



Ihre Experten für  
Garten & Landschaft

**Bundesverband  
Garten-, Landschafts-  
und Sportplatzbau e. V.**

Haus der Landschaft  
Alexander-von-Humboldt-Str. 4  
53604 Bad Honnef  
Telefon 02224 7707-0  
Telefax 02224 7707-77  
E-Mail: [BGL@galabau.de](mailto:BGL@galabau.de)  
Internet: [www.galabau.de](http://www.galabau.de)

Stand: 20.11.2015

## **Stellungnahme des Bundesverbandes Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e.V. (BGL) zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

### Teil 1 Zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Als Wirtschafts- und Arbeitgeberverband vertritt der Bundesverband Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e.V. (BGL) - mit 3500 vorwiegend kleinen und mittelständischen Mitgliedsunternehmen - die Interessen der deutschen Landschaftsgärtner auf nationaler und europäischer Ebene.

Aufgrund der sehr unterschiedlichen Fragestellungen haben wir uns entschlossen, den Themenkomplex „kaufrechtliche Mängelhaftung“ in einer gesonderten Stellungnahme zu kommentieren. Um zeitliche Verzögerungen bei der Lösung des Problems der Mängelhaftung zu vermeiden, bitten wir dringend, die beiden Teile des Referentenentwurfs in getrennten Gesetzgebungsverfahren zu behandeln. Es ist absehbar, dass für den Teil zur Reform des Bauvertrags noch erheblicher Diskussionsbedarf besteht.

Der BGL erkennt das Bemühen der Entwurfsverfasser an, eine Lösung für die ungleiche Haftung des Werkunternehmers gegenüber seinem Auftraggeber wegen des nicht schuldhaften Einbaus von fehlerhaften Material zu finden. Wir halten den aufgezeigten Weg im Kaufrecht grundsätzlich für akzeptabel. Die begleitende Regelung im AGB-Recht ist aus Sicht des BGL nicht haltbar, weil sie das Haftungsrisiko des Werkunternehmers über die Hintertür für lange Zeit im Status quo halten wird.

Will man ernsthaft verhindern, dass die derzeitige Handhabung des Nacherfüllungsanspruches entsprechend der geltenden Rechtslage vor allem zu Lasten von Handwerkern und Bauunternehmern und somit auch zu Lasten der Betriebe des Garten-, Landschafts- und Sportplatzbaus (GaLaBau) geht, wie in der Begründung

des Referentenentwurfs zu lesen ist, bedarf es dringender Korrekturen des Vorschlags.

Im Einzelnen:

#### I. Zu § 439 Absatz 3 BGB-E

Die Regelung soll die derzeitige Rechtslage zur Lastenverteilung beim Einbau mangelhaften Materials korrigieren. Betroffenen Unternehmer können künftig den Verkäufer mangelhaften Materials auch dann wegen der Aus- und Einbauleistung in Anspruch nehmen, wenn der Verkäufer die Mangelhaftigkeit nicht zu vertreten hat. Dies soll für alle Kaufvertragsverhältnisse gelten, also auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs. Für den Anspruch kommt es nicht darauf an, ob ausgebaut werden muss, um eine neu gelieferte mangelfreie Sache zu verbauen oder aber ob eine solche Sache ausgebaut werden muss, um den Mangel beseitigen zu können.

Der BGL begrüßt den vorgeschlagenen Ansatz, hat allerdings größte Bedenken gegenüber der Änderung der Klauselverbote im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

#### II. Allgemeine Geschäftsbedingungen / Änderung des § 309 Nr. 8 BGB

Die Liste der Klauselverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) soll dahingehend ergänzt werden, dass die Verpflichtung des Verkäufers zur Vornahme von Aus-, Einbau- und Wiederherstellungsleistungen oder den Anspruch des Käufers auf Aufwendungsersatz nicht in AGB ausgeschlossen werden können. Gemäß des geltenden § 310 BGB wird dieses Klauselverbot nicht für Verträge zwischen Unternehmen, sondern nur für Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern, gelten.

In der Begründung zum Referentenentwurf wird dazu ausgeführt, dass es keiner weiteren Einbeziehung des Werkunternehmers in die AGB-Regelungen bedürfe, weil nach der Rechtsprechung des BGH die Verbotsnorm des § 309 BGB ein Indiz dafür darstelle, dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmen zu einer unangemessenen Benachteiligung führe. Zweifelsfälle sollen der Rechtsprechung überlassen bleiben.

Dieser Lösungsweg ist jedoch kein Ausweg aus der Haftungsfalle für Unternehmen, wie die des Garten-, Landschafts- und Sportplatzbaus. Das tatsächliche Kräfteverhältnis zwischen Werkunternehmer und dem Lieferanten oder Hersteller einer mangelhaften Sache wird offensichtlich verkannt.

Es entspricht nicht der Lebenswirklichkeit kleiner Unternehmen, wie es die Betriebe des Galabaus in der Regel sind, sich gerichtlich gegen AGB ihres, in der Region möglicherweise einzigen Lieferanten, zu wenden. Darauf warten zu müssen, dass sich ein größerer Marktteilnehmer dazu entschließt, den Rechtsweg bis zum BGH zu

bestreiten, bedeutet zudem eine Verlängerung der derzeitigen Rechtslage über mehrere Jahre. Es ist schwer vorstellbar, dass diese Verzögerung in der Absicht des Gesetzgebers liegt.

Die in der Regel unterschiedliche Kräfteverteilung zwischen Garten- Landschafts- und Sportplatzbauer und seinem Lieferanten lassen auch kaum auf ausgeglichene Individualabreden hoffen, die den betroffenen Galabau-Unternehmen gerecht werden. Dieses Problem ist nicht auf die Galabau-Branche beschränkt, sondern betrifft ebenfalls die Handwerkerschaft, nicht nur des Baugewerbes.

In den Erläuterungen zum Referentenentwurf wird zwar davon ausgegangen, dass die Regelungen über Verbraucherverträge Ausstrahlungswirkung auf Verträge zwischen Unternehmern entfalten, eine entsprechende Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingung in Verträgen zwischen Unternehmen mithin auch unwirksam sein dürfte. Die Rechtssicherheit, dass eine entsprechende Klausel im Zweifel tatsächlich als unwirksam betrachtet wird, bietet der vorliegende Gesetzentwurf nicht.

Will man (Galabau-) Unternehmen ernsthaft von der Haftung für nicht verschuldete Mängel und den damit verbundenen Folgekosten entlasten und soll die Haftung nicht den Schwächsten, sondern den Verantwortlichen treffen, bedarf es einer ausdrücklichen Klarstellung im AGB-Recht des BGB für Verträge zwischen Unternehmen (B2B-Verträge). Der Verweis auf den Rechtsweg ist nicht nur für kleine Unternehmen keine Lösung.



Ihre Experten für  
Garten & Landschaft

**Bundesverband  
Garten-, Landschafts-  
und Sportplatzbau e. V.**

Haus der Landschaft  
Alexander-von-Humboldt-Str. 4  
53604 Bad Honnef  
Telefon 02224 7707-0  
Telefax 02224 7707-77  
E-Mail: [BGL@galabau.de](mailto:BGL@galabau.de)  
Internet: [www.galabau.de](http://www.galabau.de)

November 2015

## **Stellungnahme des Bundesverbandes Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e.V. (BGL) zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

### Teil 2 Zur Reform des Bauvertragsrechts

Als Wirtschafts- und Arbeitgeberverband vertritt der Bundesverband Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau e.V. (BGL) mit 3500 vorwiegend kleinen und mittelständischen Unternehmen, die Interessen der deutschen Landschaftsgärtner auf nationaler und europäischer Ebene.

Aufgrund der sehr unterschiedlichen Fragestellungen haben wir uns entschlossen den Themenkomplex „kaufrechtliche Mängelhaftung“ in einer gesonderten Stellungnahme zu kommentieren. (Siehe BGL-Stellungnahme vom 20.11.2015) Um zeitliche Verzögerungen bei der Lösung des Problems der Mängelhaftung zu vermeiden, bitten wir dringend, die beiden Teile des Referentenentwurfs in getrennten Gesetzgebungsverfahren zu behandeln. Es ist absehbar, wie auch die Anhörung im BMJ im November 2015 gezeigt hat, dass für den Teil des Referentenentwurfs zur Reform des Bauvertrags noch erheblicher Diskussionsbedarf besteht.

Die Vorschläge zur Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts in der vorgelegten Entwurfsfassung stehen wir ablehnend gegenüber, da sie die Betriebe des Garten-, Landschafts-, und Sportplatzbaus in wesentlichen Punkten über Gebühr belasten. Insbesondere das einseitige Anordnungsrecht ist aus unserer Sicht nicht akzeptabel. Zudem werden für die Unternehmen essentielle Fragen nicht behandelt. Der Entwurf gibt keine Antwort darauf, ob der Unternehmer bei einer einseitigen Anordnung des Auftraggebers einen Vergütungsanspruch hat, wie dieser Vergütungsanspruch kostengünstig und zeitnah durchgesetzt werden kann, wie der Unternehmer

künftig sein Vorleistungsrisiko absichern soll, oder wie er auf unberechtigte Abnahmeverweigerungen des Bauherrn bzw. Zahlungsverweigerungen auf Abschlagsrechnungen wirksam reagieren kann.

Zu ausgewählten Vorschlägen im Einzelnen:

#### 1. Anordnungsrecht des Bestellers - § 650b BGB-E

Gemäß der vorgeschlagenen Regeln im Bürgerlichen Gesetzbuch soll der Unternehmer zukünftig verpflichtet werden, einer Anordnung des Bestellers nachzukommen. Dabei wird unterschieden zwischen einer Anordnung, mit der der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges erreichen will und der Anordnung von Leistungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig sind. Nur bei einer Änderung des Werkerfolges soll es auf die Zumutbarkeit für den Unternehmer ankommen. Für zusätzliche Leistungen ist keine Beschränkung vorgesehen. Wenn dem Bauherrn demnach nicht nur erlaubt wird, Lücken seiner Leistungsbeschreibung zu schließen oder Unrichtigkeiten zu korrigieren, sondern sogar den vereinbarten „Werkerfolg“ nachträglich einseitig zu ändern, einschließlich der Ausführung sowie Bauzeit, geht der Referentenentwurf weit über alle bestehenden Regelungen hinaus.

Dieses umfassende Anordnungsrecht, nur begrenzt von der Unzumutbarkeit der Ausführung, lehnen wir ab. Es bedeutet die Aufgabe des Einigungsprinzips im Vertragsrecht, wonach Leistungsumfang und Vergütungsanspruch vor Ausführung gemeinsam von Besteller und Unternehmer vertraglich festzulegen sind.

Die Änderung des Werkerfolges einseitig anordnen zu können, also z.B. die Anordnung, den neu anzulegenden Privatgarten um einen Schwimmteich oder eine aufwendige Natursteinmauer zu erweitern, stellt das bisherige Rechtsverständnis über Vertragsverhältnisse, Privatautonomie und unternehmerische Freiheit auf den Kopf. Änderungen des Bauinhalts, der Art der Ausführung oder der Bauzeit sind nicht akzeptabel, wenn sie nicht im Wege des beiderseitigen Einverständnisses vereinbart werden.

Die Ausführungen in der Begründung belegen, dass der Entwurfsverfasser den Eingriff in die unternehmerische Freiheit durchaus gesehen hat und sich mit unbestimmten Rechtsbegriffen behelfen will. Es liegt auf der Hand, dass sich die Parteien im Streitfall kaum darüber einigen werden, ob „schwerwiegende Gründe“ vorliegen, die eine Anordnung rechtfertigen. Noch praxisferner ist der Hinweis, dass die Interessen des Bestellers an der Anordnung die Interessen des Unternehmers „deutlich überwiegen“ müssen. Hier stellt sich die Frage, wer dies entscheiden wird. Teure und zeitintensive Rechtsstreitigkeiten sind unausweichlich.

Unterschiedliche Auffassungen zur Unzumutbarkeit oder darüber, was schwerwiegende Gründe sind, werden in der Praxis, nicht nur im Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau, zu schwierigen, den Bauablauf empfindlich störenden Auseinandersetzungen zwischen Bauherrn und Unternehmer führen. Der Hinweis lediglich in der Begründung, dass der Unzumutbarkeitsbegriff

unterhalb der Unzumutbarkeit im allgemeinen Leistungsverweigerungsrecht in § 275 Abs. 2 und 3 BGB, trägt nur wenig zur Klärung des Begriffes bei.

Abgesehen von diesen ablehnenden Überlegungen zu einem Anordnungsrecht des Bestellers befremdet die fehlende Auseinandersetzung des Entwurfsverfassers mit den Folgen eines Anordnungsrechts. Ein wie immer geartetes Anordnungsrecht des Bauherrn setzt zwingend voraus, die Vergütung für solche Anordnungen klar und unmissverständlich zu regeln. Eine solche Regelung findet sich im Referentenentwurf nicht. Den Unternehmer träfe demnach eine im Voraus nicht kalkulierbare Vorfinanzierungspflicht für eine Leistung, die der Unternehmer nicht angeboten hat, sondern zu der er aufgrund einer nachträglichen einseitigen Anordnung des Bauherrn verpflichtet wurde. Dies wäre eine für die Unternehmen nicht hinnehmbare Lage.

Weitere zwingende Voraussetzung jedes Anordnungsrechts wäre neben einer klaren Vergütungsregelung zudem die Möglichkeit zur schnellen und kostengünstigen prozessualen Klärung von Streitfragen zum Leistungsumfang und zur Vergütung. Auch hierzu findet sich kein praktikabler Vorschlag.

Der Besteller soll sein einseitiges Anordnungsrecht im Streitfall mittels einstweiliger Verfügung gemäß § 650 b Abs. 4 BGB-E durchsetzen können. Die entsprechende Möglichkeit des schnellen einstweiligen Rechtsschutzes soll es für den Unternehmer zur Durchsetzung seines Vergütungsanspruchs nicht geben, wie der Begründung des Referentenentwurfs zu entnehmen ist.

Dort heißt es, dass - laut einer Umfrage - trotz häufiger Streitigkeiten über Nachtragsvergütungen während der laufenden Bauarbeiten in der Praxis kein gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werde, sondern erst im Zusammenhang mit der Schlussabrechnung. Es gibt für den Unternehmer allerdings gar keine wirksame Rechtsschutzmöglichkeit, die er in Anspruch nehmen könnte. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bezüglich einer Geldforderung ist unzulässig und kann also gar nicht zum Ziel führen, weshalb dieser Weg von den Unternehmen auch nicht gegangen wird. Das Ergebnis der Umfrage ist deshalb nicht geeignet, Rückschlüsse auf den Bedarf nach Rechtsschutz zu ziehen. Es wird im Gegenteil dringend ein schneller und kostengünstiger Rechtsschutz gebraucht und es ist nicht akzeptabel, dass die Durchsetzung der Vergütung für einseitige Anordnungen nicht gewährleistet wird.

## 2. Abschlagszahlungen - § 632a Abs.1 BGB-E

Abschlagszahlungen sind für die Liquidität des Unternehmers und für sein Risiko bezüglich der Solvenz des Bestellers von entscheidender Bedeutung. Die vorgeschlagene Regelung bringt keine Verbesserung der Situation des Unternehmers, auch wenn die Vorleistungspflicht des Unternehmers – wie der Begründung zu entnehmen ist - durch diese Regelung abgemildert werden soll.

Der Wortlaut der vorgeschlagenen Regelung erlaubt es dem Bauherrn, die Bezahlung der Abschlagsforderung leicht zu verweigern. Er braucht der Forderung nach einer Abschlagszahlung lediglich entgegenzuhalten, dass die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß sind. So kann er dann einen Teil der Vergütung zurückhalten, in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten.

Die Beweislast für die Vertragsgemäßheit der Leistung soll nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Unternehmer tragen. Ihm ist es aber während der Bauausführung praktisch kaum möglich, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln eine Vertragsgemäßheit seiner Leistung zu beweisen. Er ist also der Situation schutzlos ausgeliefert. Ein Interessenausgleich findet nicht statt. Entsprechend gelangt man dann auch nicht mehr zur der Frage, ob der vom Besteller zurückgehaltene Betrag angemessen oder überhöht ist. Die vorgeschlagene Regelung stellt daher eine erhebliche Gefahr für die Liquidität des ohnehin vorleistungspflichtigen Unternehmers dar.

### 3. Abnahmefiktion - § 640 Abs. 2 BGB-E

Nach der Neuregelung in § 640 Abs. 2 BGB-E gilt ein Werk auch dann als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werkes eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb der Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Laut der vorgeschlagenen Formulierung reicht es aus, dass der Bauherr innerhalb der gesetzten Frist die Abnahme unter Angabe irgendwelcher Mängel verweigert. Ob diese Mängel zutreffen oder nicht ist nicht relevant. Es müssen auch keine wesentlichen Mängel geltend gemacht werden. Der Bauherr hat es demnach in der Hand, schon durch die Benennung unwesentlicher Mängel die Abnahmefiktion zu verhindern, obwohl diese Mängel möglicherweise nicht bestehen und das Werk abnahmereif ist. Dies widerspricht der ausdrücklichen Absicht der Entwurfsverfasser, eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme auszuschließen.

### 4. Zustandsfeststellung - § 650f BGB-E

§ 650 f BGB-E räumt dem Unternehmer das Recht ein, eine Zustandsfeststellung verlangen zu können, wenn der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert. Welche Rechtsfolge eintreten soll, wenn der Bauherr seiner Pflicht zur Mitwirkung an der Zustandsfeststellung nicht nachkommt, bleibt ungeregelt. Anstatt einer unberechtigten Abnahmeverweigerung entgegenzuwirken, schafft der Referentenentwurf damit neue Umgehungsmöglichkeiten der Abnahmeverpflichtung des Bestellers.

### 5. Gekürzte Sicherheit - § 650e BGB neu

Bislang ist der vorleistungspflichtige Unternehmer berechtigt, vom Bauherrn auf eigene Kosten eine Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung zu verlangen. Dieses Instrument soll nun derart beschnitten werden, dass zukünftig nur noch eine Sicherheit von höchstens 20 Prozent der vereinbarten Vergütung verlangt werden darf, wenn Abschlagszahlungen vereinbart sind.

Diese Kürzung der Sicherheit ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die pauschale Obergrenze berücksichtigt nicht, dass Vorleistungen faktisch oft weit über die 20 Prozent hinausgehen. In der Praxis wird regelmäßig eine Sicherung erst dann verlangt wird, wenn Abschlagzahlungen nicht rechtzeitig erfolgen. Selbst wenn zu diesem Zeitpunkt mehr als 20 Prozent der Vergütung ausstehen, könnte der Unternehmer nur eine Sicherheit von maximal 20 Prozent verlangen. Im Hinblick auf das Vorleistungsrisiko der Unternehmer und der oft schleppenden Bezahlung von Abschlagsrechnungen durch den Besteller dient die Regelung nicht dem Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien. Es bleibt zudem unberücksichtigt, dass Unternehmer häufig weitere Abschlagsrechnungen stellen, ohne dass die vorangegangenen bezahlt sind. Die Regelung verhindert einem interessengerechten Ausgleich für Vorleistungspflichten des Unternehmers.