

Nr. 10/16

Juni 2016

Zweite Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Gesetzentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

hier: Position zum Regierungsentwurf, zur Stellungnahme des Bundesrates vom 22.4.2016 und zur Gegenäußerung der Bundesregierung vom 18.5.2016

A. Tenor der Stellungnahme

Der Deutsche Richterbund begrüßt, dass der Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf zahlreiche Anregungen aus der Praxis aufgegriffen hat.

Die zentralen Vorschriften der §§ 650b und 650c E-BGB (einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers) erscheinen jedoch trotz einiger Verbesserungen nach wie vor nicht in vollem Umfang praxisgerecht. Bedenken bestehen insbesondere gegen die Zulassung einstweiliger Verfügungen ohne Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes. Abzulehnen ist das neu in den Entwurf aufgenommene Vorhaben, das Verfügungsverfahren auch für Zahlungsansprüche bei Nachtragsvergütungen zu eröffnen.

Deutscher Richterbund
Haus des Rechts
Kronenstraße 73
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25

info@drb.de
www.drb.de

Verfasser der Stellungnahme:
Kim Jost, Richter am Landgericht
Mitglied des Präsidiums

B. Bewertung im Einzelnen

Der Deutsche Richterbund begrüßt es, dass der Regierungsentwurf eine Vielzahl der aus der Praxis gegenüber dem Referentenentwurf geäußerten Anregungen aufgreift und in den Gesetzestext einarbeitet.

Die jetzt vorliegende Entwurfsfassung gibt allerdings, auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bundesrats vom 22.4.2016 (BR-Drs. 123/16) und der Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 18/8486, Anlage 4), Anlass zu folgender ergänzender Stellungnahme.

1. Die **Vorschriften zum Anordnungsrecht des Bestellers (§§ 650b, 650c E-BGB)** sind überarbeitet worden. Es ist zu begrüßen, dass nunmehr von vornherein auch die Vergütungsfrage einbezogen wird, wenn es um die Herbeiführung einer Einigung zwischen den Beteiligten über nachträgliche Vertragsänderungen geht. Richtigerweise wird auch keine gesonderte Einigung über die „Zumutbarkeit“ einer Anordnung mehr erwartet.

Diese Verbesserungen ändern allerdings nichts daran, dass die Regelung insgesamt unübersichtlich und kompliziert und damit wenig praxisgerecht ist. Der Umstand, dass allein 12 der insgesamt 29 Änderungsvorschläge des Bundesrats die Regelungen zum einseitigen Anordnungsrecht betreffen, zeigt, dass hier noch erheblicher Diskussionsbedarf besteht. Vor diesem Hintergrund erscheint die vom Bundesrat letztlich nicht aufgegriffene Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundesrats, das einseitige Anordnungsrecht vollständig aus dem Gesetzentwurf zu streichen (Nr. 16 in BT-Drs. 123/1/16), zumindest erwägenswert. Auf diese Weise könnte der übrige Entwurf mit seinen zahlreichen sinnvollen Regelungen alsbald in Kraft treten. Eine etwaige Regelung zum einseitigen Anordnungsrecht könnte nach gründlicher Vorbereitung – die etwa im Rahmen einer eigenständigen Arbeitsgruppe in Anlehnung an die Arbeitsgruppe „Bauträgervertragsrecht“ erfolgen könnte – später eingefügt werden.

2. Erhebliche Bedenken bestehen insbesondere nach wie vor gegenüber **§ 650b Absatz 3 E-BGB**. Die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung ohne Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes wird zwar nach der jetzigen Fassung nur noch nach einem erfolglosen Schlichtungsversuch durch einen Sachverständigen eröffnet. Dies ändert aber nichts daran, dass es weder in der Sache geboten noch im Vergleich mit anderen schuldrechtlichen Konstellationen angezeigt ist, gerade im Fall nachträglicher Anordnungen im Bauvertragsrecht den Erlass einstweiliger Verfügungen zu erleich-

tern. Warum gerade die erfolglose Schlichtung die Vermutung eines Verfügungsgrundes rechtfertigen soll, erschließt sich nicht. Es dürfte geradezu gegen ein besonderes Eilbedürfnis sprechen, wenn vor dem Verfügungsantrag noch Zeit für ein Schlichtungsverfahren bleibt; eine zügige vorläufige gerichtliche Klärung aufgeworfener Fragen wird den Baubeteiligten mit dieser Regelung nicht ermöglicht.

Die Stellungnahme des Bundesrats, die in Ziffer 22 von einem „obligatorischen Einigungsversuch“ spricht, der in § 650b Absatz 3 E-BGB geregelt sei, deutet hier auf ein grundlegendes Missverständnis hin: Gegenstand des § 650b Absatz 3 E-BGB ist nicht die Regelung eines bauvertragsrechtlichen Schlichtungsverfahrens, sondern allein die Regelung der Voraussetzungen für einen privilegierten Zugang zum Verfahren der einstweiligen Verfügung, für das im Übrigen die Vorschriften der Zivilprozessordnung uneingeschränkt gelten. Nichts an dieser Regelung ist für die Beteiligten „obligatorisch“. Selbst wer eine einstweilige Verfügung erstrebt, kann auf den Schlichtungsversuch verzichten und stattdessen im Verfügungsverfahren einen Verfügungsgrund glaubhaft machen.

Es sollte vollständig auf die Sonderregelung des Absatzes 3 verzichtet werden. Es ist nicht ersichtlich, warum es dem Antragsteller nicht unschwer möglich sein sollte, ein Eilbedürfnis glaubhaft zu machen, wenn es – wie dies häufig der Fall sein wird – tatsächlich gegeben ist.

3. Abzulehnen ist der neu aufgenommene **§ 650c Absatz 5 E-BGB**. Diese Vorschrift erstreckt die bereits in § 650b Absatz 3 E-BGB für die Änderungsanordnung vorgesehene Privilegierung im Verfügungsverfahren auch auf die Abschlüsse auf die Nachtragsvergütung. Nach der Entwurfsbegründung soll damit die Sicherung und sogar die Titulierung von Vergütungsansprüchen im Wege der einstweiligen Verfügung ermöglicht werden.

Eine solche Regelung stellt einen Fremdkörper im Recht der einstweiligen Verfügung dar. Mag es im Fall des § 650b E-BGB, wie die Entwurfsbegründung anführt, noch richtig sein, dass in vielen Fällen ein Verfügungsgrund gegeben ist, so dass die angeordnete gesetzliche Vermutung den Anwendungsbereich der §§ 935ff. ZPO letztlich nur unwesentlich erweitert, so ist bei § 650c E-BGB das Gegenteil der Fall. Wird mit der einstweiligen Verfügung eine Zahlung angeordnet, so wird mit ihr stets die Hauptsacheentscheidung über den Zahlungsanspruch vorweggenommen, denn der Gläubiger erhält schon aufgrund der einstweiligen Verfügung genau dasjenige, was ihm in der Sache zusteht, wenn sein Anspruch berechtigt ist. In derartigen Fällen kommt nach den §§ 935, 940 ZPO eine einstweilige Verfügung als „Leistungsverfügung“ im Allgemeinen nicht in Betracht. Dies hat gute

Gründe, denn der eigentliche Streit um die Hauptsache soll nicht in einem summarischen, sondern in einem ordentlichen Erkenntnisverfahren im Wege umfassender Sachverhaltsaufklärung und insbesondere unter vollständiger Wahrung der Verfahrensrechte des Anspruchsgegners geklärt werden.

Warum von diesem Grundsatz gerade im Fall der Vergütung für Nachträge im Baurecht abgewichen werden soll, ist nicht erkennbar. Den bisher zugelassenen Ausnahmen etwa für bestimmte unterhaltsrechtliche Konstellationen ist dieser Fall nicht vergleichbar. Der in der Gesetzesbegründung angeführte besondere Liquiditätsbedarf von Bauunternehmern, der nach § 650c Absatz 5 E-BGB nicht einmal im Einzelfall gegeben sein muss, kann dies nicht rechtfertigen, denn Liquiditätsbedarf ist keine Besonderheit des Bauvertragsrechts und erlaubt insbesondere nicht die Titulierung von Ansprüchen in einem bloß summarischen Verfahren. Es ist auch aus Verbraucherschutzgesichtspunkten wenig sachgerecht, dem Unternehmer einseitig eine privilegierte Möglichkeit zur Durchsetzung (angeblicher) Zahlungsansprüche zu verschaffen. Der Besteller kann sich gegen sie im Verfügungsverfahren nur eingeschränkt wehren, insbesondere dem Unternehmer kaum eigene Ansprüche, etwa auf Schadenersatz, entgegenhalten. Nicht zuletzt kann ihn damit auch ohne ersichtlichen Grund das Risiko der Insolvenz des Unternehmers treffen für den Fall, dass sich der nach summarischer Prüfung zuerkannte Anspruch später im Hauptsacheverfahren als nicht berechtigt erweist. Allenfalls für Anordnungen in Bezug auf Sicherheitsleistungen wären vereinfachte einstweilige Verfügungen denkbar, wie sie mit der Bauhandwerkersicherungshypothek auch gegenwärtig schon möglich sind, weil diese die Hauptsache nicht vorwegnehmen, sondern lediglich einen etwaigen Anspruch auf Zahlung absichern.

Verstärkt würde die unerwünschte Verlagerung des Hauptsachestreits in das Verfügungsverfahren noch, wenn der Gesetzgeber die Empfehlung des Bundesrats aufgriffe, auch im Verfügungsverfahren nach § 650b Absatz 3 E-BGB auf Antrag einer Partei einen Ausspruch zu Abschlagszahlungen zu treffen. Es ist daher zu begrüßen, dass die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung diesem Vorschlag nicht zugestimmt hat.

Nicht zuletzt muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, dass die Öffnung des Verfügungsverfahrens für Vergütungsansprüche aus schuldrechtlichen Verträgen, zumal ohne besondere Zulässigkeitsanforderungen, diese Verfahrensart für tatsächliche oder vermeintliche Anspruchsinhaber attraktiv erscheinen lassen könnte. Damit werden in der Justiz erhebliche Ressourcen gebunden. Gerade Eilverfahren sind oft mit erheblichem Arbeitsaufwand im richterlichen und im nichtrichterlichen Bereich verbunden. Aufgrund ihrer fehlenden Planbarkeit sind sie nur schwer störungsfrei in die allgemeinen Arbeitsabläufe der Gerichte zu integrieren. Der

zu erwartenden Zunahme der Eilverfahren wird voraussichtlich kein entsprechender Rückgang von Hauptsacheverfahren gegenüberstehen, denn in ernsthaft streitigen Fällen wird die unterliegende Seite das Ergebnis eines bloß summarischen Verfahrens kaum als endgültig hinnehmen.

Der Deutsche Richterbund ist mit mehr als 16.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.