

BTGA · Hinter Hoben 149 · 53129 Bonn

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Herrn Ministerialrat Dr. Gerhard Schomburg  
Referat I B 3  
Mohrenstraße 37  
10117 Berlin

Bonn, 20. November 2015

**Referentenentwurf für ein Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur  
Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

**BTGA**  
Bundesindustrieverband  
Technische Gebäude-  
ausrüstung e. V.

Hinter Hoben 149  
D-53129 Bonn

Tel. +49(0)2 28 949 17-0  
Fax +49(0)2 28 949 17-17

[www.btga.de](http://www.btga.de)

Sehr geehrter Herr Ministerialrat,

wir danken dafür, zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur  
Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung Stellung nehmen zu können.

Der BTGA - Bundesindustrieverband Technische Gebäudeausrüstung e. V. vertritt die Interessen der Unternehmen des industriellen Anlagenbaus der Technischen Gebäudeausrüstung. Unsere Branche umfasst etwa 2.250 Unternehmen mit 86.000 Beschäftigten und erwirtschaftet einen Jahresumsatz von 10 Milliarden Euro.

Bereits im Nachgang zum Urteil des EuGH vom 16. Juni 2011 (C 65/09 und C 87/09) und den Folgeentscheidungen des BGH hatte sich der BTGA für eine Erweiterung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs und eine bessere Berücksichtigung der Interessen der ausführenden Firmen beim notwendigen Ausbau mangelhafter (Bau-)Materialien eingesetzt. Der BTGA ist ordentliches Mitglied des Hauptausschuss Allgemeines (HAA) des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA). In die „Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht“ waren wir seinerzeit bedauerlicherweise nicht eingebunden.

Hinsichtlich des vorgelegten Entwurfs plädieren wir zunächst für eine Entkopplung einer Reform des Bauvertragsrechts von Fragestellungen zu Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung. Erforderlich ist eine schnelle Regelung der sogenannten Aus- und Einbaukosten. Eine entsprechende Eilbedürftigkeit sehen wir hinsichtlich einer Reform des Bauvertragsrechts nicht. Vielmehr treten wir diesbezüglich für eine vertiefte Auseinandersetzung mit den betroffenen Wirtschaftskreisen ein. Die Einfügung eines Bauvertragsrechts in das

BGB muss nicht nur dogmatisch dem Anspruch des BGB genügen, sie muss mit ausgewogenen und gerechten Lösungen vor allem praktisch handhabbar sein.

Im Einzelnen erlauben wir uns zu dem vorgelegten Gesetzentwurf folgende Anmerkungen:

## **I. Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

Die Bestrebungen nunmehr die im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode beabsichtigten Erleichterungen im Gewährleistungsrecht durchzuführen, damit ausführende Unternehmen nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzen bleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat, begrüßen wir grundsätzlich sehr.

### **1. AGB-Festigkeit sicherstellen**

Unerlässlich ist dabei jedoch, eine unzweifelhafte AGB-Festigkeit sicherzustellen. Die Möglichkeit einer Abweichung würde zur Sinnentleerung der eigentlich beabsichtigten Erleichterungen führen.

Derzeit erscheint die Abdingbarkeit des § 439 Abs. 3 BGB-E im B2B-Bereich, also bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern nicht ganz klar. Nach den allgemeinen Regeln sind die §§ 433 ff. BGB als Konsequenz der Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für Verbrauchsgüterkaufverträge gemäß § 475 BGB (inhaltlich übereinstimmend: § 476 BGB-E) zwingend, außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie allerdings nicht. Das in § 309 Nr. 8b cc BGB-E vorgeschlagene Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit erklärt zwar eine Bestimmung für unwirksam, durch die die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 und Abs. 3 BGB-E zu tragen oder zu ersetzen; die Klauselverbote gelten jedoch gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 BGB nicht unmittelbar, sondern können nur über die Generalklausel des § 307 BGB mittelbar Wirkung entfalten.

Würde die vorgeschlagene Regelung des § 439 Abs. 3 BGB-E nun zum Leitbild des Kaufvertrags gehören und zu den wesentlichen Grundgedanken zählen, dann läge in ihrer Abdingbarkeit eine unangemessene Benachteiligung und wäre unwirksam. Die Neuregelung wäre AGB-fest. Man kann sich indes auch auf den Standpunkt stellen, es sei sachwidrig, dass plötzlich eine Risikoverteilung eine unangemessene Benachteiligung darstellen soll, die sich vor der Reform unmittelbar aus dem Gesetz ergab (nämlich keine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für die Aus- und Einbaukosten bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache). Wir plädieren daher dringend für eine Klarstellung.

## **2. Wahlrecht des Verkäufers**

Im Übrigen wenden wir uns gegen das Wahlrecht des Verkäufers in § 439 Abs. 3 BGB-E. Hat der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung das Recht, nach seiner Wahl den erforderlichen Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache selbst vorzunehmen, hat er die Möglichkeit sich in die Vertragsbeziehung zwischen Besteller und ausführendem Unternehmen zu drängen. Selbst wenn das ausführende Unternehmen den Verkäufer als Erfüllungsgehilfen ausgibt, erscheint es nicht unproblematisch, ob sich ein Kunde darauf einlassen muss, dass ihm werkvertraglich geschuldete Nacherfüllung in Form des Ausbaus der mangelhaften und des Einbaus einer mangelfreien Sache durch einen Dritten, den Lieferanten seines Vertragspartners, erfolgt, den er nicht kennt und sich nicht selbst als Vertragspartner ausgesucht hat. Der ausführende Unternehmer wird zudem mit der Möglichkeit belastet, dass die Ausführung dann schlechter ausfällt, als wenn er sie selbst erbringen würde.

## **II. Reform des Bauvertragsrechts**

### **1. Beabsichtigte Regelung zur Abnahme § 640 Abs. 2 BGB**

Nach dem Gesetzentwurf reicht die Behauptung eines unwesentlichen Mangels seitens des Bestellers aus, um die Fiktion der Abnahme zu Fall zu bringen.

In diesem Zusammenhang ist es erforderlich, dass seitens des Bestellers berechnete wesentliche Mängel benannt werden müssen, um den Eintritt der Fiktion zu verhindern. Andernfalls besteht die Gefahr, dass ein Besteller „ins Blaue hinein“ einen unwesentlichen Mangel, welcher tatsächlich gar nicht besteht, lediglich behauptet, sodass die Abnahmefiktion nicht eingreifen würde. Dies würde zu einer Verschlechterung im Hinblick auf die bestehende Rechtslage führen. Die Abgrenzung unwesentlicher von wesentlichen Mängeln ist aufgrund der derzeitigen Gesetzeslage, § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB ohnehin erforderlich.

### **2. Vorschlag des BTGA zur Teilabnahme**

Des Weiteren weisen wir auf die Notwendigkeit einer Ergänzung des § 640 BGB um einen weiteren eigenständigen Absatz hin. Es ist dringend notwendig, eine Regelung entsprechend § 12 Abs. 2 VOB/B zur Teilabnahme im BGB zu verankern.

Weil die VOB/B in diesem Punkt bei Großbauprojekten zulässigerweise ausgeschlossen werden kann, wird ausführenden Unternehmen mitunter über eine geraume Zeit die Gefahrtragung auferlegt, obwohl in sich abgeschlossene Teile der Leistung bereits fertig gestellt

sind. Dies ist besonders bedeutsam bei Verträgen die mehrere Gewerke (z. B. Heizungs-, Klima- und Sanitärtechnik) beinhalten.

### **3. § 648a BGB – neue Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund**

#### Zu Abs. 4:

Die Regelung müsste dahingehend abgeändert werden, dass lediglich im Falle der Kündigung seitens des Bestellers der Unternehmer berechtigt ist, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werkes entfällt.

Kündigt hingegen der Auftragnehmer den Vertrag aus wichtigem Grund, sind die bisherigen Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen. Außerdem hat der Auftragnehmer Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB, etwaig weitergehende Ansprüche des Auftragnehmers bleiben unberührt. Diese Regelung entspricht dann § 9 Abs. 3 VOB/B.

In diesem Zusammenhang geht es in erster Linie um einen Anspruch auf entgangenen Gewinn hinsichtlich der in Folge der Kündigung nicht mehr ausgeführten Werkleistungen.

### **4. Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB des Gesetzentwurfs**

Ein Anordnungsrecht des Bestellers für die Bauzeit lehnen wir ab.

Zutreffend wurde erkannt, dass es sich hierbei um einen besonders tiefen Eingriff in die unternehmerische Freiheit handelt. Ein Anordnungsrecht zur Bauzeit kann nur beibehalten werden, wenn gleichzeitig bei § 650n (Abweichende Vereinbarungen) klargestellt wird, dass von § 650b BGB nicht zum Nachteil des Auftragnehmers abgewichen werden kann. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Auftraggeber im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen ein Anordnungsrecht zur Bauzeit regeln, ohne es dem Auftragnehmer zu ermöglichen, sich vor Befolgung der entsprechenden Anordnung auf die Unzumutbarkeit der Anordnung zur Bauzeit berufen zu können.

### **5. Anpassung der Vergütung bei geänderten/zusätzlichen Leistungen § 650c BGB**

Da der Vergütungsanspruch auf Anordnungen des Auftraggebers zurückzuführen ist, hat keine Saldierung der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten zu erfolgen. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung ist insoweit unzutreffend.

Tatsächlich findet eine Saldierung nur bei reinen Massenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B statt, welche gerade nicht auf einer Anordnung bzw. einem Eingriff in das geschuldete Bausoll beruhen.

Weiterhin müsste hinsichtlich der Baustellengemeinkosten (BGK) eine Ergänzung erfolgen, dass Mehr- und Minderleistungen nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit Zuschlägen auch für die Baustellengemeinkosten abgerechnet werden. Weiterhin müsste die Vermutungswirkung für die Urkalkulation auch die Baustellengemeinkosten beinhalten.

## **6. Bauhandwerkersicherung des Bauunternehmers § 650e BGB**

Die Einführung einer Obergrenze von 20 % der vereinbarten Vergütung wird abgelehnt. Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen stellt keine angemessene Absicherung des Werklohnanspruches des Auftragnehmers dar. Darüber hinaus ist eine Anknüpfung der Sicherheitsleistung an das jeweilige Vorleistungsrisiko nicht praktikabel, weil das jeweilige Vorleistungsrisiko im Rahmen der Bauabwicklung nur schwer ermittelt werden kann. Dem Absicherungsbedürfnis des Unternehmers wird durch den Gesetzentwurf gerade nicht ausreichend Rechnung getragen, vielmehr wird die Bauhandwerkersicherung weitgehend sinnentleert.

## **7. § 650f BGB Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Gefahrtragung**

Zu Abs. 1: Eine Verweigerung der Abnahme durch den Besteller sollte nur unter Angabe von berechtigten wesentlichen Mängeln möglich sein.

In Abs. 2 sollte nicht auf einen offenkundigen Mangel abgestellt werden, sondern auf einen berechtigten offenkundigen Mangel. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass seitens des Bestellers unberechtigte offenkundige Mängel benannt werden.

Ferner ist eine Ergänzung des Abs. 2 hinsichtlich der Gefahrtragung erforderlich. Dementsprechend sollte Abs. 2 dahingehend ergänzt werden, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs bzw. der Beschädigung hinsichtlich eines berechtigten offenkundigen Mangels, welcher in der Zustandsfeststellung nicht angegeben worden ist, auf den Besteller übergeht. In diesem Zusammenhang wird in der Gesetzesbegründung zwar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Abs. 2 um eine Regelung zur Gefahrtragung ergänzt wird, welche anstelle der allgemeinen Gefahrtragungsregel des § 644 tritt. Dieser Hinweis im Rahmen der Gesetzesbegründung ist jedoch nicht ausreichend, vielmehr ist es erforderlich, dass im Gesetzestext selbst deutlich auf den Gefahrenübergang hingewiesen wird.

Ferner sollte § 650f entsprechend § 648a Abs. 3 des Gesetzentwurfes ergänzt werden. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung an einer Feststellung des Zustandes des

Werkes oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, tritt die Rechtsfolge des § 650f Abs. 2 BGB ein. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstandes fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat.

Mit freundlichen Grüßen

BTGA  
Justiziar

gez. RA Tobias Dittmar