



DStGB

Deutscher Städte-
und Gemeindebund

Norbert Portz

Beigeordneter

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Referat I B 3
Herrn Dr. G. Schomburg

per eMail: schomburg-ge@bmjv.bund.de

**DStGB
Bonner Büro**

Marienstraße 6
12207 Berlin

**August-Bebel-Allee 6
53175 Bonn**

Telefon: 030-77307-221
Telefax: 030-77307-222

**Telefon: 0228-95962-20
Telefax: 0228-95962-22**

Internet: www.dstgb.de
E-Mail: dstgb@dstgb.de

E-Mail: dstgb_bonn@dstgb.de

Datum
30. November 2015

Aktenzeichen
III/1 pz/wi

Bearbeiter/Durchwahl/E-Mail
/-20
norbert.portz@dstgb.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Sehr geehrter Herr Dr. Schomburg,
sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst möchten wir uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung bedanken. Leider ist es uns aufgrund der durchgeführten Mitgliederbefragung nicht möglich gewesen, unsere schriftliche Stellungnahme bis zum 20.11.2015 zu übermitteln. Hierfür bitten wir um Entschuldigung. Wir hoffen, dass die nachstehend aufgeführten Anmerkungen gleichwohl noch Berücksichtigung finden.

Die nachstehende Stellungnahme betrifft ausschließlich die werk- und bauvertraglichen Regelungen (außer Verbraucherbauvertrag) sowie die architekten- und ingenieurvertraglichen Regelungen:

Im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013 wird zu Recht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die VOB/B für die Bauvorhaben der öffentlichen Auftraggeber auch künftig Grundlage für die Abwicklung öffentlicher Bauaufträge sein soll. Diese Vorgabe muss im Hinblick auf die beabsichtigten BGB-Vorschriften berücksichtigt und es muss vermieden werden, dass insoweit und insbesondere im Hinblick auf § 307 BGB gesetzliche Leitbilder geschaffen werden, welche die Regelungen der VOB/B im Wege der Inhaltskontrolle einschränken könnten.

Die VOB/B muss für den öffentlichen Auftraggeber auch zukünftig uneingeschränkt als Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbart werden können. Darauf ist im Gesetzgebungsverfahren unter allen Umständen zu achten und dies sicherzustellen.

Diese für den öffentlichen Auftraggeber grundlegende und gesetzlich festzuschreibende Forderung vorangestellt, ist zu den beabsichtigten Vorschriften des Referentenentwurfs (im Folgenden BGB RE) folgendes auszuführen:

§ 632 a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB RE folgt inhaltlich den Regelungen der VOB/B. Auch der Inhalt des § 640 Abs. 2 BGB RE entspricht im Wesentlichen dem System der VOB/B. § 643 BGB RE entspricht dem Inhalt des § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B: Allerdings hängt das Kündigungsrecht dort von einer Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung ab. Dies sollte auch in § 643 BGB RE geregelt werden. Es ist nicht richtig, dass sich eine solche Vorgehensweise als nicht praktikabel erwiesen habe. Gerade im Hinblick auf die mit der Nachfristsetzung und Kündigungsandrohung einhergehende Warnfunktion sind diese Voraussetzungen zwingend erforderlich. Die Einschränkung darf insbesondere nicht dazu führen, dass die entsprechende und praktikable Regelung in der VOB/B ausgehöhlt wird.

Die Vorschrift des § 648 a BGB RE ist problematisch. Auf eine Aufzählung von Kündigungsgründen – wie in §§ 8 und 9 VOB/B geregelt – wird ausweislich der Begründung ausdrücklich verzichtet und eine Rechtsunsicherheit bedingende allgemeine Formulierung gewählt. Um die Regelung praktikabel zu machen, sollte eine Benennung „insbesondere“ der Kündigungsgründe, wie sie beispielsweise in §§ 8 und 9 VOB/B normiert werden, erfolgen. Dies ist im Hinblick auf die Praktikabilität und den Gleichlauf zur VOB/B nicht nur sinnvoll, sondern geboten. Die Befürchtung, damit nicht alle Kündigungsgründe zu erfassen, wird durch eine beispielhafte Benennung obsolet. Die beabsichtigte Regelung birgt darüber hinaus u. a. die Gefahr, die insolvenzbedingte Kündigungsmöglichkeit im Sinne des § 8 Abs. 2 VOB/B, deren Erforderlichkeit im Abschlussbericht ausdrücklich als zwingendes Bedürfnis beurteilt wird („Darüber hinaus sieht die Arbeitsgruppe ein zwingendes Bedürfnis, dem Besteller im Falle der Insolvenz des Unternehmers ein Kündigungsrecht einzuräumen“) im Sinne einer Leitbildvorgabe entfallen zu lassen. Der Gesetzgeber muss also ausdrücklich darauf hinweisen und klarstellen, dass der Inhalt des § 8 VOB/B dadurch nicht berührt wird. Die beabsichtigte Regelung in Verbindung mit der Begründung würde dieses nicht zulassen und damit die öffentlichen Auftraggeber in die Lage bringen, erhebliche Verzögerungen von Bauleistungen im Falle einer fehlenden insolvenzbedingten Kündigung hinnehmen zu müssen. Auch im Hinblick auf die zwischenzeitlich ergangene widersprüchliche Rechtsprechung zur Wirksamkeit des § 8 Abs. 2 VOB/B ist es dringend erforderlich, eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen. Dies war Konsens in der Arbeitsgruppe. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grunde der Referentenentwurf davon nunmehr mit Gründen abweicht, die bereits in der Arbeitsgruppe abschließend diskutiert und zu dem vorstehend benannten Ergebnis geführt haben. Die vorgesehene Regelung erschwert im Falle der Insolvenz es dem öffentlichen Auftraggeber, Bauleistungen insbesondere zeitlich ordnungsgemäß um- und durchzusetzen und zeitigt bei der erforderlichen gewerksweisen Beauftragung einer Gesamtbauleistung die weitere Folge, dass die nachfolgenden Unternehmer aufgrund zeitlicher Verzögerungen nicht unerhebliche zusätzliche Vergütungsansprüche beanspruchen können. Der Ausschluss der Kündigungsrechte im Sinne der Vorschriften der VOB/B und insbesondere der Ausschluss der insolvenz-

bedingten Kündigung ist nicht zu vertreten und muss ausdrücklich in das Bürgerliche Gesetzbuch einbezogen werden.

§ 650 b BGB RE regelt Anordnungsrechte des Auftraggebers, welche in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B geregelt sind. § 1 Abs. 3 VOB/B erfasst Änderungen des Bauentwurfs unter Beibehaltung des vereinbarten Leistungsinhalts. § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B erfasst Leistungen, die im Gegensatz zu Bauentwurfsänderungen nicht vereinbart worden, aber zur Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung erforderlich sind. Lediglich andere Leistungen (Zusatzleistungen) unterliegen dem einseitigen Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B nicht. Die vorstehenden Regelungen haben sich in der Praxis bewährt.

Während die Inhalte des § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B eindeutig abgrenzbar sind, ist dies bei den Anordnungsrechten im Sinne des § 650 b Abs. 1 BGB RE nicht der Fall. Da § 650 b Abs. 1 Nr. 2 BGB RE dem Inhalt des § 1 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 VOB/B entsprechen müsste, wäre § 650 b Abs. 1 Nr. 1 BGB lediglich auf Anschlussaufträge anzuwenden, welche den Werkerfolg im Sinne des § 631 BGB nicht beeinflussen. Gegen diese nachvollziehbare und praxisgerechte Interpretation spricht aber die in § 650 b RE erfolgte Inbezugnahme der „Ausführung der Bauleistung“ sowie die „Bauzeit“, welche aber gerade die beauftragte Leistung betreffen sowie die ausdrückliche Bezugnahme auf den Werkerfolg. Eine klare Definition und Abgrenzung ist im Hinblick auf die Einschränkungen in den Abs. 2 und 3 erforderlich. Steht in beiden Fällen nämlich der vereinbarte Werkerfolg im Vordergrund, so kann und dürfen nicht die Zumutbarkeit bzw. – die die Bauzeit betreffenden schwerwiegenden Gründe – maßgeblich sein, sondern ausschließlich die betriebliche Struktur des Auftragnehmers, wie dies in § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B geregelt ist. Insbesondere besteht kein Grund, dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zuzugestehen, bis über die Zumutbarkeit eine Einigung erzielt oder darüber gerichtlich oder außergerichtlich entschieden worden ist. Gerade dies würde, weil das vereinbarte Leistungsziel im Sinne des § 631 Abs. 2 BGB betroffen wird, einen nicht zumutbaren Stillstand der Baustelle nach sich ziehen. Die beabsichtigte Regelung bleibt somit weit hinter der praxisorientierten Regelung des § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B zurück.

Da aus dem Anordnungsrecht des Auftraggebers resultierender Vergütungsanspruch (§ 650 c Abs. 1 BGB RE) weicht von der in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B geregelten Preisfortschreibung ab und ermöglicht es dem Auftragnehmer, Ist-Kosten unabhängig von der den Vertragsinhalt beeinflussenden Kalkulation geltend zu machen. Dies ist zu Lasten des Auftraggebers nicht nachvollziehbar, zumal dem Auftragnehmer darüber hinaus in Abs. 2 das Recht zugestanden wird, nach Belieben die Urkalkulation oder die tatsächlich erforderlichen Kosten zu beanspruchen. Dies geht an der Realität vorbei.

Die Regelung der Zustandsfeststellung (§ 960 f Abs. 1 BGB RE) ist unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessenlage grundsätzlich nicht zu beanstanden, zumal sich dies lediglich auf die Abnahmeverweigerung unter Angabe von Mängeln erstreckt. Insoweit wird man zu dem Inhalt des Abs. 2 (Gefahrtragungsregelung) substantiiert nichts entgegensetzen können: Einerseits werden lediglich offensichtliche Mängel erfasst, welche in die Zustandsfeststellung einfließen könnten. Andererseits werden Mängel, die durch die Nutzung nicht verursacht worden sein können – wie Materialfehler oder Planungsabweichungen – nicht erfasst.

Die Regelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag stellen sich für den öffentlichen Auftraggeber im Sinne der nachstehenden Ausführungen als problematisch dar.

§ 650 o Satz 1 BGB RE erweckt den Eindruck, dass abweichend von der bestehenden und sinnvollen Praxis, den Leistungsumfang vertraglich unter Einbeziehung der in der HOAI durch die Fachkreise festgelegten Leistungsphasen zu regeln bzw. regeln zu können, sich der Leistungsumfang ausschließlich auf Leistungen, welche zur Erreichung der Leistungsziele erforderlich sind, erstrecken soll. Dies muss und wird nicht zwangsläufig mit den Leistungsbildern der HOAI beschriebenen Leistungen (Leistungsphasen) übereinstimmen und daher regelmäßig zur honorarrechtlichen Streitigkeiten (Honorarminderung) führen. Es ist erforderlich, ausdrücklich zu regeln, dass die Leistungspflicht sich auch auf vertraglich vereinbarten Leistungen erstreckt.

§ 650 r BGB RE will einen Gleichlauf der Verjährungsfristen für Mängelansprüche gegenüber dem bauausführenden Unternehmer und Schadenersatzansprüche gegenüber dem Architekten bzw. Ingenieur erreichen. In der Praxis wird dies bereits heute – in den kommunalen Vertragsmustern – im Sinne einer Teilabnahme nach Beendigung der Leistungsphase 8 vertraglich zwischen den Parteien geregelt und erreicht. Die gesetzgeberische Absicht geht über diesen Interessenausgleich zu Lasten des Auftraggebers hinaus, indem sie den Teilabnahmezeitpunkt mit der Abnahme des Unternehmerwerkes gleichsetzt. Damit soll der Gleichlauf der Verjährungsfristen erreicht werden. Abgesehen davon, dass es dafür keine nachvollziehbaren Gründe gibt (die Leistungen des Architekten/Ingenieurs sind bekanntermaßen nicht mit denjenigen des bauausführenden Unternehmens identisch), ist eine Veranlagung des Abnahmezeitpunkts vor Beendigung der Leistungsphase 8 aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers nicht hinnehmbar. Maßgeblich muss die Leistung des Architekten bzw. Ingenieurs sein, also allenfalls die Beendigung der Leistungsphase 8. Der Hinweis darauf, dass nur im Falle der Gleichsetzung der Abnahmezeitpunkte der Architekt bzw. Ingenieur noch die Möglichkeit habe, auf das bauausführende Unternehmen zurückzugreifen, ist unter Berücksichtigung der Regelung zum Gesamtschuldnerausgleich rechtlich falsch und kann keine belastbare Begründung für die weitere Reduzierung des Abnahmezeitpunkts sein. § 650 r BGB RE ist zu streichen, zumindest aber der Teilabnahmezeitpunkt in vorstehend ausgeführtem Sinne festzulegen.

Nach dem Inhalt der Regelung des § 650 s BGB RE soll die Inanspruchnahme des Architekten/Ingenieurs auf Schadenersatz im Falle der schuldhaften Vertragsverletzung von einer vorherigen Aufforderung unter angemessener Fristsetzung gegenüber dem Unternehmer zur Nacherfüllung abhängig gemacht werden. Begründet wird dies mit Spekulationen, deren Realitätshintergrund zweifelhaft ist. Es stellt lediglich eine nicht belastbare Behauptung dar, dass öffentliche Auftraggeber auch in den Fällen, in denen die Verjährungsfristen für Baumängel gegenüber dem bauausführenden Unternehmer noch nicht abgelaufen seien, vorrangig den Architekten/Ingenieur in Anspruch nehmen. Dies ist schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil Mängelbeseitigungsrechte gegenüber dem Unternehmer aufgrund der fehlenden Verschuldensvoraussetzung einfacher durchzusetzen sind als verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche gegenüber dem Architekten bzw. Ingenieur. In diesem Zusammenhang muss offenbar darauf hingewiesen werden, dass sowohl der Unternehmer als auch der Architekt bzw. Ingenieur gegenüber dem Auftraggeber jeweils aufgrund eigenständig vertraglicher Bindungen haften und der Architekt bzw. Ingeni-

eur den Haftungsgrund durch eine eigene mangelbehaftete – vertragswidrige – Leistung herbeigeführt hat. Dies gilt insbesondere für Planungsmängel. In diesem Falle kann der Unternehmer bei seiner Inanspruchnahme diese dem Auftraggeber anspruchsmindernd entgegenhalten. Zumindest in diesem Falle liegt die Mängelverursachung gleichsam allein beim Architekten bzw. Ingenieur, so dass eine vorherige Fristsetzung gegenüber dem Bauunternehmer entfallen muss. Ein weiteres Problem liegt in der uneingeschränkten Forderung einer vorherigen angemessenen Fristsetzung. Eine solche ist beispielsweise nicht erforderlich, wenn der Bauunternehmer die Mängelbeseitigung ausdrücklich abgelehnt hat. Nach dem Wortlaut des § 650 s BGB RE müsste der Auftraggeber aber gleichwohl eine solche angemessene Frist setzen. Ein ähnliches Problem wird für den Fall, dass der Unternehmer sich im Insolvenzverfahren befindet, erzeugt. Auch die Voraussetzung der „Angemessenheit“ der Frist ist problematisch: Stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass der Auftraggeber keine angemessene Frist gesetzt hat, wäre ein Anspruch gegenüber dem Architekten bzw. Ingenieur ausgeschlossen. Darüber hinaus wird sich die – berechnete – Frage stellen, ob der Architekt bzw. Ingenieur unter diesen Voraussetzungen ein Interesse daran haben kann, die Angemessenheit, welche er als fachkundiger Auftragnehmer des Auftraggeber beurteilen muss, mit der gebotenen Sorgfalt zu beurteilen und mitzuteilen. § 650 s BGB RE ist zu streichen.

Mit freundlichen Grüßen,

A handwritten signature in black ink, reading "Norbert Portz". The signature is written in a cursive, flowing style with a large initial 'N' and 'P'.

Norbert Portz