



- **Vorschläge zum Bauvertragsrecht verbesserungsbedürftig**
- **Regelung zu Aus- und Einbaukosten separat beschließen**

## **ZDB-Positionen zum Gesetzentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

### **I. Vorbemerkungen**

Die Bundesregierung hat – dem Vorschlag des Bundesjustizministeriums folgend – in ihrem Gesetzentwurf zwei Themen miteinander verknüpft, die in keiner Verbindung miteinander stehen: Die kaufrechtliche Mängelhaftung (Aus- und Einbaukosten) und die Vorschläge zur Reform des Bauvertragsrechts.

Wir fordern nach wie vor, die Vorschläge zu den Aus- und Einbaukosten von den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts abzutrennen und separat zu behandeln. Für die Aus- und Einbaukosten liegt eine gute Grundlage für eine gesetzliche Regelung vor, die nur noch weniger Änderungen bedarf. Mit Blick auf die Reform des Bauvertragsrechts sind hingegen noch viele Fragen ungeklärt und konträre Positionen abzustimmen. Zwar begrüßen wir, dass die Bundesregierung die Kritik der Bauwirtschaft am Referentenentwurf ernst genommen und einige für die Bauunternehmen besonders nachteilige Regelungen gestrichen oder abgemildert hat. Verbesserungsbedürftig sind jedoch nach wie vor insbesondere die zentralen Regelungen zu den Anordnungsrechten des Bauherrn und deren Vergütungsfolge, die für die Praxis von überragender Bedeutung sind.

Trotz der im Gesetzentwurf enthaltenen Verbesserungen müssen die Vorschläge zum Bauvertragsrecht daher aus Sicht der Bauwirtschaft überarbeitet werden. Sie dürfen nicht zu Lasten der Bauunternehmer über die Vorgaben des Koalitionsvertrags (Verbraucherschutz im Bauvertragsrecht) hinausgehen.

Deswegen müssen die Vorschläge zu den Aus- und Einbaukosten von den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts abgetrennt und separat behandelt werden. Andernfalls droht die Umsetzung des für die Praxis bedeutsamen Gesetzesvorhabens zu den Aus- und Einbaukosten durch die Verknüpfung mit der umstrittenen Reform des Bauvertragsrechts zu scheitern.

### **II. Aus- und Einbaukosten**

Hintergrund der Reform der kaufrechtlichen Mängelhaftung ist die derzeitige Rechtslage, nach der Bauunternehmer bei mangelhaften Baumaterialien die sogenannten „Aus- und Einbaukosten“ nicht vom Lieferanten bzw. Hersteller ersetzt verlangen können. Lieferant und Hersteller haben lediglich für die Ersatzlieferung des neuen Materials aufzukommen. Der Bauunternehmer bleibt in der Praxis auf den Aus- und Einbaukosten sitzen, die die Materialkosten häufig deutlich übersteigen.

Durch die fehlende Regressmöglichkeit des Bauunternehmers gegenüber seinem Lieferanten bzw. dem Hersteller des mangelhaften Materials ergibt sich eine nicht hinnehmbare Haftungsverschiebung zu Lasten des Bauunternehmers. Der Verursacher des Mangels, d. h. der Hersteller des mangelhaften Materials, haftet in diesen Fällen nicht.

#### **1. Dringender Handlungsbedarf**

Die Bundesregierung hat den dringenden Handlungsbedarf erkannt und eine Reform des Mängelgewährleistungsrechts im Koalitionsvertrag angekündigt:

*„Im Gewährleistungsrecht wollen wir dafür sorgen, dass Handwerker und andere Unternehmer nicht pauschal auf den Folgekosten von Produktmängeln sitzenbleiben, die der Lieferant oder Hersteller zu verantworten hat.“*

#### **2. Kein Ausschluss durch AGB**

Den Vorschlag zu den Aus- und Einbaukosten begrüßen wir. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass die gesetzlich gewährten Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden können. Deswegen ist es erforderlich, die Haftung für die Aus- und Einbaukosten im unternehmerischen Geschäftsverkehr AGB-fest auszugestalten. Der vom Koalitionsvertrag intendierte Schutz der Bauunternehmer würde andernfalls in der Praxis leerlaufen, da die regelmäßig marktstärkeren Lieferanten und Hersteller von Bauprodukten die Haftung in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausschließen würden.



### 3. Kein Wahlrecht des Verkäufers

Überdies muss sichergestellt werden, dass der Verkäufer des mangelhaften Materials die Kosten des Aus- und Einbaus trägt und kein Wahlrecht hat, den Aus- und Einbau selbst vorzunehmen. Zwar sieht der Gesetzentwurf hier – anders als der Referentenentwurf – eine Einschränkung des Selbstvornahmerechts des Verkäufers vor. Jedoch wird dies den Belangen der Praxis nicht gerecht. Immer dann, wenn der Bauunternehmer als Käufer des mangelhaften Materials dieses bei seinem Bauherrn eingebaut hat, haftet er dem Bauherrn auf Mängelbeseitigung. Diese Mängelbeseitigungspflicht kollidiert aber mit dem Selbstvornahmerecht des Verkäufers, der nach dem Gesetzentwurf die mangelhafte Kaufsache beim Bauherrn selbst aus- und neu einbauen darf. Räumt man dem Verkäufer ein Wahlrecht ein, greift man damit zwangsläufig in das Vertragsverhältnis zwischen Bauherrn und Bauunternehmer ein. Wenn Dritte entscheiden können, ob und wann sie auf der Baustelle tätig werden, beeinträchtigt das den Bauablauf erheblich. Darüber hinaus ist der Bauherr nicht verpflichtet, den Baustofflieferanten oder Hersteller, mit dem er in keinem Vertragsverhältnis steht, auf seine Baustelle zu lassen.

### 4. Gewährleistung muss auch Fälle der Verarbeitung erfassen

Im Gegensatz zum vorliegenden Gesetzentwurf sah der Referentenentwurf zu Recht vor, dass sich die Gewährleistung auch auf diejenigen Fälle erstreckt, in denen der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung verändert hat, so z. B. bei der Oberflächenbehandlung von Holz oder der Verarbeitung von Holz zu einer Treppe. In diesen Fällen sollte der Verkäufer des mangelhaften Materials verpflichtet sein, entweder den veränderten Zustand selbst wiederherzustellen oder dem Käufer die hierfür erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen.

Diese Haftung des Verkäufers im Falle der Veränderung einer mangelhaften Sache ist im Gesetzentwurf gestrichen worden, so dass der Bauunternehmer in diesen Fällen leer ausgeht. Da die Sachlage in diesen Fällen jedoch vergleichbar mit dem Einbau mangelhaften Materials ist, muss der Verkäufer auch hier für den Schaden aufkommen, der aus der Mangelhaftigkeit des von ihm verkauften Materials resultiert. Er muss verpflichtet sein, nicht nur neues Material zu liefern, sondern auch den Aufwand des Käufers für die Verarbeitung zu ersetzen.

## III. Reform des Bauvertragsrechts

Die Vorschläge zur Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts sind aus Sicht der Bauwirtschaft zwar in einigen Punkten verbessert worden. In ihrer Gesamtheit sind sie jedoch noch grundlegend verbesserungsbedürftig. Ohne entsprechende Anpassungen sind für Bauunternehmer insbesondere die Vorschläge zu nachträglichen einseitigen Vertragsänderungen durch den Bauherrn („Anordnungsrecht“) wirtschaftlich nicht tragbar.

### 1. Anordnungsrecht und Vergütungsfolge: Kein ausgewogener Interessenausgleich

Der Gesetzentwurf räumt dem Bauherrn erstmals das Recht ein, eine von den Vertragspartnern vereinbarte Bauleistung nachträglich einseitig zu ändern. Falls eine Einigung nicht gelingt, ist der Bauunternehmer verpflichtet eine entsprechende Anordnung des Bauherrn auszuführen. Wann und in welchem Umfang es zu nachträglichen Änderungen kommt, ist für den Unternehmer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbar.

Die Vorschläge zur nachträglichen einseitigen Vertragsänderung durch den Bauherrn sind für Bauunternehmer wirtschaftlich nicht tragbar. Sie stellen einen massiven, nicht gerechtfertigten Eingriff in das Dispositionsrecht des Unternehmers dar. Kurzfristige einseitige Änderungen der vereinbarten Bauleistung durch den Bauherrn machen eine verlässliche Planung und Abwicklung einer Baumaßnahme unmöglich. Räumt man dem Bauherrn das Recht ein, die vereinbarte Bauleistung nachträglich einseitig zu ändern, leistet man insbesondere der bereits heute vielfach beklagten unzureichenden Planung Vorschub. Man nimmt dem Bauherrn damit jeglichen Anreiz, sich bereits vor Vertragsschluss um eine möglichst ausgereifte und solide Planung zu kümmern. Planungslücken und -fehler können ja später durch Anordnungen ausgebügelt werden.

#### a) Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers aufnehmen

Zwar begrüßen wir die im Gesetzentwurf aufgenommene Stärkung einer Einigung zwischen den Parteien. Dies reicht jedoch in der Praxis nicht aus. Vielmehr muss korrespondierend zu der Pflicht des Unternehmers, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, eine Pflicht des Bauherrn eingefügt werden, auf das Nachtragsangebot zu reagieren. Der Unternehmer muss berechtigt sein, bis zur Reaktion des Bauherrn auf sein Nachtragsangebot die Ausführung der geänderten Leistung zu verweigern.

#### b) Wahlrecht des Unternehmers bzgl. der Vergütungsberechnung gewährleisten

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung zur Vergütungsanpassung ist für die tägliche Praxis nicht tauglich. So ist bereits unklar, wie die „tatsächlich erforderlichen Kosten“ zu berechnen sind. Insbesondere besteht für den Unternehmer die Gefahr, dass der Bauherr die Erforderlichkeit der tatsächlichen Kosten bestreitet. Hier ist erhebliches Konfliktpotential vorprogrammiert. Will man dem Bauherrn das Recht einräumen, nachträglich einseitig Leistungen anzuordnen, so muss man dem Unternehmer auch ein Wahlrecht bzgl. der Vergütungsberechnung zugestehen. Der Unternehmer muss wählen dürfen, ob er die Preise der Kalkulation fortschreibt oder alternativ die übliche Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB oder die tatsächlich erforderlichen Kosten geltend macht. Darüber hinaus muss dem Unternehmer ein ausdrücklicher Anspruch auf Abschlagszahlung in Höhe von 80 Prozent der in seinem Nachtragsangebot bezifferten Mehrvergütung eingeräumt werden.

**c) Kein „Rosinenpicken“ in der VOB/B**

Nach dem Gesetzentwurf besteht die Gefahr, dass marktstarke Bauherren einseitig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die gesetzliche Regelung zur Vergütungsanpassung umgehen, indem sie nur einzelne Bestimmungen der VOB/B verwenden (§ 650c Abs. 4). Dies steht im Widerspruch zu dem Grundsatz, dass die VOB/B nur dann der Inhaltskontrolle im Sinne des AGB-Rechts entzogen ist, wenn sie als Ganzes unverändert vereinbart worden ist (§ 310 Abs. 1 BGB). Um diese Umgehungsmöglichkeit zu unterbinden, muss § 650c Abs. 4 gestrichen werden.

**d) Einwand der Unzumutbarkeit auf sämtliche Anordnungen erstrecken**

Der Einwand der Unzumutbarkeit steht dem Unternehmer nach dem Gesetzentwurf nur bzgl. Anordnungen zur Verfügung, die auf eine Änderung des Werkerfolgs abzielen (§ 650b Abs. 1 Nr. 1). Der Unternehmer muss sich jedoch auch bei Anordnungen des Bauherrn, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind (§ 650b Abs. 1 Nr. 2), auf eine etwaige Unzumutbarkeit berufen können.

Denn auch bei Anordnungen des Bauherrn, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind, gibt es Fälle, bei denen dem Unternehmer die Ausführung der Anordnung nicht zumutbar ist. So kann z. B. ein Bauunternehmer, der im Laufe von Sanierungsarbeiten an einem Gebäude auf asbesthaltige Materialien stößt, einer Anordnung des Bauherrn auf Beseitigung des Asbests aufgrund fehlender fachlicher Eignung nicht nachkommen, wenn er nicht über den notwendigen Sachkundenachweis zum Umgang mit Asbest verfügt. Selbst wenn er zur Ausführung der Arbeiten berechtigt wäre, kann es aber auch sein, dass er sein Personal oder seine Gerätschaften zuvor auf einer anderen Baustelle verplant hat.

**e) Durchsetzbarkeit der Vergütung sicherstellen**

Nicht akzeptabel ist für die Unternehmen der Bauwirtschaft, dass die Durchsetzbarkeit der Vergütung für Anordnungen nach wie vor nicht gewährleistet ist.

Mit dem neu eingefügten Instrument der einstweiligen Verfügung wird zwar versucht, einen schnellen und effektiven Rechtsschutz zu implementieren. Es ist jedoch absehbar, dass dieses Ziel in der Praxis nicht erreicht wird. Die Überlastung der ordentlichen Gerichte dürfte sich nur weiter verschärfen und qualifizierte sowie zeitnahe Entscheidungen zur Ausnahme werden. Wir haben stets betont, dass ein gesetzliches Anordnungsrecht des Bauherrn zwingend voraussetzt, dass der Zahlungsanspruch des Unternehmers schnell und effektiv durchsetzbar sein muss. Diese Anforderung erfüllt der Gesetzentwurf nicht.

Dennoch begrüßen wir das Signal, dass der Unternehmer berechtigt sein soll, Streitigkeiten über die Höhe der Nachtragsvergütung baubegleitend gerichtlich klären zu lassen. Effektiver wäre es, die Regelungen zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in einer Vorschrift zusammenzufassen. So wäre sichergestellt, dass die Parteien bei Streit über das Vorliegen einer Anordnung und die Höhe der Vergütung nicht zwei separate Verfahren führen müssten.

**2. Abschlagszahlungen dürfen nicht ohne Begründung verweigert werden**

Zwar erleichtert der neue § 632a BGB die Berechnung der Höhe der Abschlagszahlungen. Jedoch kann der Bauherr die Bezahlung der Abschlagsforderung nach dem Entwurf leicht verweigern - er braucht der Abschlagsforderung des Unternehmers lediglich entgegenzuhalten, dass „die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß sind“. Eine Pflicht des Bauherrn, die aus seiner Sicht bestehenden Mängel zu benennen, besteht nicht. Dies macht es für den Bauunternehmer in der Praxis kaum möglich, seine Leistung sachgerecht zu überprüfen und die Bedenken des Bauherrn auszuräumen.

Erschwerend kommt hinzu, dass das Gesetz ausdrücklich erwähnt, dass dem Unternehmer die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung bis zur Abnahme obliegt. Dieser Hinweis ist überflüssig und verfehlt, da es sich um eine allgemeine Beweislastregelung handelt, die keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz bedarf. Sie lädt den Bauherrn vielmehr geradezu dazu ein, die Abschlagszahlung zu verweigern bzw. zu kürzen. Angesichts der überragenden Bedeutung von Abschlagszahlungen für die Liquidität der vorleistungspflichtigen Bauunternehmer muss die Regelung zur Beweislast gestrichen werden.

**3. Abnahmefiktion und Zustandsfeststellung effektiver ausgestalten**

Wir begrüßen die vom Gesetzentwurf intendierte Stärkung der Abnahmefiktion sowie die neu eingeführte Vorschrift zur Zustandsfeststellung. Jedoch führt nach dem Entwurf bereits die Benennung eines unwesentlichen Mangels dazu, dass die Abnahmefiktion nicht greift. Das ist nicht sachgerecht. Vielmehr ist der Besteller auch bei unwesentlichen Mängeln zur Abnahme verpflichtet. Dieser Grundsatz muss auch bei der Abnahmefiktion gelten. Die Vorschrift muss daher dahingehend eingeschränkt werden, dass die Abnahmefiktion nur bei Angabe von wesentlichen Mängeln nicht eintritt.

Zweck der Zustandsfeststellung ist, dass bei Nichtangabe eines Mangels in der Zustandsfeststellung vermutet wird, dass dieser danach entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Das ist sachgerecht. Allerdings ist die Begrenzung der Vermutungswirkung auf „offenkundige“ Mängel zu eng. Sie muss gestrichen werden. Ansonsten droht ein Leerlaufen dieser positiven Regelung in der Praxis. Die Begrenzung auf „offenkundige“ Mängel ist deswegen unnötig, weil der Besteller bereits anderweitig hinreichend geschützt ist. So gilt die Vermutung bei solchen Mängeln nicht, die ihrer Art nach nicht vom Besteller verursacht worden sein können.

**4. Widerrufsrecht im Verbraucherbauprojekt einschränken, Anforderungen an Baubeschreibung reduzieren**

Anders als der Gesetzentwurf sah der Referentenentwurf zu Recht vor, dass bei einem Verbraucherbauprojekt das Widerrufsrecht mit der ersten Abschlagszahlung erlischt. Da Abschlagszahlungen erst verlangt werden können, wenn der Unternehmer bereits einen Teil der vertraglich

vereinbarten Leistungen erbracht hat, gibt der Bauherr mit der ersten Abschlagszahlung zu erkennen, dass er an dem Vertrag festhalten will. Daher ist die ursprüngliche Regelung sachgerecht und muss wieder aufgenommen werden.

Neben den erheblichen Liquiditätsbeschränkungen beim Verbraucherbaupvertrag (Sicherheitsleistung zugunsten des Verbrauchers i. H. v. 5 Prozent der Gesamtvergütung bei der ersten Abschlagszahlung, Beschränkung von Abschlagszahlungen auf 90 Prozent der Gesamtvergütung und fehlende Absicherungsmöglichkeit des Vergütungsanspruchs) trifft den Unternehmer eine umfangreiche Baubeschreibungspflicht, für die er keine Vergütung erhält. Erschwerend kommt hinzu, dass der Unternehmer zusätzlich Planungsunterlagen zu erstellen und herauszugeben hat, ebenfalls ohne hierfür eine Vergütung verlangen zu können. Gerade kleinere Unternehmen werden durch diese sehr weitgehenden Verpflichtungen überfordert.

#### IV. Forderungen der Bauwirtschaft

##### 1. Die Vorschläge zu den Aus- und Einbaukosten müssen von den Vorschlägen zur Reform des Bauvertragsrechts abgetrennt und separat behandelt werden.

Andernfalls droht sich die Umsetzung des für die Praxis bedeutsamen Gesetzesvorhabens zu den Aus- und Einbaukosten durch die Verknüpfung mit der umstrittenen Reform des Bauvertragsrechts erheblich zu verzögern oder gar zu scheitern. Dies ist angesichts der praktischen Bedeutung und der wirtschaftlichen Konsequenzen für die Bauunternehmen nicht hinnehmbar.

##### 2. Bei den Aus- und Einbaukosten muss sichergestellt werden, dass die gesetzlich gewährten Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden können.

Deswegen ist es erforderlich, die Haftung für die Aus- und Einbaukosten im unternehmerischen Geschäftsverkehr AGB-fest auszugestalten. Ein Wahlrecht des Verkäufers, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt, darf es nicht geben.

##### 3. Die Vorschläge zur Reform des Bauvertragsrechts müssen überarbeitet werden.

Insbesondere die Regelungen zum Anordnungsrecht des Bauherrn sind in der jetzigen Form für Bauunternehmer wirtschaftlich nicht tragbar.

##### 4. Das Anordnungsrecht des Bauherrn muss durch ein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers ergänzt werden.

Der Verpflichtung des Unternehmers zur Vorlage eines Nachtragsangebots über die Mehr- oder Mindervergütung muss als Pendant eine Reaktionspflicht des Bauherrn verbunden mit einem Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers gegenübergestellt werden. Dies schafft die notwendige Klarheit bzgl. der Position des Bauherrn zum Nachtragsangebot des Unternehmers.

##### 5. Bei Anordnungen des Bauherrn muss der Unternehmer die Vergütungsberechnung wählen dürfen.

Bei der Berechnung der Mehr- oder Minderkosten, die durch die Anordnung des Bauherrn verursacht werden, muss der Unternehmer auswählen dürfen, ob er die Kalkulation fortschreibt, oder alternativ die übliche Vergütung oder die tatsächlich erforderlichen Kosten geltend macht.

##### 6. Dem Bauherrn darf nicht das Recht eingeräumt werden, einseitig einzelne Bestimmungen der VOB/B zu verwenden.

Die VOB/B ist als Gesamtwerk eine ausgewogene Vertragsgrundlage. Die Ausgewogenheit geht verloren, wenn man einer Partei das Recht zugesteht, einzelne Vorschriften herauszugreifen, und dadurch die gesetzlichen Regelungen zur Vergütungsanpassung zu umgehen.

##### 7. Der Unternehmer muss sich bei Anordnungen des Bauherrn auf eine etwaige Unzumutbarkeit berufen können.

Andernfalls könnte der Unternehmer verpflichtet werden, Arbeiten zu erbringen, zu deren Ausführung er gar nicht befugt ist.

##### 8. Die Vergütung für nachträgliche Anordnungen muss gewährleistet werden.

Das Recht des Bauherrn, Bauleistungen nachträglich einseitig anzuordnen, darf nicht zu einer uferlosen Ausweitung des Vorleistungsrisikos des Unternehmers führen. Räumt man dem Bauherrn einseitige Anordnungsrechte ein, muss sichergestellt sein, dass der Unternehmer schnell zu seiner Vergütung kommt.

##### 9. Die Liquidität der Unternehmen darf nicht durch unnötige Eingriffe in die Regelung zu Abschlagszahlungen belastet werden.

Abschlagszahlungen sind für die Liquidität der vorleistungspflichtigen Bauunternehmer von essentieller Bedeutung. Will der Bauherr die Zahlung auf eine Abschlagsrechnung kürzen oder verweigern, muss er daher verpflichtet sein, die aus seiner Sicht bestehenden Mängel zu benennen.

##### 10. Abnahmefiktion und Zustandsfeststellung müssen effektiver ausgestaltet werden.

In der Praxis kommt es vor, dass Bauherren die für den Unternehmer wichtige Abnahme unlauter hinauszögern. Um dem Unternehmer in diesen Fällen eine wirksame Handhabe zu geben, müssen die Vorschläge zur Abnahmefiktion und Zustandsfeststellung effektiver ausgestaltet werden. Die Abnahmefiktion darf nur bei wesentlichen Mängeln ausscheiden.

##### 11. Verbraucherschützende Regelungen müssen mit Augenmaß eingefügt werden.

Die Vorschläge zur Baubeschreibungspflicht des Unternehmers sowie zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen gehen insofern zu weit und überfordern gerade kleinere Unternehmen. Das Widerrufsrecht des Verbrauchers muss mit der ersten Abschlagszahlung erlöschen.