

## Stellungnahme

---

# Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

## - Die Reform des Bauvertragsrechts -

Berlin, Juni 2016

# Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts

## Allgemeine Anmerkungen

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung enthält zwei Schwerpunkte: Zum einen soll durch eine Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung das Risiko für die Kostentragung bei Aus- und Einbaukosten zugunsten derjenigen Betriebe geändert werden, die mangelhafte Sachen im Rahmen der Vertragserfüllung einbauen. Den zweiten Schwerpunkt bilden neue Regelungen für das Bauvertragsrecht.

Die beiden Regelungsbereiche stehen in keinem inneren Zusammenhang, weshalb es aus Sicht des Handwerks nicht zwingend ist, diese in einem Gesetzentwurf zu behandeln.

Die nachfolgende Stellungnahme bezieht sich ausschließlich auf die Bewertung der bauvertraglichen Regelungen.

Die Vorarbeiten hierzu wurden in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz geleistet. Die gefundenen Ergebnisse sind im Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 festgehalten. Der Zentralverband des Deutschen Handwerks hat den Abschlussbericht nicht mitgetragen.

Die Umsetzung des Abschlussberichts in einen konkreten Gesetzentwurf räumt unsere grundsätzlichen Bedenken nicht vollständig aus. Allerdings ist zu konstatieren, dass es in einigen zentralen Punkten Verbesserungen gegeben hat. Die Fülle neuer Regelungen und unbestimmter Rechtsbegriffe lässt allerdings vermuten, dass die Streitigkeiten rund um den Bau nicht abnehmen werden.

Auch bleiben die Regelungen teils hinter dem zurück, worauf sich die Arbeitsgruppe im BMJV verständigt hat, so etwa bezüglich eines schnel-

len Streitbeilegungsverfahrens. Positiv ist, dass die noch im Referentenentwurf auch außerhalb des Verbraucherbauvertragsrechts vorgesehene Beschränkung des Sicherungsanspruchs auf 20 Prozent der vereinbarten Vergütung im Falle vereinbarter oder geleisteter Abschlagszahlungen gestrichen worden ist.

## Zu den Bestimmungen im Einzelnen

### § 632a BGB-E (Abschlagszahlungen)

Die bestehende Vorschrift des § 632a BGB wird laut Gesetzesbegründung wie folgt modifiziert: Dem Unternehmer soll eine unkomplizierte Berechnung der Höhe des Abschlags und dem Besteller eine einfachere Überprüfung der Berechnung ermöglicht werden. Grundlage der Berechnung der Abschläge soll künftig der Wert der vom Unternehmer erbrachten Leistungen sein. Absatz 1 Satz 1 legt daher als Bezugsgröße für die Berechnung die vom Unternehmer erbrachte und nach dem Vertrag geschuldete Leistung fest. Mit der Änderung wird ein weitgehender Gleichlauf der Vorschrift des BGB mit der Regelung in der VOB/B hergestellt. Das ist zu begrüßen.

Problematisch an der Regelung ist, dass es dem Besteller möglich ist, die Abschlagszahlung "auf Zuruf" zu verweigern oder zumindest einen erheblichen Teil der vereinbarten Abschlagszahlung unter Verweis auf § 641 Abs. 3 BGB einzubehalten. Da den Unternehmer die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung trifft, befindet sich der Besteller in einer ungerechtfertigt starken Position. Um seinen Anspruch auf die Abschlagszahlung zu realisieren, müsste der Unternehmer im Zweifel den Klageweg beschreiten.

Das schränkt ihn über die einbehaltene Abschlagszahlung hinaus in seiner Liquidität ein.

Vor diesem Hintergrund ist es aus unserer Sicht unerlässlich, die Belastung für die Vertragsparteien gerechter zu verteilen.

Ein denkbarer Weg wäre, den Rechtsgedanken des § 650f BGB-E in die Vorschrift des § 632a BGB-E miteinzubeziehen. Dieser Vorschlag soll verhindern, dass der Besteller ohne weiteren substantiierten Vortrag die Abschlagszahlung verweigern oder reduzieren kann. Er soll zumindest dazu verpflichtet sein, gemeinsam mit dem Unternehmer eine Zustandsfeststellung durchzuführen.

#### **§ 648a BGB-E (Kündigung aus wichtigem Grund)**

Der Vorschlag zu einem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund für sämtliche Werkverträge ist zu begrüßen. Nicht nur bei auf längere Zeit angelegten Bauverträgen sollen die Vertragsparteien die Möglichkeit haben, den Vertrag durch Kündigung zu beenden.

Allerdings ist aus unserer Sicht die in § 648a Abs. 5 BGB-E vorgesehene Vergütungsregelung für die Fälle äußerst bedenklich, in denen der Besteller den wichtigen Grund zur Kündigung zu vertreten hat und sich der Unternehmer genötigt sieht, den Werkvertrag zu kündigen. Nicht nachvollziehbar ist, warum der Unternehmer in diesen Fällen nur die Vergütung erhalten soll, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil entfällt. Sachgerechter wäre eine Vergütung des Unternehmers, die sich an § 649 BGB orientiert.

#### **§ 650a BGB-E (Bauvertrag)**

Die §§ 650a bis 650g BGB-E stellen im Gesetzentwurf die neuen Regelungen zum Bauvertragsrecht dar. In § 650a wird der Begriff "Bau-

vertrag" legal definiert. Der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift ist weit gefasst. Daher ist davon auszugehen, dass die Bau- und Ausbauhandwerke in ihrer überwiegenden Zahl betroffen sind. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen wird es zukünftig auf eine präzisere – und für die Praxis schwierige – Abgrenzung zwischen Bauverträgen und Werklieferverträgen (§ 651 BGB = § 650 BGB-E) ankommen. Beispiele aus der bisherigen Rechtsprechung sind Herstellen und Liefern von Türen oder die Herstellung und Lieferung einer Einbauküche (vgl. Palandt, § 651 Rz 5).

Inhaltlich soll die Definition des Bauvertrages grundsätzlich das zusammenfassen, was durch Rechtsprechung und Literatur in den vergangenen Jahrzehnten entwickelt wurde.

Die konkrete Umsetzung in § 650a Abs. 2 BGB-E ist jedoch problematisch. Danach soll ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ein Bauvertrag sein, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Durch § 650a Absatz 2 BGB-E wird nach der Gesetzesbegründung geregelt, wann ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks als Bauvertrag im Sinne des neuen Kapitels 2 „Bauvertragsrecht“ anzusehen ist.

Demnach kann nur unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen davon ausgegangen werden, dass es sich nach Vertragsdauer und -umfang um einen auf längerfristige Zusammenarbeit angelegten Vertrag handelt, bei dem die Anwendung der speziellen bauvertragsrechtlichen Vorschriften gerechtfertigt ist. Als Beispiele werden Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen genannt.

Dies ist enger gefasst als die sonst in Rechtsprechung und Schrifttum verwendete Definition des Begriffs "Instandhaltungsarbeiten" (s. etwa KG, Urteil vom 23. April 2010 – 6 U 30/09). Instandhaltungsarbeiten sollen danach regelmäßig in etwa gleichem Umfang wiederkehrende bauliche Maßnahmen sein, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs oder der baulichen Substanz vorgenommen werden, um die durch Abnutzung, Alterung oder Witterung entstandenen baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen.

Grundsätzlich ist eine enge Fassung des Begriffs der Instandhaltung, wie sie auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommt, zuzustimmen. Gleichwohl kommt diese enge Ausgestaltung im Gesetzestext nicht in der erforderlichen Weise klar konturiert. Die Grenzlinien zwischen „Instandhaltung“ und „Instandsetzung“ (s. zur Differenzierung Palandt, 73. Auflage, § 535 Rz 38) werden verwischt. Unter dem weiten Begriff der Instandhaltung werden häufig auch reine Inspektionsleistungen gefasst, weshalb die Instandsetzung daher eher auch substanzeingreifend definiert wird. Dies eignet sich unseres Erachtens durchaus als Ansatzpunkt, eine eingrenzende Definition vorzunehmen. Für die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks wäre es eine – obwohl vom Gesetzgeber nicht intendierte – Belastung, wenn durch eine weite Auslegung der Rechtsprechung etwa die Wartung der Heizanlage, das Fegen des Kamins oder die Wartung der elektrischen Gebäudetechnik mit jedem Filterwechsel dem Bauvertragsrecht unterfiele.

Wir plädieren daher nachdrücklich dafür, in § 650a Abs. 2 BGB-E den Begriff "Instandhaltung" durch den Begriff "Instandsetzung" zu ersetzen. Dieser ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der HOAI bekannt und durch seinen klaren Bezug zur Substanzerhaltung präziser.

### **§ 650b BGB-E (Anordnungsrecht des Bestellers) und § 650c BGB-E (Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b)**

Erstmals wird im Zusammenhang des Werkvertragsrechts das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b BGB-E gesetzlich normiert. Bislang ist das Anordnungsrecht des Bestellers lediglich aus dem Kontext von VOB/B-Verträgen bekannt. Voranzustellen ist, dass das Anordnungsrecht einen schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit des Unternehmers darstellt. Es fügt sich nur schwer in die Systematik des Schuldrechts ein, das in der Regel von einer auf dem Verhandlungsweg erzielten Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Vertragspartnern ausgeht. Zwar ist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht dem BGB nicht gänzlich fremd (§§ 315 ff. BGB). Dass aber eine Partei per Gesetz über das vertraglich Vereinbarte hinaus die Leitungspflichten des anderen ändern oder erweitern kann, ohne noch einmal in die Vertragsverhandlungen einsteigen zu müssen, ist neu.

In ihrer Stellungnahme zum Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht haben Handwerk und Bauwirtschaft sehr deutlich gemacht, dass es bei dem Anordnungsrecht des Bestellers auf den Dreiklang Anordnungsrecht - Vergütungsanpassung - Streitbeilegungsmechanismus ankommt. Diesem Anspruch wird der Gesetzentwurf insofern nicht gerecht, als nur Regelungen über das Anordnungsrecht des Bestellers sowie in § 650c BGB-E eine Vorschrift zur Vergütungsanpassung vorgesehen sind. Er bleibt damit hinter den Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages und der Arbeitsgruppe Bauvertrag selbst zurück.

Der Regierungsentwurf trägt den Bedenken des Handwerks allerdings in einigen Punkten Rechnung.

Zunächst bezieht sich das Anordnungsrecht nicht mehr auf die Art der Ausführung der Bauleistung und auf die Bauzeit. Das ist zu begrüßen. In der Gesetzesbegründung sollte aber klargestellt werden, dass Anordnungen nach § 650b keine Anordnungen zur Bauzeit und zur Art der Ausführung umfassen. Außerdem sind dem einseitigen Anordnungsrecht nunmehr mehrere Hürden vorgeschaltet: Zunächst geht der Gesetzentwurf im Gegensatz zu den Vorentwürfen davon aus, dass die Vertragsparteien ein Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben. Dies entspricht dem Charakter des Bauvertrags und prägt auch das gesetzliche Leitbild des Anordnungsrechts in diesem Sinne. Insofern ist es konsequent, vom Unternehmer ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu fordern. Insgesamt orientiert sich § 650b Abs. 1 BGB-E gegenüber den Vorentwürfen deutlich mehr am Gedanken einer vertraglichen Vereinbarung, bevor ein einseitiges Anordnungsrecht überhaupt zum Tragen kommt.

Zudem ist der Unternehmer im Falle des § 650b Abs. 1 Nr. 1 nur verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu erstellen, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Diese Möglichkeit der Einredeerhebung für den Unternehmer ist notwendig, um auf ein derart scharfes Instrument wie das einseitige Anordnungsrecht reagieren zu können.

Essentiell wäre es allerdings, die Einrede auch für den Fall des § 650b Abs. 1 Nr. 2 vorzusehen. Denn selbst wenn sich ein einseitiges Anordnungsrecht auf eine Änderung bezieht, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist, so gibt es Konstellationen, in denen der Unternehmer sie nicht in jedem Fall erfüllen kann. So kann z.B. ein Dachdecker, der während seiner Arbeiten Schwamm im Mauerwerk entdeckt, einem einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers aufgrund fehlender fachlicher

Eignung nicht zwingend nachkommen. Selbst wenn er berechtigt und fähig wäre, kann es aber sein, dass sein Personal oder seine Gerätschaften auf einer anderen Baustelle verplant sind.

Die Durchsetzung des Anordnungsrechts im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes wird zudem begrüßenswerter Weise von dem Versuch einer einvernehmlichen Streitbeilegung unter Hinzuziehung eines Sachverständigen abhängig gemacht. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, muss bei der Beantragung einer einstweiligen Verfügung der Verfügungsgrund nachgewiesen werden. Das ist für den Auftraggeber mit einem erheblichen Mehr an Aufwand und Zeit verbunden.

Der Regierungsentwurf sieht in § 650 c Abs. 4 BGB-E zudem vor, dass von den Regelungen in den Absätzen 1 bis 3 auch dann durch Vertragsklauseln abgewichen werden kann, wenn nur die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen sind. Diese Regelung setzt rechtspolitisch das falsche Signal. § 310 Absatz 1 Satz 3 wurde – nicht zuletzt im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH (s. etwa Urteil vom 14. April 2004, VII ZR 129/02) - mit gutem Grund in das BGB aufgenommen. Nur derjenige sollte ohne das Risiko einer AGB-Inhaltskontrolle ausschließen können, wer die VOB/B insgesamt und ohne Abweichungen vereinbart. Darin liegt gerade für die kleinen und mittleren Betriebe des Handwerks eine nicht zu unterschätzende Schutzfunktion. Mit § 650c Abs. 4 BGB-E wird dieser gesetzgeberische Ansatz konterkariert und die Schutzfunktion des § 310 Absatz 1 Satz 3 BGB geschwächt. Die Regelung muss aus dem Entwurf deshalb wieder gestrichen werden.

Entgegen den Überlegungen in der Arbeitsgruppe Bauvertrag im BMJV enthält der Gesetzesentwurf schlussendlich immer noch keinen effizienten und schnellen Streitbeilegungsmechanismus für Fragen der Nachtragsvergütung. Als Begründung wird angegeben, es sei zweifelhaft, ob die Einführung eines Bauverfügungsverfahrens zwingend erforderlich sei. Verwiesen wird auf eine Umfrage unter den Mitgliedern der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zum bereits bestehenden Anordnungsrecht nach § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B zu Art und Umfang von Streitigkeiten. Die Abfrage habe zu dem Ergebnis geführt, dass in der Regel trotz teils erheblicher Differenzen über Anordnungen nach § 1 Absätze 3 und 4 VOB/B während der laufenden Bauarbeiten kein gerichtlicher Rechtschutz in Anspruch genommen werde. Der Streit der Parteien werde erst im Zusammenhang mit der Schlussabrechnung ausgetragen. Es komme demnach bei VOB/B-Verträgen in der Regel nicht zu erheblichen Verzögerungen und Unterbrechungen der Bauarbeiten wegen Streitigkeiten über Anordnungen des Bestellers.

Es ist anzuzweifeln, dass diese Überlegungen auf ein allgemeines Anordnungsrecht im Kontext der neuen bauvertraglichen Regelungen übertragbar sind. Entgegen der bisherigen Praxis von VOB/B-Bauverträgen, an denen überwiegend die öffentliche Hand sowie institutionelle Bauherren beteiligt sind, sollen die neuen Vorschriften für sämtliche am Bau beteiligten Parteien bis hin zum privaten Verbraucher gelten.

Schon alleine aus diesem Grund sollte für das Anordnungsrecht die Schrift- oder Textform zwingend vorgeschrieben werden.

Insgesamt ist es aus Sicht des Handwerks nicht sachgerecht, Erfahrungen aus dem Bereich VOB/B auf die Situation des künftigen gesetzlichen Bauvertragsrechts zu übertragen. Wir sehen nach wie vor die Notwendigkeit für einen

wirksamen Streitbeilegungsmechanismus. Die Einschaltung eines Sachverständigen ist ein Schritt in die richtige Richtung, kann aber nur als Zwischenlösung angesehen werden.

Darüber hinaus ist es aus unserer Sicht nicht sinnvoll, bei der Einbeziehung Dritter nur allgemein von "Sachverständigen" zu sprechen. Hier sollte entsprechend der Regelung des § 404 Abs. 2 ZPO bevorzugt die Beiziehung eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen vorgesehen werden. Die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bieten Gewähr für eine neutrale, fachlich fundierte und objektive Begleitung der Parteien des Bauvertrags.

Um unnötige Gerichtsverfahren zu vermeiden, sollte schließlich auch eine Regelung vorgesehen werden, nach der der Anspruch aus § 650c BGB-E automatisch in eine Entscheidung nach § 650b Abs. 3 BGB-E einfließt. Mindestens ist ein Satz einzufügen: "Die einstweilige Verfügung hat einen Ausspruch über das Bestehen des Vergütungsanspruchs und die Höhe der Vergütungsanpassung nach § 650c BGB-E zu enthalten."

Bezüglich der Preisanpassung enthält der Regierungsentwurf gegenüber dem Referententwurf eine entscheidende Verbesserung: Durch den neu eingefügten § 650c Abs. 3 erhält der Unternehmer die Möglichkeit, pauschal 80 Prozent der von ihm veranschlagten Nachtragskosten in Form von Abschlagszahlungen zu vereinbaren bzw. – was in der Praxis eher der Fall sein dürfte – nach § 632a BGB zu fordern.

Positiv ist auch die neu in den Regierungsentwurf aufgenommene Regelung, wonach beim einstweiligen Rechtsschutz wegen der Vergütungsanpassung nur dann auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs verzichtet werden kann, wenn vorher unter Beiziehung eines

Sachverständigen versucht wurde, den Streit beizulegen. Dies wird den Parteien den Weg zu einer einvernehmlichen Lösung erleichtern.

Im Zusammenhang mit der Beiziehung eines Sachverständigen ist wie in § 650b BGB-E im Rahmen von Streitigkeiten um die Nachtragsvergütung darauf abzustellen, dass die Vertragsparteien in erster Linie öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige einbinden.

### **§ 650f BGB-E (Zustandsfeststellung nach Verweigerung der Abnahme; Gefahrtragung)**

Durch die Regelung über die Zustandsfeststellung wird die Position des Unternehmers gestärkt.

Positiv ist auch die Vermutung in Abs. 3 Satz 1. Diese trägt dem Umstand Rechnung, dass der Besteller das erstellte Werk bereits und offensichtlich ohne nennenswerte Einschränkungen nutzt, aber nach wie vor Mängel geltend macht und eine Abnahme verzögert.

Gegenüber dem Referentenentwurf wurde eine Bestimmung aufgenommen, wonach der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen kann, wenn der Besteller einem vereinbarten Termin fernbleibt. Dies entspricht einer Forderung des Handwerks. Auf die Frage der Kostentragung geht jedoch nur die Gesetzesbegründung ein. Danach wird davon ausgegangen, dass jede Vertragspartei die bei ihr anfallenden Kosten für die Zustandsfeststellung selbst trägt, weil das Verfahren im Interesse beider Vertragspartner liege. Diese Regelung sollte sich der Klarheit halber ausdrücklich im Gesetzestext widerspiegeln.

### **§ 650g BGB-E (Schriftform der Kündigung)**

Die Vorschrift über die Schriftform der Kündigung ist schon allein aus Beweisgründen sinnvoll.

Allerdings ist nicht nachvollziehbar, dass ein schwerwiegender Eingriff in die Vertragsautonomie wie das einseitige Anordnungsrecht ohne ein Schriftformerfordernis auskommen soll. Gerade in diesem Zusammenhang sollten die Besteller auch im Sinne einer Warnfunktion im Hinblick etwa auf Kostentragungspflichten dazu verpflichtet werden, dem Unternehmer eine Anordnung nach 650b BGB-E schriftlich zu übermitteln.

### **§ 650h bis § 650m BGB-E (Verbraucherbaupvertrag)**

Im Zusammenhang mit den neu geschaffenen Regelungen über das Bauvertragsrecht soll in das Gesetz auch ein eigenständiges Verbraucherbauvertragsrecht eingefügt werden. Die damit verbundenen Regelungen über die Baubeschreibungspflicht, den Inhalt des Vertrags oder zur Höhe und Absicherung von Abschlagszahlungen verschieben das Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragsparteien deutlich zulasten des Unternehmers.

Die Fülle an neuen unbestimmten Rechtsbegriffen legt die Befürchtung nahe, dass es in Zukunft nicht weniger, sondern erheblich mehr juristische Auseinandersetzungen geben wird.

Umso wichtiger ist es, dass eine Musterwiderrufsbelehrung in die Anlage des Gesetzentwurfs aufgenommen worden ist.

Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wichtig, das Erlöschen des Widerrufsrechts mit der ersten Abschlagszahlung, wie es noch im Referentenentwurf vorgesehen war, aufleben zu lassen.

Bei den neuen Vorschriften kann darüber hinaus nicht klar abgegrenzt werden, wann es sich noch um eine vom Unternehmer zu erfüllende Baubeschreibungspflicht handelt oder bereits um eine eigenständige werk- bzw. bauvertragliche Leistung, die gesondert zu vergüten ist. Dies ist für die handwerklichen Unternehmen bereits unter dem geltenden Werkvertragsrecht ein erhebliches Problem und wird sich unter den Vorzeichen eines verbraucherorientierten Bauvertragsrechts verschärfen.

Die Betriebe werden durch die Baubeschreibungspflicht auch insofern vor kaum lösbare Probleme gestellt, weil es keine Anhaltspunkte dafür gibt, wie diese rechtssicher zu erfüllen ist. Den Bereich der zukünftigen Rechtsprechung zur näheren Ausgestaltung zu überlassen, stellt eine erhebliche Belastung der Betriebe mit dem entsprechenden Kosten- und Prozessrisiko dar. Zwar macht der Gesetzgeber in Art. 249 EGBGB Vorgaben zur Leistungsbeschreibungspflicht. Allerdings sind diese so wenig konkret ausgestaltet, dass sich ein für die Praxis umsetzbares Leitbild kaum ableiten lässt. Wir plädieren nachhaltig für die Erarbeitung privilegierter Muster durch das BMJV in Zusammenarbeit mit den interessierten Kreisen.

### **§ 650s BGB-E (Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer)**

Bei der vorgeschlagenen Regelung zur gesamtschuldnerischen Haftung ist zu kritisieren, dass es an einer verlässlichen Grundlage für die Behauptung, der Besteller wende sich voreilig an den Planer, fehlt. Es wird nur allgemein von einer überproportionalen Belastung von Ingenieuren/Architekten gesprochen. Belegt ist das nicht und nach den Erfahrungen der Bauwirtschaft auch nicht zutreffend. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage der praktischen Relevanz der Norm.

### **Fazit**

Wegen der unterschiedlichen Rechtsmaterien halten wir eine Trennung des Gesetzentwurfs in Bauvertragsrecht auf der einen und kaufrechtliche Mängelgewährleistung auf der anderen Seite weiterhin für sinnvoll.

Trotz der Verbesserungen im Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf sind viele grundlegende Fragen des Bauvertragsrechts noch nicht geklärt. Vor diesem Hintergrund wäre es aus unserer Sicht vorzugswürdig, zunächst den Koalitionsvertrag umzusetzen und lediglich das Verbraucherbaurechtsrecht zu verabschieden.

Auf jeden Fall aber sind die von uns vorgeschlagenen Änderungen am Gesetzentwurf für das Handwerk essentiell, um eine einseitige Belastung der kleinen und mittleren Unternehmen der Baubranche zu vermeiden.

## Stellungnahme

---

# Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

## - Die Reform des Mängelgewährleistungsrechts -

Berlin, Juni 2016

# Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

## Vorbemerkung

Die Große Koalition hat bereits zu Beginn der Legislatur erkannt, dass das Gewährleistungsrecht in seiner gegenwärtigen Fassung zu ungerichteten Haftungsfolgen führt und Änderungen dringend geboten sind. Im Koalitionsvertrag heißt es:

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

Mit ihrem Gesetzentwurf nimmt die Bundesregierung die Umsetzung des Koalitionsprojekts in Angriff. Durch gezielte Gesetzesänderungen und Ergänzungen des Gewährleistungsrechts soll laut Gesetzesbegründung die Rechtssituation für Werkunternehmer verbessert werden.

Für das Handwerk und den gesamten verarbeitenden Mittelstand gehört das Koalitionsprojekt zu den wichtigsten rechtspolitischen Vorhaben dieser Legislatur. Alltägliche Gewährleistungsfälle können Handwerker und andere KMU wegen der Rechtslage zu den sog. "Aus- und Einbaukosten" teuer zu stehen kommen. Denn sie und nicht die Verantwortlichen tragen die Folgekosten für Materialfehler. Nicht selten nimmt die Haftung des Handwerkers für Materialfehler ein Ausmaß an, das kleine Betriebe in die Insolvenz führt und damit für Unternehmer und Angestellte existenzbedrohend ist.

Hierbei handelt es sich keineswegs um ein theoretisches Schreckensszenario oder gar um überzogene Einzelfälle. Die Betroffenheit der Praxis ist groß und Beispielfälle gibt es genug. So hat laut aktueller Konjunkturumfrage ein Be-

trieb im Elektrohandwerk im Jahr 2015 durchschnittlich 21 Mängelgewährleistungsfälle zu verzeichnen. Davon gehen 16,2 der Fälle auf Herstellerfehler zurück. Dies sind mehr als 3/4 (77 %). Obwohl der Hersteller unstreitig verantwortlich ist, blieben Betriebe im Durchschnitt auf Kosten in Höhe von ca. 4.689 EUR sitzen. Allein auf die Branche des Elektrohandwerks gerechnet kumulieren sich diese Kosten auf einen Betrag in Höhe von 260,6 Mio EUR.

Zudem lassen sich zahlreiche Fälle nicht einvernehmlich zwischen Handwerk, Handel und Hersteller klären. Neben den bekannten Entscheidungen des BGH zu Bodenfliesen, Parkettstäbchen und Fensterrahmen müssen sich immer wieder Instanzgerichte mit derart gelagerten Sachverhalten befassen (Beispiele: LG Deggen-dorf, Urteil vom 3. April 2007, AZ: 3 O 370/06; OLG Celle, Urteil vom 11. November 2010, AZ: 11 U 133/10; OLG Stuttgart, Urteil vom 8. Juni 2011, AZ: 4 U 34/11; LG Marburg, Urteil vom 14. Juni 2011, AZ: 2 O 48/10; LG Waldshut-Tiengen, Urteil vom 7. September 2012, AZ: 3 O 11/10; LG Potsdam, Urteil vom 21. Mai 2014, AZ: 3 O 86/13).

Eine solche Situation ist weder ordnungspolitisch noch wirtschaftlich tragbar. Gegner der Reform behaupten unzutreffend, Handwerker seien gegen diese Schäden versichert oder könnten sich auf die Kulanz ihrer Lieferanten verlassen. Einen Beweis ihrer Behauptung bleiben die Wortführer allerdings schuldig. Die tägliche Rechtsberatung der Handwerksorganisationen, die Umfragen und Erfahrung der Praxis zeigen dagegen sehr deutlich ein anderes Bild. Der Gesetzgeber ist deshalb gut beraten, sich nicht durch derart unseriöse Behauptungen beirren zu lassen. Die Praxis kann nicht länger zuwarten, sondern benötigt dringend eine gesetzliche Abhilfe. Der

Gesetzesentwurf markiert hierfür einen wichtigen Schritt und verfolgt die richtigen Ansätze für eine Lösung der unfairen Haftungssituation.

Die Vereinbarung des Koalitionsvertrags zielt darauf ab, denjenigen die Kosten für Materialfehler tragen zu lassen, der die Mängel zu verantworten hat. Ein solches verantwortungsgerechtes Gewährleistungsrecht kann in der Praxis aber nur dann verwirklicht werden, wenn die richtigen Ansätze und Maßnahmen des Gesetzesentwurfs konsequent zu Ende geführt werden. So genügt es nicht, den Anwendungsbereich auf Fälle zu beschränken, in denen Material in eine andere Sache eingebaut wird. So wie noch im Referentenentwurf vorgesehen muss die Reform auch Situationen erfassen, in denen Material auf andere Weise verarbeitet wird. Anderenfalls bleiben die oben genannten Fälle im Maler- und Lackierhandwerk (Anstrich = Verarbeitung) von der Reform unberührt und die unfaire Haftungslage uneingeschränkt bestehen. Das gleiche gilt für den gesamten materialverarbeitenden und veredelnden Mittelstand aus Handwerk und Industrie. Die Reform wäre damit auf einen geringfügigen Bereich reduziert und der Praxis damit freilich nicht geholfen.

Es ist zudem zu kurz gegriffen, Handwerkern und anderen KMU einen Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten einzuräumen, wenn diese Ansprüche von marktmächtigen Vertragspartnern per AGB weitgehend eingeschränkt werden können. Dasselbe gilt für Händler, deren Regressansprüche gegen den Hersteller ins Leere laufen, wenn der Hersteller die Ansprüche in seinen AGB ausschließt. Im Ergebnis wird die Praxis einer unnötigen Rechtsunsicherheit ausgesetzt. Betriebe müssen im Zweifel langwierige Gerichtsverfahren in Kauf nehmen, um die Rechtslage zu klären. Das ist insbesondere kleinen Betrieben ohne Rechtsabteilung nicht zumutbar.

Insgesamt müssen die praktischen Folgen der vorgesehenen Maßnahmen stärker berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere für das Recht des Verkäufers, zu entscheiden, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder dem Käufer die Kosten für den Aus- und Einbau erstattet. Entscheidet sich z.B. der Verkäufer von mangelhaften Fliesen, die er einem Handwerker verkauft hat, diese beim Kunden des Handwerkers selbst herauszureißen und neue fehlerfreie Fliesen zu verlegen, liegen die Probleme auf der Hand: Denn der Kunde hat ausschließlich mit dem Handwerker einen Vertrag. Muss der Kunde des Handwerkers also die Selbstvornahme durch den Verkäufer dulden oder hat er einen Anspruch darauf, dass der Handwerker den Aus- und Einbau durchführt? Wer haftet dem Kunden gegenüber, wenn der Aus- und Einbau durch den Verkäufer nicht sachgemäß erfolgt? Die Bundesregierung hat die Probleme erkannt, korrigiert den Referentenentwurf aber zu halbherzig.

Der in seiner Grundsatzentscheidung richtige Gesetzesentwurf muss vor diesem Hintergrund in drei Punkten ergänzt bzw. geändert werden:

- ***Die Gewährleistung darf sich nicht auf den Aus- und Einbau beschränken, sondern muss – wie im vorherigen Referentenentwurf – auch Fälle erfassen, in denen mangelhaftes Material verarbeitet wird.***
- ***Der Käufer (Handwerker) und nicht der Verkäufer (Händler) muss wählen können, wer den Aus- und Einbau durchführen soll.***
- ***Der Anspruch des Käufers auf Ersatz der Ein- und Ausbaukosten muss für Verbraucher und Unternehmer gleichermaßen AGB-fest ausgestaltet werden.***

Im Einzelnen:

## **I. Gewährleistungsanspruch gemäß § 439 Abs. 3 BGB**

### **- Richtiger Ansatz des Gesetzentwurfs**

Der Gesetzentwurf sieht eine Ergänzung des Gewährleistungsrechts vor. Gegenwärtig schulden Verkäufer ein mangelfreies Produkt und müssen im Gewährleistungsfall die Aufwendungen tragen, die erforderlich sind, um die mangelhafte Ware zu reparieren oder gegen ein mangelfreies Produkt auszutauschen. Dies können unter anderem Transport-, Versand- oder Verpackungskosten sein. Künftig tragen Verkäufer zusätzlich die Kosten, die erforderlich sind, um ein mangelhaftes Produkt, das vom Käufer ordnungsgemäß eingebaut wurde, auszubauen und ein neues mangelfreies Produkt einzubauen.

Der Gedanke hinter dieser Regelung ist rechtlich wie ökonomisch richtig. Wie der EuGH zutreffend betont, sind Käufer so zu stellen, als wäre das gekaufte Material von Beginn an mangelfrei gewesen. Es gibt keinen überzeugenden Grund, weshalb der Käufer die Kosten dafür tragen soll, dass zum Zweck der Nacherfüllung das mangelhafte Material ausgebaut und neues Material eingebaut werden muss. Die Aus- und Einbaukosten sind lediglich ein Annex der Gewährleistungshandlung und damit folgerichtig zunächst vom gewährleistungspflichtigen Verkäufer zu tragen.

Der Gesetzentwurf bestimmt mit dem neu eingefügten Absatz 3 in § 439 BGB, dass der Gewährleistungsanspruch des Käufers die Aus- und Einbaukosten umfasst. Mit dieser Regelung wird zugleich klargestellt, dass der Gewährleistungsanspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten unterschiedslos für alle Käufer gilt. Die von der Rechtsprechung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes entwickelte – und von der Rechtswis-

senschaft zu Recht kritisierte – Differenzierung zwischen Verbrauchern und Unternehmern wird vom Gesetzentwurf korrigiert. Künftig finden die Gewährleistungsvorschriften wieder einheitlich auf Verbraucher und Unternehmer Anwendung. Das ist ein richtiger Schritt. Die Gewährleistung ist Pflicht des Verkäufers. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob der Käufer eine Sache als Verbraucher oder als Unternehmer erwirbt. Die einheitliche Anwendung von § 439 BGB vermindert die Regelungskomplexität, vermeidet Auslegungsschwierigkeiten und bietet damit Verkäufern und Käufern ein praxisgerechteres und anwendungsfreundlicheres Recht.

### **- Erweiterter Anwendungsbereichs erforderlich**

§ 439 Abs. 3 BGB erfasst ausschließlich Situationen, in denen die mangelhafte Kaufsache in eine andere Sache eingebaut wurde. Anders als noch der Referentenentwurf regelt der Gesetzentwurf nicht mehr den Fall, dass die mangelhafte Kaufsache verändert bzw. verarbeitet wurde. Dass diese Tatbestandsalternative ersatzlos und unbegründet gestrichen wird, ist sachlich unverständlich. In der Begründung zum Referentenentwurf hieß es noch:

*„Eine dem Einbau der Kaufsache vergleichbare Fallkonstellation besteht, wenn der Käufer die mangelhafte Kaufsache vor Auftreten des Mangels verändert hat. Damit gemeint sind Fälle, in denen der Käufer beispielsweise eine Oberflächenbehandlung der Kaufsache dadurch vorgenommen hat, dass er diese lackiert, lasiert oder sonst veredelt hat. Ebenfalls gemeint sind Fälle, in denen der Käufer eine Kaufsache, die er beispielsweise in Einzelteilen als Bausatz erworben hat, montiert oder sonst fertiggestellt hat. In all diesen Fällen hat der Käufer Verwendungen auf die Kaufsache gemacht, die für den Fall einer Nacherfüllung erneut vorgenommen werden müssen. Hätte der Verkäufer seine Verpflichtung*

zur Lieferung einer mangelfreien Sache von vornherein vertragsgemäß erfüllt, würden diese nicht erneut anfallen. Es ist daher gerechtfertigt, neben einer Regelung zu den Ein- und Ausbauleistungen in § 439 Absatz 3 Satz 1 E auch eine Regelung zu Wiederherstellungsleistungen in § 439 Absatz 3 Satz 2 BGB-E zu treffen.“

Es kann bei der rechtlichen Bewertung keinen Unterschied machen, ob mangelhaftes Material seinem bestimmungsmäßigen Gebrauch in eine andere Sache eingebaut oder verarbeitet wurde. Weshalb sollte der Verkäufer von mangelhafter Wandfarbe nicht für den erforderlichen Neuanstrich einstehen müssen, während ein Verkäufer mangelhaften Parketts für die Neuverlegung haftet? Die Vergleichbarkeit der beiden Fallkonstellationen ist – wie die Begründung zum Referentenentwurf deutlich herausarbeitet – gegeben. Eine rechtliche Gleichbehandlung wäre deshalb konsequent.

Gründe für eine unterschiedliche rechtliche Bewertung sind nicht ersichtlich. Kritiker der Reform wenden ein, dass die Tatbestandsalternative der „Verarbeitung“ den Anwendungsbereich der Gewährleistung ins Unermessliche erweitern würde. Für Verkäufer sei nicht vorhersehbar, in welcher Weise Käufer die Ware verarbeiten. Diese Argumentation ist allerdings wenig überzeugend. So spielt die Art und Weise der Verarbeitung für die Gewährleistung keine Rolle. Ein mangelfreies Produkt weist eine verkehrübliche oder eine bestimmte zugesicherte Beschaffenheit auf. Unabhängig davon, auf welche Weise das Produkt verarbeitet wird – ob sachgerecht, zweckwidrig oder gar entgegen seiner Verwendungsbestimmung: eine Haftung des Verkäufers scheidet stets aus. Denn das Produkt ist frei von Mängeln. Für Verkäufer ist deshalb die Art und Weise der weiteren Verarbeitung unerheblich.

Die Art und Weise der Verarbeitung ist auch für den Umfang der Gewährleistungshaftung bei

mangelhaften Waren ohne weitere Bedeutung. Die Gewährleistung ist in jedem Fall – und so auch bei einer weiteren Verarbeitung – durch das Verbot der Unverhältnismäßigkeit begrenzt. Hier besteht ebenfalls eine Parallele zum Einbau von mangelhaften Produkten. Das von Reformgegnern oft ins Feld geführte Beispiel einer geringwertigen, mangelhaften Schraube, die in einem Atomkraftwerk eingebaut ist und einen Millionenschaden verursacht, macht dies deutlich. Auch in diesem Fall haftet der Verkäufer der Schraube nur in einem verhältnismäßigen Rahmen und eben nicht für den gesamten Schaden.

Die rechtliche Vergleichbarkeit zwischen dem „Einbau“ und der „Verarbeitung“ mangelhafter Produkte liegt auf der Hand und lässt sich sachlich nicht entkräften. Die Tatbestandsalternative der „Verarbeitung“ muss wieder in den Gesetzestext aufgenommen werden.

Davon abgesehen bleibt der Begriff des „Einbaus“ vage und ist für eine rechtliche Abgrenzung nicht geeignet. Stellt der Austausch eines Blinkers in ein PKW einen „Einbau“ dar? Oder wie verhält es sich mit einer Regalkonstruktion, die an eine Wand geschraubt wird? Der Begriff „Einbau“ ist dem BGB fremd und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Vorzugswürdig wäre deshalb die Verwendung von bereits bekannten Bezeichnungen des Sachenrechts wie etwa „Verbindung“ und „Vermischung“.

#### **- Kohärente Anspruchsvoraussetzungen schaffen**

Der Gesetzentwurf verlangt, dass der Käufer die mangelhafte Sache „gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck“ in eine andere Sache eingebaut haben muss. Maßgeblich sind demnach die Art und der Verwendungszweck der Kaufsache und damit objektiv zu bestimmende Kriterien. Die Beschränkung auf objektive Merkmale ist unverständlich, weil sie absehbar zu unsach-

gemäßen Ergebnissen führt. So scheidet der Ersatzanspruch des Käufers selbst dann aus, wenn die Parteien einen konkreten Verwendungszweck vereinbart haben, sich die Kaufsache ihrem objektiven Verwendungszweck nach aber dafür nicht eignet. Empfiehlt z.B. ein Händler einem Verbraucher zur Anbringung einer schweren Deckenlampe einen bestimmten Dübel, der seinem objektiven Verwendungszweck aber nur für die Anbringung leichterer Gegenstände geeignet ist, entfällt der Anspruch des Verbrauchers nach § 439 Abs. 3 BGB. Es kommt hier nicht auf das subjektiv vereinbarte, sondern allein auf den objektiven Verwendungszweck des Dübels an.

Die Notwendigkeit einer Korrektur gilt umso mehr, als die Beschränkung auf objektive Merkmale nicht mit den Kriterien zur Bestimmung der Sachmangelfreiheit gemäß § 434 Abs. 1 BGB korrespondieren. Hiernach ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn:

- sie die vereinbarte Beschaffenheit hat.
- wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.
- wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Diese dreistufige Bestimmung der Sachmangelfreiheit umfasst sowohl objektive als auch subjektive Elemente. Diese bewährten Kriterien sollten – nicht zuletzt auch zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsordnung – für die Gewährleistung nach § 439 Abs. 3 BGB maßgeblich sein.

## II. Selbstvornahmerecht des Verkäufers

Steht dem Käufer ein Anspruch nach § 439 Abs. 3 BGB zu, soll der Verkäufer nach dem Gesetzentwurf entscheiden, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder die hierfür erforderlichen Kosten ersetzt.

Für das Wahlrecht des Verkäufers führt die Gesetzesbegründung eine wirtschaftliche Betrachtung an. Hiernach soll das Wahlrecht dem Verkäufer einen wirtschaftlichen Vorteil bieten, *„wenn er sach- und fachgerechte Aus- und Einbauleistungen günstiger selbst durchführen oder beauftragen kann, als dies dem Käufer möglich ist“*. Diese wirtschaftliche Betrachtung greift entschieden zu kurz. So werden zunächst die verschiedenen rechtlichen und vertraglichen Beziehungen bei Aus- und Einbau-Fällen außer Betracht gelassen. Der Verkäufer schließt mit dem Käufer (z.B. einem Handwerker) einen Kaufvertrag. Die Kaufsachen (z. B. Wärmedämmplatten) werden vom Handwerker entsprechend dem mit einem Verbraucher geschlossenen Werkvertrag im Haus des Verbrauchers eingebaut. Verbraucher und Händler stehen in keiner rechtlichen Beziehung zu einander. Stellt sich im Nachgang zum Einbau der Wärmedämmplatte ihre Mangelhaftigkeit heraus, hat der Verbraucher einen Anspruch auf Nacherfüllung gegen den Handwerker. Wählt nun der Händler die Selbstvornahme, müsste der Händler oder eine von ihm beauftragte Person das Dämmmaterial beim Verbraucher ausbauen und neues Material einbauen. Dies setzt allerdings faktisch wie rechtlich voraus, dass der Verbraucher die Nacherfüllung durch eine andere Person als seinen Vertragspartner duldet. Dies ist bei einer realistischen Betrachtung der Praxis überaus unwahrscheinlich. In diesem Zusammenhang sei allein auf das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung verwiesen. Zudem hat der Verbraucher seinen Handwerker ausgewählt und mit dem Einbau der Dämmplatten beauftragt. Er hat nachvollziehbar

kein Interesse daran, den Auftrag de facto einen Dritten ausüben zu lassen, den er weder kennt noch ausgewählt und beauftragt und über dessen fachliche Qualifikation er keine Informationen hat. Verbraucher und gewerbliche Kunden werden Dritten, zu denen weder ein Vertrags- noch ein Vertrauensverhältnis besteht, den Zutritt zur Baustelle oder sogar in die Privatwohnung verwehren. Dem Verkäufer wird es demzufolge bereits faktisch und rechtlich nicht möglich sein, das Selbstvornahmerecht auszuüben. Davon abgesehen ist es dem Handwerker datenschutzrechtlich nicht gestattet, die personenbezogenen Daten seines Kunden (Name, Adresse, Auftragsvolumen etc.) an den Lieferanten und damit an einen Dritten weiterzugeben.

Wie stellt sich in diesen Situationen die zivilrechtliche Lage dar? Der Verbraucher verweigert eine Nacherfüllung durch den Verkäufer und verlangt die Nacherfüllung durch den vom ihm beauftragten Handwerker. Der Handwerker ist aus dem Werkvertrag zur Nacherfüllung verpflichtet. Führt der Handwerker den Aus- und Einbau durch und erfüllt damit nach, kann der Lieferant seinerseits nicht mehr sein derzeit vorgesehenes Wahlrecht ausüben. Der Händler, der dem Handwerker das mangelhafte Material verkauft hat, kann infolge der Nacherfüllungsleistung des Handwerks nicht mehr wählen, ob er selbst die Aus- und Einbauleistung durchführen oder die Kosten übernehmen möchte. Der Handwerker erfüllt seine Pflicht aus dem Werkvertrag und beschneidet hierdurch zwangsläufig das Wahlrecht des Verkäufers aus dem Kaufvertrag gemäß § 439 Abs. 3 BGB. Dies wäre eine gesetzeswidrige angemäÙte Selbstvornahme. Der Handwerker würde durch die Vertragserfüllung aus dem Werkvertrag zum Rechts- und Vertragsbruch gezwungen werden. Zudem müsste er in diesem Fall die Kosten für den Aus- und Einbau tragen. Dies konterkariert den Zweck der Reform und kann vom Gesetzgeber ersichtlich nicht intendiert sein.

Sachgerecht kaum lösbare Fragen stellen sich auch dann, wenn der Verkäufer den Aus- und Einbau beim Kunden des Handwerks selbst vornimmt, hierbei jedoch die Werkleistung mangelhaft ausführt. In diesem Fall kumulieren verschiedene Ansprüche des Verbrauchers aus Vertrag gegen den Handwerker sowie deliktische Ansprüche gegen den Verkäufer. Der Handwerker hat seinerseits einen Anspruch auf erneute Nacherfüllung. Hinzu kommen schwierige Beweisfragen über die Ursachen der Mängel des Materials und der Nacherfüllungshandlung. Diese unübersichtliche Rechtslage ist für die Praxis unzumutbar und für sämtliche Beteiligte von Nachteil. Insbesondere hat jedoch der Verkäufer durch seine Selbstvornahme ein Haftungsrisiko geschaffen, das sich durch die mangelhafte Durchführung realisiert hat.

Angesichts des Haftungsrisikos des Verkäufers erschließt sich der von der Gesetzesbegründung in Aussicht gestellte wirtschaftliche Vorteil für den Verkäufer nicht. Insgesamt zeigt sich, dass das Wahlrecht des Verkäufers zu erheblichen rechtlichen Folgeproblemen führt und dem Verkäufer keinen Vorteil bietet.

Die Bundesregierung hat diese Probleme erkannt, korrigiert den Referentenentwurf aber nur halbherzig. Nach wie vor soll dem Verkäufer grundsätzlich das Selbstvornahmerecht zustehen. Das Wahlrecht zur Selbstvornahme scheidet nur dann aus, wenn der Käufer (Handwerker) entweder ein „berechtigtes Interesse“ zur Selbstvornahme geltend macht oder dem Verkäufer erfolglos eine Frist zur Ausübung des Wahlrechts gesetzt hat. Diese Einschränkungen greifen zu kurz. Es bleibt unklar, was unter einem berechtigten Interesse zu verstehen ist. Laut Gesetzesbegründung soll sich dies nach den Umständen des Einzelfalls richten. Damit bleibt die Klärung der Rechtsprechung überlassen, so dass die Vertragsparteien gezwungen werden, die unklare Rechtslage gerichtlich ent-

scheiden zu lassen. Die Rechtsunsicherheit der Regelung geht damit in der Praxis auf Kosten des Handwerks und anderer marktschwacher KMU. Als Käufer von mangelhaften Waren müssen sie ein berechtigtes Interesse darlegen und beweisen. Dies erfordert nicht nur einen kostenintensiven Rechtsbeistand, sondern insbesondere langwierige Verfahren. Handwerker und andere verarbeitende KMU haben in dieser Situation jedoch keine Zeit zu verlieren, da sie ihren Kunden gegenüber aus dem Werkvertrag zur Mängelbeseitigung verpflichtet sind. Im Ergebnis wird deshalb kein mittelständisches Unternehmen den Gang zu Gericht gehen können, infolgedessen die Ausnahmeregelungen in der Praxis ins Leere laufen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten ist deshalb dringend angezeigt, das Wahlrecht dem Käufer zu überlassen.

### III. AGB-Festigkeit der Ansprüche

Die erweiterten Gewährleistungsansprüche nach § 439 Abs. 3 BGB werden entsprechend dem neu eingefügten § 309 Nr. 8 b) cc) BGB einem Klauselverbot unterstellt. Damit dürfen Verkäufer keine abweichenden Vertragsregelungen per AGB vorgeben. Das Klauselverbot nach § 309 BGB gilt jedoch nur für AGB, die gegenüber einem Verbraucher vorgegeben werden. Gewerbliche Käufer genießen den unmittelbaren Schutz des konkreten Klauselverbots nicht. Dies legt auch die Gesetzesbegründung (S. 36) ausdrücklich dar.

Laut Gesetzesbegründung soll Handwerkern und anderen gewerblichen Käufern von Baumaterial allerdings ein ausreichender Schutz zukommen. In diesem Zusammenhang verweist die Gesetzesbegründung auf die Rechtsprechung des BGH und führt aus, dass die Klauselverbote des § 309 BGB ein Indiz dafür seien,

dass sie auch im Falle der Verwendung gegenüber Unternehmern zu einer unangemessenen Benachteiligung führen. Hieraus schließt die Gesetzesbegründung, dass ein *„formularmäßiger Ausschluss oder eine formularmäßige weitreichende Beschränkung der Verpflichtung des Verwenders, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen, Ein-, Ausbau und Wiederherstellungsleistungen zu erbringen oder hierfür Aufwendersersatz zu leisten, [...] grundsätzlich wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB unwirksam sein“* wird.

Die Einschätzung, wonach Unternehmer durch die von der Rechtsprechung entwickelte Ausstrahlungswirkung des Klauselverbots ausreichend geschützt sein sollen, trägt jedoch den tatsächlichen Marktumständen sowie den unternehmerischen Kräfteverhältnissen der Praxis nicht ausreichend Rechnung.

Die vom BGH entwickelte Ausstrahlungswirkung der konkreten Klauselverbote ist lediglich ein Indiz, das in die allgemein anzustellende Abwägung (§ 307 BGB) einfließt. Ob die von der Rechtsprechung in jedem Einzelfall vorzunehmende Abwägung dazu führt, dass ein Ausschluss der Aus- und Einbaukosten eine unverhältnismäßige Benachteiligung des Käufers darstellt und damit unwirksam ist, ist stets von einer Gesamtschau sämtlicher Umstände des Einzelfalls abhängig. Der BGH betont dies ausdrücklich. So besteht grundsätzlich die Indizwirkung, *„es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interesse und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden“* (BGH, NJW 2007, 3774).

Somit ist stets von einem Gericht zu klären, ob ein Haftungsausschluss oder eine Einschränkung per AGB unwirksam ist oder nicht.

Handwerkern und anderen kleinen marktschwachen Vertragspartnern nützt diese rechtstheoretische Wirkung bei Vertragsverhandlungen in der Praxis nichts. Marktstarke Vertragspartner geben ihre AGB vor und schließen die Haftung für sich aus oder schränken diese zumindest erheblich ein. Es ist realitätsfern, anzunehmen, dass sich Handwerker hiergegen unter Berufung auf die Rechtsprechung zur Wehr setzen. Davon abgesehen, dass Handwerksbetriebe über keine Rechtsabteilung verfügen, der die jeweils aktuelle Einzelfallrechtsprechung zur Indizwirkung bekannt ist, stärkt die Berufung auf die Rechtsprechung keineswegs die Verhandlungsposition des Handwerkers. Die Rechtsprechung besagt lediglich, dass im Rahmen einer allgemeinen Abwägung das Klauselverbot als Indiz heranzuziehen ist. Jegliches Gewicht verliert die Berufung auf die Rechtsprechung durch den Hinweis, dass nicht das Klauselverbot, sondern die Gesamtschau sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls maßgeblich ist.

Darüber hinaus sind kleine Betriebe in der Regel wirtschaftlich nicht in der Lage bestehende Vertragsbeziehungen mit wirtschaftlich starken Vertragspartnern aufzugeben. Dies gilt nicht zuletzt für die gesamte Zulieferbranche des Automobilsektors.

Infolgedessen läuft der vom Gesetzentwurf beabsichtigte AGB-Schutz für Handwerker und andere mittelständische Käufer in der Praxis absehbar ins Leere. Es ist damit nach wie vor der Einbauende, der im Ergebnis die Folgekosten für Materialfehler trägt.

Das Ziel eines verantwortungsgerechten Gewährleistungsrechts kann nur erreicht werden, wenn auch die Ansprüche von Unternehmern

einem ausdrücklichen gesetzlichen AGB-Schutz unterliegen. Dies sollte durch einen entsprechenden Verweis in § 310 Abs. 1 BGB auf das konkrete Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) cc) BGB erfolgen.

Gegen die AGB-Festigkeit spricht auch nicht, dass die Vertragsfreiheit im Geschäftsverkehr bestehen bleiben muss und nicht eingeschränkt werden darf. Die Vertragsfreiheit wird durch eine Anwendung von § 309 Nr. 8 b) cc) BGB auf den Geschäftsverkehr allerdings nicht tangiert. Geschäftspartner sind nach wie vor uneingeschränkt berechtigt, im Wege fairer und gleichberechtigter Vertragsverhandlungen von den gesetzlichen Ansprüchen des § 439 BGB abzuweichen. Dort, wo allerdings marktschwache oder gar wirtschaftlich abhängige Vertragspartner dazu genötigt werden können sollen, auf ihre Gewährleistungsrechte zu verzichten, geht es nicht um den Schutz der Vertragsfreiheit. Eine solche Forderung zielt allein auf das Recht des Stärkeren und ist ordnungs- und rechtspolitisch unhaltbar.

Die gesetzliche Haftung für Ein- und Ausbaurkosten darf auch im Geschäftsverkehr nicht per AGB eingeschränkt oder ausgeschlossen und damit weiterhin dem Schwächsten in der Warenlieferkette zugewiesen werden. Dies würde sämtliche Reformbemühungen ad absurdum führen und die Marktmacht der handelnden Akteure zum Entscheidungskriterium für eine Haftung erheben. Handwerksbetriebe, Verbraucher sowie kleine, marktschwache Händler – ergo der gesamte Geschäftsverkehr mit Ausnahme der Hersteller und marktmächtiger Händler – hätten absehbar das Nachsehen. Die AGB-Festigkeit steht deshalb keineswegs allein im Interesse des Handwerks und muss Einzug in die Reform halten.

## Fazit

Die Bundesregierung trifft mit ihrem Gesetzentwurf eine richtige Grundsatzentscheidung. Künftig haften Handwerker nicht mehr pauschal für die Materialfehler, die andere zu verantworten haben. Der Erfolg der Reform steht und fällt jedoch mit ihrer Wirkung in der Geschäftspraxis. Der Gesetzentwurf greift zunächst mit der Beschränkung des Gewährleistungsanspruchs auf „Einbau-Fälle“ deutlich zu kurz. Ein verantwortungsgerechtes Gewährleistungsrecht setzt zudem voraus, dass gesetzlich gewährte Rechte auch tatsächlich durchgesetzt werden können. Verbraucher und kleine Betriebe benötigen deshalb einen klar im Gesetz verankerten AGB-Schutz, damit ihre berechtigten Ansprüche auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten nicht von marktmächtigen Unternehmen ausgeschlossen werden können. Des Weiteren muss die Reform Rechtsunsicherheit vermeiden. Durch das vorgesehene Wahlrecht des Unternehmers bezüglich der Nacherfüllung werden zwangsläufig rechtliche Folgeprobleme geschaffen, die in der Praxis absehbar zu Rechtsunsicherheit und Konflikten zwischen Verkäufern, Handwerkern und deren Kunden führen.

Die Chancen des Gesetzentwurfs müssen genutzt und die guten Ansätze konsequent zu Ende geführt werden. Das Handwerk unterstützt den Gesetzgeber in seiner Absicht, das Gewährleistungsrecht verantwortungsgerechter zu gestalten und erkennt in dem Gesetzentwurf einen wichtigen Schritt zur Erreichung dieser Zielsetzung. Bundestag und Bundesrat sind aufgefordert, die Reform nun zum Erfolg zu führen.



# Reform des Gewährleistungsrechts

## HINTERGRUND

Die Bundesregierung setzt mit ihrem Gesetzentwurf das Koalitionsprojekt für ein gerechtes Gewährleistungsrecht um. Käufer erhalten gegen ihre Lieferanten einen Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Kosten für den Ausbau des mangelhaften und Einbau des fehlerfreien Materials. Lieferanten können ihrerseits die Kosten im Wege des neu geschaffenen Händlerregresses gegenüber dem Hersteller geltend machen.

Für Handwerker und den gesamten verarbeitenden Mittelstand gehört das Koalitionsprojekt zu den wichtigsten rechtspolitischen Vorhaben dieser Legislatur. Alltägliche Gewährleistungsfälle kommen Handwerker und andere KMU wegen der Rechtslage zu den sogenannten "Aus- und Einbaukosten" teuer zu stehen. Denn sie und nicht die Verantwortlichen tragen die Folgekosten für Materialfehler.

## BEWERTUNG

Wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme überzeugend herausstellt, muss der in seiner Zielrichtung gelungene Gesetzentwurf in drei wichtigen Punkten ergänzt bzw. geändert werden. Anderenfalls kann die Reform in der Praxis nicht die im Koalitionsvertrag intendierte Wirkung entfalten.

**→ Die Reform darf sich nicht auf den Aus- und Einbau beschränken, sondern muss auch Fälle erfassen, in denen mangelhaftes Material verarbeitet wird.**

Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob mangelhaftes Material in eine andere Sache eingebaut oder ob es verarbeitet wurde. Weshalb sollte der Verkäufer mangelhafter Wandfarbe nicht für den erforderlichen Neuanstrich einstehen müssen, während ein Verkäufer mangelhaften Parketts für die Neuverlegung haftet? Die Vergleichbarkeit der beiden Fallkonstellationen ist – wie noch die Begründung zum Referentenentwurf deutlich herausstellt – klar gegeben.

**→ Der Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten muss für Verbraucher und Unternehmer inhaltlich und zeitlich AGB-fest ausgestaltet sein.**

Große Unternehmen geben ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vor und schränken ihre Haftung inhaltlich weitgehend und zeitlich auf ein Jahr ein. Es ist realitätsfern anzunehmen, dass sich Handwerker hiergegen unter Berufung auf den von der Bundesregierung ins Feld geführten und aus dem Verbraucherrecht übertragenen mittelbaren AGB-Schutz zur Wehr setzen könnten.

Ein Elektrohandwerker, der Kabel, Schalter und Sicherungen bezieht, hat keinen Einfluss auf die Geschäftsbedingungen. Entweder er kauft die Ware unter Einbeziehung der AGB oder er lässt es bleiben. Einen Gerichtsprozess gegen solche AGB können sich Handwerker weder leisten, noch ist es unternehmerisch sinnvoll für sie, gegen ihre Lieferanten vor Gericht zu ziehen.

**→ Der Käufer (Handwerker) und nicht der Verkäufer (Hersteller oder Lieferant) muss wählen können, wer den Aus- und Einbau / die Nachbesserung durchführt.**

Entscheidet sich der Verkäufer zur Selbstvornahme, entfacht er damit ein rechtlich kaum lösbares Chaos an gegenseitigen Ansprüchen im Dreiecksverhältnis zwischen Verkäufer, Handwerker und Kunde.

Ein Handwerker baut im Haus eines Verbrauchers neue Fensterrahmen ein, die sich nachträglich als mangelhaft erweisen. Erhebt der Verkäufer der Fensterrahmen Anspruch darauf, die Reparatur selbst auszuführen, steckt der Handwerker in einem Dilemma: Repariert er dennoch, verletzt er den Vertrag mit seinem Verkäufer. Repariert er nicht, verletzt er seine werkvertragliche Pflicht gegenüber dem Verbraucher. Die Bundesregierung hat das Problem erkannt, den Referentenentwurf aber nur halbherzig korrigiert.

## FAZIT

Der Koalitionsvertrag gibt das Ziel der Reform unmissverständlich vor. Was dem Gesetzentwurf zur Erreichung dieses Ziels fehlt, bringt der Bundesrat mit seiner Kritik auf den Punkt. Der Bundestag ist aufgerufen, die Forderungen des Bundesrats und des verarbeitenden Mittelstandes aufzugreifen und entsprechende Änderungen vorzunehmen.

Stand: Juni 2016

Verantwortlich: Dr. Manja Schreiner, LL.M.

Telefon: 030 20 61 93 50