



GdW Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des
Bauvertragsrechts und zur Änderung der
kaufrechtlichen Mängelhaftung
(Stand: 10.09.2015)

Herausgeber:
GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.
Mecklenburgische Straße 57
14197 Berlin
Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199

Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>

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

1

Einleitung

Der vorgelegte Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung passt zum einen das Recht der Mängelhaftung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes an. Zum anderen werden spezielle Regelungen für den Bauvertrag, den Verbraucherbauvertrag sowie den Architektenvertrag und den Ingenieurvertrag in das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) eingefügt.

Der GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen begrüßt es, dass sich der Gesetzgeber einer hochkomplexen Spezialmaterie wie dem Bauvertragsrecht annimmt. Ziel des Gesetzes muss sein, mehr Klarheit und Rechtssicherheit auch auf diesem Rechtsgebiet zu schaffen. Wie im Referentenentwurf zutreffend hervorgehoben wird, erschwert das Fehlen klarer gesetzlicher Vorgaben eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen.

Unsere Stellungnahme beschränkt sich auf einige ausgewählte Regelungen des allgemeinen Werkvertragsrechts, des Bauvertragsrechts sowie des Bauträgervertrages, die für die von uns vertretenen Unternehmen von Relevanz sind.

2

Im Einzelnen

2.1

Allgemeine Vorschriften zum Werkvertragsrecht

Abschlagszahlungen (§ 632a Abs. 1 BGB-E)

Hinsichtlich des Rechts des Unternehmers, Abschlagszahlungen zu fordern, soll eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln in Zukunft nicht mehr vorzunehmen sein. Der Unternehmer soll künftig auch bei wesentlichen Mängeln eine Abschlagszahlung fordern, der Besteller auch bei unwesentlichen Mängeln einen Zurückbehalt ausüben können. Dies erscheint interessengerecht und ist angesichts der mit der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten zu begrüßen.

Abnahmefiktion (§ 640 Abs. 2 Satz 1 BGB-E)

Die derzeit geltende Regelung zur sog. Abnahmefiktion (vgl. § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB) soll neu geregelt werden. Insbesondere soll der Besteller die Abnahmefiktion nur verhindern können, wenn er die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert.

Die vorgeschlagene Regelung spiegelt die in der Begründung wiedergegebene gesetzgeberische Intention nicht wider. Gemäß der gesetzgeberischen Intention dürfen die Anforderungen an die „Mängelanzeige“ - zu Recht - nicht zu hoch angesetzt werden. Nach der Begründung zur Neuregelung muss der Besteller nicht alle Mängel angeben oder die Mängel im Detail darlegen. Es soll genügen, wenn

er beispielsweise dem Unternehmer mitteilt, **wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat**. Diese gesetzgeberische Intention ist zu begrüßen, sie muss jedoch **auch im Gesetzestext zum Ausdruck kommen**. Nach dem Gesetzestext gilt ein Werk auch dann als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Der Begriff des Mangels ist gesetzlich belegt (§ 633 BGB). Ob ein Mangel vorliegt oder nicht, wird objektiv bestimmt. Dies gilt auch im Falle einer Beschaffenheitsvereinbarung; ob das Werk der vereinbarten Beschaffenheit entspricht, wird objektiv bestimmt. Auf die Sicht der Parteien kommt es nicht an. Nach dem Wortlaut der vorgeschlagenen Regelung wird die Abnahmefiktion mithin nur dann zerstört, wenn der Besteller die Abnahme unter Angabe eines objektiv bestehenden Mangels verweigert. Stellt sich (im Nachhinein) heraus, dass der Besteller die Abnahme unter Angabe eines objektiv nicht bestehenden Mangels verweigert hat, würde nach dem Wortlaut von § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB-E das Werk zu dem Zeitpunkt als abgenommen gelten, zu dem die Frist des Unternehmers endete. Dies widerspricht der gesetzgeberischen Intention, nach der es beispielsweise ausreichen soll, wenn der Besteller dem Unternehmer mitteilt, wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat.

Der GdW schlägt deshalb folgende Regelung vor:

„Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist verweigert und gleichzeitig dem Unternehmer mitgeteilt hat, wo das Werk aus seiner Sicht nicht vertragsgemäß ist.“

Mängel, die der Besteller zunächst nicht angegeben hat, müssen bei der anschließenden Bewertung der Abnahmereife berücksichtigt werden. Auch dies soll nach der Begründung zur Neuregelung der Fall sein.

Ungeachtet dessen schlägt der GdW vor:

*Es sollte geprüft werden, ob eine **Verankerung der Regelungsabsicht im Gesetzestext** in Betracht kommt.*

Bezüglich der vom Besteller vorzunehmenden „Mängelanzeige“ soll eine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln nicht (mehr) vorzunehmen sein, da diese Unterscheidung im Einzelfall schwierig ist und oftmals erst im gerichtlichen Verfahren festgestellt werden kann. Angesichts der mit der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten ist dies zu begrüßen und vor dem Hintergrund der oben dargestellten gesetzgeberischen Intention auch nur konsequent.

Nach dem Wortlaut von § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB-E setzt die Abnahmefiktion des **„Vollendung des Werks“** voraus. Durch die Einfüh-

zung dieses Kriteriums soll ein zu frühes Andienen des Werks unterbunden und damit ein missbräuchlicher Einsatz des Instruments der fiktiven Abnahme verhindert werden. Diese Regelungsabsicht ist grundsätzlich zu begrüßen, muss aber im Gesetz deutlicher zum Ausdruck kommen.

Daher schlägt der GdW vor:

*Das Kriterium „Vollendung des Werks“ sollte im Gesetzestext selbst oder in der Gesetzesbegründung **näher definiert** werden.*

Kündigung bei unterlassener Mitwirkung (§ 643 BGB-E)

Die vorgeschlagene Neuregelung ist zu begrüßen. Sie trägt der Privatautonomie beider Parteien Rechnung, indem nach Ablauf der Fristsetzung keine automatische Vertragsaufhebung erfolgt, sondern vielmehr dem Unternehmer die Wahlmöglichkeit verbleibt, ob er den Vertrag nach Ablauf der Frist kündigt oder an diesem festhält.

2.2

Neuregelungen zum Bauvertrag

Zustandsfeststellung nach Verweigerung der Abnahme (§ 650f BGB-E)

Die Gefahrtragungsregel in § 650f Abs. 2 BGB-E soll nur in den Fällen einer *gemeinsamen* Zustandsfeststellung greifen (siehe Begründung zur Neuregelung). Es ist jedoch keine Regelung dazu getroffen, welche Rechtsfolge eintreten soll, wenn der Besteller dem Verlangen des Unternehmers nach § 650f Abs. 1 BGB-E nicht nachkommt und an der Zustandsfeststellung nicht mitwirkt. Nach der Begründung soll hier ein Schadenersatzanspruch des Unternehmers bestehen, wenn diesem Mehrkosten - beispielsweise durch die Einbeziehung eines Sachverständigen - entstehen.

Ungeachtet der Gesetzesbegründung schlägt der GdW vor:

*Um Rechtsklarheit zu schaffen, sollte die **Rechtsfolge in den Gesetzestext** aufgenommen werden.*

*Aufgenommen werden sollte - hier oder an anderer Stelle - auch die in der Begründung angesprochene Rechtsfolge, wonach der Besteller einen **Schadenersatzanspruch gegen den Unternehmer** haben soll, wenn der Unternehmer den Besteller zur Abnahme auffordert, obwohl das Werk offensichtlich wesentliche Mängel aufweist.*

Bewusst offen gelassen wurde die **Zuordnung der Kosten** für die Zustandsfeststellung. Nach der Begründung zur Neuregelung soll, da die Zustandsfeststellung in beiderseitigem Interesse ist, jede Partei die ihr entstehenden Kosten tragen.

Der GdW schlägt vor:

*Eine Regelung zur Kostentragung sollte - unter Berücksichtigung der vorgenannten Schadenersatzansprüche - **in den Gesetzestext** aufgenommen werden.*

Der Entwurf schreibt **keine besondere Form** für die Zustandsfeststellung vor.

Diesbezüglich schlägt der GdW vor:

*Um Unstimmigkeiten vorzubeugen, sollte die **Schriftform** vorgeschrieben werden.*

Im Übrigen schlägt der GdW als Folgeänderung zu § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB-E (s.o.) folgende Regelung für § 650f Abs. 1 BGB-E vor:

„Sofern der Besteller dem Unternehmer innerhalb der Frist gemäß § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB-E mitgeteilt hat, wo das Werk aus seiner Sicht nicht vertragsgemäß ist, und der Besteller aus diesem Grund die Abnahme verweigert hat, kann der Unternehmer verlangen, dass der Besteller an einer Feststellung des Zustands des Werks mitwirkt.“

2.3

Neuregelungen zum Verbraucherbaupvertrag

Baubeschreibung (§ 650i BGB-E)

Die im Referentenentwurf vorgesehene Pflicht zur Erteilung einer vorvertraglichen Baubeschreibung ist mit einem erheblichen Aufwand für den Unternehmer verbunden. Fraglich ist überdies, welche Angaben überhaupt möglich sind, wenn der Kontakt zum Kunden in einem sehr frühen Stadium entsteht, etwa dann, wenn viele Leistungsdetails noch nicht feststehen. Insofern besteht insbesondere in frühen Planungsphasen eine erhebliche Schwierigkeit der Auftragnehmer, die Verpflichtung sachgerecht zu erfüllen. Dies wird regelmäßig dazu führen, dass die Erteilung der vorvertraglichen Baubeschreibung weitergehend hinausgeschoben wird und damit möglicherweise der Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages selbst.

Im Übrigen geht die Regelung über die Vorgaben der EU-Verbraucherrechterichtlinie hinaus (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. f) RL 2011/83/EU sowie § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und weitet damit den Verbraucherschutz über das gebotene Maß einseitig zu Lasten der Unternehmer aus.

Der GdW schlägt daher vor:

*Die Einführung einer vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht sollte **gestrichen** werden.*

2.4

Neuregelungen zum Bauträgervertrag

Anwendbare Vorschriften (§ 650t Abs. 2 und 3 BGB-E)

Zur vorgeschlagenen Regelung in § 650t Abs. 2 BGB-E verweisen wir auf unsere Stellungnahme zu § 650i BGB-E.

Der GdW schlägt daher vor:

*§ 650t Abs. 2 BGB-E sollte **gestrichen** werden.*

Nach § 650t Abs. 3 BGB-E sollen unter anderem die Regelungen in **§ 650b BGB-E, § 650c BGB-E, § 650k BGB-E** sowie in **§ 650l Abs. 1 BGB-E** im Bauträgergeschäft **nicht zur Anwendung** kommen. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen.

GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.

Mecklenburgische Str. 57
14197 Berlin
Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199

Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
BELGIEN
Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>

30.11.2015 He/Za/CS
Telefon: +49 30 82403-140
Telefax: +49 30 82403-189
E-Mail: herlitz@gdw.de

Ergänzung zur Stellungnahme vom 24.11.2015

2.4

Neuregelungen zum Bauträgervertrag

§ 650t Abs. 3 BGB-E sieht vor, dass § 648a BGB-E auf den Bauträgervertrag Anwendung finden soll.

Inzwischen herrschende Rechtsprechung dürfte sein, dass ein Bauträgervertrag von jeder Vertragspartei *außerordentlich* gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt. Dies wird einerseits aus einer analogen Anwendung von § 314 BGB hergeleitet, andererseits daraus, dass eine Beendigung des Vertrages möglich sein muss, wenn sich eine Vertragspartei eines Bauträgervertrages schwerwiegend vertragsuntreu verhält (siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.01.2012, Az.: 23 U 20/11).

Nicht umfasst hiervon ist eine *ordentliche* Kündigungsmöglichkeit des Bauträgervertrages. Diese war bis zum heutigen Tage grundsätzlich nicht möglich und ist auch in der Novellierung des Bauvertragsrechts nicht vorgesehen. Die insoweit in § 648a Abs. 1 bis Abs. 4 BGB-E vorgesehenen Regelungen, welche über § 650t Abs. 3 BGB-E auch auf den Bauträgervertrag Anwendung finden, da diese gerade nicht von den Ausnahmen erfasst sind, spiegeln unseres Erachtens die Wiedergabe der derzeit vorherrschenden Rechtsprechung bezüglich einer Kündigungsmöglichkeit des Bauträgervertrages wider.

Rechtsfolge einer Kündigung *aus wichtigem Grund* ist, dass das kaufvertragliche Element des Bauträgervertrages von der Kündigung unberührt bleibt. Der Erwerber erhält somit seinen Anspruch auf die vollständige Abwicklung des (Kauf--)Vertrages. Die Eigentumsverschaffung an dem Grundstück bleibt daher von der Kündigung unberührt. Weitere Rechtsfolge der wirksamen fristlosen Kündigung ist, dass dem Bauträger der Bauauftrag entzogen ist und der Erwerber die verbleibenden Restarbeiten selbst durchzuführen hat. Der Bauträger kann die erbrachten Leistungen nach Vorlage einer prüfbaren Schlussrechnung gegenüber dem Erwerber abrechnen. Weitergehende Vergütungsansprüche des Bauträgers bestehen jedoch nicht.

Vor diesem Hintergrund stellt der Erwerb von Wohnungseigentum im Geschosßwohnungsbau, wo der jeweilige Erwerber neben dem Erwerb des Sondereigentums auch einen Anteil am Gemeinschaftseigentum des Gebäudes und einen Anteil am Grundstück erwirbt, in der Praxis ein Problem dar.

Der GdW schlägt daher vor:

§ 648a BGB-E sollte für Bauträgerverträge, welche den Erwerb von Wohnungseigentum im Geschosßwohnungsbau zum Gegenstand haben, nicht gelten.

Demgegenüber scheint die Erwägung, § 648a BGB-E dispositiv auszugestalten, nicht zielführend. Gerade beim Erwerb von Wohnungseigentum im Geschosßwohnungsbau, bei welchem es oftmals eine Vielzahl von Erwerbern gibt, würde eine dispositive Regelung zu mehr Rechtsunsicherheit führen als eine einheitliche Handhabung. Einzelne Erwerber, bei denen das Kündigungsrecht ausgeschlossen wäre, könnten sich nicht mehr aus dem Vertrag lösen, während anderen Erwerbern diese Möglichkeit wieder zusteht. Da bei dem Erwerb von Wohnungseigentum regelmäßig Streitigkeiten im Zusammenhang mit Mängeln am Gemeinschaftseigentum vorliegen, wäre eine unterschiedliche Vorgehensweise innerhalb der WEG erst recht schädlich.