

Stellungnahme

Zum Referentenentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Dokumenten Nr.
D 0746

Datum
24. November 2015

Seite
1 von 6

Vorbemerkung

Der BDI vertritt im Hinblick auf die Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung ausschließlich die Herstellerseite. Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie teilt nicht die Position des BDI und wird hierzu selbst Stellung nehmen¹. Aus Sicht der Hersteller ist die Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung abzulehnen, sofern diese über die 1:1-Umsetzung des EuGH-Urteils hinausgeht.

Im Hinblick auf die Reform des Bauvertragsrechts ergeben sich von unterschiedlichen Seiten einige Fragestellungen und Kritikpunkte, die nachfolgend (s. unten unter 2.) dargestellt werden. Hierzu ist das Meinungsbild innerhalb der BDI-Mitgliedschaft uneinheitlich. Auch hierzu wird der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie selbst ausführlich Stellung nehmen.

Im Einzelnen positioniert sich der BDI zu dem Referentenentwurf wie folgt:

1. Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Der EuGH hat durch sein Urteil vom 26. Juni 2011 (C 65/09 und C 87/09) klargestellt, dass im Rahmen eines **Verbrauchsgüterkaufs** der Verkäufer einer beweglichen Sache gegenüber dem Käufer verpflichtet ist, im Falle eines Mangels nicht nur eine Ersatzlieferung zu leisten, sondern auch den Ausbau der mangelhaften Sache und den Einbau der neuen mangelfreien Sache zu übernehmen. Die Vorgaben des EuGH sind für den deutschen Gesetzgeber bindend und sollten im BGB daher entsprechend abgebildet werden. Soweit sich der Referentenentwurf auf diese Konstellation bezieht, setzt er lediglich die **verbindliche Rechtsprechung des EuGH um und ist daher als Klarstellung zu verstehen und zu begrüßen**.

Der Entwurf geht aber deutlich über diese verbraucherspezifische Konstellation hinaus. Insbesondere sollen Handwerker geschützt werden, die

**Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.**
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: +493020281455
F: +493020282455

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
V.Frenz@bdi.eu

¹ Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie weist insbesondere darauf hin, dass der Verkäufer mangelhaften Materials schon nach bestehendem Recht „insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten“ zu tragen hat.

nach der Entwurfsbegründung dem Risiko ausgesetzt seien, dass die Aus- und Einbaukosten die Vergütungsansprüche erheblich übersteigen könnten. Vor diesem Hintergrund nehmen wir zu den vorgeschlagenen Regelungen des Gesetzesentwurfs zur kaufrechtlichen Mängelhaftung wie folgt Stellung:

Die Vorschriften sind mit Grundprinzipien des BGB nicht vereinbar und zudem auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht geboten. Es ist bereits **unklar, warum eine Regelung im Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB) erfolgt**. Dadurch würde das bisher gut funktionierende kaufrechtliche System unnötigerweise aufgebrochen.

Aus Sicht des BDI gehen die Regelungen zu weit, wenn sie Geltung auch für das B2B-Verhältnis beanspruchen. Die Entscheidung des EuGH betrifft B2C-Geschäfte unter Berücksichtigung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Eine Übertragung in den kaufmännischen Bereich ist systemwidrig, weil sie die spezifische Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers, die dem Urteil des EuGH zugrunde lag, ohne Grund in den B2B-Bereich überträgt. Werkunternehmer und Verbraucher sind in ihrer Schutzbedürftigkeit nicht vergleichbar, da es sich bei Werkunternehmern um Fachpersonen in der Verarbeitung der relevanten Materialien handelt. Auch die eindeutige Rechtsprechung des BGH schließt die Anwendung der Vorgaben des EuGH im B2B-Bereich aus. Die Rechtsänderung sollte sich **mithin auf B2C-Geschäfte beschränken** und allein in den Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf erfolgen.

Entgegen den kaufrechtlichen Grundsätzen sieht der Entwurf faktisch **einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch in § 439 Abs. 3 BGB-E** vor. Die Aus- und Einbaukosten sind von der geschuldeten Leistung – Lieferung einer mangelfreien Sache – nicht mehr erfasst und können daher nur als weitergehender Schadensersatz geltend gemacht werden. Es handelt sich um Mangelfolgeschäden, die aus Verbraucherschutzgesichtspunkten nur ausnahmsweise vom Verkäufer zu erstatten sind. Mangelfolgeschäden setzen, der grundsätzlichen Konzeption des deutschen Schuldrechts entsprechend, Verschulden voraus. Diese grundlegende Voraussetzung würde durch den Entwurf ausgehöhlt. Eine systemwidrige Regelungslücke ist nicht ersichtlich. Ebenso muss am Grundsatz des Rechts zur zweiten Andienung festgehalten werden.

Auch die Einschränkung der Verantwortung des Verkäufers auf die vertragsgemäße und vertragsgerechte Verwendung durch den Käufer gemäß **§ 439 Abs. 3 S. 2 BGB-E** stellt kein adäquates Korrektiv dar. Wird ein Liefergegenstand vertragswidrig oder entgegen seiner funktionellen Bestimmung genutzt, liegt bereits kein Gewährleistungsfall vor, sodass sich die Frage nach eventuellen Gewährleistungskosten von vorneherein nicht stellt.

Aus diesen Gründen ist auch der in den **§§ 445 a und 445 b BGB-E genannte Rückgriffsanspruch nicht akzeptabel**. Für eine solch weitreichende Änderung des Kaufrechts besteht zudem keine Notwendigkeit, da bereits heute Hersteller vielfach durch zusätzliche Maßnahmen das Risiko

des Werkunternehmers mindern, indem sie z. B. freiwillig Garantien übernehmen.

Der Referentenentwurf sieht in den §§ 445 a und 445 b BGB-E einen Unternehmerregress vor, der faktisch ins Werkvertragsrecht hineinwirkt. Dies widerspricht der wesentlichen Unterscheidung, demzufolge im Rahmen eines Kaufvertrags Übergabe und Eigentumsverschaffung einer mangelfreien Sache und im Rahmen eines Werkvertrags ein Erfolg geschuldet wird. **Der Einbau von Ware wird in Kaufverträgen nicht geschuldet. Diese Grundkonzeption darf nicht umgangen werden.** Des Weiteren sind bloße Händler und Werkunternehmer nicht vergleichbar. Aufgrund seiner Qualifikation und der aktiven Arbeit mit den zugelieferten Sachen kann der Werkunternehmer besser als ein Händler die Mängelhaftigkeit feststellen. Zudem wirkt der Werkunternehmer gegebenenfalls auf die verwendeten Sachen bei der Herstellung des Werkes ein. Er steht daher etwaigen Mängeln näher als der bloße Verkäufer im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs. Daher sind weder der direkte Nacherfüllungsanspruch des Werkunternehmers noch der vorgeschlagene Regress mit der Situation im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs vergleichbar.

Ebenfalls würde ein allgemeiner Rückgriffsanspruch mit einer maximalen Verjährungsfrist von fünf Jahren (vgl. § 445b Abs. 2 BGB-E) zu einer **faktischen Verlängerung der Verjährungsfrist von Mängelansprüchen** führen. Dies würde die Bildung bzw. Erhöhung von Rückstellungen notwendig machen, was Unternehmen zusätzlich belastet und insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen ein investitionshemmender Faktor sein kann.

Weiterhin würde eine solch weitreichende Rechtsänderung die **Kostenentwicklung für Unternehmen nachhaltig beeinflussen**. Das Risiko einer unverschuldeten Inanspruchnahme für Ein- und Ausbaukosten ist vom Hersteller wirtschaftlich zu berücksichtigen. Der Werkunternehmer ist in der komfortableren Situation, dass ihm die Risiken bei Erstellung seines Werkes bekannt sind. Insbesondere kann er erheblichen Einfluss auf die konkrete Verwendung nehmen, da ihm Art und Ort des Verbauens im Gegensatz zum Verkäufer bekannt sind. Eine solche Möglichkeit der Risikoabschätzung haben Hersteller und Lieferanten nicht.

Sofern ungeachtet der oben genannten Bedenken an der im Referentenentwurf dargestellten Grundkonzeption festgehalten wird, ist der **Nacherfüllungsanspruch jedenfalls zu begrenzen**. Die Ersatzpflicht des Lieferanten kann unverhältnismäßig hoch sein. Der Entwurf bietet keinen adäquaten Schutz für den Fall, dass die Ein- und Ausbaukosten den Kaufpreis der Sache erheblich übersteigen. Auch eine Beschränkung durch AGB ist nicht möglich, s. § 309 Nummer 8 b) cc) BGB-E. Dies gilt wegen der Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB über § 307 BGB auch im unternehmerischen Rechtsverkehr. Es muss daher eine **Haftungshöchstgrenze eingeführt** werden, die in Relation zum Kaufpreis der Sache steht. Ansonsten verschärft die Neuregelung den bestehenden Streit der Reichweite der AGB-Regeln im B2B-Bereich.

Zudem sollte eine konkrete Bezeichnung der zu erstattenden Kosten eingeführt werden, um eine ausufernde Haftung zu vermeiden. Der Entwurf ist insoweit nicht eindeutig. Wörtlich heißt es in **§ 439 Abs. 3 S. 2 BGB-E** u. a. „Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung **verändert** [...]“. Was hiermit konkret gemeint ist, lässt sich auch aus der Gesetzesbegründung, die auf die Oberflächenbehandlung oder die Zusammensetzung eines Bausatzes verweist, nicht erschließen. Dies kann jedenfalls nicht die Fälle umfassen, bei denen der ursprüngliche Kaufgegenstand nicht mehr physisch vorhanden ist oder eine andere Form angenommen hat. Fälle der Vermischung oder Vermengung gemäß § 948 BGB sowie der Verarbeitung gemäß § 950 BGB sollen nicht vom Anwendungsbereich der Neuregelung erfasst sein. Eine entsprechende Klarstellung durch den Gesetzgeber ist hier erforderlich. Dies müsste sich auch in AGB-Regeln widerspiegeln.

Auch die Formulierung „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ in **§ 439 Abs. 3 S. 1 BGB-E** ist in seiner Reichweite unklar und es bleibt zu befürchten, dass eine effektive Begrenzung des Anwendungsbereichs hierdurch nicht gewährleistet werden kann.

Die Umsetzung des Referentenentwurfs in der vorliegenden Form könnte auch negative Auswirkungen auf die Attraktivität des deutschen Rechts im grenzüberschreitenden unternehmerischen Geschäftsverkehr haben. Zudem würden in Deutschland ansässige Hersteller gegenüber ausländischen Anbietern schlechter gestellt; bei grenzüberschreitenden Kaufketten würde die Haftung im Regelfall nicht den am Beginn einer solchen Kette stehenden ausländischen Hersteller treffe, sondern beim letzten Glied der Kette in Deutschland abbrechen. Dies würde den **Wirtschaftsstandort Deutschland nachhaltig benachteiligen**.

Zu beachten ist schließlich, dass in den relevanten Situationen Hersteller oftmals nicht ausreichend über die Lieferkette hinweg informiert werden, was den Nacherfüllungsprozess nachhaltig erschwert. Auch hier besteht Optimierungsbedarf. Werden Hersteller dazu verpflichtet, in sämtlichen Konstellationen die Nacherfüllung in der angedachten Form zu leisten, wäre auch ein **Selbsteintrittsrecht der Hersteller** angezeigt. Dies würde nicht nur dazu führen, dass ungerechtfertigte Mängelrügen zeitnah aufgedeckt würden, sondern würde auch die Kosten der Nacherfüllung insgesamt minimieren.

2. Reform des Bauvertragsrechts

Soweit der Gesetzentwurf die Reform des Bauvertragsrechts betrifft, ergeben sich aus Sicht des BDI einige Fragestellungen, die von unterschiedlichen Seiten aufgeworfen wurden. Das Meinungsbild innerhalb der BDI-Mitgliedschaft ist hierzu uneinheitlich. Auch hierzu wird der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie selbst ausführlich Stellung

nehmen². Kernpunkte in der Diskussion stellen das in **§ 650b BGB-E** genannte **Anordnungsrecht** und der daraus resultierende **Vergütungsanspruch** dar. Im Einzelnen:

Einerseits wird das Anordnungsrecht insgesamt abgelehnt und als sehr weitgehend bezeichnet. Denn ein gesetzliches „Anordnungsrecht“ des Auftraggebers geht weit über bestehende Regelungen hinaus und widerspricht dem Grundsatz „pacta sunt servanda“. Die in § 650b Abs. 2 BGB-E genannten Grenzen „Zumutbarkeit“ und „schwerwiegende Gründe“ seien nicht ausreichend. Eine allgemeine wertmäßige Grenze wäre auch denkbar. Zudem wird strikt abgelehnt, dass die Bauzeit als möglicher Ansatzpunkt für eine Anordnung des Auftraggebers genannt wird. Demgegenüber wird das Anordnungsrecht von den Auftraggebern **gemäß § 650b BGB-E** als zu eng betrachtet. Begründet wird dies z. B. im Hinblick auf Anordnungen hinsichtlich der Bauzeit gemäß § 650b Abs. 2 S. 3 BGB-E damit, dass „schwerwiegende Gründe“ vorliegen müssen und das Interesse „des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen“ muss. In diesem Zusammenhang wird kritisiert, dass in einigen Branchen das Anordnungsrecht hinsichtlich der Bauzeit von wesentlicher Bedeutung sei. Es wird befürchtet, dass Unternehmer Bauherren gerade bei zeitkritischen Projekten unter Druck setzen könnten. Problematisch ist zudem, dass, wenn die Voraussetzungen streitig sind, eine gerichtliche Klärung erfolgen muss, was zu erheblichen Zeitverzögerungen führen kann. Als weiterer Kritikpunkt wird genannt, dass das Anordnungsrecht nur besteht, wenn der Besteller die Planung durchgeführt habe. Allerdings erfolge die Planung häufig durch den Unternehmer. Weiterhin gebe es häufig Arbeitsteilung bei der Planungserbringung, was im Entwurf nicht berücksichtigt wird.

Auch der **Vergütungsanspruch bei Anordnungen nach § 650b BGB-E** ist umstritten. Auf der einen Seite wird argumentiert, dass die in Abs. 1 genannten Kosten gegebenenfalls nicht alle möglichen/erforderlichen Kosten umfassen würden. Insbesondere bei Bauzeitänderungen sei eine Kostenregelung erforderlich, die den besonderen Mehrkosten Rechnung trage. Dagegen wird das vorgesehene Wahlrecht des Unternehmers (Kalkulation oder tatsächliche Kosten) kritisiert, da dies zu erheblichen Kostenerhöhungen führen könne.

Auch die Regelung zur **Zustandsfeststellung gemäß § 650f BGB-E** ist umstritten. Nach Abs. 1 kann der Unternehmer bei Abnahmeverweigerung vom Besteller verlangen, dass dieser an einer Feststellung des Zustands mitwirkt. Abs. 2 betrifft eine Vermutung für Mängel nach Zustandsfeststellung.

Einerseits wird eingewandt, dass es zweifelhaft erscheine, ob und inwieweit ein Besteller tatsächlich konstruktiv daran mitwirke, den objektiven Zustand einer Sache festzustellen. Hier gebe es das selbstständige Beweisverfahren, das von einer neutralen Stelle durchgeführt wird. Zudem wird kritisiert, dass nach der Begründung die Zustandsfeststellung die

² Der BDI nimmt jedoch Gesichtspunkte der Position der Bauindustrie auf, die teilweise auch von anderen Industriezweigen unterstützt werden.

Abnahme nicht ersetze und daher auch kein Gefahrübergang eintrete, da § 644 BGB bislang grundsätzlich die Abnahme des Werks voraussetze. Der Begründungstext sehe allerdings einen solchen Gefahrübergang vor.

Kritisiert wird andererseits, dass bislang Unternehmer für Mängel bis zur Abnahme haften. Die neue Regelung könnte aber nunmehr eine Entlastung vor Abnahme bedeuten. Zwischen Zustandsfeststellung und Abnahme trage der Besteller die Beweislast für Mängel.

Des Weiteren wird § 648a BGB-E, der einen neuen **Kündigungstatbestand aus wichtigem Grund** einführt, kritisch betrachtet. Denn § 649 BGB sei bereits ausreichend und eine ausdrückliche Normierung zudem auch überflüssig. Zudem schaffe die Norm auch keine Rechtssicherheit.

Weiterhin wird § 650a BGB-E (**Definition des Bauvertrags**) als zu weitgehend kritisiert. Inspektionsleistungen, Wartungsverträge und Verbesserungen seien keine Bauverträge. Würden Verbesserungen einen größeren Umfang besitzen, wäre ein gesonderter Vertrag abzuschließen. Die Zuordnung wird durch die neue Definition nicht erleichtert.