

Stellungnahme zum

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (BT-Drucksache 18/8486)

Vorgelegt zur Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 22.06.2016

Prof Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer*

Vorbemerkung

1. Die nachstehende Stellungnahme beruht sowohl auf meiner wissenschaftlichen Befassung mit Fragen des Vertrags- und AGB-Rechts unter Einschluss des Bauvertragsrechts als auch auf meiner umfangreichen praktischen Befassung mit Bau- und Anlagenbau-Projekten in nationalen und internationalen Schiedsverfahren als Schiedsrichter und Gutachter. Außerdem habe ich in der Arbeitsgruppe zum Bauvertragsrecht im (seinerzeitigen) BMJ mitgewirkt.
2. Da mir die Einladung zu dieser Stellungnahme erst seit 16.06.2016 vorliegt, beschränke ich mich auf einige ausgewählte Aspekte des Gesetzentwurfs. In der mündlichen Anhörung kann ich auf Nachfrage auch zu weiteren Fragen des Gesetzentwurfs Stellung nehmen.

Einführung eines erweiterten Lieferantenregresses

3. Infolge der neueren Rechtsprechung des EuGH erstreckt sich die Haftung der Bauunternehmen und Bauhandwerker für eingebaute mangelhafte Gegenstände auch auf Ein- und Ausbaurkosten, ohne dass angemessene Regressansprüche gegen Lieferanten bestehen. Insofern besteht für den Gesetzgeber Handlungsbedarf und eine Erweiterung der Regressansprüche gegenüber ihren Lieferanten erscheint grundsätzlich angemessen.
4. Soweit in der Diskussion über dieses Vorhaben allerdings behauptet wird, die jetzt vorgesehene Neuregelung führe lediglich zu einer Rückkehr zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform am 01.01.2002, ist dies irreführend. Zwar konnte der Werkunternehmer gegenüber seinem Lieferanten (Verkäufer) vor der Schuldrechtsreform in der Tat hinsichtlich der ihn, den Werkunternehmer, treffenden Ein- und Ausbaurkosten im Rahmen kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche Rückgriff nehmen. Allerdings war dieser Anspruch praktisch weitgehend wertlos, weil er einer sechsmonatigen Verjährung unterlag (§

* Dr. h.c. International Hellenic University.

477 a.F. BGB). Insofern soll jetzt erstmals ein nachhaltig bestehender Anspruch eingeführt werden.

5. Die Einführung eines erweiterten Lieferantenregresses in § 439 BGB-E muss der Interessenlage nach berücksichtigen, dass in den angesprochenen Fällen zwar ein Sachmangel des eingebauten Gegenstandes in Frage steht. Allerdings folgt aus dem Vorliegen eines Sachmangels noch nicht ohne weiteres, dass dieser die alleinige Ursache für das Entstehen der Ein- und Ausbaurkosten darstellt. Vielmehr kann den Bauhandwerker trotz des Sachmangels eine Mitverantwortung für diese Kosten treffen, etwa bei unsachgemäßem oder bestimmungswidrigem Einbau oder wenn er die mangelnde Eignung der Sache – insbesondere aufgrund seiner Sachkunde – hätte erkennen können. Soweit letzteres der Fall ist, ist es unangemessen, die Kosten des Ein- und Ausbaus ausschließlich dem Händler aufzuerlegen.
6. Der Entwurf erkennt diese Problematik und greift sie – neben weiteren einschränkenden Anspruchsvoraussetzungen (art- und zweckentsprechender Einbau durch den Käufer) – u.a. dadurch auf, dass § 442 BGB für anwendbar erklärt wird (§ 439 Abs. 3 S. 3 BGB-E), sofern der Käufer (Bauhandwerker) den Mangel zum Zeitpunkt des Einbaus kennt. Zwar ist es nicht frei von Zweifeln, ob die gewählte Lösung über § 442 BGB zu einem angemessenen Interessenausgleich führt; denn die Anwendung des § 442 BGB hat letztlich zu Folge, dass der Verkäufer auch bei fehlendem eigenem Verschulden die Ein- und Ausbaurkosten alleine tragen muss, selbst wenn dem Käufer infolge von (einfacher) Fahrlässigkeit der Mangel unbekannt geblieben ist und dieser durch den weiteren Einbau letztlich die finale Ursache für die Entstehung der Ein- und Ausbaurkosten gesetzt hat. Insofern erlegt der Entwurf dem Verkäufer die Ein- und Ausbaurkosten auch in Fällen auf, in denen ihn am Entstehen dieser Kosten kein Verschulden trifft, wohingegen dem Käufer ein Verschulden anzulasten ist. Nur bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Mangel verliert dieser in der Regel seine Rechte aus § 439 Abs. 3 BGB-E, sodass er die Ein- und Ausbaurkosten tragen muss.
7. Diese Maßgabe ist zwar nicht vollständig frei von Bedenken. Sie ist freilich auch vor dem Hintergrund zu bewerten, dass der Regressanspruch nach § 439 Abs. 3 BGB-E generell verschuldensunabhängig ausgestaltet ist und das Ziel verfolgt, eine Regressmöglichkeit zu schaffen, die möglichst bis zu dem für den Mangel der Kaufsache Verantwortlichen reicht. Insofern werden die geäußerten Bedenken im Hinblick auf die Unbeachtlichkeit einer nicht von § 442 BGB erfassten einfachen Fahrlässigkeit des Käufers bei der Entdeckung des Mangels zumindest gemindert. Außerdem trifft den gewerblichen Käufer, wenn er zugleich Kaufmann ist, die Untersuchungsobliegenheit des § 377 HGB. Diese hat zur Folge, dass der kaufmännische Käufer seine Ansprüche auch dann verliert, wenn er den Mangel bei ordnungsgemäßer Untersuchung hätte erkennen können. Berücksichtigt man

neben § 442 BGB also auch § 377 HGB, scheint die gewählte Lösung insgesamt vertretbar.

Selbstvornahmerecht des Verkäufers

8. Der Gesetzentwurf versucht ferner, eine gewisse Entlastung des Handels dadurch zu erreichen, dass er dem Verkäufer das Recht gibt, den Ein- und Ausbau selbst vorzunehmen. Das soll nur dann nicht gelten, wenn dem Ein- und Ausbau der Sache durch den Verkäufer ein berechtigtes Interesse des Käufers entgegensteht. Diese Regelung erscheint vertretbar, wenn der Käufer die mangelhafte Sache in eine andere eigene Sache einbaut.
9. Zwar ist das damit verfolgte Regelungsziel auch in denjenigen Fällen verständlich, in denen der Käufer ein Bauhandwerker ist und die Sache in das Eigentum eines Kunden eingebaut hat. Dennoch bestehen hier durchgreifende Bedenken:
 - a. Es geht um Eingriffe in Eigentum des Kunden. Dem Kunden muss das Recht zustehen, ihm gegenüber vertragsfremden Dritten (dem Lieferanten des Bauhandwerkers) den Zugriff auf sein Eigentum zu verweigern. Außerdem muss in jedem Fall das Grundrecht des Kunden auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG gewahrt bleiben. Aus dem Entwurf wird nicht hinreichend deutlich, auf welche Weise diese Maßgaben im Verhältnis zwischen dem Bauhandwerker und seinem Lieferanten (Käufer und Verkäufer) zum Tragen kommen sollen.
 - b. Am nächsten liegt die Annahme, dass dem Verkäufer ein Selbsteinbau der mangelfreien Ersatzsache im Sinne von § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB subjektiv unmöglich ist, wenn der Kunde des Käufers eine Durchführung durch den Verkäufer ablehnt. Um seinen Anspruch aus § 439 Abs. 3 BGB-E noch durchsetzen zu können, müsste der Käufer dem Verkäufer in diesen Fällen an sich eine Frist nach § 439 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BGB-E setzen, um anschließend seinerseits den Ein- und Ausbau vorzunehmen und hierfür Aufwendungsersatz vom Verkäufer zu verlangen (nach § 439 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BGB-E). Eine Fristsetzung dürfte zwar dann entbehrlich sein, wenn der Kunde des Käufers die Selbstvornahme durch den Verkäufer ernsthaft und endgültig ablehnt. Doch zeigen die vorstehenden Überlegungen an, dass mit dem Selbstvornahmerecht des Verkäufers eine in hohem Maße streitanfällige Lösung geschaffen würde.
 - c. Falls es zu einer Selbstvornahme durch den Verkäufer kommt, stellt sich alsdann die Frage, in welchem Verhältnis dieser zum Kunden des Käufers steht und welche Rechte sich für den Kunden daraus ergeben. Es dürfte sich

nämlich verbieten, den Verkäufer im Verhältnis zum Kunden als Erfüllungsgehilfen des Käufers (Bauhandwerkers) im Sinne von § 278 BGB anzusehen. Eine solche Einordnung würde voraussetzen, dass der Bauhandwerker willentlich den Verkäufer beim Ein- und Ausbau einschaltet, was im Hinblick auf das vorgesehene Verkäuferwahlrecht typischerweise nicht der Fall sein wird. Geht man hiervon aus, so liegt im Verhältnis zwischen Verkäufer und Kunden ein vertragsloses Tätigwerden vor, das dem Kunden schon aus haftungsrechtlichen Gründen schlicht unzumutbar ist. Eine gesetzliche Anordnung, dass der Verkäufer als Erfüllungsgehilfe des Bauhandwerkers tätig wird, dürfte sich ebenfalls verbieten, weil dies wiederum dem Bauhandwerker unzumutbare Haftungsrisiken auferlegen würde.

- d. Schließlich führt die vorgeschlagene Regelung dann zu erheblichen Schwierigkeiten, wenn die ursprüngliche Werkleistung des Bauhandwerkers nicht vollständig, sondern nur teilweise mangelhaft war und nun in Teilen durch nachträgliche Ein- und Ausbauhandlungen des Verkäufers überlagert wird. Zeigt sich dann erneut ein Mangel, wird für den Kunden vielfach nicht erkennbar sein, an wen er sich halten kann und muss. Auch insofern ist das Selbstvornahmerecht in hohem Maße streitanfällig und führt für den Endkunden zu einer nicht zumutbaren Rechtsunsicherheit.

AGB-Festigkeit des § 439 Abs. 3 BGB-E

10. Die Stellungnahme des Bundesrats wirft die Frage auf, ob das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auch auf den Unternehmensverkehr erstreckt werden soll. Das ist zunächst vor dem Hintergrund zu würdigen, dass die intensive AGB-Kontrolle, die das deutsche Recht im Unternehmensverkehr vorsieht, im internationalen Vergleich als Sonderweg einzuordnen ist. Deshalb wird in der rechtspolitischen Diskussion vielfach (etwa durch den Deutschen Juristentag oder durch ein durch das (seinerzeitige) BMJ in Auftrag gegebenes Gutachten) mit guten Gründen eine gesetzgeberische Einschränkung dieser weitgehenden AGB-Kontrolle im Unternehmensverkehr gefordert. Hier ist nicht dieser Ort, diese Kontroverse aufzugreifen. Doch muss vor dem Hintergrund der angesprochenen Diskussion angemerkt werden, dass die Forderung nach der uneingeschränkten Erstreckung des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auf den Unternehmensverkehr schon grundsätzlich eher skeptisch zu beurteilen ist.
11. In der Sache ist für eine unmittelbare Anwendung des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E im Unternehmensverkehr kein durchgreifendes Bedürfnis erkennbar. Nach einer gefestigten Rechtsprechung ziehen die Gerichte auch im Unternehmensverkehr § 309 Nr. 8 b) cc) BGB mit der Folge heran, dass auch dort ein Ausschluss der

Verpflichtung zum Aufwendungsersatz grundsätzlich nicht akzeptabel ist (BGH, 25.10.1995 - VIII ZR 258/94, NJW 1996, 389; BGH, 09.04.1981, VII ZR 194/80, NJW 1981, 1510).

12. Allerdings kann man dieser Rechtsprechung entnehmen, dass in Einzelfällen eine abweichende Beurteilung nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Für eine derartige abweichende Beurteilung in einzelnen Fällen besteht auch ein Bedürfnis. Dabei muss zunächst bedacht werden, dass § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E auch Konstellationen erfasst, in denen es um den Einkauf großer Bauunternehmen geht und eine AGB-rechtliche Schutzwürdigkeit des Käufers nicht oder allenfalls in geringerem Maße ersichtlich ist. Zudem kommen als typische Abweichungsform Pauschalierungsabreden vor, für die in einer nicht geringen Zahl von Fällen ein erhebliches praktisches Bedürfnis besteht. Diesen wäre vielfach der Boden entzogen oder sie wären unangemessen erschwert, wenn § 309 Nr. 8 b) cc) BGB-E auf den Unternehmensverkehr erstreckt würde.
13. Zudem hat die mangelnde unmittelbare Erstreckung von § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auf Unternehmensverträge – wie die veröffentlichte Entscheidungspraxis erweist – weder zu besonderer Rechtsunsicherheit noch zu sonstigen Unzuträglichkeiten geführt.

Anordnungsrecht des Bauherrn und Vergütung

14. Die Schaffung eines Anordnungsrechts des Bauherrn in § 650b BGB-E ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings bestehen gegen das gewählte Modell insofern Bedenken, als die verfahrensrechtliche Unterlegung (Einigung oder einstweilige Verfügung) unzureichend und im Hinblick auf die in § 650b Abs. 3 BGB-E vorgesehene Obliegenheit, einen Sachverständigen einzuschalten, nicht hinreichend praktikabel erscheint. Der Gesetzgeber sollte das Anordnungsrecht mit einem hierauf ausgerichteten Rechtsschutzangebot verbinden, das etwa ein Wahlrecht zwischen einem gerichtlichen und einem außergerichtlichen Verfahren einräumen könnte.
15. Die in Bezug auf Abschlagszahlungen vorgesehene 80%-Regel (§ 650c Abs. 3 BGB-E) nimmt zwar das berechtigte Anliegen auf, dass schon die Abschlagszahlungen einen etwaigen Anspruch des Unternehmers auf eine Mehrvergütung berücksichtigen sollten. Allerdings ist die vorgeschlagene Lösung insofern bedenklich, als sie einen Anreiz zur Liquiditätsbeschaffung durch überhöhte Nachtragsforderungen des Unternehmers setzt. Demgegenüber wäre eine Lösung vorzugswürdig, nach der ein neutraler Dritter mit verbindlicher Wirkung einen angemessenen Betrag schätzt. Hilfsweise kann man auch an die Schaffung eines Gegenanreizes denken, etwa indem der Anspruch auf Abschlagszahlungen

begrenzt wird, wenn die zunächst verlangte Mehrvergütung nicht nur unberechtigt, sondern missbräuchlich ist.

AGB-rechtliche Privilegierung von VOB/B-Regeln

16. Angesichts der Verkehrsgeltung und breiten Akzeptanz der VOB/B erscheint die Privilegierung des dort vorgesehenen Anordnungs- und Vergütungsmodells (§ 650c Abs. 4 BGB-E) AGB-rechtlich akzeptabel. Soweit man verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Technik einer dynamischen Verweisung auf die VOB/B hegen sollte, empfiehlt es sich, § 650c Abs. 4 BGB-E die Gestalt einer abstrakt-generell gefasste AGB-rechtliche Erlaubnisnorm zu geben. Diese könnte beispielsweise vorsehen, dass § 307 BGB anderen Vergütungsmodellen nicht entgegensteht, wenn die in Frage stehenden Klauseln unter angemessener Beteiligung von Vertretern von Bestellern und Unternehmern ausgehandelt wurden, über eine anerkannte Verkehrsgeltung verfügen und ohne Änderung in den Vertrag einbezogen wurden.

Heidelberg, 18.06.2016
