

DER HAUPTGESCHÄFTSFÜHRER



Zentralverband Sanitär Heizung Klima, Postfach 17 61, 53735 St. Augustin

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Herrn Dr. G. Schomburg
Mohrenstr. 37
10117 Berlin

e-Mail: schomburg-ge@bmjv.bund.de

16.11.2015

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

Sehr geehrter Herr Dr. Schomburg,

für die Übersendung des Referentenentwurfs, die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme und die Einladung zum Anhörungstermin, danke ich Ihnen. Ich werde an der Anhörung teilnehmen.

Beiliegend erhalten Sie die Stellungnahme des ZVSHK mit zwei Anlagen.
Als Ergebnis der Prüfung muss ich Ihnen mitteilen, dass der ZVSHK beide Teile des Referentenentwurfs ablehnt. Wir halten die im Referentenentwurf enthaltenen Bestimmungen größtenteils für nicht sachdienlich und nicht hilfreich, weder zur Lösung der Verbraucherprobleme im Bauvertragsrecht noch für Bauhandwerksbetriebe im Fall der kaufrechtlichen Mängelhaftung. Vor allem halten wir die Trennung der beiden Vorhaben für zwingend erforderlich.

Gerne werden wir an der weiteren Diskussion mit Ihrem Hause zur Lösung der Probleme teilnehmen.

Freundliche Grüße

Zentralverband Sanitär Heizung Klima

Rechtsanwalt Elmar Esser
Hauptgeschäftsführer

Anlagen

Zentralverband Sanitär Heizung Klima
Postfach 1761, 53735 St. Augustin
Rathausallee 6, 53757 St. Augustin
Telefon 02241 9299-0
Telefax 02241 9299-312
info@zvshk.de
www.wasserwaermeluft.de
www.zvshk.de



REFORM DES BAUVERTRAGSRECHTS UND ZUR ÄNDERUNG DER KAUFRECHTLICHEN MÄNGELHAFTUNG

**Referentenentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des
Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen
Mängelhaftung vom 10.09.2015**

**Stellungnahme des Zentralverbandes Sanitär Heizung Klima
ZVSHK**

Sankt Augustin, 16. November 2015

Der Zentralverband Sanitär Heizung Klima (ZVSHK) lehnt beide Teile des Referentenentwurfs ab.

Ein wesentlicher Mangel ist die fehlende Trennung von zwei voneinander unabhängigen Gesetzesvorhaben, die nicht miteinander verbunden werden können, weder inhaltlich noch rechtssystematisch.

Die Bestimmungen des Entwurfs sind nicht sachdienlich, nicht verhältnismäßig und dienen nur bedingt den Zielen der Verbraucher im Bauvertragsrecht und den Zielen der Käufer in der kaufrechtlichen Mängelhaftung.

Inhalt

Teil 1 – zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung	2
1.1 Referentenentwurf vom 10.09.2015	2
1.2 Alternative: Vertragliche Vereinbarung zwischen Marktpartnern	5
1.3 Weitere Alternative: Vertragliche Vereinbarung unter Einbeziehung der Herstellergarantien	6
Teil 2 – zur Reform des Bauvertragsrechts	8
zum Werkvertrag	8
zum Bauvertrag	9
zum Verbraucherbauvertrag	12
zur gesamtschuldnerischen Haftung	15

Teil 1 – zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

1.1 Referentenentwurf vom 10.09.2015

Das Ziel der Koalitionsvereinbarung mit der „Verbesserung der Rechtsposition des Werkunternehmers“ im Bereich der verschuldensunabhängigen Erstattung von Aus- und Einbaukosten in Kaufverträgen zu Baumaterialien wird mit dem Referentenentwurf nicht erreicht, da er folgende Mängel aufweist:

Zu Nr. 7 a) Anspruch aus § 439 Abs. 3 BGB-E

(a) Abs. 3 S. 1 u. S. 2, Wahlrecht des Verkäufers bei kaufvertraglicher Nacherfüllung

Der für SHK-Bauhandwerksbetriebe einschlägige Satz 1 gibt dem Verkäufer das Wahlrecht, an der vom Käufer beim Besteller im Rahmen eines Werkvertrages eingebauten mangelhaften Sache (Baumaterial) entweder selbst den Aus- und Einbau im Haus des Bestellers vorzunehmen oder dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für dessen werkvertragliche Mängelbeseitigung zu ersetzen.

Im Fall der Selbstvornahme des Verkäufers wirft dies die Frage auf, ob der Besteller (Auftraggeber, Bauherr) verpflichtet ist, in seinem Haus einen fremden Dritten (Verkäufer) an der mangelhaften Werkleistung des Unternehmers (Käufer) arbeiten zu lassen. Dies wird der Besteller nur „zulassen“, wenn der Verkäufer als Erfüllungsgehilfe des Käufers/Unternehmers im Rahmen der werkvertraglichen Nacherfüllung handelt.

Im Falle nicht erfolgreicher oder mangelhafter (werkvertraglicher) Nacherfüllung bzw. des verletzenden Eingriffs des Verkäufers (Erfüllungsgehilfen) in die Werkleistung oder in die Rechtsgüter des Bestellers ergeben sich weitere Probleme für den Unternehmer (Käufer) im Rahmen der werkvertraglichen Mängelrechte des Bestellers.

Daraus ergibt sich ein kaufvertraglicher (verschuldensabhängiger) Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer.

Würde man die Stellung als „Erfüllungsgehilfen“ ablehnen, käme es in VOB/B-Verträgen zur Kollision mit der Selbstausführungspflicht des Auftragnehmers gemäß § 4 Abs. 8 S. 1 VOB/B. Eine schriftliche Zustimmung des Bestellers/Auftraggebers zur Übertragung der werkvertraglichen Nacherfüllung auf einen selbständig handelnden Dritten (Verkäufer) wäre erforderlich, wobei der Auftragnehmer/Käufer dennoch für die Leistung des Dritten/Verkäufer verantwortlich bleibt.

Wie in Gesprächen mit Vertretern des SHK-Großhandels festgestellt werden konnte, werden Großhändler als „Verkäufer“ zur kostengünstigen Durchführung der Selbstvornahme kleinere Handwerksbetriebe für ein Gebiet in einem Zeitraum mittels Rahmenvertrag verpflichten, die anfallende „Selbstvornahmen“ des Verkäufers durchzuführen.

(b) Abs. 3 S. 1 u. S. 2, Bestimmung des „Verwendungszwecks“ bzw. der „Verwendung“

Ob die unterschiedliche Behandlung des Abs. 3 Satz 1, der hinsichtlich des Verwendungszwecks der Kaufsache auf den Fehlerbegriff des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB abstellt, und des Abs. 3 Satz 2, der auf die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung und damit auf den Fehlerbegriff des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB abstellt, gerechtfertigt ist, soll nicht Gegenstand der Kritik sein. Für den Baubereich des Abs. 3 Satz 1 muss es bei der derzeit vorgesehenen Regelung verbleiben.

Zu Nr. 3 a) Abdingbarkeit des Anspruchs aus § 439 Abs. 3 BGB-E gemäß § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E

Das Klauselverbot in § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E dient dem Schutz der Nacherfüllungsansprüche des Verbrauchers gemäß § 439 Abs. 2 und 3 BGB in Kaufverträgen.

Der Schutz des gewerblichen Käufers (Bauunternehmer) ist mit § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E nicht gewährleistet. § 439 Abs. 3 BGB-E ist zwischen Unternehmern grundsätzlich abdingbar. Der Verkäufer wird diese Möglichkeit mittels seiner AGB-Klausel wahrnehmen.

Nicht teilen können wir die Ausführungen in der Begründung des Referentenentwurfs, Seite 36, zu dem durch die Rechtsprechung zu erwartenden Schutz des gewerblichen Käufers über die Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1, 2 BGB. Wir denken, dass es nach einem längeren Übergangszeitraum der Rechtsunsicherheit zu einer höchstrichterlichen Entscheidung zu Lasten der gewerblichen Käufer kommen wird.

Wir begrüßen die zu § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E vorgesehene Aufhebung des Klauselverbots für Werkverträge mit Verbrauchern gemäß § 635 Abs. 2 BGB.

Zu Nr. 9 Rückgriff des Verkäufers §§ 445a, b BGB-E

Zwar ist § 445a Abs. 1 BGB-E ein selbständiger Regressanspruch des Verkäufers gegen seinen gewerblichen (Vor-)Lieferanten, der neben den normalen kaufvertraglichen Mängelrechten geltend gemacht werden kann. Es ist aber nicht ersichtlich, dass dieser „atypische“ Mängel-/Regressanspruch im b2b-Bereich als AGB-fest ausgestaltet ist. Eine AGB-Bestimmung des (Vor-)Lieferanten kann diesen Regressanspruch des „Verkäufers“ abbedingen.

Auch die Bedingung in Abs. 1 am Ende, dass der Mangel bereits bei Übergang der Gefahr vom (Vor-)Lieferanten auf den „Verkäufer“ vorhanden gewesen sein musste, lässt sich nur bei Konstruktions- und eindeutigen Fabrikationsmängeln nachweisen. In der derzeitigen Formulierung ist das Tatbestandsmerkmal anspruchsbegründend ausgestaltet, also vom „Verkäufer“ zu beweisen. Das TBW sollte anspruchshemmend oder anspruchvernichtend als Einrede ausgestaltet werden.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung wird die Abdingbarkeit oder AGB-Festigkeit im b2b-Verhältnis nur einheitlich für die beiden Ansprüche aus § 439 Abs. 3 BGB und § 445a Abs. 1 BGB feststellen können.

Zu Nr. 7 b) Begrenzung des Nacherfüllungsanspruchs wegen Unverhältnismäßigkeit § 439 Abs. 4 BGB-E

Der neue Anspruch aus § 439 Abs. 3 BGB-E wird derzeit nicht von der Kostenbegrenzungsregelung des § 439 Abs. 4 BGB-E (neu, bisher Absatz 3), erfasst, da der Wortlaut in Abs. 4 (neu) sich nur auf „die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung“ (§ 439 Abs. 1 BGB) bezieht.

Somit sieht der Referentenentwurf für den neuen Anspruch aus Abs. 3 im b2b-Verhältnis bisher keine Kostenbegrenzung vor. Ein Vergleich mit der Regelung für Kaufverträge mit Verbrauchern gemäß § 475 Abs. 4 S. 2 BGB-E lässt vermuten, dass auch im b2b-Verhältnis eine solche Kostenbegrenzung vom Gesetzgeber angestrebt wird bzw. gewollt ist.

Sollte aber daran gedacht werden, in die Begrenzungsregelung des § 439 Abs. 4 BGB-E (bisher Abs. 3) auch den neuen Anspruch aus Abs. 3 einzubeziehen, sei auf § 439 Abs. 4, S. 3, HS 2 BGB-E hingewiesen, der bei absoluter Unverhältnismäßigkeit (sofern die einzig mögliche Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten verursacht) ein absolutes Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers vorsieht. Der Verkäufer kann dann auf die sekundären Mängelrechte aus § 437 Nr. 2 und 3 BGB verweisen. Aus diesem Grund erscheint eine Einbeziehung des neuen Anspruchs aus Abs. 3 in den Anwendungsbereich des § 439 Abs. 4 BGB-E, sofern dies beabsichtigt ist, nicht sachgerecht.

Sachgerecht erscheint es, für den Aufwandsersatz des § 439 Abs. 3 S. 1, 2. Alt. BGB-E auf den Umfang des § 635 Abs. 2 und auf die Begrenzung des § 635 Abs. 3 BGB hinzuweisen.

Aufgrund dieser zahlreichen Mängel lehnen wir den Entwurf zu § 439 Abs. 3 BGB-E mit allem Nachdruck ab.

1.2 Alternative: Vertragliche Vereinbarung zwischen Marktpartnern als Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB

Für mangelhafte Baumaterialien ist das kaufvertragliche Mängelrecht nur unzureichend ausgestaltet, zumindest hinsichtlich der verschuldensunabhängigen Ersatzleistung des Verkäufers, soweit er Händler und nicht Produkthersteller ist. Dies ist seit vielen Jahren bekannt.

Die Rechtsprechung argumentierte damit, dass auch bei Baumaterialien der Anspruch aus den Mängelrechten nicht weiter gehen könne als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aus § 433 BGB. Diese Argumentation ist seit den beiden EuGH-Urteilen C 65/09 und C 87/09 zum Verbraucherschutz brüchig geworden.

In Kenntnis der bisherigen Rechtslage hat der ZVSHK zur Abwendung von Nachteilen für seine ca. 28.000 Mitgliedsbetriebe des SHK-Handwerks gehandelt. Seit ca. 40 Jahren schließt der ZVSHK (Versprechensempfänger) mit Produzenten/Hersteller der SHK-Branche (Versprechende) sogenannte

Haftungsübernahmvereinbarungen (HÜV)

ab, die als Verträge zugunsten Dritter, den SHK-Mitgliedsbetrieben (Begünstigte) ein selbständiges Forderungsrecht gemäß § 328 Abs. 1 BGB geben (Anlage 1 – Mustervertrag zur HÜV).

Für den Fall, dass der Mitgliedsbetrieb/SHK-Handwerksbetrieb ein Bauprodukt eines Gewährleistungspartners (SHK-Hersteller) eingebaut hat, das zum Zeitpunkt der werkvertraglichen Abnahme bereits mit einem Mangel (unerkannt) belastet war, und der Mitgliedsbetrieb aus diesem Grund die werkvertraglichen Mängelansprüche des Bestellers/Auftraggebers zu erfüllen hat, hat der SHK-Mitgliedsbetrieb aus der HÜV einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen. Meist sind dies die Kosten aus seiner primären werkvertraglichen (verschuldensunabhängigen) Nacherfüllungspflicht § 635 BGB.

Weitere Informationen können der Informationsbroschüre zur Haftungsübernahmevereinbarung entnommen werden (Anlage 2 – Fragen und Antworten).

1.3 Weitere Alternative: Vertragliche Vereinbarung zwischen Marktpartnern unter Einbeziehung der „Herstellergarantien“

Der ZVSHK stellt fest, dass in jüngster Vergangenheit Hersteller haustechnischer Anlagen, vor allem im Heizungsbereich, vermehrt sog. „Garan-

tien“ herausgeben, die sich mit sehr unterschiedlichen Leistungsinhalten an Besteller/Verbraucher/Auftraggeber richten.

Auch nach der Reform des § 443 BGB im Juni 2014 gibt diese gesetzliche Bestimmung die Möglichkeit, Garantien hinsichtlich der tatbestandsbegründenden, -hemmenden oder -vernichtenden Merkmale mit der damit zusammenhängenden Beweislast sehr unterschiedlich auszugestalten, von substantiell begründet bis inhaltsleer.

Das war für den ZVSHK der Anlass, „Richtlinien zur Bewertung von Herstellergarantien“ aufzustellen, die den Herstellern der SHK-Branche ein Maßstab sein kann, wie eine Herstellergarantie in diesem Marktsegment zu Gunsten der Endkunden/Verbraucher/Hauseigentümer ausgestaltet sein soll.

Sofern ein Hersteller der SHK-Branche in seiner an Besteller/Verbraucher/Auftraggeber gerichteten „Garantie“ die geforderten Mindestvorgaben beachtet, ist der ZVSHK als Vertreter der SHK-Handwerksorganisation im Interesse einer reibungslosen Abwicklung der durch die SHK-Handwerksbetriebe auszuführenden Garantieleistungen bereit, die vorstehend genannte Haftungsübernahmevereinbarung in zwei für die „Herstellergarantie“ im haustechnischen Anlagenbereich charakteristischen und wesentlichen Leistungsbereichen zu Gunsten der Besteller/Verbraucher/Auftraggeber zu ergänzen, nämlich in

a) der Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche in Werkverträgen nach § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB ab Anfang des dritten bis Ende des fünften Jahres ab Abnahme (Grund: Zum Beispiel sind die Heizungserneuerungen/Austausch des Heizkessels “kleine“ Werkverträge mit 2jähriger Verjährungsfrist; durch die Garantie erhält der Besteller/Verbraucher verlängerte Fristen hinsichtlich Garantieleistungen.)

b) dem Verzicht des Garantiegebers (Hersteller) auf den Nachweis der Mangelhaftigkeit des Produktes zum werkvertraglichen Abnahmezeitpunkt für den Zeitraum von fünf Jahren (Grund: Besteller/Verbraucher erhält eine Haltbarkeitsgarantie für Produkt/Gerät für fünf Jahre, Beweislastumkehr.)

und als „HÜV Plus“ anzubieten.

Eine solche „Herstellergarantie“ mit Leistungen für Verbraucher/Besteller/Auftraggeber könnte in Fällen der Heizungsmodernisierung/Austausch der Heizungsanlage als Reinvestitionsmaßnahme mit einer steuerlichen Förderung verbunden werden, um den Besteller/Verbraucher/Haus-

eigentümer sichere Planungs- und Finanzierungsdaten zu geben, die Energieeffizienz in Hausanlagen wesentlich zu steigern und die Klimaschutzziele der Bundesregierung zu fördern.

Ob dies im Rahmen des CO₂-Gebäudesanierungsprogramms der KfW, des Programms für das „Nationale Effizienzlabel für Heizungsanlagen“ oder als steuerliche Maßnahme in den Rahmen des dann im Finanzvolumen zu erweiternden und die Materialanteile einzubeziehenden § 35a Abs. 3 EStG erfolgen könnte, wird mit dem BMWi, dem BMF und der beteiligten SHK-Banche zu erörtern sein.

Mit einer solchen Maßnahme unter Einbeziehung der Herstellergarantien könnten die Klimaschutzziele der Bundesregierung schneller erreicht werden.

Teil 2 – zur Reform des Bauvertragsrechts

Referentenentwurf vom 10.09.2015

Die Koalitionsvereinbarung dieser Legislaturperiode verlangt die Prüfung, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung von Problemen im Bau- und Werkvertragsrecht geeignet ist.

Mit dem Prüfungsauftrag versehen, hat das BMJV eine „Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht“ einberufen, die zu den im Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 festgehaltenen Ergebnissen gekommen ist, die erheblich über die ursprüngliche Zielsetzung hinausgehen.

Der nun vorliegende Referentenentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts, der zum Teil die Feststellungen des Abschlussberichts aufgreift, löst die eigentlichen Probleme im Bau- und Werkvertragsrecht nicht.

Auch wenn der Entwurf zu einzelnen Bestimmungen durchaus praktikable und ausgewogene Lösungsansätze enthält, so lehnt der ZVSHK den Entwurf zur Reform des Bauvertragsrechts in seiner Gesamtheit ab. Es sind mehrheitlich Bestimmungen, die eine wesentliche Verschiebung der Verantwortungsbereiche zu Lasten der Bauunternehmen enthalten.

Zu Nr. 17 Abschlagszahlungen § 632a BGB-E

Auch wenn die Regelung in Abs. 1 sich an § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B anlehnt, so unterscheidet sie sich in den Sätzen 2 und 3 hinsichtlich des Nachweises der „vertragsgemäßen Leistung“ doch wesentlich von der VOB/B-Bestimmung.

Der Besteller kann sein Leistungsverweigerungsrecht nach Satz 2, nun auch im Falle unwesentlicher Mängel, durch einfaches Bestreiten der „vertragsgemäßen Leistung“ der in der Abschlagsrechnung aufgeführten Leistungspositionen erheben.

Der Unternehmer hat dann nach Satz 3 die Beweislast, durch qualifiziertes Behaupten den Nachweis der Erfüllung seiner vertragsgemäßen Leistung hinsichtlich seiner Teilleistung zu erbringen.

Dies ist zum einen ein ganz wesentlicher Eingriff in die Dispositionsbefugnis des Unternehmers, ein mangelfreies Werk erst zum Zeitpunkt der Abnahme übergeben zu müssen. Zum anderen werden Besteller in allen Fällen, also auch bei unwesentlichen Mängeln, die Schutzbehauptung nach Satz 2 erheben, dass die ausgeführte Teilleistung nicht „vertragsgemäß“ sei.

Ein Ausweg bietet § 16 Abs. 1 S. 2 VOB/B der darauf abstellt, dass der Unternehmer seine Leistung durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen hat, die (dem Besteller) eine sichere Beurteilung der Leistung ermöglichen muss (qualifiziertes Behaupten des Unternehmers). Das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers erfordert dann ein qualifiziertes Bestreiten.

Zu Nr. 26 Bauvertrag § 650a BGB-E

Mit der Definition des „Bauvertrags“ wird auf die von der Rechtsprechung zu § 634a Abs. 1 Nr. 1 (2jährige Verjährungsfrist) und Nr. 2 (5jährige Verjährungsfrist) vorgenommene Differenzierung abgestellt und die Tatbestände des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB mit 5jähriger Verjährungsfrist für Mängelansprüche in Gesetzesform gegossen.

Nicht verwirren lassen sollte man sich vom neuen Begriff „Instandhaltung“ des Absatzes 2. Dieser Begriff umfasst die bisher bekannten „Reparatur-, Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk, wenn sie bei“ (Palandt, BGB-Kommentar, 74. Auflage, 2015, § 634a Rn. 17). (Die DIN-Norm 31051 „Instandhaltung“ nennt die vier Grundmaßnahmen „Wartung, Inspektion, Instandsetzung, Verbesserung“.)

Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung werden damit gut 70 Prozent der von den SHK-Betrieben abgeschlossenen Werkverträge nicht unter den Anwendungsbereich des § 650a BGB-E fallen. In anderen

Ausbauhandwerken werden ähnliche Relationen zwischen 2- und 5jähriger Verjährungsfrist vorliegen.

Zu Nr. 26 Anordnungsrecht des Bestellers § 650b BGB-E

Zu Absatz 1: Anordnungen des Bestellers

a) Das Anordnungsrecht stellt in beiden Fällen, sowohl zur Änderung als auch zur vereinbarten Erreichung, auf den „Werkerfolg“ ab. Damit geht man bewusst von den „Änderungen des Bauentwurfs“ in § 1 Abs. 3 VOB/B bzw. der Erforderlichkeit zur „Ausführung der vertraglichen (vereinbarten) Leistung“ in § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B ab.

Mit dieser Festlegung auf den „Erfolg“ der Werkleistung ist man mitten in der Diskussion um den Mangelbegriff mit seinen „Funktionalitätserwartungen“ bzw. dem „Mangel der Funktionstauglichkeit“. Hierzu sei auf die einschlägigen Urteile hingewiesen, so u. a. auf BGH VII ZR 183/05, OLG Celle 14 U 147/07, Brandenburgisches OLG 13 U 83/10, OLG Frankfurt 22 U 167/09.

Im Abschlussbericht der BMJ-Arbeitsgruppe ist auf Seite 12, dritter Spiegelpunkt, zu lesen:

„Auch wenn eine Vereinbarung über die Beschaffenheit getroffen worden ist, muss sich das Werk für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die nach den Umständen übliche Verwendung eignen. Führt die Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien nicht zu der im Vertrag vorausgesetzten oder üblichen Verwendungseignung, d. h. besteht ein Widerspruch zwischen Baubeschreibung und berechtigten Funktionalitätserwartungen, trifft den Unternehmer eine Hinweisobliegenheit, sobald er diesen Widerspruch erkennt oder erkennen musste.“

Als Folge der Anordnungsrechte des Bestellers ist der Unternehmer verpflichtet, unmittelbar seine Prüfungs- und Hinweispflichten wahrzunehmen und den Besteller über „Probleme in den Anordnungen“ aufzuklären.

Wenn also in Abs. 1 beim einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers der „Werkerfolg“ eingeführt wird, muss zwingend eine (neue) Bestimmung zum Inhalt und Ablauf der Prüfungs- und Hinweispflichten des Unternehmers geschaffen werden.

b) Forderung nach zwingender „Schriftlichkeit“ der Anordnungen.

Aus den Erfahrungen zu § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B kann gesagt werden, dass viele Unklarheiten und das daraus entstehende Streitpotential aus einseitigen Anordnungen von Anfang an verhindert oder erheblich

vermindert werden können, wenn vor Ausführungsbeginn schriftliche Anordnungen vorliegen.

Als Argument gegen die Schriftlichkeit wird oft der Zeitverlust, die Notwendigkeit der sofortigen Ausführung der Anordnung, die notwendige Flexibilität in der Ausführung bei ungenauen, unvollständigen, widersprüchlichen mündlichen Anordnungen, oftmals direkt auf der Baustelle, angeführt.

Aber genau diese mündlichen Anordnungen sind es, die die Ursachen für die späteren streitigen Auseinandersetzungen setzen, oft zum Nachteil des Unternehmers. Insbesondere ist die Beweislage bei mündlichen Anordnungen äußerst schwierig, nicht zuletzt wegen oftmals großer Erinnerungslücken des Auftraggebers/Bestellers oder seines hierzu bevollmächtigten Vertreters.

Zu Absatz 2: Ausführungspflicht des Unternehmers und Unzumutbarkeit nach Abs. 1 Nr. 1

Bei den Anordnungen zur „Art der Ausführung der Bauleistung“ nach Abs. 1 Nr. 1 also zur „Änderung des Werkerfolgs“ scheint ein Missverständnis über das Anordnungsrechts des Auftraggebers vorzuliegen.

Zu trennen ist

- zwischen Anordnungen, die im Rahmen der Ausführung zur Erreichung der vertraglich bereits eindeutig beauftragten, geschuldeten Leistung objektiv notwendig sind (Art der Ausführung der Bauleistung), analog der Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B,
- und der „Anordnung der Änderung des Werkerfolgs“ oder wie in § 1 Abs. 3 VOB/B „des Bauentwurfs“.

Anordnungen zu „Bauzeit“ sind im Grunde Bauzeitverschiebungen, Bauzeitverlängerungen und Bauzeitverkürzungen. Äußerst problematisch im Betriebsablauf sind die Bauzeitverkürzungen, die von Seiten der Auftraggeber zur Einhaltung der Bauzeitenpläne gefordert werden. Auch in den Reformbestrebungen zur VOB/B sprechen wir uns sowohl im Vorstand des DVA als auch im Hauptausschuss Allgemeines des DVA entschieden gegen das Anordnungsrecht einer Bauzeitverkürzung aus.

Zu Absatz 3 und 4: Einigung über die Zumutbarkeit nach Abs. 1 Nr. 1 und einstw. Verfügung

Der im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe (S. 28ff) formulierte, notwendige Streitbeilegungsmechanismus wird nicht eingehalten. Die Begründung des Referentenentwurf (S. 57f) negiert den Mechanismus geradezu.

Die einstweilige Verfügung kann vor allem dazu dienen, das Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers nach Abs. 3 auszuhebeln. Eine Bauauf-
führung entspricht zwar der grundsätzlich gegebenen Kooperations-
pflicht, wie sie in § 18 Abs. 5 VOB/B zum Ausdruck kommt, jedoch kennt
auch § 18 Abs. 5 VOB/B Ausnahmen (Ingenstau/Korbion, VOB-
Kommentar, 19. Auflage, 2015, VOB/B § 18 Rn. 2ff).

Zu Nr. 26 Vergütungsanpassungen bei Anordnungen nach § 650b - § 650c BGB-E

Die Norm ist nur als Definitionsnorm ausgestaltet. Sie enthält keine eigene
Anspruchsgrundlage für Nachträge aus Anordnungen nach § 650b BGB-
E.

Zu Nr. 26 Bauhandwerkersicherung § 650e BGB-E

In Absatz 4 wird die Sicherheit auf 20 Prozent der vereinbarten Vergütung
im Rahmen eines Bauvertrags nach § 650a BGB-E begrenzt.

Da die Begründung im Referentenentwurf durchaus das Sicherungsbe-
dürfnis des vorleistungspflichtigen Unternehmers sieht, geht der Entwurf
rechnerisch von 4 Abschlagszahlungen und einer Schlusszahlung aus. In
b2b-Bauverträgen ist es aber durchaus üblich, ohne vertragliche Verein-
barung zu Abschlagszahlungen, im Laufe des Baufortschritts, bei Auf-
kommen von Zweifeln an der Zahlungswilligkeit des Bestellers, nur eine
oder zwei Abschlagsforderungen zu erheben. Mit der geplanten Neurege-
lung hat der Unternehmer die Wahl, entweder eine Abschlagszahlung und
eine begrenzte weitere Sicherheit (20 %) zu fordern oder auf die Ab-
schlagzahlung zu verzichten und dafür eine Sicherheit in Höhe der ver-
einbarten Vergütung einschließlich Nebenforderungen zu verlangen.

Der Verbraucherschutz nimmt in Absatz 6 Nr. 2 zu, als bisher der
Verbraucher nur bei Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung
seines Einfamilienhauses vom Anwendungsbereich ausgenommen ist,
während nach der Neuregelung auch der Bau eines Mehrfamilienhauses
erfasst wird (Verträge nach §§ 650h, 650t BGB-E).

Eine weitere Ausweitung des Verbraucherschutzes liegt darin, dass bisher
der Anwendungsbereich des § 648a BGB nur für das „erste“ Einfamilien-
haus greift, nicht jedoch für weitere Einfamilien-/Häuser im Eigentum des
Verbrauchers.

Mit dem Verweis auf die §§ 650h und 650t BGB-E fallen mit der Neurege-
lung in § 650e BGB-E alle getätigten Verträge eines Verbrauchers darun-
ter, also auch der 4. oder 5. Hausbau eines Verbrauchers, soweit dieser

nicht zur selbständigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zählt. (Palandt, a.a.O. § 13 Rn. 3, § 14 Rn. 2). Unter die Befreiung des Abs. 6 Abs. 2 fallen damit auch alle getätigten Verträge eines Verbrauchers im Rahmen seiner Vermögensverwaltung, ohne planmäßigen Geschäftsbetrieb.

Anlass zu einem Missverständnis gibt auch der Tatbestand des Abs. 6 Nr. 2, wenn er von „..... finden keine Anwendung, wenn der Besteller Nr. 2 Verbraucher ist „und“ es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650h handelt.“

Das Wort „und“ ist kumulativ zu verstehen. Damit fallen nur die Verträge §§ 650h und 650t in den Anwendungsbereich der Bauhandwerkersicherung, nicht jedoch die Bauverträge mit 5jähriger Verjährungsfrist für Mängelansprüche nach § 650a BGB-E mit Verbrauchern. So lautet auch die Begründung Seite 61, Absatz 2.

Es ist im weiteren Gesetzgebungsverfahren darauf zu achten, dass in Abs. 6 Nr. 2 aus dem „und“ nicht ein „oder“ wird (alternativ), mit der Folge der Einbeziehung des Bauvertrages nach § 650a BGB-E.

Zu Nr. 26 Verbraucherbauvertrag § 650h BGB-E

Diese Vorschrift schließt die Lücke im Verbraucherschutz, die aufgrund der Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 Buchstabe f) der EU-Richtlinie 2011/83 im „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte“ ab Juni 2014 durch § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB besteht.

Zur näheren Bestimmung der TBM in Absatz 1 „Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude“ sei auf die BT-Drucksache 17/12637, S. 46 zu Nummer 3 und auf die Kommentierung in Palandt, a.a.O. § 312 Rn. 11 verwiesen. Letzter besagt: „Nicht unter (§ 312 Abs. 2) Nr. 3 fallen z. B. der Einbau einer Heizungsanlage oder die Neueindeckung des Daches, und zwar auch dann nicht, wenn sie i. S. d. § 634a BGB als Arbeiten an einem Bauwerk eingestuft werden.“ (Fünfjährige Verjährungsfrist für Mängelansprüche.)

Eine Frage stellt sich dennoch. § 650h BGB soll, so verstehen wir die Begründung des Referentenentwurfs, nur den vom Verbraucher in einem Vertrag vorzunehmenden Hausneubau oder die Kernsanierung eines alten Gebäudes beinhalten.

Wenn nun ein Verbraucher seinen Hausneubau dadurch vornimmt, dass er die Bauleistungen der verschiedenen Baugewerke in Form von Einzelaufträgen an mehrere/viele Bau- und Ausbaubetriebe vergibt, möglicher-



weise zeitlich gestreckt, stellt sich die Frage, ob die Einzelverträge unter § 650h BGB fallen, und wie die einzelnen Bau- und Ausbaubetriebe dies vor/bei Vertragsabschluss zur Einhaltung ihrer Pflichten erkennen können.

Eine weitere Frage stellt sich hinsichtlich des Begriffs des „Verbrauchers“, nachdem in § 13 BGB eine überschießende Umsetzung der Vorgabe aus Art. 2 Nr. 1 EU-Richtlinie 2011/83 vorgenommen worden ist. (Palandt, a.a.O., § 13 Rn. 3)

Gemäß § 13 BGB ist „Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“.

Zu privaten Zwecken zählen auch die Verwaltung und Anlage von Vermögen. Zur Frage, ob ein Vermieter von Wohnungen als „Verbraucher“ zu qualifizieren ist, besagt die BGH-XI ZR 63/01:

Rn. 23: „Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist vielmehr der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor.“

Rn. 24: „Handelt es sich um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, so ist dementsprechend nicht deren Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen (Verwaltungs-)Vorgänge.“

Beabsichtigt also ein „Verbraucher“, im Rahmen seiner Vermögensverwaltung sein 4. oder 5. Mietshaus bauen zu wollen, wird der Baubetrieb zur Klärung der Frage, ob die §§ 650h ff. BGB-E mit den umfangreichen Aufklärungspflichten einschlägig sind, den Bauherren bei den Vertragsverhandlungen zu fragen haben, ob der Bauherr im Rahmen seiner Vermögensverwaltung einen planmäßigen Geschäftsbetrieb unterhält, z. B. mit der Unterhaltung eines Büros. Die Antwort sollte schriftlich in den Vertragsunterlagen festgehalten werden.

Zu Nr. 26 Baubeschreibung § 650i BGB-E

Der Unternehmer hat die in dem neuen Art. 249 EGBGB genannten Informationspflichten fristgerecht, vor Abgabe der den Verbraucher bindenden Erklärung, zu geben. Hierunter fällt eine Baubeschreibung (Textform) in klarer und verständlichen Weise (§ 1), die die wesentlichen Eigenschaften enthält (§ 2, Abs 1), sowie verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Vollendung des Werks (oder ersatzweise zur Dauer der Baumaßnahmen) (§ 2 Abs. 2).

Dies entfällt nur, wenn der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben selbst macht (§ 650i BGB-E, letzter Halbsatz.)

Betriebe des technischen Ausbaus werden mangels vertraglicher Vereinbarung mit dem Verbraucher von diesen Vorgaben nicht direkt betroffen sein. Es ist aber zu erwarten, dass die mit Verbrauchern abschließenden Generalunternehmer oder Bauträger (§ 650t Abs. 2 BGB-E) diese Informationspflichten von ihren Subunternehmern schon bei Abgabe der SU-Angebote fordern werden, um sie den „Verbrauchern“ vorlegen zu können.

Wir lehnen die Informationspflichten mit der in der „Gemeinsamen Stellungnahme“ von ZDH, ZDB und HDB zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht gegebenen Begründung ab (S. 10f)

Zu Nr. 26 Inhalt des Vertrags § 650j BGB-E

Die durch die vorvertraglichen Informationspflichten des § 650i BGB-E i. V. m. Art. 249 EGBGB-E konkretisierten, in Baubeschreibungen enthaltenen Informationen werden durch § 650j BGB-E zu Vertragspflichten erhoben, die Rechtsfolgen nach sich ziehen. Dies wird sich über den Generalunternehmer auf den Subunternehmer im SU-Vertrag fortsetzen. Wir lehnen diese Regelung nachdrücklich ab.

Zu Nr. 26 Widerrufsrecht § 650k BGB-E i. V. m.

- Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen § 356d BGB-E und
- Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherbauverträgen § 357d BGB-E

Mit § 650k BGB-E wird dem Verbraucher ein gesetzliches Widerrufsrecht (§ 355 BGB) gegeben. Dies ist für den Unternehmer die Voraussetzung zu seiner Pflicht zur Widerrufsbelehrung nach Art. 246 Abs. 3 EGBGB. Neben der Bestimmung zur Widerrufsfrist (§ 356d BGB-E) ist vor allem die Bestimmung der Rechtsfolgen des Widerrufs (§ 357d BGB-E) von Bedeutung.

Als Konkretisierung des § 355 Abs. 3 BGB besagt § 357d BGB-E, dass falls die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist (wegen fester Verbindung §§ 946, 93, 94 BGB), der Verbraucher – verschuldensunabhängig – einen Wertersatz schuldet. Diese Regelung gilt während der gesamten Widerrufsfrist, im Höchstfall zwölf Monate und 14 Tage.

Forderung:

Eine solche einfache Regelung zur Leistung des Wertersatzes ist auch für Werkverträge (§§ 631 ff BGB), zu fordern, sofern diese Verträge außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden (§ 312b BGB) und somit ein Widerrufsrecht besteht (Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB).

Der Wertersatz nach § 357 Abs. 8 BGB regelt mit seinen Tatbestandsvoraussetzungen derzeit vollkommen unzureichend die Fälle des erklärten Widerrufs unter den Bedingungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 3 Nr. 2 BGB. Der Regelung nach § 357 Abs. 8 BGB liegt ein aufgrund der EU-Richtlinienvorgaben erdachter theoretischer Handlungsablauf zu Grunde, der die Realität des Vertrags- und Bauablaufs vollkommen verkennt. Wir halten die Regelung des § 357 Abs. 8 Satz 2 BGB wegen des absoluten Ausfalls des Wertersatzes für verfassungswidrig.

Zu Nr. 26 Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer § 650s BGB-E

Welche Situation liegt der Bestimmung des Entwurfs zu Grunde?

Will der Bauherr sein sekundäres Mängelrecht des Schadensersatzes gegen den Architekten geltend machen, hat er zuerst im Rahmen seines primären Mängelrechtes den Architekten aufzufordern, die verschuldensunabhängige Nacherfüllung gemäß § 635 BGB vorzunehmen.

Kann der Mangel durch den Architekten nicht beseitigt werden, wird der Bauherr, da die Mängelbeseitigung in seinem originären Interesse ist und er zu diesem Zeitpunkt die Verschuldensfrage des Architekten nicht klären will, seinen (sekundären) Anspruch auf Selbstvornahme § 637 BGB aus dem Architektenvertrag ausüben, mit der Folge, dass der Bauzustand durch ihn bzw. seinen Vertreter verändert wird, was die Beweissicherung des ursprünglichen Zustands wesentlich erschwert.

Der Selbsteintritt des Bauherrn im Architektenvertrag mit der sich dann verändernden Sachlage (Bauzustand) hat auch Auswirkung auf den Bauvertrag mit dem Unternehmer, der sich darauf berufen kann, dass ihm nicht die Möglichkeit gegeben wurde, „seiner“ primären Mängelbeseitigungspflicht aus § 635 BGB nachzukommen.

Wie auch in der Begründung des Referentenentwurfs (S. 73, 4. Absatz) dargelegt, kann die angedachte Regelung im Rahmen der Gesamthaftung sinnvoll sein, sofern es sich um einen vom ausführenden Bauunternehmer verursachten Ausführungsmangel handelt.

Bei Mängeln am Bauwerk, die ihre Ursache in Planungsfehlern des Architekten haben, ist diese neue Regelung für Bauunternehmer problematisch und sehr belastend.

Bauunternehmer stehen bei einem Nacherfüllungsanspruch vor dem Problem der Ursachenklärung, was zum einen bei einem Planungsfehler oft über ihre Fähigkeiten hinausgeht und zum anderen, bei Nichtausführung der Nacherfüllung dem Besteller den Weg zur Selbstvornahme (§ 637 BGB) zu eröffnen, verbunden mit allen Folgen der Veränderung am Bauwerk einschließlich Beweisvereitelung zu Mängeln, die ihre Ursache in Planungsmängeln des Architekten haben.

Hier können wir nur auf die Argumentation in der „Gemeinsamen Stellungnahme“ von ZDH, ZDB, HDB von Juni 2013 verweisen (S. 24, 3. Absatz), die darauf verweist, dass der Unternehmer sofort das Problem der Sicherheitsleistung durch den Besteller zu prüfen bzw. diese zu verlangen hat, da bauseitige Planungsfehler des Architekten bei Mangelbeseitigung durch den Unternehmer als Mitverschulden des Bauherrn anzusehen sind.

Die Regelung zur Gesamthaftung muss im derzeitigen Wortlaut wegen Unausgewogenheit abgelehnt werden.

Wie eingangs erwähnt, lehnt der ZVSHK nachdrücklich beide Teile des Referentenentwurfs ab. Die beiden Teile enthalten nicht die notwendige Substanz, um die Probleme in beiden Bereichen zu lösen.

Sankt Augustin, 16. November 2015
Zentralverband Sanitär Heizung Klima

Anlagen