



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 41/2015 November 2015

zum Referentenentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Mitglieder des Ausschusses Schuldrecht

RA beim BGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Vorsitzender (Berichterstatter)
RA Jürgen Bestelmeyer (Berichterstatter)
RAuN Dr. Andreas Eickhoff (Berichterstatter)
RAin Dr. Sonja Lange
RA Dr. Valentin Todorow

RAin Eva Melina Bauer, BRAK

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Richterbund
Patentanwaltskammer
Bundesverband der Freien Berufe
Beck aktuell
LexisNexis Rechtsnews
Jurion Expertenbriefing
juris Nachrichten
Redaktion Legal Tribune Online

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 - 11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zum vorgenannten Referentenentwurf (Stand: 10.09.2015) nimmt die Bundesrechtsanwaltskammer wie folgt Stellung:

A. Zu den kaufrechtlichen Bestimmungen des Referentenentwurfs

I. Derzeitige Rechtslage im Kaufvertragsrecht:

1. Kaufverträge außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs:
 - a) Kein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten im Rahmen der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 zweiter Alternative BGB (Lieferung einer mangelfreien Sache). Die Übertragung der europarechtskonformen Auslegung der Norm auch auf Kaufverträge außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs hat der BGH abgelehnt (BGH, Urteil vom 17.10.2012, VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135, Tz. 17 ff., bestätigt durch BGH, Beschluss vom 16.04.2013, VIII ZR 375/11, BeckRS 2013, 15325, Tz. 3).
 - b) Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers sowohl im Falle der relativen Unverhältnismäßigkeit (Unverhältnismäßigkeit der gewählten gegenüber der alternativ möglichen Nacherfüllung) als auch im Bereich der sog. absoluten Unverhältnismäßigkeit, und zwar auch in den Fällen, in denen beide Arten der Nacherfüllungen nach § 439 Abs. 1 BGB zwar möglich sind, aber jeweils für sich genommen zu unverhältnismäßigen Kosten führen. Das Leistungsverweigerungsrecht folgt aus § 439 Abs. 3 BGB.
2. Verbrauchsgüterkauf:
 - a) Richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1, Alt. 2 BGB dahin, dass der Verbraucher als Käufer auch Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten hat (BGH, Urteil vom 21.12.2011, VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 16.06.2011 i.S. C-65/09 und C-87/09).
 - b) Teleologische Reduktion des § 439 Abs. 3 BGB: Das Leistungsverweigerungsrecht besteht nur in den Fällen der relativen Unverhältnismäßigkeit, also dann, wenn nur eine der beiden möglichen Arten der Nacherfüllung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Kein Leistungsverweigerungsrecht besteht in den Fällen der so genannten absoluten Unverhältnismäßigkeit, also dann, wenn beide Arten der Nacherfüllung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sind. Allerdings soll in diesen Fällen nach BGH (a. a. O., Rz. 35) das Recht des Verkäufers „die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, auf das Recht [beschränkt sein], den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrages zu verweisen. Bei der Bemessung dieses Vertrages sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen. Zugleich ist zu gewährleisten, dass durch die

Beschränkung auf eine Kostenbeteiligung des Verkäufers das Recht des Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten nicht ausgehöhlt wird“ (a. a. O.).

II. Reformziele:

1. Gesetzgeberische Festschreibung der EuGH-Rechtsprechung im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs:
 - a) Ausdrückliche Regelung in § 439 Abs. 3 BGB-E, dass Aus- und Einbaukosten entweder vom Verkäufer zu tragen oder von ihm zu ersetzen sind; Erstreckung des Wiederherstellungs- bzw. Aufwendungsersatzanspruches auch auf Veränderungen der Kaufsache „gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“;
 - b) Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts wegen so genannter absoluter Unverhältnismäßigkeit, jedoch Recht, den Käufer auf einen angemessenen Betrag als Kostenerstattung zu verweisen, § 475 Abs. 4 BGB-E.
2. Außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs:
 - a) Übertragung des Rechts auf Ersatz von Aus- und Einbaukosten als Grundsatz, § 439 Abs. 3 BGB-E;
 - b) Jedoch: Erhalt des Leistungsverweigerungsrechts auch bei absoluter Unverhältnismäßigkeit (der Sache unveränderter bisheriger § 439 Abs. 3 BGB als neuer § 439 Abs. 4 BGB und Rückschluss aus § 475 Abs. 4 BGB-E);
 - c) Erweiterung des bisher nur für den Verbrauchsgüterkauf bestehenden Rückgriffsanspruchs des Verkäufers auf alle Fälle des Kaufs auch außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs (§ 445a BGB-E). Stichwort: Entlastung des vorletzten Lieferanten und Entlastung des Werkunternehmers, der die mangelhafte Sache in Unkenntnis des Mangels einbaut.

III. Stellungnahme:

1. Allgemeines:

Der Gesetzgeber beabsichtigt keinen nennenswerten Eingriff in das bestehende Recht des Verbrauchsgüterkaufs (korrigiert aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs). Die gesetzgeberische Entscheidung, die Grundsätze über die Aus- und Einbaukosten sowie über den Rückgriffsanspruch über das Recht des Verbrauchsgüterkaufs hinaus auf alle Kaufverträge zu erstrecken, ist hier nicht zu diskutieren.

Die Umsetzung erfolgt im Wesentlichen dadurch, dass ein Teil der bisherigen, den Verbrauchsgüterkauf betreffenden Bestimmungen in das allgemeine Kaufrecht „hinübergezogen“ werden. Dieser Regelungsansatz ist sachgerecht.

Soweit der Referentenentwurf auf eine Umsetzung des europarechtlich „korrigierten“ Rechtsverständnisses des geltenden Gesetzes hinzielt, fällt auf, dass sich der Referentenentwurf textlich im Wesentlichen an die auch vom Bundesgerichtshof verwendeten Formulierungen anlehnt. Jene Formulierungen sind ihrerseits vielfach vom Europäischen Gerichtshof übernommen worden. Der Referentenentwurf zielt also offenbar auf eine möglichst weitgehende Deckungsgleichheit mit dem europarechtlichen Vorverständnis des Europäischen Gerichtshofes. Auch das ist nicht zu beanstanden.

Die Neuregelungen und die Umstellung der Gesetzssystematik bedingt eine Vielzahl von Detailänderungen und macht den Referentenentwurf auf den ersten Blick etwas unübersichtlich. Bei näherem Hinsehen erweist sich, dass größtenteils lediglich Verschiebungen bestehender Regelungen erfolgen, ohne dass sich die Rechtslage auch materiell ändert. Diese Verschiebungen insbesondere in der Bezifferung der Normen und den in den einzelnen Absätzen jeweils enthaltenen Verweisen ist notwendige Konsequenz aus dem „Hinüberziehen“ von Verbrauchsgüter-Kaufbestimmungen in das allgemeine Kaufrecht. Durch die neu entstehenden Verweisungsketten wird das Gesetz dabei – leider – nicht übersichtlicher. Im Detail ergeben sich aber nur einige wenige Anmerkungen.

2. Im Einzelnen:

Zu Art. 1, Ziffer 3:

2.1 Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen:

Folgerichtige rein redaktionelle Anpassung des Gesetzestextes; keine Anmerkungen zur Entwurfsfassung selbst.

Eine Anmerkung ergibt sich jedoch zur Begründung (Seite 36 des Referentenentwurfs). Hier wird – zutreffend – ausgeführt, dass § 309 BGB keine unmittelbare Anwendung auf AGB findet, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Im Folgenden wird ausgeführt, dass ein formularmäßiger Ausschluss oder eine formularmäßige Beschränkung der Kundenrechte auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen regelmäßig unangemessen sei. In diesem Zusammenhang wird darauf verwiesen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zitiert in Referentenentwurf S. 36) Verbotsnormen des § 309 BGB Indizwirkung auch für das B2B-Geschäft habe. Hier fehlt ein Hinweis im Entwurf darauf, dass jene Rechtsprechung stark umstritten und Gegenstand einer gesonderten rechtspolitischen Diskussion ist (Stichwort: Flucht aus dem deutschen Recht). Wenn der Gesetzgeber die BGH-Rechtsprechung ungeachtet der an ihr geäußerten Kritik für zutreffend hält, sollte er eine gesetzliche Regelung treffen, nicht aber durch bloße Gesetzgebungsmotive „stillschweigend“ Recht setzen.

2.2 Zu Art. 1 Ziffer 7 ff.:

a) Zu Ziffer 7, § 439 BGB-E:

Satz 1 nimmt die Formulierung der Rechtsprechung zu den Aufwendungen im Zusammenhang mit den Kosten für Ein- und Ausbau der gelieferten mangelhaften Sache auf; dagegen ergeben sich keine Einwendungen.

Satz 2 regelt den in der Rechtsprechung noch nicht entschiedenen Fall, dass der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels verändert hat. Der Fall wird dem Einbau gleichgestellt, allerdings mit der Maßgabe, dass die mangelhafte Sache „gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ verändert worden sein muss; das soll das Risiko des Verkäufers auf Fälle vorhersehbarer Verwendungen der Sache beschränken. Im Lichte des Richtlinienrechts erscheint diese Erweiterung konsequent.

Satz 3 ist seinerseits konsequent (Haftungsausschluss bei Kenntnis des Mangels; Verlagerung des Zeitpunkts, zu dem die Kenntnis bestanden haben muss, auf den Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Veränderung). In den „Handwerkerfällen“ dürfte die Norm über § 377 BGB hinaus eine gewisse praktische Bedeutung deswegen erlangen, weil – anders als der Verbraucher, der die gekaufte Sache selbst einbaut – der Werkunternehmer Fachmann ist oder zumindest sein sollte, so dass man vom Handwerker vor der Verwendung gekauften Materials ein Mindestmaß an eigenständiger Überprüfung der verwendeten Produkte verlangen wird. Unterlässt er jede Überprüfung, wird man zumindest grobe Fahrlässigkeit annehmen, was in der Regel zum Haftungsausschluss führt.

Es sollte überlegt werden, in den Sätzen 1 und 2 die Satzteile „im Rahmen der Nacherfüllung“ zu streichen. Dass es immer nur um Ansprüche „im Rahmen der Nacherfüllung“ geht, wird schon aus dem Kontext deutlich.

b) Zu Ziffer 8, § 440 BGB-E:

Rein redaktionelle Änderungen (Verweiskette). Keine Anmerkungen.

c) Zu Ziffer 9, § 445a BGB-E:

Absatz 1: Die Regelung ist inhaltlich übernommen aus dem bisherigen § 478 Abs. 2 BGB. Die Änderungen im Wortlaut ergeben sich logisch aus der Erweiterung des Rückgriffsrechts auf alle Kaufverträge. Theoretisch gilt das Rückgriffsrecht jetzt auch für Verträge, bei dem der Lieferant ein Verbraucher ist. Weil die Norm aber nur für Verträge über den Verkauf neu hergestellter Sachen gilt, wird die Vorschrift im C2C-Bereich keine praktische Bedeutung erlangen.

Absatz 2: Inhaltlich übernommen aus dem bisherigen § 478 Abs. 1 BGB. Keine weiteren Anmerkungen.

Absatz 3 und 4: Entsprechen dem bisherigen § 478 Abs. 5 und 6 BGB. Keine weiteren Anmerkungen.

§ 445 b BGB-E des Entwurfs entspricht dem bisherigen § 479 BGB. Keine weiteren Anmerkungen.

2.3 Zu Ziffer 10, Verbrauchsgüterkauf:

a) Zu Ziffer 10 - §§ 474 und 475 BGB-E:

§ 474 ist gegenüber den bisherigen Absätzen 1 und 2 unverändert. Keine weiteren Anmerkungen.

§ 475 Abs. 1 entspricht dem bisherigen § 474 Abs. 3, Abs. 2 dem bisherigen Abs. 4 und Abs. 3 dem bisherigen Abs. 5 mit redaktioneller Korrektur.

Absatz 4 regelt den Fall der so genannten absoluten Unverhältnismäßigkeit (vgl. bereits oben Ziff. I. 2. b). Die Formulierungen aus der Rechtsprechung werden aufgenommen, was sachgerecht ist. Aus der Zuordnung der Norm zum Verbrauchsgüterkauf ergibt sich, dass das aus § 439 Abs. 3 BGB (künftig Abs. 4) abgeleitete Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers im Falle der so genannten absoluten Unverhältnismäßigkeit im B2B-Fall fortbestehen soll.

Absatz 5 ist neu; hiernach soll keine Fristsetzung erforderlich sein, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung auf einen anteiligen Aufwendersatz beschränkt. Die Regelung ist inhaltlich nachvollziehbar. Möglicherweise ist die Norm allerdings überflüssig, weil in solchen Fällen der Unternehmer ja bereits erklärt hat, nicht vollständig nachzuerfüllen.

Absatz 6: Der hier geregelte Vorschussanspruch des Verbrauchers in dem Fall, dass der Unternehmer nicht selbst aus- und einbaut, entspricht geltendem Recht und ist auch sachgerecht.

b) Zu Ziffer 11 bis 13 des Entwurfs:

Reine redaktionelle Korrekturen. Keine weiteren Anmerkungen.

c) Zu Ziffer 14 - § 478 BGB-E:

Absatz 1 (lit. b): Inhaltlich unveränderte Übernahme des bisherigen § 478 Abs. 3 BGB.

Im Übrigen auch nur redaktionelle Anpassungen.

d) Zu Ziffer 15 - § 479 BGB-E:

Wörtliche Übernahme des bisherigen § 477 BGB. Keine weiteren Anmerkungen.

B. Zu den baurechtlichen Regelungen des Referentenentwurfs

Die Baubranche ist einer der größten und wichtigsten Wirtschaftszweige der Bundesrepublik Deutschland. In der letzten Legislaturperiode wurde beim damaligen Bundesministerium für Justiz (BMJ) eine Arbeitsgruppe eingerichtet, deren Aufgabe es war, die Problembereiche im Bauvertragsrecht zu identifizieren, einen sich daraus ergebenden Handlungsbedarf zu prüfen und Vorschläge zu machen, wie jene Vorschläge umgesetzt werden können. Eine Unterarbeitsgruppe hat sich dem Architekten- und Ingenieursvertrag gewidmet. Der Gesetzentwurf geht – überwiegend – auf den Abschlussbericht jener Arbeitsgruppe aus dem Juni 2013 zurück.

I. Zu Artikel 1**1. Zu Ziffer 3b:**

§ 309 BGB enthält nach der derzeitigen Fassung lediglich 13 Ziffern. Soweit es in der angeführten Gesetzesregelung heißt, „in Nummer 14“ werde der Punkt durch ein Semikolon ersetzt, erscheint zutreffend, an die Stelle der „14“ die „13“ zu setzen.

2. Zu Ziffer 3c:

- a) Als Folgeänderung (vgl. 1.) wird die Ziffer „15“ durch die Ziffer „14“ zu ersetzen sein.
- b) Darüber hinaus erscheint empfehlenswert, die im Entwurf unter „a)“ vorgesehene Regelung wie folgt zu fassen:
- a) ... für Teilleistungen Abschlagszahlungen von einem Vertragsteil verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Abs. 1 **Satz 1** oder die nach § 650I Abs. 1 bestimmten Abschlagszahlungen, oder ...

Die vorgeschlagene Änderung im Wortlaut der Vorschrift soll verhindern, dass bei Ermittlung der „Wesentlichkeitsgrenze“ der Teil, der als Abschlag geschuldeten Vergütung Berücksichtigung findet, hinsichtlich dessen der Besteller die Zahlung wegen nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung verweigern darf; und: bei der Absicherung von Abschlagszahlungen die im Gesetz vorgesehene Grenze von „90 % der vereinbarten Gesamtvergütung“ über die Bestimmung der „Wesentlichkeitsgrenze“ etwa auf 95 % durch die Rechtsprechung angehoben wird.

3. Zu Ziffer 6:

Die Rechtsfolgen, die § 357d BGB-E bestimmt, könnten den Verbraucher vom Widerruf abhalten. Das Recht zum Widerruf könnte im Hinblick auf die vorgeschlagene Regelung des § 357d BGB-E leer laufen. Da die Obliegenheit, den Verbraucher zutreffend über sein Widerrufsrecht zu belehren, beim Unternehmer liegt, ist zu überlegen, ob die vorgesehene Regelung des § 357d BGB-E sachgerecht ist. Eine rechtspolitische Wertung ist mit diesem Hinweis nicht beabsichtigt.

4. Zu Ziffer 16:

Anstatt „Vor § 621 wird folgende Überschrift eingefügt“ muss es richtig heißen: „Vor § 631 wird...“

5. Zu Ziffer 17:

Es eröffnet sich im Hinblick auf § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB-E insoweit ein Wertungswiderspruch, als dort, anders als in § 650I Abs. 1 BGB-E, die Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c BGB-E nicht aufgeführt ist.

6. **Zu Ziffer 18a):** Kein Einwand

Zu Ziffer 18b):

Es erscheint empfehlenswert, die vorgesehene Regelung "b)" wie folgt zu fassen:

*"(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach **Fertigstellung** des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von **wesentlichen Mängeln** verweigert hat..."*

Unter dem Begriff "Vollendung" eines Werkes ist dessen mangelfreie Herstellung zu verstehen (vgl. BGH, Urt. v. 10.02.1994 – VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111; Urt. v. 26.11.1959 – VII ZR 120/58, BGHZ 31, 224, juris, Tz. 18). Der Begriff "Fertigstellung" beinhaltet die rechtliche Vorstellung, dass das Werk keine wesentlichen Mängel mehr enthält, aber unwesentliche Mängel einer Abnahme nicht entgegenstehen (vgl. dazu Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., Rdnr. 106 f zu § 640 BGB; BeckOK/Voit, Edition 36, Rdnr. 1 zu § 640 BGB m. w. N.).

Die ersatzlose Streichung der bisherigen Regelung in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB wirft Zweifel auf, ob die Rechtsprechung zur fiktiven Abnahme (vgl. dazu BGH, Urt. v. 25.01.1996 – VII ZR 26/95, MDR 1996, 469, juris, Tz. 21; Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., Rdnr. 97, 106 zu § 640 BGB) weiterhin Geltung beanspruchen kann. Wird in § 640 Abs. 2 BGB-E geregelt, dass der Besteller „wesentliche Mängel“ angeben muss (vgl. dazu BGH, Urt. v. 26.02.1981 – VII ZR 287/79, WM 1981, 563, juris Tz. 20; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, Rdnr. 76f zu § 640 BGB), um die Abnahmefiktion zu verhindern, wäre deutlich, dass gegenüber dem bisherigen Rechtszustand keine Änderung eintreten soll.

7. **Zu Ziffer 19:**

Der vorgesehene Text von § 643 begegnet keinen Bedenken. Diese bestehen aber insoweit, als eine Regelung für den Verbraucherschutz nicht vorgesehen ist. Es wird deshalb empfohlen, die vorgesehene Bestimmung wie folgt zu ergänzen:

„Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 2 nur dann ein, wenn der Unternehmer dem Besteller zusammen mit der Aufforderung, die Handlung nachzuholen, auf die Folgen der nicht fristgemäß nachgeholten Handlung hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen“.

8. **Zu Ziffer 20:** Kein Einwand

9. **Zu Ziffer 21:** Kein Einwand

10. Zu Ziffer 22: Kein Einwand

11. Zu Ziffer 23:

§ 648a BGB-E:

Es wird empfohlen, in Abs. 2 Satz 1 die Zahlen "2 bis 4" zu streichen, stattdessen die Zahl "3" einzusetzen.

In Abs. 4 wird empfohlen, Satz 1 durch einen Satz 2 zu ergänzen wie folgt:

"§ 314 Abs. 4 gilt entsprechend."

Ein wichtiger Grund nach § 648a Abs. 1 Satz 2 liegt nur dann vor, wenn (dem Kündigenden) die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ... nicht zugemutet werden kann. Ist aber diese Abwägung und Wertung erfolgt mit dem Ergebnis, dass ein wichtiger Grund vorliegt, kann der Vertragspartei, die sich auf einen wichtigen Grund beruft, nicht zugemutet werden, zuvor eine Abhilfe bzw. das Unterlassen durch Abmahnung einzufordern. Ist dem Kündigenden zuzumuten, erst eine Abhilfe zu verlangen bzw. eine Abmahnung auszusprechen, käme man im Erfolgsfall einer Abhilfe bzw. Abmahnung zu dem Ergebnis, dass das Vertragsverhältnis fortzusetzen ist. Dann liegt in der Vertragsverletzung jedoch kein wichtiger Grund. Die Konstruktion in § 314 BGB steht diesem Einwand nicht entgegen. Der Bauwerkvertrag ist kein Dauerschuldverhältnis i.S.v. § 314 BGB (vgl. dazu MüKo/Gaier, 7. Aufl., Rdnr. 6 aE zu § 314 BGB; Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Aufl., Rdnr. 102, Kapitel C, II; jurisPK/Weth, 7. Aufl., Rdnr. 8 zu § 314 BGB). Im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses mag vor der Kündigung zur Warnung des Vertragspartners eine Abmahnung erforderlich sein, um den Vertragspartner vor den Folgen seines Tuns zu warnen. Im Bauwerkvertrag sind die Pflichten der Parteien über das Leistungsverzeichnis, Pläne, die Baubeschreibung in der Regel klar definiert. Zudem besteht im Bauwerkvertragsrecht auch außerhalb des VOB-Werkvertrages eine allgemeine Kooperationspflicht (vgl. dazu Messerschmidt/Voit/v. Rintelen, 2. Aufl., Rdnr. 114 f. zu § 631 BGB), über die gesichert ist, dass es keine „überfallartigen“ Kündigungen aus wichtigem Grund gibt.

Die hier in der vorgesehenen Regelung Abs. 2 Satz 1 vorgesehene Geltung des § 314 Abs. 2 lässt nach dem Verständnis des Bauwerkvertrages daher den in Abs. 1 Satz 2 definierten "wichtiger Grund" wieder entfallen („Widerspruch in sich“).

Hingegen macht § 314 Abs. 3 BGB auch im Bauwerkvertragsrecht durchaus Sinn. Der Kündigungsberechtigte widerlegt mit zu langem Zuwarten die Voraussetzungen des wichtigen Grunds.

Ebenfalls macht § 314 Abs. 4 BGB im Bauwerkvertragsrecht Sinn, sollte aber aus rechtssystematischen Gründen in "§ 648a Abs. 4 BGB-E am Ende angesiedelt" werden.

12. Zu Ziffer 24: Einverstanden.

13. Zu Ziffer 25: Einverstanden.

14. Zu Ziffer 26:

Zu § 650b BGB-E:

Es bestehen Bedenken, ob die vorgeschlagene Regelung in Abs. 1 hinreichend klarstellt, welche Fälle von ihr erfasst werden. Unter der „Änderung des Werkerfolgs“ hat die Arbeitsgruppe Bauwerkvertragsrecht im Abschlussbericht auch eine Minderleistung verstanden (Abschlussbericht, S. 21 f., 24). Unter der zusätzlichen Leistung hat die Arbeitsgruppe Bauwerkvertragsrecht eine hier als „echte zusätzliche Leistung“ bezeichnete Leistung verstanden, für die eine zusätzliche Vergütung geschuldet wird. Das Anordnungsrecht hat aber auch dann greifen sollen, wenn Streit darüber besteht, ob eine echte zusätzliche Leistung vorliegt; oder: die Leistung schon aufgrund des bestehenden Vertragsverhältnisses geschuldet wird (Abschlussbericht, S. 28, Einigungsvoraussetzung: Besteller und Unternehmer können sich darüber, ob eine Mehrvergütung geschuldet wird, nicht einigen).

Um diese Konstellation deutlich zu machen wird vorgeschlagen, wie folgt zu formulieren:

”

...

1. Anordnungen treffen, um eine Änderung des Werkes, und sei es in Teilen, zu erreichen;

oder

2. Leistungen anzuordnen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, soweit die Planung des Bauwerks durch den Besteller oder einen von ihm Beauftragten erfolgt ist, oder eine zusätzliche Leistung darstellen;

oder

3. Leistungen anzuordnen, über die Streit besteht, ob sie nach den getroffenen Vereinbarungen geschuldet sind.“

Die abweichende Formulierung zu Ziffer 2 beruht darauf, dass es die Möglichkeit der Anordnung einer zusätzlichen Leistung geben muss, die nicht zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs selbst führt (z. B. Einbau einer zusätzlichen Mauer, einer Maueröffnung). Dieser Formulierungsvorschlag klärt zugleich, dass das Anordnungsrecht (anders als in der vorgeschlagenen Regelung zu Ziffer 1) auch besteht, wenn die Anordnung eine zusätzliche Leistung betrifft, ohne dass der Werkerfolg dadurch geändert wird.

Zu § 650b Abs. 2 BGB-E:

In der letzten Zeile ist nach den Worten: *"...die Interessen des Bestellers an der"* die Worte einzusetzen: *"Befolgung der"*.

Zu § 650b Abs. 3 BGB-E:

Bedenken bestehen insoweit, ob der Unternehmer (für den Fall des Abs. 1 Nr. 1) "eine Leistung verweigern" kann? Sollte es nicht heißen: *"Die getroffene Anordnung nicht beachten"*, da eine Änderung des Werkerfolgs i. d. R. ein Bündel von Leistungen umfasst.

Bedenken bestehen darüber hinaus gegen die vorgesehene Regelung: *"Bis die Parteien sich über die Zumutbarkeit geeinigt haben"*. Über eine Zumutbarkeit kann man sich nicht einigen. Sie stellt eine Bewertung von objektiven und subjektiven Umständen dar, die entweder vorliegt oder nicht vorliegt. Sie ist bezogen auf die Person des Unternehmers. Der vom Unternehmer erhobene Einwand der "Unzumutbarkeit" kann begründet oder unbegründet sein. Er kann durch gerichtliche oder außergerichtliche (Bestimmung eines Dritten) Entscheidung bejaht oder verneint werden. Es wird deshalb empfohlen, Abs. 3 wie folgt zu fassen:

„(3) Im Fall des Abs. 1 Nr. 1 muss der Unternehmer die getroffene Anordnung nicht beachten, bis eine gerichtliche oder, soweit die Parteien dies vereinbart haben, eine außergerichtliche Entscheidung über den Einwand der Unzumutbarkeit vorliegt, oder die Parteien eine Vereinbarung über die Änderung des Werkerfolgs auch hinsichtlich Vergütung und Ausführungszeit getroffen haben“.

Zu § 650b Abs. 4 BGB-E:

Aus hiesiger Sicht ist zur Kompensation des Anordnungsrechts, das in § 650b Abs. 1 und 2 BGB-E geregelt ist, die im Abschlussbericht vom 18.06.2013 der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ (jetzt: BMJV) erwähnte Bauverfügung zwingend notwendig.

Die Regelung in § 650b Abs. 4 BGB-E ersetzt eine entsprechende Regelung über die Bauverfügung nicht. Nach geltendem Recht zur einstweiligen Verfügung ist weder der Erlass einer einstweiligen Verfügung mit Feststellungswirkung noch eine einstweilige Verfügung, die eine Leistungsverpflichtung zur Zahlung eines Abschlags auf die durch die Anordnung ausgelöste (Mehr-)Vergütung, möglich (vgl. etwa Stein/Jonas/Grunsky, 23. Aufl., Rdnr. 38 f. zu Vor § 935 ZPO [zur Leistungsverfügung]; Stein/Jonas/Grunsky, aaO, Rdnr. 60 zu Vor § 935 ZPO, Rdnr. 6 f. zu § 938 ZPO [zu „Feststellenden Verfügungen“]). Die Regelung in § 935 ZPO setzt die Besorgnis voraus, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Dies wird nach § 938 Abs. 1 ZPO nicht dadurch relativiert, dass das Gericht nach freiem Ermessen

bestimmt, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind, da ja gerade nicht definiert wird, ob die Anordnung des Bestellers "den Zweck" i. S. d. § 938 Abs. 1 ZPO vorgibt oder der Einwand der Unzumutbarkeit des Unternehmers, zu beachten ist.

Auch § 940 ZPO behebt dieses Problem nicht, da nach dieser Norm die Regelung **eines einstweiligen** Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig ist, während Ziel des Bestellers mit seiner Anordnung gerade die Änderung des Werkerfolgs erreichen will, also gerade keinen einstweiligen Zustand, sondern einen endgültigen Zustand erreichen will.

Der Umstand, dass nach dem Ergebnis der vom BMJV durchgeführten Befragung Streitigkeiten über eine Mehrvergütung unter Geltung von VOB-Verträgen nicht gerichtlich ausgetragen worden sind, kann über die Notwendigkeit der Regelung des Rechts der Bauverfügung nicht hinwegtäuschen. Soweit im VOB-Vertrag durch die Anordnung eine (Mehr-)Vergütung ausgelöst wird, trifft den Unternehmer im Falle von Aufträgen der öffentlichen Hand durchweg kein den Auftraggeber betreffendes Insolvenzrisiko. Ähnliches gilt bei Aufträgen, die von Großunternehmen gegenüber Subunternehmern erteilt werden. Die Verschiebung des Streits über die (Mehr-)Vergütung auf die Zeit nach erfolgter Abnahme der Werkleistung fordert vom Unternehmer allerdings, die Liquidität vorzuhalten, die er benötigt, um die Aufwendungen vorzufinanzieren, die durch Anordnungen des Bestellers entstehen. Das ist schlichtweg unangemessen; zumal fehlende finanzielle Leistungskraft des Unternehmers die Zumutbarkeit der Ausführung der Anordnung nicht tangiert. Über das nicht durch die Bauverfügung kompensierte Anordnungsrecht kann der Besteller den Unternehmer folglich in die Illiquidität treiben, so dass schon unter geltendem Rechtszustand sich die Notwendigkeit ergeben hat, über eine Regelung entsprechend der erörterten Bauverfügung nachzudenken.

Wird nach künftiger Rechtslage bei jedem Bauvorhaben dem Besteller, also auch etwa im Falle von Verbraucherbauverträgen, das Recht eingeräumt, Anordnungen i. S. d. § 650b BGB-E zu treffen, erscheint es zwingend notwendig, eine zumindest vorläufige, allerdings mit hoher Rechtsbeständigkeit versehene, Klärung über die Mehrvergütung herbeizuführen, die die Anordnung auslöst; und: dem Unternehmer über die Bauverfügung ein Instrument in die Hand zu geben, mit dem er einen etwaigen Anspruch auf die (Mehr-)Vergütung durchsetzen kann. Angesichts der häufig „dünnen Finanzierungsdecke“, die im Bereich von Verbraucherbauverträgen vorzufinden ist, muss insbesondere auch in Verbraucherbauverträgen das Insolvenzrisiko über die Bauverfügung abgedeckt werden, das den Unternehmer voll trifft, wenn der Verbraucher Anordnungen getroffen hat, die über den möglichen Finanzierungsrahmen des Verbrauchers hinausgehen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch die Regelung des § 650l Abs. 1 BGB-E, die in Verbraucherbauverträgen die Möglichkeit eröffnet, Abschlagszahlungen nach § 632a BGB-E i. H. v. 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung „einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistung nach § 650c [BGB-E]“ zu fordern. Gibt es keine, zumindest vorläufige gerichtliche Regelung über die Vergütung von Nachtragsleistung nach § 650c BGB-E, wird der Streit über die Höhe der zu fordernden

Abschlagszahlungen die Regel sein und im normalen Erkenntnisverfahren ausgetragen werden müssen, das sich derzeit bis zur Rechtskraft über Jahre hinziehen kann.

Bleibt es bei der Regelung in § 650 Abs. 4 BGB-E und formt die Rechtsprechung das Recht der einstweiligen Verfügung „auf das Baugeschehen“ um, bleibt die Regel des § 945 ZPO, die davon abhält, sich die einstweilige Verfügung im Baugeschehen zunutze zu machen. Wird im Verfügungsverfahren die Zumutbarkeit der Ausführung der Anordnung des Bestellers etwa bejaht und erweist sich im Hauptsacheverfahren die erlassene Verfügung,

– etwa weil der Unternehmer neue Beweismittel in das Verfahren einführt –

als unbegründet, trifft den Besteller die Pflicht zum Schadenersatz. Jener Schaden kann den gesamten Gewinn und die Gemeinkosten umfassen, die der Unternehmer aufgrund der Befolgung des Anordnungsrechts durch Übernahme eines anderen Auftrags nicht realisieren können. Zudem ist eine Rechtsvereinheitlichung durch den BGH nicht möglich, da es im einstweiligen Verfügungsverfahren keine dritte Instanz gibt (§ 542 Abs. 2 ZPO). Es droht mithin die Zersplitterung der Rechtsprechung in diesem Bereich.

Zu § 650c BGB-E: Keine Anmerkung

Zu § 650d BGB-E: Kein Einwand

Zu § 650e BGB-E:

In Abs. 4 wird die nach Abs. 1 vom Unternehmer verlangte Sicherheit auf 20 % der vereinbarten Vergütung begrenzt. Diese Begrenzung greift, wenn im Bauvertrag Abschlagszahlungen vereinbart sind. Sie greift auch, wenn der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen nach § 632a BGB-E verlangt. Sind Abschlagszahlungen nicht vereinbart, könnte sich der Unternehmer auf den Standpunkt stellen, er wolle keine Abschlagszahlungen nach § 632a zu verlangen, dafür aber 100 % oder 110 % der Vergütung über § 650e Abs. 1 BGB-E abgesichert wissen. Ist dies so gewollt? Kann der Besteller bei hoher Finanzierungsbelastung (z. B. 100 % Werklohn) dem Verlangen des Unternehmers, 100 % der Vergütung abzusichern, dadurch begegnen, dass er bisher noch nicht vereinbarte, nunmehr aber von ihm angebotene Abschlagszahlungen nach § 632a BGB-E entgegenhält? Was geschieht, wenn der Unternehmer ein solches Angebot ausschlägt?

Abs. 4 Satz 2 sollte in einem eigenen Absatz geregelt sein (siehe § 648a Abs. 4 BGB).

Im Übrigen: Kein Einwand

Zu § 650f BGB-E:

Es fehlt an einer im Gesetz angeführten Rechtsfolgenregelung für den Fall der Verweigerung der Abnahme. Dass die einseitige Zustandsfeststellung „grundsätzlich die in § 644 BGB vorgesehenen Rechtsfolgen auslöst“ (Referentenentwurf S. 61), erschließt sich aus § 644 Abs. 1 Satz 2 BGB-E nur dann, wenn eine Pflicht zur Mitwirkung an der Zustandsfeststellung im Falle verweigerter Abnahme konstituiert wird (sh. oben B I 5.). Dies wäre nur anders, wenn man den Vorschlag oben (sh. B I. 5) aufgreift; und: das Vorhandensein „wesentlicher Mängel“ fordert, um von einer fiktiven Abnahme auszugehen.

Für den Fall, dass ein Verbraucherbaupvertrag vorliegt, erscheint empfehlenswert, eine Regelung aufzunehmen, dass der Verbraucher auf die Folge verweigerter Mitwirkung an der Zustandsfeststellung (hier also § 644 BGB) hinzuweisen ist.

Zu Kapitel 3 - Verbrauchervertrag**Zu § 650h BGB-E:**

Wann verliert der Besteller die Eigenschaft "Verbraucher"? Ist ein Bauherr, der in jedem Jahr zum Zwecke der Vermögensbildung/Altersabsicherung ein mehrstöckiges Renditegebäude bauen lässt, noch Verbraucher? Nach dem Wortlaut des § 13 BGB: Ja, da jedes dieser Gebäude (einzeln und in ihrer Summe) weder der gewerblichen noch der selbständigen beruflichen Tätigkeit der natürlichen Person zugerechnet werden kann. Ist dieses Ergebnis gewollt? Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (vgl. zuletzt: EuGH, Ur. v. 04.06.2015 – C-497/13, Abl EU 2015, Nr. C-236, 6) und des Bundesgerichtshofes (vgl. etwa BGH, Ur. v. 23.10.2001 – XI ZR 63/01, NJW 2002, 368), hilft insoweit nicht weiter. Jeder Bau eines größeren Objekts erfordert, wie die Notwendigkeit der Einschaltung eines Architekten zeigt, einen größeren büromäßigen Aufwand.

Zu § 650i BGB-E: Kein Einwand

Zu § 650j BGB-E:

In Abs. 3 sollte das Wort "*Vollendung*" ersetzt werden durch das Wort "*Fertigstellung*" (vgl. Argument zu § 640 Abs. 2 BGB-E).

Zu § 650k BGB-E: Kein Einwand

Zu § 650l BGB-E: Kein Einwand

Zu § 650m BGB-E:

In dem Textentwurf ist eine Regelung über Kosten für die Erstellung und Herausgabe von Unterlagen nicht enthalten. Daraus wird entnommen, dass der Unternehmer die Herstellung und die Herausgabe von Unterlagen ohne gesonderte Kosten zur Verfügung zu stellen hat (diese ggf. in den Preisen einzurechnen sind).

Zu § 650n BGB-E:

In den Katalog sollte auch § 650g BGB-E mit aufgenommen werden. Gerade beim Verbrauchervertrag sollte die Schriftform der Kündigung des Bauvertrages nicht abbedungen werden können (gleich von welcher Seite).

Zu §§ 650o bis 650r BGB-E:

Zu den §§ 650o bis 650r BGB-E gibt es keine Anmerkungen.

Zu § 650s BGB-E:

Die Verjährung des Anspruchs gegenüber dem Unternehmer (= Architekt/Ingenieur) sollte für die Dauer der gesetzten Frist und die Zeit der Nacherfüllung durch den bauausführenden Unternehmer gehemmt sein. Es erschließt sich aus der Norm und der Begründung zudem nicht, ob es sich bei der Regelung um eine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Klage gegen den Architekten oder um eine Fälligkeitsvoraussetzung im Hinblick auf den Anspruch handelt. Dies muss klargestellt werden.

Zu Untertitel 3 - Bauträgervertrag

Zu § 650t BGB-E: Kein Einwand

Zu § 650u BGB-E: Kein Einwand (hier gilt § 3 MaBV).

15. **Zu Ziffer 27:** Kein Einwand

II. Zu Art. 2 Änderungen EGBGB

1. **Zu Ziffer 1.:** Kein Einwand

2. **Zu Ziffer 2.:** Kein Einwand

3. **Zu Ziffer 3.: - Anfügung Art. 249:**

Zu § 1: Kein Einwand

Zu § 2 Abs. 1:

In Ziff. 4 sollten die Angaben nicht "ggf." gemacht werden, weil die Anführung des Wortes „ggf.“ hier zu Missverständnissen führt (der "nicht seriöse" Unternehmer unterlässt dann die Angaben hierzu). Es wird deshalb empfohlen, das Wort "gegebenenfalls" zu streichen. Die im Katalog genannten Beispiele greifen sowieso nur, wenn die Nennung aus dem Wesen des Objekts in Betracht kommt.

Im Übrigen sollte es statt "Schallschutzstandard" heißen: "Schallschutzmaß/oder Schallschutzwert". Unter "Standard" wird Mittelwert oder Wert mittlerer Güte verstanden. Die Angaben zum Energie- und Schallschutz sind von ganz wesentlicher und damit wertbildender Bedeutung. Sie sollten daher exakt angegeben werden.

Zu Abs. 2:

Auch hier sollte das Wort "*Vollendung*" ersetzt werden durch das Wort "*Fertigstellung*".

II. Zu Artikel 5

Die vorgesehene Übergangsfrist von sechs Monaten erscheint voll ausreichend, um der Bauwirtschaft und den übrigen Beteiligten Gelegenheit zu geben, die Neuregelung auch praktisch umzusetzen.

* * *