

**Gemeinsame Stellungnahme
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums
der Justiz und für Verbraucherschutz betreffend
ein Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und
zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung
(Stand September 2015)**

November 2015

I. Vorbemerkungen

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat in seinem Referentenentwurf zwei Themen miteinander verknüpft, die in keiner unmittelbaren Verbindung miteinander stehen: Die kaufrechtliche Mängelhaftung (Aus- und Einbaukosten) und die Vorschläge zur Reform des Bauvertragsrechts.

Dies ist insofern problematisch, als für das eng abgesteckte Themenfeld der kaufrechtlichen Mängelhaftung ein Gesetzentwurf vorliegt, der eine gute Grundlage für die weitere Diskussion bietet. Mit Blick auf die Reform des Bauvertragsrechts ist dies jedoch nicht der Fall. Zu dem weiten und kontrovers diskutierten Feld des Bauvertragsrechts wirft der Entwurf mehr Fragen auf, als er Antworten bietet. Weiter ist problematisch, dass der Entwurf weit über die Vorgaben des Koalitionsvertrags (Verbraucherschutz im Bauvertragsrecht) hinausgeht.

Dass das Thema Bauvertragsrecht auch im BMJV noch nicht abschließend bearbeitet ist, zeigt sich an der Tatsache, dass das BMJV öffentlich über einen zweiten Gesetzentwurf zum Bauvertragsrecht spricht, dessen Inhalt bislang im Unklaren ist. Diese Vorgehensweise ist angesichts der immensen Bedeutung für die Unternehmen der Bauwirtschaft nicht akzeptabel. Eine Reform des Bauvertragsrechts kann im Ergebnis nur dann valide bewertet werden, wenn sämtliche Vorschriften in einem Gesetzentwurf veröffentlicht werden.

Deswegen müssen die Vorschläge zur kaufrechtlichen Mängelhaftung (Aus- und Einbaukosten) von den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts abgetrennt und separat behandelt werden. Andernfalls droht sich die Umsetzung des für die Praxis bedeutsamen Gesetzesvorhabens zu den Aus- und Einbaukosten durch die Verknüpfung mit der umstrittenen Reform des Bauvertragsrechts erheblich zu verzögern oder gar zu scheitern.

Den Vorschlag zu den Aus- und Einbaukosten 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 im unternehmerischen Geschäftsverkehr verbindlich, zumindest aber AGB-fest auszugestalten. Der vorgesehene 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.

Die Vorschläge zur Reform des Bauvertragsrechts lehnen wir ab, da den Bauunternehmen hierdurch erhebliche Verschlechterungen im Vergleich zur derzeit geltenden Rechtslage drohen. Hier bedarf es einer grundsätzlichen Überarbeitung, die den Entwurf zu den Aus- und Einbaukosten nicht verzögern oder gar verhindern darf. Insbesondere widerspricht ein geplantes gesetzliches „Anordnungsrecht“ des Bauherrn, die vertraglich vereinbarte Leistung nachträglich einseitig zu ändern, dem – auch verfassungsrechtlich gebotenen – Einigungsgrundsatz als gesetzlichem Leitbild.

Schon heute finanzieren Bauunternehmer erhebliche Summen für Personal, Gerät und Baumaterial vor, mit Einbau des Materials verlieren sie das Eigentum hieran, das Risiko des Untergangs oder eine Beschädigung des Bauwerks tragen sie bis zur Abnahme ebenso wie die Ein- und Ausbaukosten für mangelhaftes Baumaterial. In der Praxis haben die Unternehmen der Bauwirtschaft häufig mit verzögerten oder verweigerten Abnahmen zu kämpfen, ihre Leistung wird häufig nicht vollständig bezahlt, sodass sie nur zu oft die Entscheidung treffen müssen, berechnete Vergütungsansprüche in jahrelangen (teuren) Prozessen durchzusetzen oder auf ihre berechnete Vergütung zu verzichten. Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, wenn wir einer weiteren Belastung der Liquidität von Bauunternehmen – die Folge des vorliegenden Referentenentwurfs wäre – nicht zustimmen können.

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Bauwirtschaft ist zu groß, als dass die Liquidität der Unternehmen durch einen unausgereiften Gesetzentwurf aufs Spiel gesetzt werden dürfte.

Essentielle Grundfragen für die Unternehmen der Bauwirtschaft werden nicht behandelt. So gibt der Entwurf beispielsweise keine Antwort, ob und wenn ja ab welchem Zeitpunkt der Unternehmer bei einer einseitigen „Anordnung“ (gemeint ist wohl „Leistungsbestimmung“) des Auftraggebers einen Vergütungsanspruch hat, wie dieser Vergütungsanspruch kostengünstig und zeitnah durchgesetzt werden kann, wie der Bauunternehmer künftig sein Vorleistungsrisiko absichern soll, oder wie er auf unberechtigte Abnahmeverweigerungen des Bauherrn bzw. Zahlungsverweigerungen auf Abschlagsrechnungen wirksam reagieren kann.

Im Ergebnis muss der Entwurf zum Bauvertragsrecht grundsätzlich überarbeitet werden. Um den für die Praxis bedeutsamen Entwurf zu den Aus- und Einbaukosten verabschieden zu können, muss er von den Vorschlägen zum Bauvertragsrecht abgetrennt und separat verabschiedet werden.

II. Kaufrechtliche Mängelhaftung

Dass zu den Aus- und Einbaukosten bei mangelhaftem Baumaterial eine gesetzliche Regelung getroffen werden soll, begrüßen wir. Damit wird die vom Bundesgerichtshof im Jahr 2011 geschaffene einseitige Kostenbelastung von Bauunternehmern wieder ausgeglichen, das Verursacherprinzip wieder beachtet und die bisherige Rechtslage (nahezu) wiederhergestellt.

Damit diese wichtige Regelung in der Praxis Anwendung finden kann, müssen drei wesentliche Punkte geregelt werden:

1. Verbindlichkeit zwischen Unternehmen

Ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung muss ausgeschlossen sein, damit die Kosten beim verursachenden Hersteller ankommen und nicht bei den schwächsten Gliedern der Liefer- und Leistungskette „hängen bleiben“.

Insbesondere steht zu befürchten, dass der durch § 439 Abs. 3 BGB-E eingebrachte Schutz der ausführenden Unternehmen konterkariert wird, wenn die oftmals marktstärkeren Lieferanten und Hersteller ihnen gegenüber die Mängelhaftung in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausschließen können. Der Gesetzgeber sollte daher seinen Willen klar zum Ausdruck bringen und das bereits für Verbraucherverträge geltende Verbot abweichender Vereinbarungen (§ 475 Absatz 1 BGB) ausweiten, zumindest aber – wie bereits zum Zahlungsverzug – einen ausdrücklichen gesetzlichen AGB-Schutz vorsehen.

2. Kein Wahlrecht des Verkäufers

Für Baumaterial muss sichergestellt sein, dass der Verkäufer die Kosten trägt und kein Wahlrecht hat, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen. Der Bauunternehmer haftet gegenüber dem Bauherrn. Es ist Sache des Bauunternehmers, die Ausführung seiner Bauleistung zu organisieren und durchzuführen. Es beeinträchtigt den Bauablauf unangemessen, wenn Dritte entscheiden könnten, ob und wann sie auf der Baustelle tätig werden. Dem Verkäufer ein Wahlrecht einzuräumen, in das Vertragsverhältnis zwischen Bauherrn und Bauunternehmer einzugreifen, widerspräche dem Sinn und Zweck eines Rückgriffs (siehe § 478 Absatz 2 BGB).

Dem Verkäufer ein Wahlrecht im Hinblick auf die Durchführung der Nacherfüllung einzuräumen, ist aus Sicht der Bauwirtschaft sowohl nach deutschem Kaufrecht (§ 439 Abs. 1 BGB) als auch nach europäischem Verbraucherschutzrecht (Art. 3 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) systemwidrig. Durchbricht man diese Systematik im Zusammenhang mit den Ein- und Ausbaukosten, führt dies in der Praxis zu erheblichen Abgrenzungsproblemen zwischen verschiedenen Leistungsschuldnern. Insbesondere in Drei-Personen-Verhältnissen (Verkäufer/Baustofflieferant - Käufer/Werkunternehmer - Besteller/Endkunde) stellt sich die Frage, ob sich der Besteller/Endkunde darauf einlassen muss, dass die ihm werkvertraglich geschuldete Nacherfüllung durch einen ihm unbekannten Dritten (Verkäufer/Baustofflieferant), zu dem er keinerlei vertragliche Beziehungen hat, ausgeführt wird.

Darüber hinaus ließe sich in einer solchen Konstellation bei einem später auftretenden Mangel nicht mehr mit Sicherheit festlegen, ob dieser von der ursprünglichen Leistung des Werkunternehmers herrührt oder durch den nachträglichen Aus- und Neueinbau durch den Verkäufer verursacht wurde. Dies liegt weder im Interesse des Bestellers/Endkunden, bei dem der Mangel auftritt, noch im Interesse des Werkunternehmers.

3. Keine Überdehnung der Prüf- und Rügeobliegenheit

Die Prüf- und Rügeobliegenheit des Bauunternehmers als Käufer von Baumaterial darf nicht überdehnt werden (§ 377 HGB). Mängel, zu deren Feststellung umfangreiche, technisch schwierige oder kostenintensive Untersuchungen oder die Beiziehung von Sonderfachleuten erforderlich wären, sind für den Bauunternehmer nicht erkennbar.

III. Bauvertragsrecht

Die Vorschläge zur Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts lehnen wir ab. Sie belasten Bauunternehmer in wesentlichen Punkten zusätzlich. Hier bedarf es einer grundsätzlichen Überarbeitung.

1. Unangemessene Belastung

In der derzeitigen Fassung werden keine bestehenden Probleme gelöst, sondern neue Fragen aufgeworfen. Die Vorschläge haben nicht die notwendige Klarheit sowie rechtliche und wirtschaftliche Ausgewogenheit, um Streit zu vermeiden und rechtssicher durch Bauherren und Unternehmer angewendet werden zu können. Insbesondere bindet ein einseitiges „Anordnungsrecht“ des Bauherrn die Bauunternehmer bis zur Grenze der Zumutbarkeit an neue Vertragsinhalte, von denen sie bei Vertragsschluss noch nichts ahnen konnten. Zugleich wird die Vorfinanzierungspflicht für Bauunternehmer ausgeweitet, ohne ihnen ein klares Leistungsverweigerungsrecht und einen angemessenen wirtschaftlichen Ausgleich sowie dessen zügige Durchsetzbarkeit zu gewähren. Hierdurch werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Bauunternehmen im Vergleich zur derzeit geltenden Gesetzeslage erheblich verschlechtert.

Der Entwurf beruht im Wesentlichen auf den Vorschlägen der vom Bundesministerium der Justiz in der vergangenen Legislaturperiode geleiteten Arbeitsgruppe zum Bauvertragsrecht. Zu deren Abschlussbericht haben wir im Juni 2013 gemeinsam mit dem Zentralverband des Deutschen Handwerks umfassend Stellung genommen und grundlegende Kritikpunkte benannt.

Um Wiederholungen zu vermeiden, verweisen wir auch auf unsere Gemeinsame Antwort vom Mai 2015 zum Fragebogen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz betreffend Rechtsschutz bei Anordnungen des Auftraggebers gemäß der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B.

2. Abschlagszahlungen - § 632a Abs. 1 BGB neu

Durch den Änderungsvorschlag zu § 632a BGB droht ein Eingriff in die Liquidität der Bauunternehmen. Dies würde für die vorleistungspflichtigen Unternehmer eine erhebliche wirtschaftliche Belastung darstellen, die in gravierenden Fällen sogar in die Insolvenz führen kann.

Zwar begrüßen wir im Hinblick auf die Berechnung der Höhe der Abschlagszahlung die in § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB neu vorgenommene Erleichterung. Diese führt in der Praxis jedoch leider nicht zu einem tatsächlichen Geldfluss, da der Bauherr die Bezahlung der Abschlagsforderung nach dem Wortlaut leicht verweigern kann: Er braucht der Abschlagsforderung des Unternehmers lediglich entgegenzuhalten, dass „die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß sind“. Dass man sich während der Bauausführung, in der die Leistung naturgemäß ja noch nicht fertiggestellt ist, trefflich darüber streiten kann, was unter „vertragsgemäß“ zu verstehen ist, liegt auf der Hand.

Nach der Begründung soll die Änderung des § 632a Abs. 1 BGB neu in der Praxis für eine Bestandserstellung der Unternehmer sorgen, jedoch können wir dies aufgrund des Wortlauts der Vorschrift nicht erkennen. Hält der Besteller einer Abschlagsrechnung entgegen, dass die erbrachte Leistung nicht vertragsgemäß ist, so kann er einen Teil der Vergütung (in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten) zurückhalten. Da den Unternehmer nach dem ausdrücklichen Wortlaut die Beweislast für die Vertragsgemäßheit der Leistung trifft, es ihm während der Bauausführung jedoch im Grunde unmöglich ist, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln eine Vertragsgemäßheit seiner Leistung zu beweisen, gelangt man kaum zu der Frage, ob der vom Besteller zurückgehaltene Betrag zutreffend oder aber überhöht ist.

Das Risiko des Bestellers, einen überhöhten Betrag zurückzuhalten, dürfte daher ziemlich gering sein, so dass hier kein Anreiz gesetzt wird, die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten realistisch einzuschätzen. Außer Acht gelassen wird hierbei insbesondere der auch in der Begründung aufgezeigte Widerspruch, dass grundsätzlich die Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB

an die Abnahme geknüpft sind und erst zu diesem Zeitpunkt der Unternehmer verpflichtet ist, ein mangelfreies Werk zu übergeben.

Im Ergebnis sehen wir die Gefahr, dass der Besteller nur eine nicht vertragsgemäße Leistung rügen und hierfür einen (von ihm bestimmten) Einbehalt vornehmen muss, um seiner Zahlungspflicht aus einer Abschlagsrechnung zu entgehen. Nach dem Entwurf ist es zunächst Sache des Unternehmers, zu beweisen, dass seine Leistung doch vertragsgemäß ist. Dies wird ihm in der Praxis jedoch kaum möglich sein. Daher stellt die vorgeschlagene Regelung eine erhebliche Gefahr für die Liquidität der per se vorleistungspflichtigen Unternehmer dar.

§ 632a Abs. 1 BGB müsste neu überarbeitet werden. Satz 2 wäre in Anlehnung an die Regelung in § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B mit einem Verweis auf eine entsprechende Anwendung des § 641 Abs. 3 BGB zu versehen. Satz 3 hingegen halten wir für überflüssig, da dieser lediglich einen allgemeinen Grundsatz der Beweislastverteilung wiederholt. Dieser Satz sollte aus unserer Sicht gestrichen werden.

3. Unklare Abgrenzung „Bauvertrag“ - § 650a BGB neu

Bereits nach heutigem Recht können die Vertragspartner nicht immer rechtssicher beurteilen, unter welchen Vertragstyp eine von ihnen geschlossene Vereinbarung fällt. Für „Bauleistungen“ wird die bereits schwierige Abgrenzung zwischen einem Kaufvertrag mit Montage (§ 433 BGB), einem Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB), einem Werkvertrag (§ 631 BGB) und einem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) noch schwerer, wenn künftig innerhalb des Werkvertrags weitere Vertragsarten unterschieden werden.

Zugleich steigt die Bedeutung einer richtigen Zuordnung des jeweils geschlossenen Vertrags, da ein einseitiges „Anordnungsrecht“, die vereinbarte Leistung nachträglich einseitig zu ändern oder zu ergänzen, bei einem „Bauvertrag“ bestehen soll (§ 650b BGB neu) – nicht jedoch beim allgemeinen „Werkvertrag“ (§ 631 BGB), einschließlich langjähriger Schiffbauverträge (§ 647a BGB), komplexer Softwareentwicklungsverträge etc. Nicht erfasst wären auch der Architekten- und Ingenieurvertrag (§ 650o BGB neu) sowie der Bauträgervertrag (§ 650t BGB neu).

Unklar ist, welche Bestimmungen bei „gemischten“ Verträgen gelten, etwa wenn ein Vertrag sowohl eine Bauleistung als auch Architekten- und Ingenieurleistungen umfasst?

Zum „Bauvertrag“ (§ 650a BGB) fällt auf, dass die Beseitigung eines Bauwerks offenbar nicht darunter fällt und die Instandhaltung nur, wenn das Werk für die Konstruktion oder den Bestand von wesentlicher Bedeutung ist und die angebrachten oder eingebauten Teile mit dem Bauwerk fest verbunden werden (Absatz 2). Ob die Vertragspartner in der Praxis diese unbestimmten Rechtsbegriffe verstehen und damit zutreffend umgehen können, ist fraglich. Wäre beispielsweise die Anbringung eines Wärmedämmverbundsystems an einem bereits bestehenden Gebäude ein „Bauvertrag“, obwohl es weder für die Konstruktion des Gebäudes noch dessen Bestand „wesentlich“ ist?

Hinzu kommt, dass auch ein „Verbraucherbauvertrag“ vorgesehen ist (§ 650h), vordergründig um die bei Umsetzung der Europäischen Verbraucherrechterichtlinie in das deutsche Recht verbliebenen Ausnahmen bei Neubau oder erheblichen Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden zu schließen (siehe § 312 Absatz 2 Nummer 3 BGB), allerdings auch um zusätzliche Pflichten zu einer kostenlosen Leistungsbeschreibung „rechtzeitig vor Vertragschluss“ zu schaffen. Auch hier bestehen weitere Abgrenzungsprobleme (siehe unten 10.).

4. „Befehl und Gehorsam“ – Einseitiges „Anordnungsrecht“? - § 650b BGB neu

Dem Bauherrn ein gesetzliches Recht einzuräumen, die vertraglich vereinbarte Leistung nachträglich einseitig zu ändern, widerspricht dem – auch verfassungsrechtlich gebotenen – Einigungsgrundsatz sowie der Freiheit des Bauunternehmers zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt er einen Vertrag schließt. Dabei sollte der Entwurf berücksichtigen, dass gemäß einer empirischen Studie Leistungsänderungen an erster Stelle aller

Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauvorhaben stehen¹. Außerdem wäre zu beachten, dass bestimmte öffentliche und private Bauherren gemäß einer Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht berechtigt sind, „wesentliche“ Vertragsänderungen vorzunehmen.²

Bislang geht der Entwurf weit über alle bestehenden Regelungen hinaus, wenn dem Bauherrn nicht nur erlaubt wird, Lücken seiner Leistungsbeschreibung zu schließen oder Unrichtigkeiten zu korrigieren, sondern sogar den vereinbarten „Werkerfolg“ nachträglich einseitig zu ändern, einschließlich Art der Ausführung sowie Bauzeit. Vor allem gegen ein „zeitliches“ Anordnungsrecht, das fundamental in den Geschäftsbetrieb des Unternehmers und dessen Organisationsrecht eingreift, hatte sich beispielsweise auch der Deutsche Baugerichtstag wiederholt ausgesprochen³.

Fundament des Bürgerlichen Rechts ist der Einigungsgrundsatz. Sowohl die Leistung als auch die Gegenleistung werden von den Vertragspartnern vereinbart. Eine Einigung ist auch für nachträgliche Änderungen oder Ergänzungen der ursprünglich vereinbarten Leistung oder Gegenleistung erforderlich, selbst bei Störungen der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Einigen sich die Vertragspartner, dass die Leistung ausnahmsweise durch einen Vertragspartner bestimmt werden darf (§ 315 BGB), steht dem anderen die Bestimmung der Gegenleistung zu (§ 316 BGB).

Dieses Prinzip durch einseitige gesetzliche „Anordnungsrechte“ des Bauherrn aufzugeben, ohne dem Bauunternehmer einen angemessenen rechtlichen und wirtschaftlichen Ausgleich zu gewähren, ist nicht akzeptabel. So würde der Bauunternehmer bis zur Grenze der „Zumutbarkeit“ – und für zusätzliche Leistungen sogar noch darüber hinaus – an Vertragsinhalte gebunden, die er bei Vertragsschluss nicht absehen konnte. Seine Vorfinanzierungspflicht stiege und damit das wirtschaftliche Risiko.

Der Referentenentwurf nennt als Grund für diesen fundamentalen Wechsel des bisherigen gesetzlichen Leitbilds eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung. Dies überzeugt zumindest aus Sicht der Bauunternehmer nicht. Es ist nicht ersichtlich, warum im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr die Vertragspartner Vertragsänderungen vereinbaren sollen, sondern ein schon begrifflich nicht geglücktes Prinzip von „Befehl“ und „Gehorsam“ (Anordnung und Leistungserbringung) nunmehr als Leitbild des Gesetzes für Änderungen des Werkerfolgs dienen soll. Da hilft es auch nicht, dass die „Anordnung“ – zumindest soweit sie den Werkerfolg ändert – unter die Prüfung eines Zumutbarkeitskriteriums gestellt wird.

Nur bei einer Änderung des Werkerfolgs (Absatz 1 Nummer 1) soll es auf dessen Zumutbarkeit ankommen und dem Bauunternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen (Absatz 3). Für „zusätzliche“ Leistungen (Absatz 1 Nummer 2) ist keine Beschränkung vorgesehen – abgesehen von den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 275 Absätze 2 und 3), auf die zwar die Begründung, nicht aber der Text des Referentenentwurfs einen Hinweis gibt.

Dass eine solche Beschränkung der Zumutbarkeit nicht richtig sein kann, belegt ein Beispiel: Wenn sich bei Vertragsdurchführung zeigt, dass ein vom Bauherrn beschriebenes Bauvorhaben komplexe – und ursprünglich nicht vorgesehene – Abdichtungsarbeiten im Baugrund erfordert, kann der Bauunternehmer dazu nur verpflichtet sein, wenn sein Betrieb technisch, personell und zeitlich darauf auch eingerichtet ist.

Absehbar ist, dass die im Referentenentwurf vorgesehene Beschränkung der Zumutbarkeit in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen wird. Das erkennt auch die Begründung des Referentenentwurfs. Denn auf Seite 59 wird zu § 650c BGB neu ausgeführt, dass eine Differenzierung zwischen den beiden Anordnungsvarianten – geänderter Werkerfolg bzw. zusätzliche Leistungen –

¹ Haghsheno/Kaben, Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten, in Jahrbuch des Baurechts 2005, Seite 263 (266 folgende).

² Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, § 132 GWB neu – Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit.

³ zuletzt 2014, Arbeitskreis I – Bauvertragsrecht, Empfehlung 1.

schwierig sein und unnötige Probleme bereiten kann. Konsequenter wäre dies dann nicht nur zur Vergütung in § 650c BGB neu zu berücksichtigen, sondern auch in § 650b BGB neu, soweit es um die Zumutbarkeit der angeordneten Leistung und ein entsprechendes Leistungsverweigerungsrecht geht.

Gemäß Absatz 3 kann der Bauunternehmer die angeordnete Leistung verweigern, bis die Vertragspartner sich über die Zumutbarkeit geeinigt haben oder eine gerichtliche bzw. außergerichtliche Entscheidung vorliegt. Dies müsste beide Anordnungsfälle betreffen und auch für die zentrale Frage der Vergütung gelten.

Der vom Referentenentwurf für eine gerichtliche Klärung der Zumutbarkeit offenbar vorgesehene Weg über den Erlass einer einstweiligen Verfügung (siehe Absatz 4) wirft Fragen auf, insbesondere welcher Vertragspartner welchen Antrag stellen soll? Wer trüge das Risiko, dass nach einer einstweiligen Verfügung ein Gericht im Zuge des Hauptsacheverfahrens zu einer anderen rechtlichen Einschätzung gelangt? Wäre der Unternehmer so lange zur Leistungsverweigerung berechtigt oder schwebt über ihm das „Damoklesschwert“ des § 945 Zivilprozessordnung, welcher eine verschuldensunabhängige Haftung vorsieht? Angesichts erheblicher wirtschaftlicher Folgen müsste sich ein Bauunternehmer schon bei geringsten Zweifeln gegen die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts entscheiden. Der praktische Wert dieses vermeintlichen „Rechts“ wäre dann gering, insbesondere solange der Anwendungsbereich einen einseitig geänderten Werkerfolg voraussetzt.

Im Ergebnis wäre ausgewogen zu regeln, dass ein Auftraggeber erforderliche Anpassungen der vereinbarten Bauleistung verlangen kann. Zu deren Ausführung verpflichtet sein kann der Bauunternehmer aber erst dann, wenn sich die Vertragspartner über Zumutbarkeit und Vergütung geeinigt haben (oder eine gerichtliche bzw. außergerichtliche Entscheidung vorliegt).

5. Fehlender Vergütungsanspruch - § 650c BGB neu

Dem Bauunternehmer stünde im Falle einer Anordnung des Auftraggebers gemäß § 650b BGB keine Vorschrift zur Seite, aufgrund derer er die ihm zustehenden Vergütungsansprüche (Nachtragsansprüche) sicher durchsetzen könnte. Denn § 650c BGB neu stellt keine Anspruchsgrundlage für eine Nachtragsvergütung dar, sondern eine „Berechnungsanleitung“. Im Gegensatz zur vorangehenden Überschrift („Anordnungsrecht des Bestellers“) ist hier von einer „Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b“ die Rede.

Wenn der „vermehrte oder verminderte Aufwand“ berechnet werden soll nach den „tatsächlich erforderlichen Kosten“, wäre klarzustellen, dass der Anspruch des Bauunternehmers darauf bereits mit der „Anordnung“ (begrifflich sauber „Leistungsbestimmung“) des Bauherrn entsteht und auch Abschlagszahlungen darauf beansprucht werden können. Dies sieht der Referentenentwurf bislang nicht vor mit der Folge, dass Bauunternehmer eine im Voraus nicht kalkulierbare Vorfinanzierungspflicht träge für eine Leistung, die der Bauunternehmer nicht angeboten hat, sondern zu der er aufgrund einer nachträglichen einseitigen „Anordnung“ des Bauherrn verpflichtet wurde. Klarzustellen wäre, wie „Baustellengemeinkosten“ abgerechnet werden sollen (Absatz 2).

Dass Bauunternehmer, wenn man ihnen spiegelbildlich zur Leistungsbestimmung des Bauherrn schon nicht die freie Bestimmung ihrer Vergütung gemäß § 316 BGB einräumt, zumindest wählen können, ob sie die „tatsächlich erforderlichen Kosten“ nebst Zuschlägen abrechnen oder auf eine hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen (Absatz 3), ist zu begrüßen. Wenn dies allerdings „vereinbart“ sein muss, könnte der Bauherr stets verhindern, dass die Regelung jemals zur Anwendung kommt. Maßgebend kann daher nur sein, dass die Urkalkulation bei Vertragsschluss hinterlegt worden ist, und zwar in einem verschlossenen Umschlag, der nur gemeinsam geöffnet werden darf, um den sensiblen Charakter als Geschäftsgeheimnis zu wahren.

6. Fehlende Streitlösung

Für das derzeit drängendste Problem auf fast allen Baustellen, nämlich baubegleitend möglichst schnell und kostengünstig über Streitfragen betreffend Leistungsumfang und Vergütung (vorläufig) zu entscheiden, gibt der Entwurf nur eine Teilantwort: Der Bauunternehmer darf die Ausführung ei-

ner vom Bauherrn nachträglich einseitig angeordneten Änderung des vereinbarten Werkerfolgs verweigern, bis die Vertragspartner sich über deren Zumutbarkeit geeinigt haben, eine gerichtliche Entscheidung vorliegt oder – soweit die Vertragspartner dies vereinbart haben – eine außergerichtliche Entscheidung getroffen ist (siehe § 650b Absatz 3 neu). Warum die für Bauunternehmer zentrale Frage der Vergütung hier nicht eingebunden wird, bleibt offen.

Nicht akzeptabel ist, dass die Durchsetzbarkeit der Vergütung für einseitige Anordnungen in keiner Weise gewährleistet wird. Wenn es hierzu in der Begründung heißt, dass die Abfrage bei den Mitgliedern der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zu dem Ergebnis führte, dass in der Regel trotz teils erheblicher Differenzen über Anordnungen nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B während der laufenden Bauarbeiten kein gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen und der Streit der Parteien erst im Zusammenhang mit der Schlussabrechnung ausgetragen wird und daher derzeit von der Einführung eines speziellen Bauverfügungsverfahrens abgesehen wird, dann werden aus Sicht der Bauwirtschaft sowohl die Praxis als auch die Antworten auf die Umfragen verkannt.

Einen effektiven einstweiligen Rechtsschutz gibt es für diese Konstellation derzeit nicht. Der Arrest nach § 916 ZPO bringt keine Vergütung, sondern allenfalls eine Sicherung des Anspruchs. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bezüglich einer Geldforderung ist unzulässig. Die Begründung unterliegt daher einem Zirkelschluss: Weil es keinen effektiven Rechtsschutz gibt, wird er nicht in Anspruch genommen, deshalb muss man ihn auch nicht schaffen.

Ein etwaiges Anordnungsrecht des Bestellers setzt aus unserer Sicht zwingend eine klare und handhabbare Regelung zur Preisanpassung sowie eine effiziente Streitbeilegung voraus. Diese drei Bereiche dürfen nur gemeinsam geregelt werden.

7. Pauschal gekürzte Sicherheit - § 650d und § 650e BGB neu

Der Bauunternehmer ist vorleistungspflichtig und hat daher ein berechtigtes Interesse, seinen Vergütungsanspruch für die auf eigene Kosten vorfinanzierte Bauleistung abzusichern. Ob vorläufige Abschlagszahlungen vereinbart sind oder beansprucht werden, hat keinen Einfluss darauf, dass bis zur Abnahme der Bauunternehmer das volle Risiko einer Beschädigung oder des Untergangs des auf seine Kosten erstellten Bauwerks trägt. Endgültig abgerechnet werden Abschlagszahlungen erst nach der Abnahme im Rahmen der Schlussrechnung.

Bislang ist der Bauunternehmer daher berechtigt, vom Bauherrn auf eigene Kosten eine Sicherheit für die vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung zu verlangen. Die Regelung des § 648a BGB hat sich in der Praxis als wirkungsvolles Sicherungsinstrument mit Blick auf eine Sicherung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers bewährt. Dieses Instrument soll nach den Vorstellungen des Entwurfs nun derart beschnitten werden, dass nach Abs. 4 des § 650 e BGB-E zukünftig nur noch eine Sicherheit von höchstens 20 % der vereinbarten Vergütung verlangt werden darf, wenn der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen verlangt oder Abschlagszahlungen vereinbart sind. Im Ergebnis führt der Entwurf zu einer wesentlichen Entwertung dieses für die Praxis wichtigen Sicherungsmittels.

Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, im Referentenentwurf eine Sicherheit des Bauunternehmers pauschal auf 20 % der vereinbarten Vergütung zu beschränken, nur weil vorläufige Abschlagszahlungen verlangt werden oder vereinbart sind (§ 650e Absatz 4 BGB neu).

In der Praxis kommt es immer wieder zu schleppenden Zahlungen oder sogar Zahlungsverweigerungen im Hinblick auf Abschlagsforderungen. Dennoch läuft das Bauvorhaben weiter und der Unternehmer erbringt weitere Bauleistungen, deren Vergütung ungesichert ist.

Eine Begrenzung des Sicherungsanspruchs wäre (wenn überhaupt) nur denkbar, soweit Abschlagszahlungen nicht nur verlangt werden oder vereinbart sind, sondern entsprechende Zahlungen an den Bauunternehmer auch tatsächlich erfolgt sind. Die Sicherheit in voller Höhe

würde sich dann mit jedem Zahlungseingang verringern. Bis zum Erhalt der letzten entsprechenden Abschlagszahlung wäre das Risiko des Bauunternehmers höher als die im Referentenentwurf pauschal vorgesehenen 20 % der „vereinbarten Vergütung“.

Unangemessen ist diese pauschale Beschränkung auch deshalb, weil die Vergütung für „Nachträge“ als Folge nachträglicher einseitiger „Anordnungen“ des Auftraggebers nur erfasst wäre, soweit sie „vereinbart“ ist. Solange es keine „Vereinbarung“ gibt, wären diese Ansprüche nicht abgesichert. Eine untragbare Situation!

8. Missglückte Abnahmefiktion - § 640 Absatz 2 BGB neu

Laut Begründung des Referentenentwurfs kommt für eine Abnahme die bisherige Fiktion des § 640 BGB dann nicht zur Anwendung, wenn der Besteller nach Fristsetzung durch den Unternehmer die Abnahme verweigert, ohne Mängel zu benennen. Das ist unzutreffend. Gemäß § 640 Absatz 1 Satz 3 BGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Die Fiktion greift also unabhängig davon ein, ob der Besteller Mängel benennt oder nicht. Entscheidend ist nur, dass das Werk objektiv abnahmereif ist und der Besteller es nicht binnen der Frist abnimmt.

Allerdings kommt es in der Praxis durchaus vor, dass der Bauherr auf ein Abnahmeverlangen schlicht schweigt. Dann muss der Unternehmer nachweisen, dass das Werk abnahmereif war, um die fiktive Abnahme herbeizuführen. Hier ist sicher sinnvoll, die Beweislast zu ändern und den Bauherrn zur Rüge wesentlicher Mängel zu verpflichten, um die Abnahmefiktion nicht eintreten zu lassen. Dieses Ziel verkehrt der Referentenentwurf aber zu Lasten der Unternehmer ins Gegenteil.

Laut jetziger Formulierung reicht – scheinbar – aus, dass der Bauherr innerhalb der gesetzten Frist die Abnahme unter Angabe irgendwelcher Mängel verweigert. Ob diese Mängel zutreffen oder nicht, ist für § 640 Absatz 2 BGB neu offenbar irrelevant. Es müssen auch keine wesentlichen Mängel sein. Mit anderen Worten: Der Bauherr hat es – scheinbar – in der Hand, schon durch die Benennung unwesentlicher Mängel die Abnahmefiktion zu verhindern, obwohl diese Mängel möglicherweise alle nicht gegeben sind und das Werk abnahmereif ist. Das ist laut Gesetzesbegründung nicht das Ziel. Gemäß Seite 51 Absatz 2 des Referentenentwurfs soll die Möglichkeit der fiktiven Abnahme erhalten bleiben. Sie soll *„allerdings effektiver ausgestaltet werden und dabei die Interessen, Risiken und Belastungen zwischen den Parteien gerecht verteilen. Eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme soll weitgehend ausgeschlossen werden“*.

Eine taugliche Formulierung müsste daher die bisherige Fiktion ermöglichen und zusätzlich eine Fiktion für den Fall enthalten, dass der Besteller keine wesentlichen Mängel benennt.

9. Zustandsfeststellung erschwert Abnahme - § 650f BGB neu

Ergänzend zur Abnahmefiktion für alle Werkverträge (§ 640 Absatz 2 BGB neu) wird für den „Bauvertrag“ bestimmt, dass wenn der Bauherr die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert, der Unternehmer verlangen kann, dass der Bauherr an einer Zustandsfeststellung des Werks mitwirkt (§ 650f Absatz 1 BGB neu). Ergänzend heißt es, dass wenn das Werk dem Bauherrn verschafft worden und in der Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht angegeben ist, vermutet wird, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden ist, diese Vermutung allerdings nicht gilt, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht worden sein kann (Absatz 2).

Welche Rechtsfolge eintreten soll, wenn der Bauherr seiner Pflicht zur Mitwirkung an der Zustandsfeststellung nicht nachkommt, bleibt ungeregelt. Warum sollten Bauherren dann nicht einfach der Zustandsfeststellung fernbleiben? Anstatt einer unberechtigten Abnahmeverweigerung entgegenzuwirken, schafft der Referentenentwurf damit neue Umgehungsmöglichkeiten und entwertet so die grundsätzlich positive Abnahmefiktion des § 640 BGB.

Konsequent wäre hier eine Regelung, wonach bereits von vornherein ein Termin zur Zustandsfeststellung und Abnahme gesetzt werden kann und die Abnahmefiktion eintritt, wenn

- (1) der Unternehmer dem Bauherrn die Fertigstellung der Bauleistung anzeigt und eine angemessene Frist zur Zustandsfeststellung und Abnahme setzt und
- (2) der Bauherr untätig bleibt oder
- (3) im Termin zur Zustandsfeststellung und Abnahme keine wesentlichen Mängel benennt, die ihn zur Abnahmeverweigerung berechtigen.

10. Verbraucherbaupvertrag - kostenlose Planung? - §§ 650h bis m BGB neu

Im Hinblick auf die neuen Regelungen zum Verbraucherbaupvertrag stellt sich die Frage, ob dieses Thema tatsächlich durch die Schaffung eines neuen Vertragstypus normiert werden muss, oder ob nicht die Erweiterung bestehender Regelungen systemkonformer und praxistauglicher wäre.

a) Informationspflichten des Unternehmers

Im letzten Jahr sind die Verbraucherrechte durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte umfassend gestärkt worden (§§ 312 ff. BGB). Hierdurch sind weit reichende Informationspflichten des Unternehmers in das BGB aufgenommen worden. Überdies ist ein sehr weitgehendes Widerrufsrecht für Verbraucher mit entsprechenden Belehrungspflichten für die Unternehmer eingeführt worden. Aus unserer Sicht wäre es daher sachgerecht, die nun für den Bereich des Neubaus und des erheblichen Umbaus vorgesehenen Informationspflichten und Widerrufsrechte im Rahmen der bereits bestehenden Vorschriften zu regeln. Insbesondere bedürfte es dann nicht der erneuten Regelung der vorvertraglichen Informationspflichten. Zusätzlich könnte der Verbraucherschutz beim Bauträgervertrag in der MaBV gestärkt werden, so dass alle Bereiche des „Verbraucherbaupvertrags“ abgedeckt wären.

Dies hätte nicht nur den Vorteil, dass eine Unterscheidung zwischen „Verbraucherbaupvertrag“ und „normalem Verbraucherwerkvertrag“ obsolet wäre. Darüber hinaus wären die Vorschriften zum Verbraucherschutz einheitlich und konzentriert geregelt.

Folgte man diesem Konzept, würden sich auch die neuen Vorschriften zur Baubeschreibungspflicht nach § 650i BGB neu in Verbindung mit Artikel 249 EGBGB neu erübrigen. Diese würden – zumindest in Teilen – von den bereits bestehenden Informationspflichten nach den §§ 312 ff. BGB umfasst. Die darüber hinausgehenden Baubeschreibungspflichten, die in Artikel 249 EGBGB neu vorgesehen sind, lehnen wir ab. Oftmals ist der Unternehmer gar nicht in der Lage, für den Verbraucher eine derart detaillierte Baubeschreibung zu erstellen, und diese dem Verbraucher dann kostenlos „rechtzeitig vor Vertragsschluss“ zur Verfügung zu stellen.

Hier wird verkannt, dass der Verbraucher Bauherr und Auftraggeber ist und er die von ihm gewünschte Leistung beschreiben muss. Geht die Regelung zur Baubeschreibung dann sogar so weit wie in § 650j BGB neu vorgegeben, wonach bei einer unvollständigen oder unklaren Baubeschreibung der Vertrag unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, ergänzend auszulegen ist und bei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten die für den Verbraucher günstigste Auslegung maßgeblich ist, dann stellen zukünftig Verbraucherbaupverträge für die Bauunternehmer eine nicht zu kalkulierende Risikoquelle dar. Kein Unternehmer kann im Vorfeld erahnen, welche Komfort- und Qualitätsstandards zur Grundlage gemacht und für die Bewertung der Leistung herangezogen werden. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe in Kombination mit dem Anforderungskatalog zum Inhalt der Baubeschreibung in Artikel 249 § 2 EGBGB neu würden in der Praxis dazu führen, dass Verbraucherbaupverträge für eine Vielzahl von Unternehmen wirtschaftlich nicht mehr handhabbar wären.

Erschwerend kommt hinzu, dass dem Bauunternehmer durch diese Regelungen Planungsaufgaben auferlegt werden, die er zum einen unentgeltlich erbringen müsste. Zum anderen stellt

sich dann auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese Leistungen erbracht werden dürfen, welche Versicherungen beispielsweise abzuschließen wären.

Wir fordern daher – wenn eine derart weitgehende Baubeschreibungspflicht überhaupt aufrechterhalten bleibt –, dass diese auf Bauträgerverträge beschränkt wird. Dies wäre im Ergebnis sachgerecht. Beim Bauträgervertrag ist der Bauträger derjenige, der die Planung vorgibt und dem Verbraucher letztlich ein vom ihm vollständig geplantes Bauwerk anbietet.

In allen anderen Fällen reicht es aus, wenn der Unternehmer seinen allgemeinen Informationspflichten aus dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie nachkommt. Diese Regelungen können ohne großen gesetzgeberischen Aufwand auch auf den Bau von neuen Gebäuden oder erheblichen Umbaumaßnahmen ausgedehnt werden. Da die entsprechenden Regelungen dort bereits seit dem letzten Jahr bestehen, leuchtet nicht ein, warum nun neue – inhaltlich abweichende – Pflichten eingeführt werden sollen. Unterschiedliche Regelungen zu Verbraucherbauverträgen und einfachen Verbraucherwerkverträgen an verschiedenen Stellen des BGB sind weder für Verbraucher noch für Bauunternehmer verständlich.

b) Widerrufsrecht des Verbrauchers

Die im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie im vergangenen Jahr neu eingeführten §§ 312 ff. BGB regeln das Widerrufsrecht der Verbraucher umfassend. Konsequenterweise muss daher auch das Widerrufsrecht bei einem Verbraucherbauvertrag dort geregelt werden. Eine andere Verortung führt ansonsten zu dem nicht nachvollziehbaren Ergebnis, dass für Werkverträge über Einzelleistungen andere Widerrufsregelungen gelten (§§ 312 ff. BGB) als für Verbraucherbauverträge (§§ 650h bis m neu). Die dadurch entstehende Vielzahl inhaltlich auseinanderlaufender Regelungen ist nicht praktikabel und kann auch unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes nicht gewollt sein. Bauunternehmer und Verbraucher müssten für die richtige Einordnung der Widerrufsrechte eine Abgrenzung zwischen Verbraucherbauvertrag und „normalem“ Werkvertrag vornehmen, um bewerten zu können, welche Rechte dem Verbraucher zustehen. Dies kann weder von einem Bauunternehmer noch von einem Verbraucher verlangt werden und würde in der Praxis zu vielen Problemen führen.

c) Beschränkung von Abschlagszahlungen

Erschwerend kommt für die Bauunternehmer im Bereich des Verbraucherbauvertrages noch hinzu, dass ihre Liquidität durch den Referentenentwurf dadurch beeinträchtigt wird, dass der Bauunternehmer nach § 650i Absatz 1 BGB neu Abschlagszahlungen nur noch in Höhe von 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung verlangen kann. Hinzu kommt die Regelung in Absatz 2, wonach der Unternehmer zusätzlich verpflichtet ist, dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten.

Diese Sicherheiten, die der Unternehmer zu erbringen hat, werden in der Praxis in einer Vielzahl von Fällen dazu führen, dass der Verbraucher diesen Betrag (15% der vereinbarten Gesamtvergütung) nicht an den Unternehmer auszahlen und der Unternehmer vor die Wahl gestellt wird, seine berechnete Werklohnforderung auf dem Rechtsweg geltend zu machen oder auf sie zu verzichten.

d) Bauhandwerkersicherung

Die notwendige Absicherung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers wird im Verbraucherbereich dadurch erschwert, dass der Unternehmer nicht berechtigt ist, von einem Verbraucher eine Bauhandwerkersicherung zu verlangen (§ 650e Absatz 6 Nummer 2 BGB neu).

Dieser gesetzlichen Privilegierung des Verbrauchers bei Einfamilienhäusern (Herstellung oder Instandsetzung) lag im Kern die Überlegung zugrunde, dass der Unternehmer durch die unbegrenzte Haftung des Bauherrn mit seinem Privatvermögen ausreichend abgesichert ist. Spätestens seit Einführung des Verbraucherinsolvenzverfahrens ist diese Begründung nicht mehr tragfähig. Der Grund für das „Verbraucherprivileg“ ist somit entfallen.

Ist der Verbraucher durch die Regelungen in § 650I Absatz 1 und 2 BGB neu abgesichert, muss im Gegenzug der Anwendungsbereich der Bauhandwerkersicherung auch auf Verbraucherbauverträge ausgedehnt werden. Der Umstand, dass nach dem Referentenentwurf Unternehmer eine Sicherheit in den Fällen verlangen können, in denen sie von einem Verbraucher mit einer Einzelleistung beauftragt worden sind, ist insoweit ein Schritt in die richtige Richtung.

e) Übergabe von Unterlagen

Die Regelung zur Übergabe von Unterlagen in § 650m BGB neu greift zu kurz, um für Rechtssicherheit zu sorgen. Aufgrund der Verwendung mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe sind zahlreiche Praxisprobleme und Diskussionen zwischen den Vertragsparteien absehbar, die regelmäßig auch zu unberechtigten Abnahme- und Zahlungsverweigerungen führen werden. Darüber hinaus kann der Unternehmer nicht vorhersehen, welche Unterlagen und Dokumente von Behörden oder Dritten, etwa Darlehensgebern, verlangt werden. Soll der Unternehmer verpflichtet sein, diese Unterlagen und Dokumente zu erstellen, muss der Verbraucher im Gegenzug verpflichtet werden, diese Leistungen zu vergüten.

11. Gesamtschuldnerische Haftung - § 650s BGB neu

Nach § 650s BGB neu soll eine Inanspruchnahme des (den Mangel zumindest mitverursachenden) Architekten auf Schadenersatz wegen Mängeln am Bauwerk im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer erst dann zulässig sein, wenn der Besteller dem bauausführenden Unternehmer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Eine solche zwingende Rangfolge der Inanspruchnahme ist nicht sachgerecht.

Die seitens der Architekten behauptete „überproportionale Belastung“ ist bislang in keiner Weise belegt. Ebenso wenig wurden bislang die „insolvenzbedingten Ausfälle“, die angeblich im Innenverhältnis beim Regress des Architekten gegen den Bauunternehmer vermehrt auftreten, anhand konkreter Zahlen nachgewiesen.

Außer Acht gelassen wird hier auch, dass ein Architekt oder Ingenieur gesamtschuldnerisch nur dann haftet, wenn er einen Mangel durch mangelhafte Erfüllung seiner Planungsaufgabe und/oder fehlerhafte Bauüberwachung (mit-)verursacht hat.

III. Fazit

Die Vorschläge zum Bauvertragsrecht lehnen wir ab. Wir halten sie für grundsätzlich überarbeitungsbedürftig, insbesondere weil neue gesetzliche Mechanismen geschaffen werden sollen, bevor eine Analyse der Ursachen für Streitigkeiten vorgenommen wurde und eine faire Risikoverteilung erfolgen kann. Die Vorschläge sind rechtlich und wirtschaftlich unausgewogen. Sie setzen falsche Anreize und belasten – insbesondere mit einem einseitigen gesetzlichen „Anordnungsrecht“ des Bauherrn – die Bauunternehmer unangemessen.

Den Vorschlag zu den Aus- und Einbaukosten 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 im unternehmerischen Geschäftsverkehr verbindlich, zumindest aber AGB-fest auszugestalten. Um den für die Praxis bedeutsamen Entwurf zu den Aus- und Einbaukosten verabschieden zu können, muss er von den Vorschlägen zum Bauvertragsrecht abgetrennt und separat verabschiedet werden.