in der Praxis aber nur dann verwirklicht werden, wenn die richtigen Ansätze und Maßnahmen des Gesetzentwurfs konsequent zu Ende geführt werden. So genügt es nicht, den Anwendungsbereich auf Fälle zu beschränken, in denen Material in eine andere Sache eingebaut wird. So wie noch im Referentenentwurf vorgesehen muss die Reform auch Situationen erfassen, in denen Material auf andere Weise verarbeitet wird. Anderenfalls bleiben die oben genannten Fälle im Maler- und Lackiererhandwerk (Anstrich = Verarbeitung) von der Reform unberührt und die unfaire Haftungslage uneingeschränkt bestehen. Das gleiche gilt für den gesamten materialverarbeitenden und veredelnden Mittelstand aus Handwerk und Industrie. Die Reform wäre damit auf einen geringfügigen Bereich reduziert und der Praxis damit freilich nicht geholfen.

Es ist zudem zu kurz gegriffen, Handwerkern und anderen KMU einen Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten einzuräumen, wenn diese Ansprüche von marktmächtigen Vertragspartnern per AGB weitgehend eingeschränkt werden können. Dasselbe gilt für Händler, deren Regressansprüche gegen den Hersteller ins Leere laufen, wenn der Hersteller die Ansprüche in seinen AGB ausschließt. Im Ergebnis wird die Praxis einer unnötigen Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Betriebe müssen im Zweifel langwierige Gerichtsverfahren in Kauf nehmen, um die Rechtslage zu klären. Das ist insbesondere kleinen Betrieben ohne Rechtsabteilung nicht zumutbar.

Insgesamt müssen die praktischen Folgen der vorgesehenen Maßnahmen stärker berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere für das Recht des Verkäufers, zu entscheiden, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder dem Käufer die Kosten für den Aus- und Einbau erstattet. Entscheidet sich z.B. der Verkäufer von mangelhaften Fliesen, die er einem Handwerker verkauft hat, diese beim Kunden des Handwerkers selbst herauszureißen und neue fehlerfreie Fliesen zu verlegen, liegen die Probleme auf der Hand: Denn der Kunde hat ausschließlich mit dem Handwerker einen Vertrag. Muss der Kunde des Handwerkers also die Selbstvornahme durch den Verkäufer dulden oder hat er einen Anspruch darauf, dass der Handwerker den Aus- und Einbau durchführt? Wer haftet dem Kunden gegenüber, wenn der Aus- und Einbau durch den Verkäufer nicht sachgemäß erfolgt? Die Bundesregierung hat die Probleme erkannt, korrigiert den Referentenentwurf aber zu halbherzig.

Der in seiner Grundsatzentscheidung richtige Gesetzentwurf muss vor diesem Hintergrund in drei Punkten ergänzt bzw. geändert werden:

- **Die Gewährleistung darf sich nicht auf den Aus- und Einbau beschränken, sondern muss – wie im vorherigen Referentenentwurf – auch Fälle erfassen, in denen mangelhaftes Material verarbeitet wird.**
- **Der Käufer (Handwerker) und nicht der Verkäufer (Händler) muss wählen können, wer den Aus- und Einbau durchführen soll.**
- **Der Anspruch des Käufers auf Ersatz der Ein- und Ausbaukosten muss für Verbraucher und Unternehmer gleichermaßen AGB-fest ausgestaltet werden.**

Im Einzelnen:

## **I. Gewährleistungsanspruch gemäß § 439 Abs. 3 BGB**

### **- Richtiger Ansatz des Gesetzentwurfs**

Der Gesetzentwurf sieht eine Ergänzung des Gewährleistungsrechts vor. Gegenwärtig schulden Verkäufer ein mangelfreies Produkt und müssen im Gewährleistungsfall die Aufwendungen tragen, die erforderlich sind, um die mangelhafte Ware zu reparieren oder gegen ein mangelfreies Produkt auszutauschen. Dies können unter anderem Transport-, Versand- oder Verpackungskosten sein. Künftig tragen Verkäufer zusätzlich die Kosten, die erforderlich sind, um ein mangelhaftes Produkt, das vom Käufer ordnungsgemäß eingebaut wurde, auszubauen und ein neues mangelfreies Produkt einzubauen.

Der Gedanke hinter dieser Regelung ist rechtlich wie ökonomisch richtig. Wie der EuGH zutreffend betont, sind Käufer so zu stellen, als wäre das gekaufte Material von Beginn an mangelfrei gewesen. Es gibt keinen überzeugenden Grund, weshalb der Käufer die Kosten dafür tragen soll, dass zum Zweck der Nacherfüllung das mangelhafte Material ausgebaut und neues Material eingebaut werden muss. Die Aus- und Einbaukosten sind lediglich ein Annex der Gewährleistungshandlung und damit folgerichtig zunächst vom gewährleistungspflichtigen Verkäufer zu tragen.

Der Gesetzentwurf bestimmt mit dem neu eingefügten Absatz 3 in § 439 BGB, dass der Gewährleistungsanspruch des Käufers die Aus- und Einbaukosten umfasst. Mit dieser Regelung wird zugleich klargestellt, dass der Gewährleistungsanspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten unterschiedslos für alle Käufer gilt. Die von der Rechtsprechung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes entwickelte – und von der Rechtswis-

senschaft zu Recht kritisierte – Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern wird vom Gesetzentwurf korrigiert. Künftig finden die Gewährleistungsvorschriften wieder einheitlich auf Verbraucher und Unternehmer Anwendung. Das ist ein richtiger Schritt. Die Gewährleistung ist Pflicht des Verkäufers. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob der Käufer eine Sache als Verbraucher oder als Unternehmer erwirbt. Die einheitliche Anwendung von § 439 BGB vermindert die Regelungskomplexität, vermeidet Auslegungsschwierigkeiten und bietet damit Verkäufern und Käufern ein praxisgerechteres und anwendungsfreundlicheres Recht.

### **- Erweiterter Anwendungsbereichs erforderlich**

§ 439 Abs. 3 BGB erfasst ausschließlich Situationen, in denen die mangelhafte Kaufsache in eine andere Sache eingebaut wurde. Anders als noch der Referentenentwurf regelt der Gesetzentwurf nicht mehr den Fall, dass die mangelhafte Kaufsache verändert bzw. verarbeitet wurde. Dass diese Tatbestandsalternative ersatzlos und unbegründet gestrichen wird, ist sachlich unverständlich. In der Begründung zum Referentenentwurf hieß es noch:

*„Eine dem Einbau der Kaufsache vergleichbare Fallkonstellation besteht, wenn der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels verändert hat. Damit gemeint sind Fälle, in denen der Käufer beispielsweise eine Oberflächenbehandlung der Kaufsache dadurch vorgenommen hat, dass er diese lackiert, lasiert oder sonst veredelt hat. Ebenfalls gemeint sind Fälle, in denen der Käufer eine Kaufsache, die er beispielsweise in Einzelteilen als Bausatz erworben hat, montiert oder sonst fertiggestellt hat. In all diesen Fällen hat der Käufer Verwendungen auf die Kaufsache gemacht, die für den Fall einer Nacherfüllung erneut vorgenommen werden müssen. Hätte der Verkäufer seine Verpflichtung*

zur Lieferung einer mangelfreien Sache von vornherein vertragsgemäß erfüllt, würden diese nicht erneut anfallen. Es ist daher gerechtfertigt, neben einer Regelung zu den Ein- und Ausbauleistungen in § 439 Absatz 3 Satz 1 E auch eine Regelung zu Wiederherstellungsleistungen in § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E zu treffen.“

Es kann bei der rechtlichen Bewertung keinen Unterschied machen, ob mangelhaftes Material seinem bestimmungsmäßigen Gebrauch in eine andere Sache eingebaut oder verarbeitet wurde. Weshalb sollte der Verkäufer von mangelhafter Wandfarbe nicht für den erforderlichen Neuanstrich einstehen müssen, während ein Verkäufer mangelhaften Parketts für die Neuverlegung haftet? Die Vergleichbarkeit der beiden Fallkonstellationen ist – wie die Begründung zum Referentenentwurf deutlich herausarbeitet – gegeben. Eine rechtliche Gleichbehandlung wäre deshalb konsequent.

Gründe für eine unterschiedliche rechtliche Bewertung sind nicht ersichtlich. Kritiker der Reform wenden ein, dass die Tatbestandsalternative der „Verarbeitung“ den Anwendungsbereich der Gewährleistung ins Unermessliche erweitern würde. Für Verkäufer sei nicht vorhersehbar, in welcher Weise Käufer die Ware verarbeiten. Diese Argumentation ist allerdings wenig überzeugend. So spielt die Art und Weise der Verarbeitung für die Gewährleistung keine Rolle. Ein mangelfreies Produkt weist eine verkehrübliche oder eine bestimmte zugesicherte Beschaffenheit auf. Unabhängig davon, auf welche Weise das Produkt verarbeitet wird – ob sachgerecht, zweckwidrig oder gar entgegen seiner Verwendungsbestimmung: eine Haftung des Verkäufers scheidet stets aus. Denn das Produkt ist frei von Mängeln. Für Verkäufer ist deshalb die Art und Weise der weiteren Verarbeitung unerheblich.

Die Art und Weise der Verarbeitung ist auch für den Umfang der Gewährleistungshaftung bei

mangelhaften Waren ohne weitere Bedeutung. Die Gewährleistung ist in jedem Fall – und so auch bei einer weiteren Verarbeitung – durch das Verbot der Unverhältnismäßigkeit begrenzt. Hier besteht ebenfalls eine Parallele zum Einbau von mangelhaften Produkten. Das von Reformgegnern oft ins Feld geführte Beispiel einer geringwertigen, mangelhaften Schraube, die in einem Atomkraftwerk eingebaut ist und einen Millionenschaden verursacht, macht dies deutlich. Auch in diesem Fall haftet der Verkäufer der Schraube nur in einem verhältnismäßigen Rahmen und eben nicht für den gesamten Schaden.

Die rechtliche Vergleichbarkeit zwischen dem „Einbau“ und der „Verarbeitung“ mangelhafter Produkte liegt auf der Hand und lässt sich sachlich nicht entkräften. Die Tatbestandsalternative der „Verarbeitung“ muss wieder in den Gesetzestext aufgenommen werden.

Davon abgesehen bleibt der Begriff des „Einbaus“ vage und ist für eine rechtliche Abgrenzung nicht geeignet. Stellt der Austausch eines Blinkers in ein PKW einen „Einbau“ dar? Oder wie verhält es sich mit einer Regalkonstruktion, die an eine Wand geschraubt wird? Der Begriff „Einbau“ ist dem BGB fremd und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Vorzugswürdig wäre deshalb die Verwendung von bereits bekannten Bezeichnungen des Sachenrechts wie etwa „Verbindung“ und „Vermischung“.

#### **- Kohärente Anspruchsvoraussetzungen schaffen**

Der Gesetzentwurf verlangt, dass der Käufer die mangelhafte Sache „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ in eine andere Sache eingebaut haben muss. Maßgeblich sind demnach die Art und der Verwendungszweck der Kaufsache und damit objektiv zu bestimmende Kriterien. Die Beschränkung auf objektive Merkmale ist unverständlich, weil sie absehbar zu unsach-

gemäßen Ergebnissen führt. So scheidet der Ersatzanspruch des Käufers selbst dann aus, wenn die Parteien einen konkreten Verwendungszweck vereinbart haben, sich die Kaufsache ihrem objektiven Verwendungszweck nach aber dafür nicht eignet. Empfiehlt z.B. ein Händler einem Verbraucher zur Anbringung einer schweren Deckenlampe einen bestimmten Dübel, der seinem objektiven Verwendungszweck aber nur für die Anbringung leichterer Gegenstände geeignet ist, entfällt der Anspruch des Verbrauchers nach § 439 Abs. 3 BGB. Es kommt hier nicht auf das subjektiv vereinbarte, sondern allein auf den objektiven Verwendungszweck des Dübels an.

Die Notwendigkeit einer Korrektur gilt umso mehr, als die Beschränkung auf objektive Merkmale nicht mit den Kriterien zur Bestimmung der Sachmangelfreiheit gemäß § 434 Abs. 1 BGB korrespondieren. Hiernach ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn:

- sie die vereinbarte Beschaffenheit hat.
- wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.
- wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Diese dreistufige Bestimmung der Sachmangelfreiheit umfasst sowohl objektive als auch subjektive Elemente. Diese bewährten Kriterien sollten – nicht zuletzt auch zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsordnung – für die Gewährleistung nach § 439 Abs. 3 BGB maßgeblich sein.

## II. Selbstvornahmerecht des Verkäufers

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

Für das Wahlrecht des Verkäufers führt die Gesetzesbegründung eine wirtschaftliche Betrachtung an. Hiernach soll das Wahlrecht dem Verkäufer einen wirtschaftlichen Vorteil bieten, *„wenn er sach- und fachgerechte Aus- und Einbauleistungen günstiger selbst durchführen oder beauftragen kann, als dies dem Käufer möglich ist“*. Diese wirtschaftliche Betrachtung greift entschieden zu kurz. So werden zunächst die verschiedenen rechtlichen und vertraglichen Beziehungen bei Aus- und Einbau-Fällen außer Betracht gelassen. Der Verkäufer schließt mit dem Käufer (z.B. einem Handwerker) einen Kaufvertrag. Die Kaufsachen (z. B. Wärmedämmplatten) werden vom Handwerker entsprechend dem mit einem Verbraucher geschlossenen Werkvertrag im Haus des Verbrauchers eingebaut. Verbraucher und Händler stehen in keiner rechtlichen Beziehung zu einander. Stellt sich im Nachgang zum Einbau der Wärmedämmplatte ihre Mangelhaftigkeit heraus, hat der Verbraucher einen Anspruch auf Nacherfüllung gegen den Handwerker. Wählt nun der Händler die Selbstvornahme, müsste der Händler oder eine von ihm beauftragte Person das Dämmmaterial beim Verbraucher ausbauen und neues Material einbauen. Dies setzt allerdings faktisch wie rechtlich voraus, dass der Verbraucher die Nacherfüllung durch eine andere Person als seinen Vertragspartner duldet. Dies ist bei einer realistischen Betrachtung der Praxis überaus unwahrscheinlich. In diesem Zusammenhang sei allein auf das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung verwiesen. Zudem hat der Verbraucher seinen Handwerker ausgewählt und mit dem Einbau der Dämmplatten beauftragt. Er hat nachvollziehbar



kein Interesse daran, den Auftrag de facto einen Dritten ausüben zu lassen, den er weder kennt noch ausgewählt und beauftragt und über dessen fachliche Qualifikation er keine Informationen hat. Verbraucher und gewerbliche Kunden werden Dritten, zu denen weder ein Vertrags- noch ein Vertrauensverhältnis besteht, den Zutritt zur Baustelle oder sogar in die Privatwohnung verwehren. Dem Verkäufer wird es demzufolge bereits faktisch und rechtlich nicht möglich sein, das Selbstvornahmerecht auszuüben. Davon abgesehen ist es dem Handwerker datenschutzrechtlich nicht gestattet, die personenbezogenen Daten seines Kunden (Name, Adresse, Auftragsvolumen etc.) an den Lieferanten und damit an einen Dritten weiterzugeben.

Wie stellt sich in diesen Situationen die zivilrechtliche Lage dar? Der Verbraucher verweigert eine Nacherfüllung durch den Verkäufer und verlangt die Nacherfüllung durch den vom ihm beauftragten Handwerker. Der Handwerker ist aus dem Werkvertrag zur Nacherfüllung verpflichtet. Führt der Handwerker den Aus- und Einbau durch und erfüllt damit nach, kann der Lieferant seinerseits nicht mehr sein derzeit vorgesehenes Wahlrecht ausüben. Der Händler, der dem Handwerker das mangelhafte Material verkauft hat, kann infolge der Nacherfüllungsleistung des Handwerks nicht mehr wählen, ob er selbst die Aus- und Einbauleistung durchführen oder die Kosten übernehmen möchte. Der Handwerker erfüllt seine Pflicht aus dem Werkvertrag und beschneidet hierdurch zwangsläufig das Wahlrecht des Verkäufers aus dem Kaufvertrag gemäß § 439 Abs. 3 BGB. Dies wäre eine gesetzeswidrige angemäÙte Selbstvornahme. Der Handwerker würde durch die Vertragserfüllung aus dem Werkvertrag zum Rechts- und Vertragsbruch gezwungen werden. Zudem müsste er in diesem Fall die Kosten für den Aus- und Einbau tragen. Dies konterkariert den Zweck der Reform und kann vom Gesetzgeber ersichtlich nicht intendiert sein.

Sachgerecht kaum lösbare Fragen stellen sich auch dann, wenn der Verkäufer den Aus- und Einbau beim Kunden des Handwerks selbst vornimmt, hierbei jedoch die Werkleistung mangelhaft ausführt. In diesem Fall kumulieren verschiedene Ansprüche des Verbrauchers aus Vertrag gegen den Handwerker sowie deliktische Ansprüche gegen den Verkäufer. Der Handwerker hat seinerseits einen Anspruch auf erneute Nacherfüllung. Hinzu kommen schwierige Beweisfragen über die Ursachen der Mängel des Materials und der Nacherfüllungshandlung. Diese unübersichtliche Rechtslage ist für die Praxis unzumutbar und für sämtliche Beteiligte von Nachteil. Insbesondere hat jedoch der Verkäufer durch seine Selbstvornahme ein Haftungsrisiko geschaffen, das sich durch die mangelhafte Durchführung realisiert hat.

Angesichts des Haftungsrisikos des Verkäufers erschließt sich der von der Gesetzesbegründung in Aussicht gestellte wirtschaftliche Vorteil für den Verkäufer nicht. Insgesamt zeigt sich, dass das Wahlrecht des Verkäufers zu erheblichen rechtlichen Folgeproblemen führt und dem Verkäufer keinen Vorteil bietet.

Die Bundesregierung hat diese Probleme erkannt, korrigiert den Referentenentwurf aber nur halbherzig. Nach wie vor soll dem Verkäufer grundsätzlich das Selbstvornahmerecht zustehen. Das Wahlrecht zur Selbstvornahme scheidet nur dann aus, wenn der Käufer (Handwerker) entweder ein „berechtigtes Interesse“ zur Selbstvornahme geltend macht oder dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Ausübung des Wahlrechts gesetzt hat. Diese Einschränkungen greifen zu kurz. Es bleibt unklar, was unter einem berechtigten Interesse zu verstehen ist. Laut Gesetzesbegründung soll sich dies nach den Umständen des Einzelfalls richten. Damit bleibt die Klärung der Rechtsprechung überlassen, so dass die Vertragsparteien gezwungen werden, die unklare Rechtslage gerichtlich ent-

scheiden zu lassen. Die Rechtsunsicherheit der Regelung geht damit in der Praxis auf Kosten des Handwerks und anderer marktschwacher KMU. Als Käufer von mangelhaften Waren müssen sie ein berechtigtes Interesse darlegen und beweisen. Dies erfordert nicht nur einen kostenintensiven Rechtsbeistand, sondern insbesondere langwierige Verfahren. Handwerker und andere verarbeitende KMU haben in dieser Situation jedoch keine Zeit zu verlieren, da sie ihren Kunden gegenüber aus dem Werkvertrag zur Mängelbeseitigung verpflichtet sind. Im Ergebnis wird deshalb kein mittelständisches Unternehmen den Gang zu Gericht gehen können, infolgedessen die Ausnahmeregelungen in der Praxis ins Leere laufen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten ist deshalb dringend angezeigt, das Wahlrecht dem Käufer zu überlassen.

### III. AGB-Festigkeit der Ansprüche

Die erweiterten Gewährleistungsansprüche nach § 439 Abs. 3 BGB werden entsprechend dem neu eingefügten § 309 Nr. 8 b) cc) BGB einem Klauselverbot unterstellt. Damit dürfen Verkäufer keine abweichenden Vertragsregelungen per AGB vorgeben. Das Klauselverbot nach § 309 BGB gilt jedoch nur für AGB, die gegenüber einem Verbraucher vorgegeben werden. Gewerbliche Käufer genießen den unmittelbaren Schutz des konkreten Klauselverbots nicht. Dies legt auch die Gesetzesbegründung (S. 36) ausdrücklich dar.

Laut Gesetzesbegründung soll Handwerkern und anderen gewerblichen Käufern von Baumaterial allerdings ein ausreichender Schutz zukommen. In diesem Zusammenhang verweist die Gesetzesbegründung auf die Rechtsprechung des BGH und führt aus, dass die Klauselverbote des § 309 BGB ein Indiz dafür seien,

dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führen. Hieraus schließt die Gesetzesbegründung, dass ein „*formularmäßiger Ausschluss oder eine formularmäßige weitreichende Beschränkung der Verpflichtung des Verwenders, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen, Ein-, Ausbau und Wiederherstellungsleistungen zu erbringen oder hierfür Aufwundersatz zu leisten, [...] grundsätzlich wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB unwirksam sein*“ wird.

Die Einschätzung, wonach Unternehmer durch die von der Rechtsprechung entwickelte Ausstrahlungswirkung des Klauselverbots ausreichend geschützt sein sollen, trägt jedoch den tatsächlichen Marktumständen sowie den unternehmerischen Kräfteverhältnissen der Praxis nicht ausreichend Rechnung.

Die vom BGH entwickelte Ausstrahlungswirkung der konkreten Klauselverbote ist lediglich ein Indiz, das in die allgemein anzustellende Abwägung (§ 307 BGB) einfließt. Ob die von der Rechtsprechung in jedem Einzelfall vorzunehmende Abwägung dazu führt, dass ein Ausschluss der Aus- und Einbaukosten eine unverhältnismäßige Benachteiligung des Käufers darstellt und damit unwirksam ist, ist stets von einer Gesamtschau sämtlicher Umstände des Einzelfalls abhängig. Der BGH betont dies ausdrücklich. So besteht grundsätzlich die Indizwirkung, „*es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interesse und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden*“ (BGH, NJW 2007, 3774).

Somit ist stets von einem Gericht zu klären, ob ein Haftungsausschluss oder eine Einschränkung per AGB unwirksam ist oder nicht.

Handwerkern und anderen kleinen marktschwachen Vertragspartnern nützt diese rechtstheoretische Wirkung bei Vertragsverhandlungen in der Praxis nichts. Marktstarke Vertragspartner geben ihre AGB vor und schließen die Haftung für sich aus oder schränken diese zumindest erheblich ein. Es ist realitätsfern, anzunehmen, dass sich Handwerker hiergegen unter Berufung auf die Rechtsprechung zur Wehr setzen. Davon abgesehen, dass Handwerksbetriebe über keine Rechtsabteilung verfügen, der die jeweils aktuelle Einzelfallrechtsprechung zur Indizwirkung bekannt ist, stärkt die Berufung auf die Rechtsprechung keineswegs die Verhandlungsposition des Handwerkers. Die Rechtsprechung besagt lediglich, dass im Rahmen einer allgemeinen Abwägung das Klauselverbot als Indiz heranzuziehen ist. Jegliches Gewicht verliert die Berufung auf die Rechtsprechung durch den Hinweis, dass nicht das Klauselverbot, sondern die Gesamtschau sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls maßgeblich ist.

Darüber hinaus sind kleine Betriebe in der Regel wirtschaftlich nicht in der Lage bestehende Vertragsbeziehungen mit wirtschaftlich starken Vertragspartnern aufzugeben. Dies gilt nicht zuletzt für die gesamte Zulieferbranche des Automobilsektors.

Infolgedessen läuft der vom Gesetzentwurf beabsichtigte AGB-Schutz für Handwerker und andere mittelständische Käufer in der Praxis absehbar ins Leere. Es ist damit nach wie vor der Einbauende, der im Ergebnis die Folgekosten für Materialfehler trägt.

Das Ziel eines verantwortungsgerechten Gewährleistungsrechts kann nur erreicht werden, wenn auch die Ansprüche von Unternehmern

einem ausdrücklichen gesetzlichen AGB-Schutz unterliegen. Dies sollte durch einen entsprechenden Verweis in § 310 Abs. 1 BGB auf das konkrete Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB erfolgen.

Gegen die AGB-Festigkeit spricht auch nicht, dass die Vertragsfreiheit im Geschäftsverkehr bestehen bleiben muss und nicht eingeschränkt werden darf. Die Vertragsfreiheit wird durch eine Anwendung von § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auf den Geschäftsverkehr allerdings nicht tangiert. Geschäftspartner sind nach wie vor uneingeschränkt berechtigt, im Wege fairer und gleichberechtigter Vertragsverhandlungen von den gesetzlichen Ansprüchen des § 439 BGB abzuweichen. Dort, wo allerdings marktschwache oder gar wirtschaftlich abhängige Vertragspartner dazu genötigt werden können sollen, auf ihre Gewährleistungsrechte zu verzichten, geht es nicht um den Schutz der Vertragsfreiheit. Eine solche Forderung zielt allein auf das Recht des Stärkeren und ist ordnungs- und rechtspolitisch unhaltbar.

Die gesetzliche Haftung für Ein- und Ausbaurkosten darf auch im Geschäftsverkehr nicht per AGB eingeschränkt oder ausgeschlossen und damit weiterhin dem Schwächsten in der Warenlieferkette zugewiesen werden. Dies würde sämtliche Reformbemühungen ad absurdum führen und die Marktmacht der handelnden Akteure zum Entscheidungskriterium für eine Haftung erheben. Handwerksbetriebe, Verbraucher sowie kleine, marktschwache Händler – ergo der gesamte Geschäftsverkehr mit Ausnahme der Hersteller und marktmächtiger Händler – hätten absehbar das Nachsehen. Die AGB-Festigkeit steht deshalb keineswegs allein im Interesse des Handwerks und muss Einzug in die Reform halten.

## Fazit

Die Bundesregierung trifft mit ihrem Gesetzentwurf eine richtige Grundsatzentscheidung. Künftig haften Handwerker nicht mehr pauschal für die Materialfehler, die andere zu verantworten haben. Der Erfolg der Reform steht und fällt jedoch mit ihrer Wirkung in der Geschäftspraxis. Der Gesetzentwurf greift zunächst mit der Beschränkung des Gewährleistungsanspruchs auf „Einbau-Fälle“ deutlich zu kurz. Ein verantwortungsgerechtes Gewährleistungsrecht setzt zudem voraus, dass gesetzlich gewährte Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden können. Verbraucher und kleine Betriebe benötigen deshalb einen klar im Gesetz verankerten AGB-Schutz, damit ihre berechtigten Ansprüche auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten nicht von marktmächtigen Unternehmen ausgeschlossen werden können. Des Weiteren muss die Reform Rechtsunsicherheit vermeiden. Durch das vorgesehene Wahlrecht des Unternehmers bezüglich der Nacherfüllung werden zwangsläufig rechtliche Folgeprobleme geschaffen, die in der Praxis absehbar zu Rechtsunsicherheit und Konflikten zwischen Verkäufern, Handwerkern und deren Kunden führen.

Die Chancen des Gesetzentwurfs müssen genutzt und die guten Ansätze konsequent zu Ende geführt werden. Das Handwerk unterstützt den Gesetzgeber in seiner Absicht, das Gewährleistungsrecht verantwortungsgerechter zu gestalten und erkennt in dem Gesetzentwurf einen wichtigen Schritt zur Erreichung dieser Zielsetzung. Bundestag und Bundesrat sind aufgefordert, die Reform nun zum Erfolg zu führen.



# Reform des Gewährleistungsrechts

## HINTERGRUND

Die Bundesregierung setzt mit ihrem Gesetzentwurf das Koalitionsprojekt für ein gerechtes Gewährleistungsrecht um. Käufer erhalten gegen ihre Lieferanten einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Kosten für den Ausbau des mangelhaften und Einbau des fehlerfreien Materials. Lieferanten können ihrerseits die Kosten im Wege des neu geschaffenen Händlerregresses gegenüber dem Hersteller geltend machen.

Für Handwerker und den gesamten verarbeitenden Mittelstand gehört das Koalitionsprojekt zu den wichtigsten rechtspolitischen Vorhaben dieser Legislatur. Alltägliche Gewährleistungsfälle kommen Handwerker und andere KMU wegen der Rechtslage zu den sogenannten "Aus- und Einbaukosten" teuer zu stehen. Denn sie und nicht die Verantwortlichen tragen die Folgekosten für Materialfehler.

## BEWERTUNG

Wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme überzeugend herausstellt, muss der in seiner Zielrichtung gelungene Gesetzentwurf in drei wichtigen Punkten ergänzt bzw. geändert werden. Anderenfalls kann die Reform in der Praxis nicht die im Koalitionsvertrag intendierte Wirkung entfalten.

**→ Die Reform darf sich nicht auf den Aus- und Einbau beschränken, sondern muss auch Fälle erfassen, in denen mangelhaftes Material verarbeitet wird.**

Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob mangelhaftes Material in eine andere Sache eingebaut oder ob es verarbeitet wurde. Weshalb sollte der Verkäufer mangelhafter Wandfarbe nicht für den erforderlichen Neuanstrich einstehen müssen, während ein Verkäufer mangelhaften Parketts für die Neuverlegung haftet? Die Vergleichbarkeit der beiden Fallkonstellationen ist – wie noch die Begründung zum Referentenentwurf deutlich herausstellt – klar gegeben.

**→ Der Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten muss für Verbraucher und Unternehmer inhaltlich und zeitlich AGB-fest ausgestaltet sein.**

Große Unternehmen geben ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vor und schränken ihre Haftung inhaltlich weitgehend und zeitlich auf ein Jahr ein. Es ist realitätsfern anzunehmen, dass sich Handwerker hiergegen unter Berufung auf den von der Bundesregierung ins Feld geführten und aus dem Verbraucherrecht übertragenen mittelbaren AGB-Schutz zur Wehr setzen könnten.

Ein Elektrohandwerker, der Kabel, Schalter und Sicherungen bezieht, hat keinen Einfluss auf die Geschäftsbedingungen. Entweder er kauft die Ware unter Einbeziehung der AGB oder er lässt es bleiben. Einen Gerichtsprozess gegen solche AGB können sich Handwerker weder leisten, noch ist es unternehmerisch sinnvoll für sie, gegen ihre Lieferanten vor Gericht zu ziehen.

**→ Der Käufer (Handwerker) und nicht der Verkäufer (Hersteller oder Lieferant) muss wählen können, wer den Aus- und Einbau / die Nachbesserung durchführt.**

Entscheidet sich der Verkäufer zur Selbstvornahme, entfacht er damit ein rechtlich kaum lösbares Chaos an gegenseitigen Ansprüchen im Dreiecksverhältnis zwischen Verkäufer, Handwerker und Kunde.

Ein Handwerker baut im Haus eines Verbrauchers neue Fensterrahmen ein, die sich nachträglich als mangelhaft erweisen. Erhebt der Verkäufer der Fensterrahmen Anspruch darauf, die Reparatur selbst auszuführen, steckt der Handwerker in einem Dilemma: Repariert er dennoch, verletzt er den Vertrag mit seinem Verkäufer. Repariert er nicht, verletzt er seine werkvertragliche Pflicht gegenüber dem Verbraucher. Die Bundesregierung hat das Problem erkannt, den Referentenentwurf aber nur halbherzig korrigiert.

## FAZIT

Der Koalitionsvertrag gibt das Ziel der Reform unmissverständlich vor. Was dem Gesetzentwurf zur Erreichung dieses Ziels fehlt, bringt der Bundesrat mit seiner Kritik auf den Punkt. Der Bundestag ist aufgerufen, die Forderungen des Bundesrats und des verarbeitenden Mittelstandes aufzugreifen und entsprechende Änderungen vorzunehmen.

Stand: Juni 2016

Verantwortlich: Dr. Manja Schreiner, LL.M.

Telefon: 030 20 61 93 50