



ZDH
ZENTRALVERBAND DES
DEUTSCHEN HANDWERKS



ZENTRALVERBAND
DEUTSCHES
BAUGEWERBE **ZDB**



**DIE DEUTSCHE
BAUINDUSTRIE**
BAUEN UND SERVICES

**Gemeinsame Stellungnahme
der Auftragnehmervertreter
vom Juni 2013
zum Abschlussbericht
der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht
beim Bundesministerium der Justiz**

Der Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH), der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (ZDB) und der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie (HDB) haben in der Arbeitsgruppe die Auftragnehmer eines Bauvertrags vertreten. Wir repräsentieren die Unternehmen der gesamten deutschen Bauwirtschaft mit über 300.000 Betrieben und etwa 2,5 Millionen Beschäftigten.

Wie der Abschlussbericht zutreffend ausführt, haben Bauwirtschaft und Handwerk grundsätzliche Vorbehalte und tragen den Abschlussbericht insgesamt nicht mit. Unsere Stellungnahme zum Entwurf des Abschlussberichts (Stand: 25. April 2013) gilt unverändert.

Nach dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe drohen Bauwirtschaft und Handwerk erhebliche Verschlechterungen im Vergleich zur derzeit geltenden Gesetzeslage. Diesen vielfältigen Verschlechterungen stehen aus Sicht der Auftragnehmer nur sehr wenige Verbesserungen gegenüber.

Zentraler Bestandteil des Abschlussberichts ist das System aus einem bislang gesetzlich nicht vorgesehenen einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers, einer Preisanpassung und einem Streitbeilegungsmechanismus. Wir halten die im Bericht vorgesehene Bauverfügung als Streitbeilegungsmechanismus für ungeeignet. Sie wird nach unserer festen Überzeugung nicht zu schnellen Entscheidungen über die Vergütung führen. Entsprechende Rückmeldungen einzelner Landesjustizverwaltungen liegen vor. Funktioniert aber der Streitbeilegungsmechanismus nicht, sind für uns auch die ersten beiden Elemente Anordnungsrecht sowie Preisanpassung nicht akzeptabel, da der Unternehmer seine Vergütungsansprüche nicht durchsetzen kann.

Der Abschlussbericht erhöht das Streitpotential, lässt bestehende Nachteile für Bauunternehmer unerörtert, schafft zusätzliche Nachteile auf Kosten nicht nur kleiner und mittelständischer Unternehmer, führt die Ergebnisse einer überbordenden Rechtsprechung fort und behandelt das Baugeschehen überwiegend aus übersteigerten Verbraucherschutzgesichtspunkten.

Wesentliche Grundfragen für Bauunternehmer werden nicht behandelt, etwa warum die Leistung auf eigene Kosten vorfinanziert und erst dann vergütet wird (so genannte Vorleistungspflicht), warum das Eigentum am Baumaterial bereits durch dessen Einbau auf der Baustelle verloren geht oder warum Bauunternehmer eingekauftes Baumaterial nach immer strengeren (und wirklichkeitsferneren) Maßstäben kontrollieren müssen und - selbst bei Einhaltung dieser Maßstäbe - kein Rückgriffsrecht gegen die Lieferanten mangelhaften Baumaterials hinsichtlich der Kosten haben sollen, die durch den Ausbau mangelhaften und den Einbau mangelfreien Materials entstehen.

Dies ist ungerecht und schadet nicht nur kleinen und mittelständischen Unternehmern! Der Abschlussbericht ist nicht geeignet, Grundlage eines gesetzlichen Bauvertragsrechts zu sein.

zu Teil A – Einleitung

zu A.1 Auftrag und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe

Die – zufällige – Zusammensetzung der Arbeitsgruppe spiegelt nicht ausgewogen die Interessen der Baubeteiligten wider. Unter den knapp 40 Teilnehmern der Arbeitsgruppe waren lediglich drei Vertreter der Auftragnehmer.

Aus unserer Sicht wird der Abschlussbericht dem Prüfauftrag der Koalitionsvereinbarung nicht gerecht. Danach war zu prüfen, ob - und gegebenenfalls inwieweit - ein eigenständiges gesetzliches Bauvertragsrecht zur Lösung bestehender Probleme geeignet ist. Eine tatsächliche Identifizierung der Probleme hat in der Arbeitsgruppe nicht stattgefunden. Vielmehr wurden die Vorstellungen des deutschen Baugerichtstags als Agenda übernommen, ohne diese zu hinterfragen.

Nach unserer Auffassung geht der Ansatz eines gesetzlichen Bauvertragsrechts am eigentlichen Ziel vorbei: Bei Bauverträgen mit der öffentlichen Hand ist die VOB/B zwingende Vertragsgrundlage. Für Verträge zwischen Unternehmern wird die VOB/B regelmäßig als Grundlage vereinbart. Dies zeigt, dass die Vertragsparteien die VOB/B grundsätzlich als praxistaugliche Grundlage zur Bewältigung der Probleme im Bauablauf ansehen. Dies bedeutet nicht, dass es in diesen Bereichen keine Probleme gibt (siehe unten zu A.2 und A.3). Diese Probleme sind jedoch vor allem durch eine unterschiedliche Rechtsbindung (§ 7 VOB/A: Pflicht zur eindeutigen Leistungsbeschreibung) und „Marktmacht“ der Vertragsparteien sowie ein unzulängliches Prozessrecht begründet.

In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass aus guten Gründen weder Österreich noch die Schweiz ein gesetzliches Bauvertragsrecht haben. Vielmehr verfolgen diese beiden

Länder den gleichen Ansatz, den die VOB/B seit über 80 Jahren in Deutschland verfolgt. Auch in Österreich und der Schweiz finden sich die Grundlagen des Bauvertragsrechts in untergesetzlichen Regelungen.

Unzutreffend ist die Feststellung in der Einleitung des Abschlussberichts (Seite 6, Absatz 2 am Ende), wonach gesetzliche Regelungen zum Bauvertragsrecht, die die besonderen Belange des Verbraucherbauherren berücksichtigen, ein unverzichtbarer Baustein des gesetzlichen Verbraucherschutzes seien.

Dazu weisen wir darauf hin, dass zu Beginn der Diskussionen in der Arbeitsgruppe Herr Professor Pfeiffer, Universität Heidelberg, ein von ihm im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz erstelltes rechtsvergleichendes Gutachten zu Problemen im Verbraucherbaurecht vorgestellt hat. Die eindeutige Empfehlung dieses Gutachtens lautet, einen Mustervertrag für Bauvorhaben von Verbrauchern zur Verfügung zu stellen, der AGB-rechtlich zu privilegieren ist. Ausdrücklich rät das Gutachten von gesetzgeberischen Maßnahmen im Verbraucherbaurecht ab.

Aus unserer Sicht bietet es sich daher an, unter Einbeziehung der Vertreter privater Bauherren und Verbraucher eine VOB für Verbraucher als Mustervertrag zu erstellen und diesen vom Gesetzgeber AGB-rechtlich zu privilegieren. Dies wäre nach unserer Auffassung ein erfolversprechender Weg, tatsächliche Probleme im Bauvertragsrecht zu lösen.

Abgesehen davon haben Probleme für das Baugeschehen ihre Ursache vor allem im Prozessrecht, d. h. der mangelnden zeitnahen Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Jahrelange, keiner Vertragspartei zumutbare Prozesse sind die Realität. Dieser Missstand ist mit Blick auf die für Unternehmer so wichtige Liquidität ein zentrales Problem. Umso enttäuschender ist es, dass der Abschlussbericht hierzu keine verwertbaren Vorschläge macht.

So wird zwar unter der Überschrift „Optimierung des Verfahrensrechts“ (Seite 8, 2. Spiegelstrich) ausgeführt: *„Im Rahmen der Diskussionen in der Arbeitsgruppe wurde von Seiten der Praxisvertreter immer wieder beklagt, dass das geltende Zivilprozessrecht, insbesondere bei großen Bauprozessen mit vielen Beteiligten, vielfach an Grenzen stoße. Dies führt trotz des Interesses aller Beteiligten an schnellen Lösungen häufig zu einer langen Verfahrensdauer und einem erhöhten Prozessrisiko. Exemplarisch hierfür sind die Regelungen zur Streitverkündung.“* Statt sich jedoch diesem tatsächlichen Problem der Baupraxis zu nähern, belässt es der Bericht bei der nach unserer Auffassung praxisuntauglichen Bauverfügung.

Unsere weiteren, schon in der Arbeitsgruppe vorgetragenen Bedenken fassen wir wie folgt zusammen:

zu A.2 Rechtstatsächliche Hintergründe und geltende Rechtslage

Der Abschlussbericht verkennt, dass in der Bau-Realität häufig der Besteller die Spielregeln diktiert. Ein Bauvertragsrecht müsste hier faire Grenzen setzen und zu einer ausgewogenen Gestaltung der Rechtspositionen beitragen, um auf diese Weise zu einem größeren Gleichgewicht der „Marktverhältnisse“ zu kommen. Daran fehlt es. Im Entwurf fehlen eine Vielzahl zwingend regelungsbedürftiger Punkte, etwa die Folge von Behinderungen in der Bauphase. Zugleich sind viele Vorschläge des Berichts unsystematisch und für die Praxis ungeeignet. Insbesondere werden Ausnahmen für Verbraucher formuliert, ohne die Regel (zur Ausnahme) herauszuarbeiten. Der Entwurf stellt die Bauwirtschaft und das Handwerk in kaum einem Punkt besser, aber in vielen Punkten schlechter.

Der Fokus der Arbeitsgruppe lag zu sehr auf dem Vertragsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer. Etwaige grundsätzliche Überlegungen, einschließlich etwaiger Schwierigkeiten im Vertragsverhältnis zwischen Unternehmern oder im Bereich der Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand / Sektorenauftraggeber, blieben weitgehend unbeachtet.

Die Realität am Baumarkt ist häufig von einer wirtschaftlichen Überlegenheit des Bestellers sowie einer für den Unternehmer ungünstigen Rechtsprechung geprägt. Dies sind die Gründe für die im Bereich des Bauvertragsrechts in der Praxis auftretenden Probleme, die bei der Schaffung eines ausgewogenen, gesetzlichen Bauvertragsrechts berücksichtigt werden müssten und im vorliegenden Abschlussbericht keine Beachtung finden.

Ausprägungen der „Marktmacht“ des Bestellers sind

(1) Unangemessen kurze Kalkulationszeit

Besteller übergeben in der kurzen Anbahnungsphase eines Bauvertrages häufig außerordentlich umfangreiche Vertragsunterlagen an den Unternehmer. Diese hat der Unternehmer in meist unverhältnismäßig kurzer Zeit zu kalkulieren¹. Es ist weiterhin mittlerweile üblich, dass wichtige Vertragsbestandteile erst kurz vor, bei oder sogar nach Vertragsabschluss vom Besteller übergeben werden, vom Unternehmer aber trotzdem in seinem Angebot in Bezug auf die Vergütung und die Bauzeit zu berücksichtigen.

¹ Die Planungsphasen des Projekts Stuttgart 21 etwa umfassten mehrere Jahre. Die ursprünglichen Angebotsfristen für die Bauunternehmer dagegen lediglich wenige Wochen.

sichtigen sind. Aufgrund der starken Position des Bestellers können sich Unternehmer gegen dieses Vorgehen kaum wehren und mehr Zeit für das sorgfältige Sichten der Unterlagen fordern. Trotzdem sind sie für den Erfolg des Werkes verantwortlich.

(2) Einseitige Vertragstexte zu Lasten der Unternehmer / Überbürdung aller Risiken

So genannte „Kompletttheitsklauseln“, die dem Unternehmer das Risiko einer Fehlplanung des Bestellers auferlegen, sind rechtlich zweifelhaft, aber in der Baupraxis Standard. Zusammen mit den erwähnten unangemessen kurzen Kalkulationszeiten potenzieren sich entsprechende Risiken bei den Unternehmen.

Weiterhin werden insbesondere Boden-, Bestands-, Kontaminations-, Genehmigungs- und Witterungsrisiken global auf Unternehmer abgewälzt, ohne dass die Unternehmer ausreichende Prüfmöglichkeiten haben oder eine andere vertragliche Risikoverteilung einfordern können, obwohl diese Risiken grundsätzlich nicht in den Bereich des Unternehmers fallen.

Ausprägungen der für Unternehmer ungünstigen Rechtsprechung sind

(3) „Funktionaler Mangelbegriff“

Über den sogenannten „funktionalen Mangelbegriff“ wird die Leistungspflicht des Unternehmers maximal erstreckt, selbst wenn sie so nicht vereinbart wurde. Der theoretische Ausgleich auf der Vergütungsseite ist in der Praxis mit erheblichen Problemen belastet. Oft behauptet der Besteller, dass der Unternehmer bereits im Angebotsstadium eine „Äquivalenzstörung“ erkannt habe, d. h. dass mehr als die vereinbarte Leistung erforderlich sei. Deswegen könne er vor dem Hintergrund der Konsoltraggerrüst-Entscheidung des BGH² nach Vertragsabschluss keine zusätzliche Vergütung verlangen. Oder es wird sich pauschal darauf berufen, die Leistung sei – zum Beispiel aufgrund von Kompletttheitsklauseln – bereits von der vertraglich vereinbarten Leistung umfasst. Die Folge ist, dass der Unternehmer die Leistung erbringen muss, die Leistung aber erst nach einem jahrelangen Rechtsstreit über mindestens zwei Instanzen oder unter Hinnahme erheblicher Abzüge vergütet bekommt. Die Vorleistungspflicht des Unternehmens wird hier vom Besteller bewusst überstrapaziert.

² BGH, Urteil 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00; BauR 2002, 835 (Leitsatz); BauR 2002, 935; BauR 2002, 1247.

Weiterhin existieren keine Kriterien, um die Höhe einer eventuellen zusätzlichen Vergütung hinreichend sicher bestimmen zu können³. Eine mittlerweile aufgrund der immer schlechter werdenden Planung der Besteller stete Erweiterung der Leistungsseite nach Vertragsabschluss ohne (schnelle) Klärung der Vergütungsseite ist jedoch für Unternehmer inakzeptabel.

(4) Keine Ansprüche bei vorvertraglich „erkennbaren“ Fehlern der Ausschreibung

Auch bei anderen Planungsfehlern des Bestellers hat die Konsoltraggerüst-Entscheidung des BGH⁴ dazu geführt, dass sich Unternehmer regelmäßig dem Vorwurf ausgesetzt sehen, die Planungsfehler seien vor Vertragsabschluss „erkennbar“ gewesen. Deswegen könne der Unternehmer nun keine Ansprüche auf zusätzliche Vergütung und/oder Bauzeitverlängerung geltend machen. Dabei werden die Anforderungen an eine „Erkennbarkeit“ oft so niedrig angesetzt, dass zeit- und kostenintensive Prüfungen aller Planungsunterlagen erforderlich wären, die schon die knappe Zeit zur Angebotsbearbeitung nicht zulässt und deren finanziellen Aufwand dem Unternehmer niemand ersetzt.

(5) Ungleichgewicht zwischen Mängeln und Mängeleinbehalt

Nach der Rechtsprechung des BGH braucht ein Besteller, der wegen eines Baumanfels die Bezahlung des Werklohns verweigert, nicht zur Höhe der Mängelbeseitigungskosten vorzutragen. Vielmehr sei es Sache des Unternehmers, eine Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts auf das Zweifache der Mängelbeseitigungskosten darzulegen⁵. Der Besteller kann die gesamte Vergütung zurückhalten, bis der Unternehmer geringere Mängelbeseitigungskosten darlegt und diese gegebenenfalls sachverständig nachweist⁶. Damit kommt der Besteller auch bei einem eklatanten Missverhältnis zwischen Mängelbeseitigungskosten und einbehaltener Vergütung nicht in Verzug. Als Konsequenz wird dem Unternehmer nicht nur – gegebenenfalls massiv – Liquidität vorenthalten, sondern auch die Kündigungsmöglichkeit nach § 9 VOB/B entwertet.

³ Symptomatisch dafür *Leupertz* „Der verpreiste Leistungsumfang und der geschuldete Erfolg. Überlegungen zur Struktur des Bauvertrages“, *BauR* 2a, 2010. *Leupertz* beschäftigt sich ausführlichst mit der Leistungsseite, lässt aber Vorgaben zu den Mechanismen auf der Vergütungsseite ausdrücklich dahinstehen.

⁴ Siehe Fußnote 2.

⁵ BGH, Urteil 4. Juli 1996 - VII ZR 125/95, *BauR* 1997, 133, 134; BGH, Urteil 6. Dezember 2007 - VII ZR 125/06.

⁶ Rolf Kniffka u. a., *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht* (Stand: 20. August 2012), § 641 Randnummern 18, 63f.

zu A.3 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse und Empfehlungen

Wir unterstreichen, dass es sich beim Abschlussbericht nicht um Ergebnisse und Empfehlungen „der Arbeitsgruppe“ handelt. Es wurde kein Konsens aller Beteiligten erzielt.

Laut einer Studie⁷ lassen sich die häufigsten Konfliktursachen für Baustreitigkeiten wie folgt auflisten: Leistungsänderungen durch den Besteller, das Fordern zusätzlicher Leistungen, Unklarheiten im Vertrag, ein fehlerhaftes Leistungsverzeichnis sowie fehlende Planungsunterlagen. Diese fünf Hauptursachen für Konflikte stammen alle aus der Sphäre des Bestellers und werden im Bericht nicht erörtert oder einseitig zu Lasten des Bauunternehmers „gelöst“.

Grundursache der Probleme im Bauablauf sind im Wesentlichen die schlechte und unvollständige Planung und Ausschreibung durch den Besteller, die in der Praxis regelmäßig durch erhebliche Änderungswünsche nach Auftragserteilung begleitet werden.

Die VOB/B enthält alle erforderlichen Regelungen, die in der Baupraxis allerdings oft nicht beachtet werden. Im Abschlussbericht fehlt eine eindeutige Risikozuweisung in dem Sinne, dass der Besteller für die vollständige und fehlerfreie Beschreibung der von ihm geforderten Bauleistung verantwortlich ist und die Folgen derselben zu tragen hat.

Darüber hinaus fehlen Ausführungen, dass ein etwaiges Anordnungsrecht des Bestellers **untrennbar** mit einer Planungsverantwortung des Bestellers für die angepasste Leistung, einem Preisfindungsmodell und einem beschleunigten Streitbeilegungsverfahren mit vorläufig verbindlichem Ergebnis verbunden sein muss, die auch nicht in AGB abdingbar sind („**unauflösbare Trias**“).

zu Teil B – Ergebnisse und Empfehlungen der Arbeitsgruppe im Einzelnen

Angesichts der dargelegten Probleme und deren erheblicher wirtschaftlicher Folgen insbesondere für kleine und mittelständische Bauunternehmer konnten wir keinem „Gesamtpaket“ zustimmen und daher auch nicht „*in einem wechselseitigen Geben und Nehmen*“ Abstriche an unseren Vorschlägen und Vorstellungen hinnehmen, wie es Satz 3 des einleitenden Absatzes den übrigen Mitgliedern der Arbeitsgruppe unterstellt.

⁷ Haghsheno/Kaben, Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten – Eine empirische Untersuchung, Jahrbuch Baurecht 2005, Seite 263 (267).

Schon wegen der Mehrheitsverhältnisse in der Arbeitsgruppe gab es kein „Gesamtpakt“, das ausgewogen zwischen den Partnern eines Bauvertrags abgestimmt worden wäre. Allenfalls gewährt wurde die Möglichkeit, angehört zu werden.

zu B.1 Art und Umfang der geschuldeten Leistung und Mangelbegriff

Die geschuldete Leistung muss durch die im Vertrag klar und deutlich vereinbarte Beschaffenheit und den Verwendungszweck bestimmt und festgelegt werden. Nicht im Vertragstext niedergelegte Funktionalitätserwartungen des Bestellers müssen unerheblich sein. Der Mangelbegriff im Sinne des § 633 Absatz 1 BGB bedarf einer Klarstellung im vorgenannten Sinne und nicht - wie im Abschlussbericht vorgeschlagen - einer Ausweitung. Ein gesetzliches Bauvertragsrecht sollte die sich in diesem Punkt vom Gesetz weg bewegende Rechtsprechung wieder „einfangen“ und nicht umgekehrt, die vollkommen verfehlte Rechtsprechung zum Gesetz machen.

Nach der Rechtsprechung kann die von dem Vertrag vorausgesetzte Funktionalität Bestandteil der vereinbarten Beschaffenheit nach § 633 Absatz 2 Satz 1 BGB sein⁸. Voraussetzung ist eine entsprechende Vereinbarung der Parteien. Jedoch macht sich die Rechtsprechung in aller Regel nicht die Mühe, das Bestehen einer solchen Vereinbarung zu prüfen. Vielmehr geht sie wie selbstverständlich davon aus, dass

- **stets** die Funktionalität Bestandteil der vereinbarten Beschaffenheit ist und
- **stets vorrangig** die Funktionalität geschuldet ist, wenn die konkret vereinbarte Beschaffenheit die Funktionalität nicht erreicht.

Das ist zum einen unzutreffend. Maßgeblich für die geschuldete Leistung ist allein die Vereinbarung der Parteien im Einzelfall. Hier **kann** eine Funktionalität als Beschaffenheit vereinbart werden, **muss es aber nicht**. Was die Parteien tatsächlich an Beschaffenheit vereinbart haben, bleibt der Einzelfallprüfung vorbehalten. Zum anderen ist die Frage, was gilt, wenn die vereinbarte Funktionalität mit der konkreten Beschaffenheitsvereinbarung nicht zu erreichen ist, eine **Auslegungsfrage**. Zu prüfen ist diesbezüglich, ob einer der beiden Abreden nach dem Willen der Parteien Vorrang zukommt⁹.

⁸ BGH, Urteil 8. November 2007 - VII ZR 183/05.

⁹ Ein Kriterium der Auslegung kann sein, ob der Besteller oder der Unternehmer das Risiko der Verwendbarkeit zu dem vom Besteller angegebenen Zweck tragen soll. Stehen die Vereinbarungen ohne erkennbaren Vorrang einer von ihnen nebeneinander (Beispiel: für ein als Bauland für ein Wohnhaus verkauftes Grundstück wird eine Altlastenklasse angegeben, die die Nutzung als Wohngebäude ausschließt, so sollte die Beschaffenheitsvereinbarung (über die Altlastenklasse) Vorrang in dem Sinne haben, dass sich der Käufer auf den Verwendungszweck, der wegen der Übereinstimmung der Kaufsache mit der Beschaffenheitsvereinbarung nicht erreicht werden kann, nicht berufen kann (Münchener Kommentar BGB § 434 Randnummer 16). Das dürfte auch in der Regel dem tradierten baurechtlichen Grundsatz entsprechen: Das Detaillierte geht dem Allgemeineren vor.

Letztlich gehen die Vorgaben der Rechtsprechung auch an der Realität vorbei. Wollte der Unternehmer sie erfüllen, so müsste er bei Vertragsverhandlungen zunächst den Besteller fragen, welche Vorstellungen über Art, Umfang und Nutzung er an die Bauleistung hat. Denn liest man typische Generalunternehmerverträge, ergibt sich ein massives quantitatives Übergewicht von detaillierten Beschaffensvereinbarungen (Leistungsbeschreibung). Der Zweck des Bauvorhabens wird meist marginal in der Präambel und nur in der Mitteilungsförm erwähnt¹⁰. Die so ermittelten Bestellerwünsche müsste der Unternehmer dann mit der konkreten Baubeschreibung abgleichen. Kein Besteller wird angesichts der von ihm selbst vorgegebenen äußerst kurzen Kalkulationszeiten ein solch langwieriges Prozedere dem Unternehmer zugestehen, gleichwohl soll der Unternehmer später dafür einstehen.

Bei dem Erfassen der Bestellerwünsche handelt es sich (zumindest) um die Architektenaufgaben der Grundlagenermittlung und der Vorplanung. Diese können nicht, schon gar nicht ohne Vergütung, auf den Unternehmer übertragen werden. Vielmehr muss erheblich mehr Gewicht auf eine taugliche Planung gelegt werden. Der Rechtsprechung ist ja auch bekannt, dass im Architekten- oder Ingenieurvertrag häufig **gerade nicht** ausreichend niedergelegt ist, welche Beschaffenheit das Bauwerk haben sollte, was also hätte geplant werden sollen. Die entsprechenden Verträge regeln dazu häufig wenig. Die Rahmenbedingungen und die Planungsvorstellungen des Bestellers werden selten so fixiert, dass sie eine geeignete Grundlage für die Beurteilung der vereinbarten Beschaffenheit wären. Die Auslegung dieser Verträge gestaltet sich deshalb schwierig und führt auch häufig zu Auseinandersetzungen, weil nicht ausdrücklich fixierte Vorstellungen der Architekten und Ingenieure von der Beschaffenheit eines Bauwerks deutlich von den Vorstellungen des Bestellers abweichen können. Dies betrifft nicht nur die gestalterische, sondern auch die funktionale Seite¹¹. Darauf hat die Bundesarchitektenkammer in ihrer Stellungnahme vom 1. Februar 2013 an das Bundesministerium der Justiz bereits hingewiesen. Macht der Besteller also konkrete Vorgaben, müssen diese richtig sein. Um dies sicherzustellen, kann sich der Besteller entsprechender Fachleute bedienen. Sofern die konkreten Vorgaben falsch sind, also insbesondere nicht die vertragliche Funktion erreichen, schuldet der Unternehmer, vorbehaltlich einer **tatsächlich getroffenen** abweichenden Vereinbarung, keine Funktion.

¹⁰ z. B. „Präambel/Vorbemerkung – Der AG beabsichtigt, auf dem Grundstück ..., Baufeld ... ein Wohn- und Geschäftshaus mit 94 Eigentums- bzw. Mietwohnungen und erdgeschossigem Gewerbe zu errichten. Die geplanten Wohneinheiten sollen an Eigennutzer/Kapitalanleger veräußert werden. In Qualität und Ausstattung ist das Objekt in den am 4. Juni 2012 ausgehändigten Ausschreibungsunterlagen erstmalig beschrieben.“

¹¹ Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, § 633 Randnummer 69.

Der letzte Spiegelstrich des Abschlussberichtes formuliert: „*Führt die Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien nicht zu der **im Vertrag vorausgesetzten oder üblichen Verwendungseignung**, das heißt es besteht ein Widerspruch zwischen Baubeschreibung und berechtigter Funktionalitätserwartung, trifft den Unternehmer eine Hinweispflicht, sobald er diesen Widerspruch erkennt.*“ Damit wird zwischen der „*im Vertrag vorausgesetzten*“ und der „*üblichen*“ Verwendungseignung getrennt. Dies ist abzulehnen.

Zum einen hat der BGH selbst nur die „*nach dem Vertrag vorausgesetzte*“ Funktionalität berücksichtigt¹². Zum anderen würde eine „*übliche Verwendungseignung*“ den Unternehmer zu weiteren und unangemessenen Untersuchungen über den Vertrag hinaus verpflichten, worin eine „*übliche*“ Verwendungseignung besteht. Dies ist Aufgabe der Planer **des Bestellers**. Zudem ist es auch in der äußerst kurzen Kalkulationszeit durch den Unternehmer nicht zu leisten. Letztlich lässt die Regelung auch im Unklaren, was gelten soll, wenn sich die „*im Vertrag vorausgesetzte*“ und die „*übliche*“ Verwendungseignung widersprechen.

zu B.2 Baubeschreibungspflicht

- Die für Verbraucherbauverträge vorgesehene Pflicht zur Erstellung einer Baubeschreibung durch den Unternehmer lehnen wir ab.

An dem Vorschlag kritisieren wir, dass kleinere Bauunternehmer ohne sachlichen Grund wirtschaftlich überfordert und vom Markt verdrängt würden sowie den unklaren Anwendungsbereich der Beschreibungspflicht. Diese soll für Bauverträge von Verbrauchern über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden gelten. Was „erhebliche Umbaumaßnahmen“ sind, bleibt offen.

Zudem fehlt eine Vergütungsregelung für die Erstellung der Baubeschreibung, zumindest für den Fall der Nichtrealisierung des Bauvorhabens.

Die Anforderungen an eine Baubeschreibung sind erheblich. Sie umfassen Planungsleistungen, die üblicherweise vom Architekten getätigt werden, sowie die Leistungen der Fachingenieure. Die Aufwendungen für die Baubeschreibung gehen weit über eine ansonsten standardisierte Projektbeschreibung, zum Beispiel im Fertigbau, durch Prospekte oder Kataloge, hinaus. Diese Leistungen fallen zu einem Zeitpunkt an, in dem noch unklar ist, ob das Bauvorhaben überhaupt realisiert werden kann.

¹² BGH, Urteil 8. November 2007 - VII ZR 183/05.

Es wäre unbillig, wenn in den Fällen, in denen die Vertragsverhandlungen nicht zum Erfolg führen oder der Besteller von seinem – von uns abgelehnten - Widerrufsrecht Gebrauch macht, der Unternehmer die Kosten für die Erstellung und Ausarbeitung der Baubeschreibung zu tragen hat.

Darüber hinaus soll der Unternehmer laut Abschlussbericht in der Baubeschreibung klar zum Ausdruck bringen, welche Risiken er nicht übernehmen kann oder will. Als Beispiel ist die Beschaffenheit des Baugrundes genannt. Der Unternehmer muss somit sämtliche Risiken bedenken, auch diejenigen, die üblicherweise der Besteller zu tragen hat. Vergisst er die Erwähnung von Risiken in seiner Baubeschreibung, hat er die Folgen zu tragen. Dies lehnen wir ab.

- Nach unserer Auffassung fehlen im gesamten Abschlussbericht der Arbeitsgruppe elementare Hinweise auf die **allgemeinen Grundsätze der Baubeschreibungspflicht** durch den Besteller, insbesondere auch bei Bauverträgen, die nicht mit einem Verbraucher geschlossen werden.

Eine ordnungsgemäße Baubeschreibung muss § 7 VOB/A entsprechen und es bedarf einer Regelung, die die generelle Leistungsbeschreibungspflicht des Bestellers festschreibt.

Zudem muss aus unserer Sicht auch klargestellt sein, dass der Besteller für die vollständige und fehlerfreie Beschreibung der von ihm geforderten Bauleistung verantwortlich ist und dass er die Folgen einer fehlerhaften oder unklaren Beschreibung trägt. Im Hinblick auf die Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages muss der Besteller präzise vorgeben, welche Leistung der Unternehmer schuldet.

Dass dabei die Abschnitte 0 der einzelnen DIN-Normen der VOB/C zu beachten sind, steht für uns ebenso wenig in Frage, wie die Verpflichtung des Bestellers, dem Unternehmer die für die Ausführung nötigen Unterlagen richtig, vollständig, unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben, wie dies auch § 3 Absatz 1 VOB/B vorsieht.

zu B.3 Festlegung der Bauzeit

Eine Pflicht, die Bauzeit für Verbraucherbauverträge festzulegen, lehnen wir ab.

Uns sind keine Fälle bekannt, in denen bei den in Rede stehenden Bauvorhaben nicht über Fertigstellungstermine intensiv gesprochen und verhandelt und diese Termine dann nicht vertraglich festgelegt worden wären.

An dem Vorschlag kritisieren wir insbesondere den unklaren Anwendungsbereich der Pflicht zur Festlegung der Bauzeit. Zur ungenauen Definition der Ausnahmesituation (Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden durch Verbraucher) verweisen wir auf unsere Kritik (siehe oben zu B.2).

zu B.4 Widerrufsrecht des Verbrauchers

Das für Verbraucherbauverträge vorgesehene Widerrufsrecht lehnen wir ab.

Die Sinnhaftigkeit eines Widerrufsrechts, also der Schutz des Verbrauchers vor seiner eigenen Entscheidung, erschließt sich uns nicht. Überlegungen zum Bau eines Hauses oder für einen größeren Umbau sind üblicherweise durchdacht und überwiegend, von fachlichem Rat begleitet, gut abgewogen. Auch die Finanzierung ist abgeklärt. Ein Widerrufsrecht ist somit unseres Erachtens entbehrlich.

Selbst wenn man dem Verbraucher ein Widerrufsrecht einräumen will, das maximal 14 Tage ab Vertragsabschluss gilt, fehlt ein parallel laufendes Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers.

Bei vertraglich festgelegten, kurz bemessenen Ausführungsfristen muss sich der Unternehmer in Erwartung eines Widerrufs bei den erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen zurückhalten können. Es muss vermieden werden, dass er bei einer Nichtausübung des Widerrufsrechts dann bei den Ausführungsfristen unter Druck gerät. Die Verschiebung der Ausführungsfristen durch das Widerrufsrecht des Verbrauchers darf nicht zu Lasten des Unternehmers gehen.

Auch beim Widerrufsrecht des Verbrauchers gilt unsere Kritik an der unzureichenden Definition der Anwendungsfälle (siehe oben zu B.2).

zu B.5 (Prüf- und) Hinweisobliegenheit des Unternehmers sowie Mitwirkungspflichten des Bestellers

zu B.5 a (Prüf- und) Hinweisobliegenheit des Unternehmers

Grundsätzlich stellt sich die Frage, warum für Bauverträge – nicht aber für sonstige Werkverträge, für Werklieferungs- oder Kaufverträge – eine besondere (Prüf- und)

Hinweisobliegenheit in das Gesetz aufgenommen werden soll. Dies führt zu Wertungswidersprüchen.

Außerdem müsste klargestellt werden, dass eine (Prüf- und) Hinweisobliegenheit des Unternehmers bei besonderer Fachkompetenz des Bestellers oder durch diesen Beauftragter (Architekten/Sonderfachleute) begrenzt ist bzw. gänzlich entfällt¹³. Je höher die Fachkenntnisse des Bestellers sind, desto geringer die (Prüf- und) Hinweisobliegenheit des Unternehmers. Außerdem muss klar gestellt werden, dass sich die Hinweisobliegenheit des Unternehmers nur auf erkannte (bzw. ohne besondere Prüfung erkennbare) Unzulänglichkeiten bezieht und als Rechtsfolge der erfüllten Obliegenheit der Unternehmer nicht für Risiken oder Nachteile haftet, die der Hinweis betrifft.

Im Abschlussbericht fehlt die Klarstellung, dass der Unternehmer keine vorvertragliche (Prüf- und) Hinweisobliegenheit hat. Außerdem fehlt - wie erwähnt wurde -, die Pflicht des Bestellers, dem Unternehmer vollständige und fehlerfreie Unterlagen zu übergeben (siehe oben zu A.3 und B.2).

Infolge der Konsoltraggerüst-Entscheidung des BGH¹⁴ ist der Unternehmer regelmäßig dem Vorwurf ausgesetzt, eventuelle Planungsfehler des Bestellers seien ihm vor Vertragsabschluss erkennbar gewesen. Deswegen könne der Unternehmer nun keine Ansprüche auf zusätzliche Vergütung und/oder Bauzeitverlängerung geltend machen. Diese Rechtsprechung ist falsch, denn sie bestraft den Unternehmer für einen Fehler des Bestellers. Der Unternehmer prüft Vorgaben des Bestellers vor Vertragsabschluss nur unter kalkulatorischen Gesichtspunkten; er bildet (lediglich) einen Preis. Zu einer Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit ist er schon rein zeitlich in der kurzen Kalkulationsphase nicht im Stande. Zudem ist eine solche Prüfung auch je nach Art und Umfang der Vorgaben des Bestellers sehr kostenträchtig. Kein Unternehmer kann diese erheblichen Kosten aufwenden, ohne dass sie ihm ersetzt werden. Das Bauvertragsrecht muss daher eine Regelung vorsehen, nach der es dem Unternehmer vor Vertragsabschluss nicht obliegt, alle Bestellervorgaben auf Richtigkeit bzw. Vollständigkeit zu überprüfen.

¹³ BGH, Urteil 30. Juni 1977 - VII ZR 325/74, BauR 1977, 420, 421.

¹⁴ Siehe Fußnote 2.

zu B.5 b Mitwirkungs-„*Pflichten*“ des Bestellers

Der Abschlussbericht kennt lediglich Mitwirkungs-„*Obliegenheiten*“ des Bestellers. Richtigerweise muss es sich jedoch um Mitwirkungs-„*Pflichten*“ handeln (siehe § 642 und § 643 BGB).

Auch hat der Besteller dem Unternehmer die Kosten aus der Unterlassung gebotener Mitwirkungspflichten zu ersetzen (z. B. Planlieferung, Baustoffbeistellungen, Nichtreaktion auf Bedenkenanmeldung etc.).

zu B.6 Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers und Begleitregelungen

Bauwirtschaft und Handwerk haben wiederholt unterstrichen, dass ein etwaiges Anordnungsrecht des Bestellers zwingend eine Preisanpassung und eine effiziente Streitbeilegung voraussetzt und diese Bereiche nur gemeinsam geregelt werden können. Diese Verknüpfung fehlt im Abschlussbericht.

zu B.6.1.1 Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers zur Änderung des Werkerfolgs

Ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers zur nachträglichen Änderung der **vereinbarten Bauziele / des Werkerfolgs lehnen wir ab**. Solche Änderungen müssen weiterhin dem Einigungsprinzip des BGB unterfallen, d. h. Leistungsumfang und Vergütungsanspruch sind vor Ausführung gemeinsam vertraglich festzulegen.

Ohne „wenn und aber“ lehnen wir auch einseitige Anordnungen des Bestellers zur Änderung der Bauzeit und zur Art der Ausführung ab.

Derartige Anordnungen würden das Dispositionsrecht und die Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmer elementar verletzen.

zu B.6.1.2 Einseitiges Anordnungsrecht zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs

Es ist ein Grundsatz des Vertragsrechts, dass Leistung und Gegenleistung **vereinbart** werden müssen. Es kann kein Ziel des Vertragsrechts sein, dem Besteller nachträglich **einseitige** Änderungsrechte einzuräumen. Nur ausnahmsweise kann dem Besteller das Recht zustehen, den Leistungsinhalt einseitig anzupassen, soweit dies zur Herstellung eines mangelfreien Werks erforderlich ist, oder um den vereinbarten

Werkerfolg zu erreichen. Die Planungsverantwortung obliegt dem Besteller. Der Unternehmer muss erst nach Vorlage der Planung mit der Leistung beginnen.

Zwingende Voraussetzung jedes Anordnungsrechts wäre eine **klare Vergütungsregelung** und deren **schnelle prozessuale Durchsetzbarkeit**. Solange dies fehlt, lehnen wir jedes einseitige Anordnungsrechte des Bestellers nachdrücklich ab, zumal laut Rechtsprechung eine dem Unternehmer zur Sicherung seiner Forderung erteilte **Bürgschaft** gemäß § 648a BGB nur die **ursprüngliche Leistung** umfasst¹⁵.

Die Vorleistungspflicht des Unternehmers bei Leistungsänderungen wird stereotyp damit begründet, dass der Unternehmer in diesem Fall einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung habe. Es ist jedoch nicht zu bestreiten, dass klare Vorgaben zur Ermittlung dieser Vergütung fehlen. Die „*praktische*“ Nachtragsvergütung ist daher längst nicht so einfach gefunden, wie die Theorie glauben lässt¹⁶. Es ist Realität, dass eine Zusatzleistung schnell angeordnet wird und gebaut werden muss, die Zusatzvergütung aber nur außerordentlich schwer zu erhalten ist.

zu B.6.2 Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen

Wir befürworten die – im Abschlussbericht nicht vollständig wiedergegebene – Variante, die Gegenstand der Diskussion beim 4. Deutschen Baugerichtstag vom 12. Mai 2012 war (sogenanntes „Wahlmodell“). Danach wird dem Unternehmer eine Wahlmöglichkeit eingeräumt, sich zur Begründung seiner Nachtragsforderung entweder insgesamt auf die Ansätze in seiner hinterlegten Kalkulation zu berufen oder die tatsächlich erforderlichen Kosten anderweitig darzulegen. Diese Wahlmöglichkeit besteht grundsätzlich gesondert für jeden einzelnen Nachtrag. Soweit sich die Parteien über eine – beispielsweise nach kalkulierten Kostenansätzen abgerechnete – Nachtragsforderung geeinigt haben, ist es zulässig, dass der Unternehmer einen anderen Nachtrag ohne Zuhilfenahme seiner Kalkulation nach Marktwerten abrechnet. Alle anderen Probleme sind durch Anwendung allgemeiner Grundsätze der Rechtsanwendung (zum Beispiel Sittenwidrigkeit, Anfechtung, Wegfall der Geschäftsgrundlage etc.) zu lösen.

Abweichungen zum Nachteil des Unternehmers durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) des Bestellers wären aus unserer Sicht nicht akzeptabel (siehe oben zu A.3 „unauflösbare Trias“).

¹⁵ BGH, Urteil 15. Dezember 2009 – XI ZR 107/08.

¹⁶ Siehe oben zu A.2 und A.3.

Einheitliche Normen zur Kalkulation der Baupreise (Seite 25 / 26) werfen kartellrechtliche Fragen auf und würden den Wettbewerb beschränken.

zu B.6.3 Notwendigkeit und Konzeption eines Streitbeilegungsmechanismus

Das im Abschlussbericht dargestellte „Verfahren über die Bauverfügung“ ist für – im Bau häufige – Leistungsketten ungeeignet, da es eine Streitverkündung nicht zulässt und so eine Vielzahl von Einzelprozessen erforderlich macht. Wie die vorliegenden Rückmeldungen einiger Landesjustizverwaltungen außerdem bereits zeigen, ist nicht davon auszugehen, dass die organisatorischen, personellen und finanziellen Mittel bundesweit bereit stehen werden, damit schnelle Entscheidungen über die Vergütung getroffen werden. Eine schnelle Entscheidung ist jedoch eine unabdingbare Voraussetzung für ein einseitiges gesetzliches Anordnungsrecht des Bestellers.

Funktioniert der Streitbeilegungsmechanismus nicht, sind für uns auch die ersten beiden Elemente Anordnungsrecht sowie Preisanpassungen nicht akzeptabel, da der Unternehmer seine Vergütungsansprüche nicht durchsetzen kann. Ein Anordnungsrecht des Bestellers zur Bauzeit und zur Art der Ausführung lehnen wir unabhängig hiervon strikt ab, da dies einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers darstellt.

Wir vermissen die Erörterung praxisnaher Alternativen, etwa die Aufnahme einer nicht disponiblen gesetzlichen Verpflichtung zur Durchführung eines beschleunigten Streitbeilegungsverfahrens bei Meinungsverschiedenheiten in Form eines außergerichtlichen Adjudikationsverfahrens, das streitige Fragen sehr schnell und vorläufig verbindlich klärt. Die Vertragsparteien müssten verpflichtet sein, die Adjudikatoren bereits bei Vertragsabschluss festzulegen. Dass ein solches Verfahren mit der Verfassung vereinbar wäre, belegt ein seit Mai 2013 vorliegendes Gutachten des ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Professor Papier.

zu B.6.4 Flankierende Maßnahmen Gerichtsorganisation / Änderungen im GVG

Die vorgeschlagenen flankierenden Maßnahmen bei der Gerichtsorganisation wären ein Schritt in die richtige Richtung, sind allerdings auch hinsichtlich der Finanzierung Angelegenheit der Bundesländer (die Präsidien der Landgerichte / Oberlandesgerichte).

te entscheiden) und hinsichtlich ihrer Umsetzung sehr ungewiss. Die Einflussmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers sind gering (GVG).

zu B.7 Abschlagszahlungen

Wir begrüßen den Vorschlag, die Höhe der Abschlagszahlungen nach dem Wert der vom Unternehmer erbrachten vertragsgemäßen Teilleistungen zu bemessen und nicht, wie derzeit, nach dem Wertzuwachs auf Seiten des Bestellers (1. Spiegelstrich). Die Ermittlung des Wertzuwachses auf Seiten des Bestellers ist in der Praxis vielfach auf Probleme gestoßen. Die Anknüpfung an den aus § 16 Absatz 1 Nummer 1 VOB/B bekannten Begriff der nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen ist sachgerecht.

Auch der Vorschlag, nach dem der Besteller Abschlagszahlungen nicht verweigern kann, wenn zu diesem Zeitpunkt an dem Bauwerk Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand bestehen (2. Spiegelstrich), begrüßen wir. Die Möglichkeit, einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung, regelmäßig das Doppelte der voraussichtlichen Beseitigungskosten, einzubehalten, halten wir für angemessen. Durch beide Vorschläge würden die für die Liquidität der Unternehmer so wichtigen Abschlagszahlungen in der Praxis besser durchsetzbar.

Hingegen lehnen wir den Vorschlag, Abschlagszahlungen in Verbraucherverträgen gesetzlich der Höhe nach zu begrenzen, strikt ab. Abschlagsrechnungen können nur auf der Basis ausgeführter Arbeiten gestellt werden. Das gilt gleichermaßen für Verträge zwischen Unternehmern wie für Verbraucherverträge. Ein Sonderrecht für Verbraucher bei Abschlagszahlungen ist damit sachlich nicht gerechtfertigt. Auch die Begründung, wonach die Begrenzung der Höhe der Abschlagszahlungen den Verbraucher vor versteckten Vorauszahlungen schützen soll, trägt aus dem oben genannten Grunde nicht.

zu B.8. Absicherung des Bestellers und des Unternehmers

zu B.8.1 Absicherung des Bestellers

Bezüglich der Absicherung des Bestellers lehnen wir jede Regelung ab, die über die bereits bestehenden Rechte hinausgeht (siehe § 632a Absatz 3 BGB).

zu B.8.2 Absicherung des Unternehmers

zu B.8.2.1 und 8.2.2 Bauverträge zwischen Unternehmern/mit Verbrauchern

Den Vorschlag, § 648a Absatz 1 Satz 1 BGB dahingehend zu ergänzen, dass die Bezugsgröße zur Berechnung des Absicherungsverlangens - soweit sich die Parteien

über die Vergütung nicht einigen können - gegebenenfalls der durch eine Bauverfügung festgestellte Preis ist (erster Spiegelstrich), lehnen wir ab.

Einerseits wäre der Vorschlag dahingehend zu ergänzen, dass nur die Berechnung des Absicherungsverlangens für Nachträge betroffen ist. Andererseits wäre dies für Unternehmer nicht akzeptabel, da die Bauverfügung (wie bereits ausgeführt wurde) nicht zu einer schnelleren Preisfestlegung führen wird.

Die Regelung des § 648a BGB hat sich in der Praxis als wirkungsvolles Sicherungsinstrument mit Blick auf den Vergütungsanspruch des Unternehmers bewährt. Der Vorschlag im zweiten Spiegelstrich bedroht dieses Sicherungsinstrument im Kern. Dies lehnen wir ab.

Hier bleibt völlig unbeachtet, dass § 648a BGB **nicht das Vorleistungsrisiko**, sondern den **gesamten Vergütungsanspruch** absichern soll. Würde die vorgeschlagene Änderung realisiert, wäre dies eine Abkehr vom bisherigen gesetzgeberischen Ziel. Auch lässt der Abschlussbericht eine Begründung vermissen, warum eine solche Änderung geboten sein sollte.

Den Vorschlag, die Absicherungspflicht des Bestellers bei vereinbarten Abschlagszahlungen auf maximal 20 % der vereinbarten Vergütung zu beschränken, lehnen wir ab. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die vor kurzem geänderte und überhaupt erst im Jahr 1993 zu Gunsten der Unternehmer ins BGB aufgenommene Regelung in diesem wichtigen Punkt geändert werden soll, ohne dass sich die Zahlungsmoral der Besteller, das Vorleistungsrisiko der Unternehmer oder die Insolvenzraten gebessert hätten. Auch dieser Vorschlag belegt die Unausgewogenheit der Vorschläge des Abschlussberichts. Sie verbessern die ohnehin starke Position der Besteller und verschlechtern die – vor allem aufgrund der Vorleistungspflicht – schwierige Situation der Unternehmer.

Eine Begrenzung der Absicherung auf die Höhe der nächsten Abschlagsrechnung, von der im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens keine Partei weiß, wie hoch sie sein wird, und eine Begrenzung auf höchstens 20 % der vereinbarten Vergütung (wahrscheinlich der Gesamtvergütung, dies lässt sich dem Abschlussbericht nicht eindeutig entnehmen), widerspricht der bisherigen gesetzlichen Grundkonzeption, wird der Realität nicht gerecht und ist im Hinblick auf das Vorleistungsrisiko der Unternehmer und der nur schleppenden Bezahlung von Abschlagsrechnungen durch den Besteller für

uns nicht akzeptabel. Es bleibt unberücksichtigt, dass Unternehmer häufig weitere Abschlagsrechnungen stellen, ohne dass die vorangegangenen bezahlt sind. Damit tragen die Unternehmer in großem Umfang die Gefahr eines Ausfalls ihrer Forderungen in der Insolvenz des Bestellers. Die Intention des Gesetzgebers ist es, dass dieses Risiko durch § 648a BGB abgemildert werden soll. Für uns ist nicht erkennbar, warum hiervon abgerückt werden soll.

Vielmehr fordern wir, den Anwendungsbereich des § 648a BGB auf öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber auszudehnen.

Der gesetzlichen Privilegierung des Verbrauchers bei Einfamilienhäusern (Herstellung oder Instandsetzung) lag im Kern die Überlegung zugrunde, dass der Unternehmer durch die unbegrenzte Haftung des Bestellers 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. Von daher fordern wir, § 648a Absatz 6 Nummer 2 BGB zu streichen.

zu B.9 Abnahme von Werkleistungen

Wir begrüßen es, dass dem Besteller die Möglichkeit genommen werden soll, auf ein Abnahmeverlangen schlicht zu schweigen (erster Spiegelstrich).

Die Effektivität der Regelung wird jedoch durch den zweiten Spiegelstrich aufgehoben. Danach ist Voraussetzung für die fiktive Abnahme „die Fertigstellung des Bauwerks“. Das bedeutet, dass der Unternehmer für eine fiktive Abnahme zunächst diese „Fertigstellung“ zu beweisen hat. Es bleibt unklar, wann die „Fertigstellung“ erreicht ist. Nach dem üblichen Verständnis liegt diese vor, wenn das Bauwerk ohne wesentliche Mängel und/oder wesentliche Restleistungen erbracht ist. Zum einen wird jedoch der Unternehmer, wenn er dies nachgewiesen hat, in aller Regel auch die Abnahmereife des Bauwerks bewiesen haben. Zum anderen bleiben damit die Anforderungen an die Dokumentation letztlich unverändert. Nur der Anknüpfungspunkt ist ein anderer.

Mit anderen Worten: Die Abnahmefiktion wird an eine Voraussetzung geknüpft, die (nach wie vor) der Unternehmer zu beweisen hat und die an die Dokumentation (nach wie vor) mindestens die gleichen Anforderungen stellt, wie für die Abnahmereife. Der zweite Spiegelstrich

macht daher die durch den Vorschlag im ersten Spiegelstrich intendierte Verbesserung zunichte und sollte gestrichen werden.

Darüber hinaus sollten die Thesen nach unserer Auffassung um den Punkt „jede Partei trägt die ihr entstandenen Kosten der Zustandsfeststellung selbst“ ergänzt werden.

In der Erläuterung sollte zudem auf Seite 37 am Ende von Absatz 3 der letzte Satz *„Er ist allerdings nicht verpflichtet, bei der Abnahmeverweigerung alle Mängel zu benennen“* gestrichen werden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Besteller nicht alle – ihm bekannten – Mängel benennen muss. Die Unternehmer leiden in der Praxis darunter, dass die Besteller immer nur scheinbar Mängel benennen. Eine beliebte Taktik, die Abnahme immer und immer wieder hinauszuzögern und so die Verjährungsfrist zu verlängern. Dies würde eine dem § 377 HGB entsprechende Regelung vermeiden.

Außerdem fehlt der ebenfalls in der Arbeitsgruppe diskutierte Aspekt, dass der Unternehmer die Zustandsfeststellung einseitig und verbindlich durchführen kann, wenn der Besteller der Zustandsfeststellung fern bleibt.

zu B.10 Mängelrechte im Werk- und im Bauvertragsrecht

zu B.10.1 Mängelrechte vor Abnahme

Die Regelungen sind unklar und deswegen abzulehnen. So ist in 10.1, zweiter Spiegelstrich offen, welche bestimmten über die Allgemeinen Leistungsstörungenrechte der §§ 280, 281, 323 BGB hinausgehenden Ansprüche gemeint sind.

Weiterhin ist für den nächsten Spiegelstrich unklar, was es bedeutet dass *„die Erfüllung gefährdende Abweichungen von der vertragsgemäßen Leistung vorliegen“*. Solange diese Begriffe nicht praktikabel definiert sind, lehnen wir die Regelung ab.

Außerdem müsste Voraussetzung für eine Ersatzvornahme vor der Abnahme eine (Teil-)Kündigung des Vertrages sein.

zu B.10.2 Verlängerung der Gewährleistungsfrist

Absatz 2 der Erläuterung stellt zutreffend fest, dass die Arbeitsgruppe das Thema ausführlich diskutiert hat und eine Änderung der Rechtslage **nicht** befürwortet.

Nachdem es dem Gesetzgeber im Jahre 2000 endlich gelang, die Verjährungsfristen für mangelhafte Bauprodukte an die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei Bauwerken anzupassen (siehe § 438 Absatz 1 Nummer 2 BGB), darf der Gesetzgeber eine solche „**Haftungsfalle**“ nicht durch eine verlängerte Verjährungsfrist für Bauwerke erneut schaffen.

zu B.10.3 Änderung von § 638 BGB

Die **vorgeschlagene** Änderung von § 638 BGB ist abzulehnen. Eine Minderung wird relevant, wenn unverhältnismäßige Mangelbeseitigungskosten zu erwarten sind. Deshalb darf sich die Minderung nicht an den Mangelbeseitigungskosten orientieren. Maßgeblich ist der Minderwert.

zu B.11 Erfordernis einer Schlussrechnung

Die Vorschläge werden abgelehnt. Derzeit ist sehr streitig, ob und gegebenenfalls wie die neu gefasste EU-Richtlinie gegen Zahlungsverzug in das deutsche Recht umzusetzen ist. Es ist nicht akzeptabel, die Rechtslage für Unternehmer zu verschlechtern und den bisherigen Grundsatz einer Zahlung bei Abnahme (§ 641 Absatz 1 BGB) sowie die Möglichkeit des Unternehmers, zur Abnahme eine angemessene Frist zu bestimmen (§ 640 Absatz 1 Satz 3) durch neue Fristen und unklare Rechtsbegriffe einzuschränken.

Die Vorschläge sind ein weiteres Element der systematischen Schlechterstellung der Unternehmer eines Bauvertrags.

So ist nicht einzusehen, warum ein Fliesenleger bei einer vereinbarten Pauschalvergütung von 5.000,00 Euro gesetzlich dazu verpflichtet werden sollte, eine „prüffähige“ Schlussrechnung zu stellen, der Lieferant von 100 Pkw an eine Autovermietungsfirma im Wert von mehreren Millionen Euro von der gleichen Verpflichtung aber nicht betroffen wäre. Die Konsequenz aus einer Änderung des BGB wäre ein eklatanter Wertungswiderspruch im Verhältnis zu anderen Vertragstypen des BGB.

Hinzu kommt, dass durch die hier diskutierte Regelung über die Schlussrechnung nicht nur eine weitere Fälligkeitsregelung eingeführt wird, sondern de facto eine weitere Zahlungsverzögerung quasi gesetzlich angeordnet wird. Nach der bisherigen Regelung des § 641 BGB ist der Werklohn mit der Abnahme grundsätzlich sofort fällig. Mit der hier diskutierten Schlussrechnung würde der Fälligkeitszeitpunkt hinausgezögert. Wie lange, hängt nicht vom Werkunternehmer, sondern vom Besteller ab, wenn diesem eine Prüffrist von 30 Tagen ein-

geräumt wird. Ohne dass im Vertrag hierüber auch nur eine Silbe verloren wird, kann der Besteller die Zahlungen hinauszögern. Gekoppelt mit den Gestaltungsmöglichkeiten bei der Abnahme ergibt sich für Besteller ein erhebliches, vom Gesetzgeber zur Verfügung gestelltes Zahlungsverzögerungspotenzial zu Lasten der Unternehmer. Letztlich ist die Prüffrist keine Schutzregelung für Unternehmer, sondern eine weitere Besserstellung des Bestellers.

Hinterfragt werden muss auch die Konzeption der Schlussrechnung. Nach den Thesen soll diese übersichtlich und für den Besteller nachvollziehbar sein. Hierzu wird in den Erläuterungen ausgeführt: *"Detaillierte Regelungen, wie die Schlussrechnung ausgestaltet sein muss, um die Voraussetzung der Nachprüfbarkeit zu erfüllen, sollen allerdings nicht in das Gesetz aufgenommen werden. Die Anforderungen an die Prüfbarkeit sind je nach Umfang und Komplexität des jeweiligen Auftrags sehr unterschiedlich und daher eine gesetzliche Regelung nicht zugänglich."* Was dies für die Unternehmer bedeutet, lässt sich schon jetzt un schwer abschätzen. Durch die Einführung zweier unbestimmter Rechtsbegriffe in einem zentralen Bereich des Werkvertragsrechts werden die Unternehmer auf Jahre hinaus in gerichtliche Auseinandersetzungen über die Schlussrechnung getrieben. Bis es hier zu einer gewissen Konsolidierung der Rechtsprechung kommt – Richtung ungewiss – kann es keine Rechtssicherheit geben. Dies kann bereits im Ansatz nicht als eine Verbesserung des Baurechts verstanden werden.

zu B.12 Kündigung des Bauvertrags

Auch dem Unternehmer muss ein Kündigungsrecht im Falle der Insolvenz des Bestellers zustehen. Ein solches Recht sah Ziffer 1.3 des Eckpunktepapiers ursprünglich vor. Dieses Recht wurde jedoch wieder gestrichen, da die Lage, in der sich ein Unternehmer bei Insolvenz des Bestellers befinde, mit der umgekehrten Konstellation nicht zu vergleichen und daher eine solche Regelung nicht erforderlich sei¹⁷. Das ist einerseits nicht nachvollziehbar, da es nicht begründet wird, und andererseits nach unserer Ansicht im Ergebnis falsch, da der Unternehmer das Insolvenzrisiko des Bestellers trägt und ihm eine Leistungspflicht bei Insolvenz des Bestellers nicht zugemutet werden kann.

Bei der Teilkündigung sollte auf die Voraussetzung des „*abgrenzbaren Teils*“ verzichtet werden. Zum einen ist unklar, ob der „*abgrenzbare Teil*“ etwas anderes ist, als der „*abgeschlossene Teil der vertraglichen Leistung*“, den § 8 Absatz 3 Nummer 1 Satz 2 VOB/B für die Teilkündigung fordert. Für letzteren sind die Voraussetzungen der Rechtsprechung so hoch, dass die Regelung kaum praktikabel ist. In der Praxis sind daher vertragliche Absprachen die Regel, wonach die Teilkündigung nicht auf einen „*abgeschlossenen Teil der vertraglichen*

¹⁷ Ergebnisprotokoll der Sitzung der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht am 9. Oktober 2012 vom 15. Oktober 2012.

Leistung“ beschränkt ist. Dem steht auch der Schutzzweck § 8 Absatz 3 Nummer 1 Satz 2 VOB/B nicht entgegen, wonach es wegen Vergütungs- und Gewährleistungsgesichtspunkten um eine nachvollziehbare Trennung zwischen den Leistungsteilen des gekündigten und des Ersatzunternehmers geht. Eventuelle Beweisschwierigkeiten können durch ein gemeinsames Aufmaß nach Kündigung vermieden werden.

Auch sollte die ursprünglich vorgesehene Anwendung des § 649 Sätze 2 und 3 BGB (Vermutungsregelung) wieder aufgenommen werden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese entfallen ist.

Vorzugswürdig gegenüber einem pauschalen Verweis auf § 314 BGB wäre, konkrete Kündigungsgründe zu benennen.

zu B.13 Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags

zu B.13.1 Rechtliche Qualifizierung des Architekten- und Ingenieurvertrags

Die Einordnung des Architekten- und Ingenieurvertrags als Werkvertrag ist überzeugend und muss beibehalten werden.

zu B.13.4 Teilabnahme

Es darf nicht auf den Zeitpunkt der Fertigstellung, sondern es muss auf den Zeitpunkt der Abnahme der Bauleistung abgestellt werden, damit ein Auseinanderlaufen der Verjährungsfristen Architekt / Bauunternehmer verhindert wird.

zu B.13.5 Gesamtschuldnerische Haftung Architekt/Ingenieur und Bauunternehmer

Nicht bestätigen können wir eine – im Abschlussbericht behauptete - „*überproportionale Belastung der Architekten/Ingenieure im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer*“. Diese soll darin liegen, dass eine vollständige Inanspruchnahme durch den Besteller nicht dem Mangelbeitrag des Architekten/Ingenieurs entspricht, wenn die Realisierung des Regressanspruchs gegen den bauausführenden Unternehmer nicht mehr möglich ist.

Statistische Angaben über die Häufigkeit solcher Fälle enthält der Bericht nicht. Es dürfte sich hier um wenige Fälle handeln, die keine überproportionale Belastung darstellen. Eine Auflösung dieser wenigen Fälle zu Lasten einer den Unternehmer treffenden generellen Versicherungspflicht bzw. Absicherung des Bestellers durch eine vom Bauunternehmer

mer zu stellende Sicherheit, schießt daher deutlich über das Ziel hinaus¹⁸. Das Insolvenzrisiko ist auch für einen Gesamtschuldner ein allgemeines wirtschaftliches Risiko.

Ebenso unbelegt und offensichtlich falsch ist die Behauptung, bei Mängeln würden Bauherren „vorrangig“ Architekten/Ingenieure in Anspruch nehmen. Das Gegenteil ist der Fall. Selbstverständlich sind bei Mängeln die Unternehmer erste Ansprechpartner des Bestellers.

Soweit der Entwurf vorsieht, dass geprüft werden soll, eine Rangfolge der Inanspruchnahme dahingehend zu regeln, dass zunächst Nachbesserung vor Schadenersatzanspruch durch den Besteller geltend gemacht werden kann, stellt sich das Problem der Sicherheitsleistung durch den Besteller. Denn nach Rechtsprechung ist der Fehler eines bauseitigen Planers bei Mangelbeseitigung durch den Unternehmer als Mitverschulden des Bauherrn anzusehen¹⁹. Für seinen Mitverschuldensanteil hat der Besteller vor Nachbesserung durch den Unternehmer Sicherheit, etwa in Form einer Bürgschaft zu leisten²⁰. Dies muss im Rahmen einer gesetzlichen Regelung berücksichtigt werden.

Die gesamtschuldnerische Haftung muss erhalten bleiben!

Gesamteinschätzung der Auftragnehmervertreter

Nach dem Entwurf eines Abschlussberichts drohen Bauwirtschaft und Handwerk erhebliche Verschlechterungen im Vergleich zur derzeit geltenden Gesetzeslage. Diesen vielfältigen Verschlechterungen stehen aus Sicht der Auftragnehmer nur sehr wenige Verbesserungen gegenüber.

Der Abschlussbericht erhöht das Streitpotential, lässt bestehende Nachteile für Bauunternehmer unerörtert, schafft zusätzliche Nachteile auf Kosten nicht nur kleiner und mittelständischer Unternehmer, führt die Ergebnisse einer überbordenden Rechtsprechung fort und behandelt das Baugeschehen überwiegend aus übersteigerten Verbraucherschutzgesichtspunkten.

¹⁸ Nach der Stellungnahme des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) vom 27. September 2012 sowie den Ausführungen von Frau Dr. Meckling-Geis (GVD) in der Sitzung der Unterarbeitsgruppe Absicherung am 16. Oktober 2012 wird für gewerbliche Bauprojekte von Seiten der Versicherer keine Notwendigkeit einer Pflicht zur Absicherung des Bestellers gesehen. Durch eine solche würden nur seriös arbeitende Baufirmen, bei denen kein tatsächliches Bedürfnis für eine Absicherung bestehe, bestraft. Zudem würde das Instrument zu einem Verdrängungswettbewerb auf dem Baumarkt führen, da die kleineren und mittleren Unternehmen den zusätzlichen Belastungen durch eine Versicherung nicht gewachsen seien. Letztlich würden die Versicherer im gewerblichen Bereich die mit der Versicherung einhergehenden Risiken für nicht kalkulierbar ansehen; es sei daher nicht zu erwarten, dass hier mittelfristig entsprechende Angebote auf den Markt kommen.

¹⁹ BGH, Urteil 13. September 2001 - VII ZR 392/00; BauR 2002, 86.

²⁰ BGHZ 90, 344 = BauR 1984, 395 ; OLG Nürnberg, Urteil 9. Oktober 1998 - 6 U 1414/97.

Die Bauwirtschaft und das Handwerk haben daher grundsätzliche Vorbehalte gegen den Abschlussbericht und tragen diesen insgesamt nicht mit.

Die Feststellungen der Arbeitsgruppe und der Abschlussbericht sind nicht geeignet, als Grundlage eines gesetzlichen Bauvertragsrechts zu dienen.

Berlin, Juni 2013