

## **Stellungnahme des Bauherren-Schutzbund e.V. (BSB)**

### **zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (Regierungsentwurf)**

Die gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts sind als „Leitbild“ für den modernen Bauvertrag nur bedingt geeignet und führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei Verbrauchern und Unternehmern. Deshalb entspricht die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts den Interessen aller am Bau Beteiligten: Sie schafft mehr Rechtssicherheit, mindert das Konfliktpotential, fördert den Interessenausgleich und ist unverzichtbar für die Stärkung des Verbraucherschutzes und der Verbraucherrechte.

Die Schaffung eines Bauvertragsrechts berührt Verbraucherinteressen privater Bauherren beim Hausneubau, bei Um- und Ausbauten, bei Modernisierung und Sanierung, bei Instandhaltung und Instandsetzung sowie beim Erwerb selbstgenutzten Wohneigentums. Private Bauherren und Erwerber von Wohneigentum repräsentieren eine bedeutsame Verbrauchergruppe mit einem großen wirtschaftlichen Engagement, das wesentlich wirksamer als bisher geschützt werden muss. Laut Angaben des DIW wurden im Jahr 2015 mehr als 116 Milliarden Euro in den Wohnungsbau investiert.

Die Bundesregierung selbst sieht in ihrer wohnungspolitischen Zielsetzung das Wohneigentum als eine zentrale Säule zur Schaffung von dringend benötigtem bezahlbarem Wohnraum: Laut Bundesministerin Dr. Barbara Hendricks werden bis 2020 mindestens 350.000 neue Wohnungen pro Jahr entstehen müssen. Um dieses Ziel zu realisieren, bestehe u. a. ein jährlicher Bedarf von rund 100.000 neuen Eigenheimen und Eigentumswohnungen. So entstände durch private Bauherren jährlich neuer Wohnraum für bis zu 300.000 Bürgerinnen und Bürger. Des Weiteren erzeugt der neue Wohnraum einen beachtlichen Sockereffekt, indem durch den Umzug der privaten Bauherren und Erwerber in ihre Eigenheime und Eigentumswohnungen an anderer Stelle Wohnraum freigezogen wird. Bei einer notwendigen Zahl von 100.000 neuen Eigenheimen und Eigentumswohnungen werden private Bauherren und Erwerber ein Investitionsvolumen von, vorsichtig geschätzt, 25 bis 30 Milliarden Euro jährlich aufbringen müssen. Dies wird aber nur gelingen, wenn private Bauherren und Käufer als Verbraucher das Vertrauen haben können, dass

- sie durch mehr Markttransparenz eine richtige Investitionsentscheidung treffen bzw. eine Fehlentscheidung kurzfristig rückgängig machen können.
- ihre eingesetzten finanziellen Mittel weiterreichend abgesichert sind.
- ihnen verbindliche Informationen über die Bauausführung und den Abschluss der baulichen Maßnahme zur Verfügung gestellt werden müssen.

Der Regierungsentwurf greift zahlreiche Empfehlungen des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesjustizministerium auf, die über mehrere Jahre mit Repräsentanten aller wichtiger Anwenderkreise eingehend beraten sowie verabschiedet wurden und schließt die Lücke zur EU-Verbraucherrechterichtlinie. Mit den vorgeschlagenen Verbraucherschutzregelungen des Regierungsentwurfs wird die Vereinbarung aus dem Koalitionsvertrag umgesetzt, den Verbraucherschutz für Bauleistungen auszubauen und besonders die Verbraucherrechte im Bauvertragsrecht zu stärken.

Es liegt nun mit dem Regierungsentwurf ein gründlich vorbereitetes, die Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag tragendes Gesamtkonzept vor. Eine Aufspaltung dieses Gesetzgebungsvorhabens bzw. eine Entkoppelung der Regelungskomplexe Reform des Bauvertragsrechts und Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (Regelungen zu den Aus- und Einbaukosten) würde dieses Konzept zerstören. Der BSB e.V. fordert, eine derartige Zerstörung und einen damit verbundenen Misserfolg des Regelungskonzepts nicht zuzulassen und setzt sich nachdrücklich für die Umsetzung des Gesamtkonzepts des Gesetzgebungsvorhabens, mithin der Vereinbarung aus dem Koalitionsvertrag ein.

Sofern nachfolgend nach der Paragraphen-Angabe keine Gesetzesquelle genannt ist, beziehen sich sämtliche Ausführungen auf den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung vom 01.03.2016 (RegE). Für den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.09.2015 wird in den nachfolgenden Ausführungen die Abkürzung RefE verwendet. Sofern nachfolgend auf Empfehlungen des Bundesrats Bezug genommen wird, sind die Empfehlungen des Bundesrats bzw. der Ausschüsse vom 12.04.2016, Drucksache 123/1/16 gemeint.

## **I. Zum Bauvertragsrecht**

### **Zu § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe cc**

Anzufügen ist „nach § 439 Absatz 2 und 3“ die Passage: „oder § 635 Absatz 2“.

Klargestellt werden soll, dass das Klauselverbot künftig nicht nur noch bei Kauf und Werklieferungsverträgen, sondern gerade auch bei Werkverträgen zu gelten hat.

Insofern unterstützt der BSB e.V. die Empfehlung des Bundesrats zu 1., S. 2.

### **Zu § 309 Nr. 15**

§ 309 Nr. 15 a) muss heißen:

„...für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die ~~wesentlich~~ höher sind als die nach § 632a Absatz 1 und § 650I Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, oder ...“

Der BSB e.V. geht gemäß BGH-Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei § 632a Absatz 1 BGB in der geltenden Fassung um ein gesetzliches Leitbild handelt. Dieses soll durch eine unklare Neuregelung nicht ausgehöhlt werden. Deswegen muss die mit dem Wort „wesentlich“ in

den RegE hineingebrachte Unschärfe entfernt werden. Andernfalls ist zu befürchten, wie der Bundesrat zu 3., S. 3 seiner Stellungnahme ausführt, dass sich die gerade noch zulässigen Abweichungen zugunsten des Bauunternehmers zum geschäftsmäßigen Standard in Verbraucherbauverträgen entwickeln werden.

Die Einfügung des § 309 Nr. 15 soll die Vorschriften über Abschlagszahlungen bei Verbraucherbauverträgen AGB-fest ausgestalten. Das dient der Verbesserung des Verbraucherschutzes am Bau. Wie der Bundesrat in seinen Empfehlungen richtig hervorhebt, soll die Vorgabe des § 650I Absatz 1, die eine maximale Höhe der Abschlagszahlungen von 90 Prozent der Gesamtvergütung zulässt, eine absolute Grenze bilden. Die Möglichkeit, davon in AGB abzuweichen, sollte ausgeschlossen werden. Eine Beschränkung auf „wesentliche“ Abweichungen gewährt keinen ausreichenden Schutz des strukturell unterlegenen Verbraucher-Bestellers gegenüber dem Unternehmer am Bau. Die Streichung des Worts „wesentlich“ führt zum Verzicht auf einen unbestimmten Rechtsbegriff und zur gebotenen Rechtssicherheit beim Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit.

#### **Zu § 356d Satz 2 Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen**

Hier ist die Änderung im RegE im Gegensatz zum Regelungsvorschlag des RefE positiv hervorzuheben. Die Änderung entspricht der Forderung des BSB e.V. aus seiner Stellungnahme zum RefE vom 09.11.2015, S. 3. Hingegen wird die Forderung des Bundesrats (dort zu 4., S. 3) hierzu vom BSB e.V. strikt abgelehnt.

#### **Zu § 640 Fertigstellung des Werks oder Vollendung des Werks**

Im Interesse einer klaren und eindeutigen Gesetzesterminologie plädiert der BSB e.V. dafür, wieder zur Formulierung des RefE in § 640 b) zurückzukehren, wonach es heißen muss:

*„Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und ...“*

Für die Aufnahme des Terminus „Fertigstellung des Werks“ im RegE gibt es keinen zwingenden Grund, zumal in § 646 BGB in bewährter Weise die Vollendung des Werks geregelt ist und § 646 BGB unverändert bleiben soll. Konsequenterweise sollte auch in § 650m Absatz 2 statt „Fertigstellung des Werks“ der Terminus „Vollendung des Werks“ gewählt werden.

#### **Zu § 648a Kündigung aus wichtigem Grund**

Wiederum im Interesse einer klaren und einheitlichen Gesetzessprache ist in § 648a Absatz 4 das Wort „Leistungsstandfeststellung“ durch den Terminus „Zustandsfeststellung“, wie in § 650f gewählt, zu ersetzen.

Den Vorschlag nebst Begründung des Bundesrats in der dortigen Stellungnahme, S. 9, 12., dem § 648a Absatz 5 noch einen Satz anzufügen –

*„Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht des Unternehmers aus dem Vertrag, kann eine Vergütung nicht verlangt werden, soweit der Besteller an der Teilleistung kein Interesse hat.“*

– unterstützt der BSB e. V.

### **Zu § 650a Allgemeine Bauvertragsdefinition**

Gegenüber dem RefE ist positiv anzumerken, dass jetzt auch der Abriss („die Beseitigung ... eines Bauwerks“) von der Definition mit umfasst ist.

Wie bereits in der ergänzenden Stellungnahme des BSB e.V. vom 20.11.2015 zum RefE angemerkt, fehlen Instandsetzungsleistungen nach wie vor im RegE sowohl in der Definition des allgemeinen Bauvertrags in § 650a als auch in der Definition des Verbraucherbauvertrags in § 650h.

Wie der Bundesrat in seinen Empfehlungen zu 14., S. 10 richtig aufführt, weist der Begriff „*Instandsetzung*“ einen massiven Bezug zur Substanzerhaltung auf. Sowohl Instandhaltungsleistungen als auch Instandsetzungsleistungen sollten von der allgemeinen Bauvertragsdefinition sowie von der Definition des Verbraucherbauvertrags umfasst sein. Sofern der Gesetzgeber Instandsetzungsleistungen mit dem Begriff der „*Wiederherstellung*“ ... „*eines Bauwerks*“ erfassen möchte, wäre das in der Gesetzesbegründung klarzustellen. Die derzeitige Gesetzesbegründung zu § 650a enthält diese Klarstellung nicht, sondern bezieht sich in Anlehnung an die HOAI-Terminologie sowie an die VOB/A-Terminologie auf Instandhaltungsarbeiten. Die für die Instandhaltungsleistungen im Einzelnen in der Gesetzesbegründung erwähnten „*Pflege-, Wartungs- und Inspektionsleistungen*“ z. B. an Brücken umfassen nicht nur werkvertragliche, sondern auch dienstvertragliche Komponenten. Schon deswegen dürfen weder in der allgemeinen Bauvertragsdefinition noch in der Definition des Verbraucherbauvertrags die Instandsetzungsleistungen fehlen.

### **Zu § 650b Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers**

Der BSB e.V. hatte in seinen bisherigen Stellungnahmen, insbesondere der Stellungnahme zum RefE vom 09.11.2015 zum Anordnungsrecht des Bestellers gefordert, dass es dem Verbraucher möglich sein soll, Änderungen einseitig durchzusetzen, wenn die Ausführung für den Unternehmer möglich und zumutbar ist. Das Zumutbarkeitskriterium ist in § 650b erfasst.

Bereits in der ersten Fassung der VOB/B gab es das Anordnungsrecht des Bestellers. Bekanntlich ist im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), welcher in regelmäßigen Abständen für die Überarbeitung und Neufassung der VOB/B sorgt, kein einziger Verbraucherverband vertreten. Vielmehr handelt es sich um ein Regelwerk unterhalb der Gesetzesebene, welches vorwiegend von der öffentlichen Hand und der Bauindustrie in deren Vertragsbeziehungen untereinander und miteinander bevorzugt wird. Bemerkenswert ist, dass diejenigen Kräfte, welche seit Jahrzehnten vorzugsweise das Regelwerk der VOB/B ihren Bauvertragsbeziehungen zugrunde gelegt haben, sich jetzt gegen das Anordnungsrecht des Bestellers aufbäumen.

Der Gesetzgeber sollte bestrebt sein, die Streitpunkte, die sich zum einseitigen Anordnungsrecht aus der seit vielen Jahrzehnten gelebten VOB/B-Praxis ergeben, verlässlich zu regeln. Dazu gehört z.B. die derzeitige Unklarheit in Rechtsprechung und Literatur zum zeitlichen Anordnungsrecht des Bestellers zu beseitigen und, wie der Deutsche Baugerichtstag in seiner Stellungnahme zum RegE richtig hervorhebt, darauf zu achten, dass die Bauvertragsparteien privatautonome Vereinbarungen hierzu treffen können, die nicht schon deshalb an einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle scheitern dürfen, weil sie dem Besteller überhaupt die Möglichkeit einräumen, Änderungen der *Bauzeit* und/oder der *Art der Ausführung* einseitig anzuordnen.

Unklar ist im RegE, welche Auswirkungen die Einigungsbemühungen der Besteller- und Unternehmerseite auf den Bauablauf haben. Der RefE sah hierzu in § 650b Absatz 3 eine klarere Regelung vor. Es ist der Einschätzung des Deutschen Baugerichtstags zuzustimmen, dass der Verzicht auf eine solche Regelung Unklarheit schafft und zu unnötigen Auseinandersetzungen – auch vor Gericht – führen wird.

Die jetzige Regelung des § 650b Absatz 3 (und synchron die jetzige Regelung zu § 650c Absatz 5) ist aus Sicht des BSB e.V. bedenklich und unpraktikabel. Hierzu wird in der zutreffenden Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags hervorgehoben, dass diese Regelung jetzt völlig unbrauchbar ist, weil § 650b Absatz 3 (ebenso § 650c Absatz 5) den Verzicht auf eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrunds davon abhängig macht, dass zuvor versucht wurde, den Streit unter Beiziehung eines Sachverständigen beizulegen. Unklar bleibt bei der Formulierung des RegE, wann es erforderlich sein soll, einen Sachverständigen einzuschalten. Die jetzt zwingend vorgesehene Einschaltung eines Sachverständigen vor dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist geeignet, den Einigungsprozess zwischen Bestellerseite und Unternehmerseite zu verzögern.

Offenbar soll nach dem RegE der Sachverständige keine Entscheidungskompetenz haben, sondern eine vermittelnde Wirkung auf die Einigung ausüben. Wie in der Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags richtig hervorgehoben wird, ist diese Vorstellung praxisfremd. Auch nach den Erfahrungen des BSB e.V. wird sie sich noch weniger verwirklichen als im selbständigen Beweisverfahren, welches immer weniger dazu dient, sein ursprüngliches gesetzliches Ziel zu erreichen. Der RegE schweigt zu wichtigen Aspekten des Sachverständigenverfahrens. Das wird zu Recht in der Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags kritisiert. Richtig ist, dass im RegE unklar bleibt,

- wer als Sachverständiger tätig werden darf,
- wer den bzw. die Sachverständigen bestimmt,
- was geschieht, wenn Besteller- und Werkunternehmerseite sich nicht auf einen Sachverständigen einigen können,
- wer bestimmt, mit welchen konkreten Fragen der Sachverständige befasst werden soll,
- in welchem Zeitraum und in welcher Form der Sachverständige sein Gutachten zu erstatten hat.

Der BSB e.V. unterstützt die Forderung des Deutschen Baugerichtstags, die gesetzlichen Bestimmungen zum Anordnungsrecht des Bestellers so zu fassen, dass es keine lohnenden Gründe gibt, berechnete Belange und Interessen der jeweils anderen Partei am Bau zu torpedieren. Dieser Forderung wird der RegE nicht gerecht.

Im RegE werden die Interessen des Unternehmers mit der vorgesehenen Regelung zu § 650b und zu § 650c mittels Zuweisung von Vertragsrisiken unangemessen bevorzugt. Die jetzt vorgesehene Vorschaltung des Sachverständigen behindert den besonderen Eilcharakter der sog. „*Bauverfügung*“.

### **Zu § 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2**

Die Regelung zur Vergütungsanpassung knüpft in den Absätzen 1 und 2 des § 650c an die seinerzeit vom Deutschen Baugerichtstag und der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (nachfolgend BMJV) neu entwickelten Parameter für die Vergütung von Mehr- oder Minderleistungen an. Damit ist ein wichtiger Ausgangspunkt für den Kampf gegen einen unkalkulierbaren Nachtragswettbewerb gegeben.

Allerdings hält der BSB e.V. die im RegE gegenüber dem RefE neu hinzugefügten Absätze 3 und 4 für missglückt. Sie benachteiligen den Besteller unangemessen. Auf den redaktionellen Fehler in § 650c Absatz 3, worin es richtig heißen müsste –

*„... und keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht.“*

– hat bereits der Deutsche Baugerichtstag auf S. 10 seiner Stellungnahme zum RegE hingewiesen und kritisiert, dass der in § 650c Absatz 3 geregelte Anspruch, wonach dem Unternehmer pauschal i. H. v. 80 Prozent seines Nachtragsangebots nach § 650b Absatz 1 Satz 2 ein Mehrvergütungsanspruch zustehen soll, ein die Unternehmerinteressen einseitig begünstigender Missgriff ist.

Die missglückte Regelung des § 650c Absatz 3 und Absatz 4 stellt quasi eine Einladung für die Unternehmerseite dar, die bereits jetzt zu verzeichnenden, oftmals durch unvollständige oder ungenaue, von der Unternehmerseite vorgelegte Baubeschreibungen hervorgerufenen Nachtragsforderungen in Zukunft massiv ansteigen zu lassen. Durch die Regelung des § 650c Absatz 3, wonach der Unternehmer 80 Prozent seiner genannten Mehrvergütung ansetzen kann, ist geeignet, dem Verbraucher-Besteller ein erhöhtes Insolvenzrisiko aufzubürden. Für Verbraucher ist die Regelung des § 650c Absatz 3 im Fall, dass sich die Parteien nicht über die Höhe der Nachtragsvergütung geeinigt haben, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, unpraktikabel. Es ist kaum vorstellbar, dass die Justiz angemessen dem Andrang auf die große Anzahl von einstweiligen Verfügungsverfahren zur Höhe des Mehrvergütungsanspruchs gerecht werden kann.

Jedenfalls ist das in § 650c Absatz 5 vorgesehene Regelungsmodell aus den weiter oben zu § 650b in dieser Stellungnahme erwähnten Ausführungen unpraktikabel.

Zu § 650b Absatz 3 und zu § 650c Absatz 5 möge sich der Gesetzgeber an die seit 2002 in das Werkvertragsrecht des BGB aufgenommene sog. Fertigstellungsbescheinigung erinnern. Da diese in der Praxis gescheitert ist, musste sie seit 2009 wieder aus dem Gesetz herausgenommen werden. Ähnliches sollte mit der Reform des Bauvertragsrechts vermieden werden.

### **Zu § 650e Bauhandwerkersicherung**

Die jetzige Fassung des § 650e Absatz 4 stellt einen Rückschlag gegenüber dem Wortlaut des RefE in § 650e Absatz 4 dar und ist aus Verbrauchersicht nicht hinzunehmen, denn sie dient gerade nicht der Stärkung der Verbraucherrechte am Bau. In der neuen Formulierung des § 650e Absatz 4 im RegE fehlt hinsichtlich des Abschlagszahlungsverlangens des Werkunternehmers ein Korrektiv für das Aufeinanderprallen der Interessen des Bestellers und des Unternehmers. Nachdrücklich erhebt der BSB e.V. die Forderung, dass die neue Gesetzesregelung dem Äquivalenzgebot im Bauvertrag, insbesondere wenn ein Verbraucher-Besteller ist, angemessen sein muss.

Wieder ergänzend in den Gesetzestext zur Bauhandwerkersicherung aufzunehmen ist die Formulierung des RefE in § 650e Absatz 4:

*„Verlangt der Unternehmer vom Besteller Abschlagszahlungen nach § 632a oder sind Abschlagszahlungen vereinbart, darf er vom Besteller nur eine Sicherheit von höchstens 20 Prozent der vereinbarten Vergütung verlangen ...“*

Die Wiederaufnahme des § 650e Absatz 4 Satz 1 des RefE in den Gesetzestext ist erforderlich, um der weitverbreiteten Praxis Einhalt zu gebieten, dass der Unternehmer vom Verbraucher-Besteller Abschlagszahlungen verlangt plus 100 Prozent Sicherheit in Höhe des gesamten Werklohns, der Unternehmer dem Besteller jedoch zumeist keine Fertigstellungssicherheit, nicht einmal die im gesetzlichen Leitbild des § 632a Absatz 3 BGB vorgesehene 5 Prozent-Sicherheit vom Vergütungsanspruch bietet.

Sofern die Wiederaufnahme des § 650e Absatz 4 Satz 1 RefE aus regelungssystematischen Gründen abgelehnt wird, sollte unter § 650e Bauhandwerkersicherung eine Verweisung auf § 650l in den Gesetzestext aufgenommen werden.

### **Zu § 650f Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme**

Die Neufassung des § 650f Absatz 1 beeinträchtigt den Verbraucher noch mehr als die Fassung im vorangegangenen RefE, welche der BSB e.V. in seiner Stellungnahme vom 09.11.2015 kritisiert hatte.

Die vorgesehene Pflicht zur gemeinsamen Zustandsfeststellung birgt für den Verbraucher die Gefahr, dass er aus Unwissenheit offenkundige Mängel nicht angibt und damit eine für ihn nachteilige Vermutungsregelung des § 650f Absatz 3 greift. Unbedingt erforderlich ist die Aufnahme einer Belehrungspflicht zur negativen Wirkung der Zustandsfeststellung analog § 640 Absatz 2 BGB. Im Gesetzestext unbedingt klarzustellen (z. B. unter § 650f Absatz 2) ist, dass die Abnahmewirkungen nicht durch die Zustandsfeststellung eintreten.

## Zu § 650h Verbraucherbauprojektvertrag

Die Verzahnung allgemeiner und besonderer Bestimmungen des Bauprojektvertragsrechts ist im Regierungsentwurf noch nicht durchweg gelungen. Das ist umso bedauerlicher, als die ergänzende Stellungnahme des BSB e.V. zum RefE, welche am 20.11.2015 an das BMJV übermittelt wurde, sowie der mehrfache mündliche Vortrag dieser Problematik im Anhörungstermin zum RefE beim BMJV am 17.11.2015 im RegE völlig unberücksichtigt blieb.

Schon in diesen „Vorrunden“ des Gesetzesentwurfs hat der BSB e.V. hervorgehoben, dass eine Verschlechterung der Stellung der Verbraucher-Bauherren gegenüber dem bisherigen Gesetzeszustand nicht gewollt sein kann und dass es dafür keinen plausiblen Grund gibt. In § 650h RegE sind nur wenige „große Bauvorhaben“ eines Verbrauchers erfasst (Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude). Die Definition des Verbraucherbauprojektvertrags erstreckt sich nicht auf die Herstellung einer Außenanlage, nicht auf die Wiederherstellung eines Bauwerks, nicht auf die Herstellung eines Hauses unter der Regie eines Architekten und nicht auf die Herstellung, Wiederherstellung oder den Umbau eines Teils eines Bauwerks oder einer Außenanlage. Nebenher bemerkt fehlen Instandsetzungsleistungen sowohl in der Definition des allgemeinen Bauprojektvertrags § 650a RegE als auch in der Definition des Verbraucherbauprojektvertrags § 650h RegE.

Offenbar ist durch diese Regelungslücken und nicht identische Begriffswahl das sogenannte Verbraucherprivileg des derzeit geltenden § 648a Absatz 6 Nummer 2 BGB „durchgerutscht“ bzw. zumindest im § 650e Absatz 6 Nummer 2 RegE sehr stark eingeschränkt worden.

Selbst bei einer gebotenen Wiederaufnahme des § 650e Absatz 4 Satz 1 des RefE ergibt sich bei der v. g. Konstellation ein Defizit der Verbraucherschutzvorschrift im Vergleich zum jetzt geltenden § 648a Absatz 6 Nummer 2 BGB.

Diese Schlechterstellung gegenüber dem bisherigen Zustand setzt bereits bei Definition des Verbraucherbauprojektvertrags in § 650h an. Hier ist zu kritisieren, dass auch an dieser Stelle keine einheitliche Gesetzesterminologie durchgehalten wird. Während die allgemeine Bauprojektvertragsdefinition in § 650a vom Umbau eines Bauwerks spricht, sollen die spezielleren Regelungen für Verbraucher nicht beim Umbau eines Bauwerks allgemein, sondern nur bei „*erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude*“ greifen.

Nach dem RegE fallen folglich viele Verbraucherbauprojektverträge durch das Raster der Begünstigung mittels einiger Sondervorschriften. Das betrifft beispielsweise Verträge über Außenanlagen, die z. B. im derzeitigen Gesetzestext in § 648a Absatz 1 Satz 1 BGB erwähnt sind, wie Terrassen und Hofanlagen, Garagen, Swimmingpools, Carports u. a. Nebengebäude. Es betrifft aber auch die gesamten einzelnen Verträge beim Bau eines „Architektenhauses“ des Verbrauchers, z. B. Verträge über den Rohbau, über Elektroinstallations- und Telekommunikationsleistungen, Verträge über Heizungs- und Sanitärinstallationsleistungen, Verträge über den Trockenbau/Innenausbau, Verträge über Estrichlegerleistungen, Verträge über Tischlerleistungen, Leistungen des Einbaus von Fenstern und Türen sowie des sommerlichen Wärmeschutzes, Verträge über Innen- und Außenputzleistungen, Verträge über Fußbodenlegereleistungen.



Das betrifft ferner Verträge über Instandsetzungs- und Instandhaltungsleistungen an Altbauten, die nicht in den unscharfen Terminus „*erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude*“ eingeordnet werden können.

Die gegenwärtige Fassung des Gesetzestextes leistet der Unternehmerseite Vorschub für die Aufsplitterung eines Fertighaus-Bauvorhabens in einzelne Bauverträge über die jeweiligen Gewerke. Das kann so vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Abgrenzungsschwierigkeiten sind zudem vorprogrammiert.

Wie der Bundesrat in seinen Empfehlungen richtig hervorhebt, besteht ein Bedürfnis, Verbraucher bei allen Bauverträgen umfassend durch die ergänzenden Vorschriften der Paragraphen über den Verbraucherbaupvertrag zu schützen. Das kann schon deswegen nicht gelingen, sofern die Definition des Verbraucherbaupvertrags in § 650h nicht entsprechend den obigen Darlegungen geändert wird.

Die Anregung des Bundesrats in seinen Empfehlungen, für Verbraucherbaupverträge das Erfordernis der Textform zu ergänzen, ebenso wie bereits für die Baubeschreibung nach § 650i vorgesehen, wird vom BSB e.V. begrüßt.

### **Zu § 650i Baubeschreibung**

Die Einführung einer gesetzlichen Baubeschreibungspflicht entspricht einer langjährigen Forderung der Verbraucherverbände.

§ 650i nimmt Bezug auf die sich aus Artikel 249 EGBGB ergebenden Einzelheiten. Der BSB e.V. hält es für bedenklich, dass bei den in Artikel 249 § 2 EGBGB niedergelegten Mindestinhalten der Baubeschreibung in den Punkten 4, 6, 7 und 9 nicht das Wort „gegebenenfalls“ ersatzlos gestrichen wurde, wie in der diesseitigen Stellungnahme vom 09.11.2015, S. 2 gefordert, um die Verbindlichkeit nicht abzuschwächen.

### **Zu § 650j Inhalt des Vertrags**

Der BSB e.V. lehnt die neue Fassung des § 650i Absatz 2 ab und plädiert dafür, die Fassung des RefE zu § 650j Absatz 2 und 3 wieder in den Gesetzestext aufzunehmen.

Wiederholt wird die Forderung des BSB e.V. aus seiner Stellungnahme vom 09.11.2015 zum RefE, den § 650j Absatz 2 wie folgt zu ergänzen:

*„Erstellt der Unternehmer die Baubeschreibung und führt die Abarbeitung der dort enthaltenen Leistungsschritte nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Werks, so ist der Unternehmer gleichwohl zur Herbeiführung des versprochenen Erfolgs verpflichtet. Sein Vergütungsanspruch bleibt in diesem Fall auf die vertraglich vereinbarte Vergütung beschränkt.“*

### **Zu § 650l Abschlagszahlungen, Absicherung des Vergütungsanspruchs**

Grundlegende Ansicht des BSB e.V. ist es, dass ein gesetzlicher Anspruch des Werkunternehmers auf Abschlagszahlungen nur bestehen kann, wenn das Äquivalenzprinzip gewahrt und eine Vorleistungspflicht des Bestellers ausgeschlossen ist.

In der bisherigen Praxis werden Verbraucher vertraglich häufig gezwungen, vor Schlüsselübergabe 100 Prozent des Vergütungsanspruchs an den Werkunternehmer zu zahlen. Damit gehen sie, entgegen dem ursprünglichen Grundmodell des Werkvertrags, in eine risikoreiche Vorleistung und haben kein effektives Mittel mehr zur Durchsetzung von berechtigten Mängelansprüchen oder Verzugsschadensansprüchen in der Hand.

Zur Absicherung des Verbraucher-Bestellers ist in § 650l Absatz 2 vorgesehen, die bisherige 5-Prozent-Regelung des § 632a Absatz 3 BGB unverändert beizubehalten. Aufgrund des nachweislichen Risikos bei Firmeninsolvenzen und des existenzgefährdenden Charakters erheblicher Baumängel für Verbraucher fordert der BSB e.V., die gesetzliche Regelung auf eine Sicherheitsleistung des Werkunternehmers in Höhe von 10 Prozent zu erweitern, so wie das im gewerblichen Bereich üblich ist und wie es auch in den Empfehlungen des Bundesrats auf S. 25 f. zu Pkt. 36 unter Bezugnahme auf vorliegende Bauforschungsstudien aus den Jahren 2002 bis 2015 als angemessen erachtet wird. Die Praxis zeigt, dass im Insolvenzfall des Werkunternehmers 5 Prozent der vereinbarten Vergütung als Absicherung für den Verbraucher-Besteller regelmäßig nicht ausreichen, um das Bauvorhaben zu einem bewohnbaren, im wesentlichen mangelfreien Abschluss führen zu können.

Die in § 650l Absatz 4 vorgesehene Regelung zu Sicherheitsleistungen durch den Verbraucher-Besteller mit einer Obergrenze von maximal 20 Prozent der vereinbarten Vergütung ist ein Kompromiss. Aus Sicht des BSB e.V. besteht kein Sicherheitsinteresse des Werkunternehmers, da private Bauvorhaben i. d. R. solide finanziert und in der Baupraxis nahezu keine Ausfälle zu registrieren sind. Die vorgesehene Regelung ist jedoch grundsätzlich akzeptabel, weil zumindest das Risiko unverhältnismäßig hoher Sicherheitsleistungen begrenzt wird und die Kosten für die Sicherheitsleistung für den Verbraucher noch finanzierbar bleiben. In der Formulierung des § 650l Absatz 4 ist jedoch klarzustellen, dass sich die intendierte maximale Absicherungshöhe von 20 Prozent der vereinbarten Vergütung auch auf die abzusichernde nächste Abschlagsrate bezieht.

Zur Verhinderung von Missbrauch fordert der BSB e.V. ein Klauselverbot in § 309 Nr. 15 c) aufzunehmen.

### **Zu § 650m Erstellung und Herausgabe von Unterlagen**

Die Aufnahme einer Bestimmung zur Erstellung und Herausgabe von für das Bauvorhaben wichtigen Unterlagen ist ein großer Fortschritt gegenüber der bisherigen Regelung. Allerdings bleibt der vorgesehene Text des § 650m hinter den Anforderungen der Baupraxis zurück. Aus der Sicht des BSB e.V. ist es über die vorgesehene Regelung hinaus notwendig, dass dem Verbraucher technische Nachweise schon während der Erfüllungsphase zur Verfügung gestellt werden, die für die Prüfung der Funktionstauglichkeit des Werks wesentlich sind.

Wegen einer klaren und eindeutigen Gesetzessprache wird angeregt, in § 650m Absatz 2 statt „Fertigstellung des Werks“ die Formulierung: „*Vollendung des Werks*“ zu verwenden. Die „*Vollendung*“ des Werks ist bereits im § 646 BGB, der unverändert bleiben soll, geregelt.

### **Zu § 650n Abweichende Vereinbarungen**

Zu den Vorschriften, von denen nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden kann, sollte noch § 634 BGB hinzugefügt werden.

Wie die Baupraxis zeigt, versuchen die Verkäufer bzw. Werkunternehmer bei Bauträgerverträgen und Bauverträgen häufig zum Nachteil des Verbrauchers in den Grenzen des § 639 BGB sowie der allgemeinen Vorschriften §§ 138, 305 ff. BGB Gewährleistungsrechte des Erwerbers bzw. des Bestellers vertraglich einzuschränken. Den Empfehlungen des Bundesrats (vgl. dort Pkt. 38, S. 26 f.) ist zu folgen, die Ansprüche des Verbrauchers bei Mängeln des geschuldeten Werks „*abweichungsfest*“ auszugestalten.

### **Zu § 650o Architektenvertrag und Ingenieurvertrag**

Wesentlicher Inhalt des RefE war die Einführung einer Zielfindungsphase in § 650o Satz 2. Deren Sinn und Zweck bestand darin, zum einen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Architekt der Planung vorgeschaltet regelmäßig zunächst die Planungsziele in Zusammenarbeit mit dem Besteller zu ermitteln und zu konkretisieren hat. Zum anderen definierte § 650o Satz 2 RefE den Anknüpfungspunkt zum Sonderkündigungsrecht des § 650q RefE.

Während § 650o Satz 2 RefE dem dynamischen Planungsprozess Rechnung trug, geht § 650o Absatz 2 RegE von einer „*Planungsgrundlage zur Ermittlung der Ziele*“ aus. Während also § 650 Satz 2 RefE dem Architekten die Pflicht zur Konkretisierung solange übertrug, bis es zur Vereinbarung der Planungs- und Überwachungsziele kommt, ermöglicht es § 650o Absatz 2 RegE dem Architekten, dem Besteller jedwede Planungsgrundlage vorzulegen, wenn diese nach seiner Einschätzung nur der Ermittlung der Ziele dient. In § 650o Absatz 2 RefE steht die Festlegung der Planungs- und Überwachungsziele somit am Ende der Zielfindungsphase, nach § 650o Absatz 2 RegE am Anfang. Die Übergabe einer Planungsgrundlage, aus der heraus jedoch die Ziele erst ermittelt werden sollen, hat mit der Konstituierung einer neuen Zielfindungsphase nichts zu tun. Sie spiegelt letztlich nur die gegenwärtige Verfahrensweise wieder: Der Architekt legt etwas vor, der Bauherr wünscht Änderungen, der Architekt plant um, neue Änderungswünsche folgen. § 650o Absatz 2 RegE rückt von der seitens des BSB begrüßten Einführung einer Zielfindungsphase ab.

### **Zu § 650q Sonderkündigungsrecht**

Das Sonderkündigungsrecht gemäß § 650q RefE rechtfertigte sich daraus, dass der Besteller am Ende der Zielfindungsphase mit dem Entwurf des Architekten oder Ingenieurs nicht einverstanden war bzw. daraus, dass der Besteller sich zu den konkretisierten Planungs- und Überwachungszielen entweder gar nicht äußert oder erneut von diesen abrücken möchte.

§ 650q RegE knüpft das Sonderkündigungsrecht an ein zu frühes Stadium an, nämlich bereits an die Übermittlung einer Planungsgrundlage, die doch erst zur Ermittlung der Planungs- und Überwachungsziele führen soll. Der BSB e.V. hält es für nicht praktikabel, dass mit dieser ersten Planungsgrundlage, die der Ermittlung der Ziele überhaupt erst dienen soll, bereits eine Kosteneinschätzung übergeben werden soll. Weder dürfte das zu diesem frühen Zeitpunkt möglich sein, noch wäre die Kosteneinschätzung für das avisierte Bauvorhaben maßgeblich, da die eigentlichen Planungsziele erst noch ermittelt werden sollen.

Es erscheint konsequent, in § 650p RegE über den RefE hinaus auch das Anordnungsrecht des § 650b auf den Architekten- und Ingenieurvertrag zu erstrecken. Die Zustandsfeststellung bei der Verweigerung der Abnahme gemäß § 650f RegE allerdings ebenfalls entsprechend auf den Architekten- und Ingenieurvertrag zur Anwendung zu bringen, stößt nicht auf die Zustimmung des BSB e.V. So bleibt unklar, wie der Zustand der Bauüberwachung festgestellt werden soll.

#### **Zu § 650r Teilabnahme**

Der in § 650r RegE vorgesehene Änderung der „Abnahme“ in „Teilabnahme“ stimmt der BSB e.V. zu. § 650r RegE kann sich nur auf den Fall beziehen, in dem auch die Leistungsphase 9 vereinbart wurde. In diesem Fall stellt die Abnahme nach der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers eine Teilabnahme dar.

#### **Zu § 650s Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer**

Während § 650s RefE die Setzung einer Frist zur Nacherfüllung gegenüber dem ausführenden Unternehmer zur Zulässigkeitsvoraussetzung einer Inanspruchnahme des Architekten bzw. Ingenieurs erklärte, gesteht § 650s RegE dem Architekten bzw. Ingenieur ein Leistungsverweigerungsrecht zu, bis dem ausführenden Unternehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde. Die Konstruktion des RegE fügt sich besser in die Systematik des Bauvertragsrechts ein und ist daher vorzugswürdig.

#### **Zu § 650t Baurägervertrag; anwendbare Vorschriften**

Es fällt auf, dass die Formulierung des RefE in § 650t Absatz 2

*„§ 650i in Verbindung mit Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche findet mit der Maßgabe Anwendung, dass die Baubeschreibung bereits bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen zu übergeben ist.“*

im RegE nicht enthalten ist.

Beim Baurägervertrag ist es für die Kaufentscheidung des Erwerbers einer neu zu bauenden Stadtwohnung, einer Doppelhaushälfte, eines freistehenden Hauses mit Grundstücksanteil, eines Reihenhauses oder einer sanierten Altbauwohnung besonders wichtig, bereits bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen, d. h. rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin eine erschöpfende Baubeschreibung, die er prüfen und ggf. ergänzen kann, vom Bauräger zu erhalten. Das sollte durch Wiederaufnahme des § 650t Absatz 2 RefE in § 650t RegE klargestellt

werden, zumal sich § 650i im Untertitel 1 auf den Bauvertrag mit dem Unternehmer bezieht und der Untertitel 3 den Bauträgervertrag regelt.

### **Unberücksichtigte Regelungsinhalte/weitere Forderungen des BSB e.V. zu I.**

Der BSB e.V. hat in seiner Stellungnahme zum RefE vom 09.11.2015 und im Positionspapier zum RegE vom 25.04.2016 den Standpunkt vertreten, dass im künftigen Bauvertragsrecht außerdem insbesondere berücksichtigt werden sollten:

- **Mängelrechte sowohl vor als auch nach der Abnahme im Werk- und Bauvertragsrecht:** Die künftige gesetzliche Regelung sollte klarstellen, dass Mängelrechte im Bauvertrag sowohl vor als auch nach der Abnahme geltend gemacht werden können. Ob der Begriff der Erfüllungsgefährdung ein ausreichendes Abgrenzungskriterium darstellt, ist aus der Sicht des BSB e.V. fraglich. Keinesfalls darf erst der überbaute Mangel die Erfüllungsgefährdung begründen.
- **Kündigungsrecht bei Insolvenz:** Die Baupraxis zeigt, dass der Verbraucherschutz bei Firmeninsolvenzen unzureichend ist und unbedingt verbessert werden muss. Deshalb ist es dringend geboten, für Besteller ein Kündigungsrecht bei Insolvenz gesetzlich zu regeln. Der Bundesgerichtshof hat durch sein Urteil vom 07.04.2016 (- VII ZR 56/15 -) klargestellt, dass der Besteller eines Bauvertrages zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigt ist, wenn der Auftragnehmer seine Vertragspflichten verletzt. Er hat im Urteil ausgeführt, dass der Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers eine Tatsache darstellt, die eine konkrete und ernsthafte Gefährdung der Vertragsinteressen des Bestellers begründet (Rdnr. 61). Das Urteil macht deutlich, dass der Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers über die dort inhaltlich behandelte Vertragsklausel hinaus stets ein Fall der Unzuverlässigkeit des Auftragnehmers ist und stellt dieses Prinzip für alle Bauverträge fest. Die Erwägungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht werden im Urteil ausdrücklich aufgegriffen und befürwortet. Der Gesetzgeber sollte daher die Gelegenheit nutzen und die nunmehr klargestellte Rechtslage auch durch Aufnahme einer entsprechenden Regelung im Bauvertragsrecht verdeutlichen.
- **Erfordernis einer Schlussrechnung:** Wegen der Besonderheiten des Bauvertrags ist es sachgerecht, die Fälligkeit der Werklohnforderung an den Zugang einer prüfbaren Schlussrechnung zu knüpfen, wie es im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim BMJ noch vorgesehen war. Nicht zumutbar ist es, dem Verbraucher aufzugeben, selbst eine Schlussrechnung zu erstellen. Insofern wird die Empfehlung des Bundesrats zum RegE zu Pkt. 37, S. 26 vom BSB e.V. unterstützt. Allerdings ist die einheitliche Terminologie des Gesetzes durchweg zu wahren und in § 650m oder an anderer geeigneter Stelle des Gesetzestextes ergänzend aufzunehmen:

*„Der Unternehmer hat dem Verbraucher unverzüglich nach Vollendung des Werks eine Schlussrechnung in Textform zu übergeben. ...“*

Wie schon weiter vorn erwähnt, ist die „Vollendung“ des Werks bereits im § 646 BGB,

der unverändert bleiben soll, geregelt. Der Terminus „Fertigstellung“ sollte wegen der sprachlichen Nähe zur gescheiterten „Fertigstellungsbescheinigung“, die sich nicht bewährt hatte und seit 2009 wieder aus dem Gesetzestext herausgenommen werden musste, nicht verwendet werden.

- **Gewährleistungssicherheit:** Eine gesetzliche Regelung, die dem Verbraucher nicht nur eine Fertigstellungssicherheit, sondern auch eine Mängelsicherheit (Gewährleistungssicherheit) für die Phase ab Abnahme bis zur Verjährung der Mängelansprüche (Gewährleistungsphase) zubilligt, ist schon lange überfällig. Aus Sicht des Verbraucherschutzes ist die jetzige Situation unzureichend und es sollte, wie im gewerblichen Bereich üblich, eine Sicherheit für Mängelansprüche von mindestens 5 Prozent im Gesetz vorgesehen werden.

## **II. Zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung**

### **Zu § 439 Nacherfüllung**

Unter dem Eindruck der Entscheidung des EuGH vom 16.06.2011 (C-65/09 und C-87/09) findet sich durchgängig im RefE, im RegE sowie in den Empfehlungen des Bundesrats ein Regelungsvorschlag, wonach eine Verpflichtung des Verkäufers im Rahmen der Nacherfüllung zu regeln ist. Nach diesem Vorschlag soll der Verkäufer für den Ausbau einer mangelhaften und den Einbau einer nachgebesserten oder mangelfreien neu gelieferten Sache einzustehen haben. Diese Regelung wird aus Sicht des Verbraucherschutzes begrüßt. Der Verbraucher steht in der Regel am Ende der Leistungskette und hat ein Interesse daran, dass sein Vertragspartner, der ihm gegenüber haftet, nicht dadurch geschwächt wird, dass er Aus- und Einbaukosten tragen muss, weil er ein mangelhaftes Produkt bezogen hat, ohne dies selbst erkennen zu können. Der BSB e.V. unterstützt die vorgesehene Einführung des § 439 Absatz 3, mit der die Verantwortung für ein fehlerhaftes Produkt und Folgekosten aus der Fehlerhaftigkeit demjenigen auferlegt werden, der dieses fehlerhafte Produkt in den Verkehr gebracht hat. Ein Verkäufer, der Produkte vertreibt, die typischerweise zum Einbau geeignet und auch vorgesehen sind, muss für die Mangelhaftigkeit des Produkts einstehen. Die Mangelhaftigkeit ist im Verhältnis zum Käufer ausschließlich seiner Sphäre zuzuordnen.

Argumentativ kann der Verkäufer nicht damit gehört werden, dass es ihm schwer fällt, seinerseits gegenüber seinem Lieferanten zu regressieren, insbesondere wenn es sich um einen Lieferanten aus anderen Ländern handelt. Es ist seine Sache und das typische Geschäftsrisiko seiner Tätigkeit im Falle mangelhafter Lieferung an ihn, Regresswege gegenüber seinem Vorlieferanten oder auch gegenüber dem Hersteller zu schaffen. Dieses Risiko kann nicht auf seinen Abnehmer, den Käufer, abgewälzt werden.

Die Ausweitung der Regelung des § 439 Absatz 3 auf alle Kaufvertragsverhältnisse, nicht nur auf den Verbrauchsgüterkauf ist richtig und längst überfällig. Das Risiko beim Verkauf mangelhafter Gegenstände wird hinsichtlich der Einbau- und Ausbauskosten dorthin verlagert, wo es

hingehört. Es gehört zu dem, der im Verhältnis zum Käufer die mangelhafte Sache in den Verkehr gebracht hat.

Der RegE sieht vor, dass der Verkäufer das Recht haben soll, zu wählen, ob er den Aus- und Einbau selbst vornimmt oder die Kosten hierfür ersetzt. Hierbei wird, wie zutreffend in der Stellungnahme des Bundesrats ausgeführt, übersehen, dass mehrere Vertragsverhältnisse in einer Kette zu berücksichtigen sind. Gibt man dem Verkäufer das Wahlrecht, so muss der am Ende der Leistungskette Stehende hinnehmen, dass nicht sein Vertragspartner den Aus- und Einbau vornimmt, sondern ein beliebiger Dritter mit dem der am Ende der Leistungskette Stehende nichts zu tun hat. Dieser Eingriff in den Vertrag zwischen Käufer und Endabnehmer ist nicht zu rechtfertigen und stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz der Privatautonomie dar.

Der sorgfältige Bauherr, der einen Handwerker ausgesucht hat, dem er vertraut und mit dem allein er kontrahieren möchte, müsste nach Beauftragung dieses Handwerkers gesetzlich hinnehmen, dass ein fremder Dritter die Gewerkausführung seines Vertragspartners, die dieser im Rahmen der Nacherfüllung schuldet, leistet. Bei der Durchführung baulicher Maßnahmen führt das dazu, dass der Bauherr einen Eingriff in sein Eigentum durch beliebige Dritte hinnehmen müsste. Zu einer solchen Regelung meldet der BSB e.V. verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Artikel 14 Absatz 1 GG an. Einschränkungen nur zum Schutz eines anderen Marktteilnehmers, des Verkäufers, dürften nicht zulässig sein.

Nicht außer Acht zu lassen ist das Risiko des Käufers. Ist der Käufer Handwerker und baut das fehlerhafte Produkt ein, bedeutet das für den Fall der Nacherfüllung folgendes: wenn der Verkäufer den Aus- und Einbau selbst vornimmt, ist die Haftung des Handwerkers gegenüber seinem Auftraggeber damit nicht ausgeschaltet. Er haftet vielmehr diesem gegenüber für den fehlerhaften Aus- und Einbau seines Verkäufers. Die vorgesehene Regelung beseitigt die Haftung des Käufers gegenüber seinem Kunden nicht.

Richtigerweise wird man annehmen müssen, dass der Endabnehmer der Leistung nicht wirksam verpflichtet werden kann, die Erbringung einer werkvertraglichen Leistung – wozu auch die Mängelbeseitigung durch Aus- und Einbau gehört – von einem beliebigen Dritten, der nicht von ihm bestimmt ist, ausführen zu lassen. Er muss die Tätigkeit des Lieferanten seines Vertragspartners nicht dulden. Im Zweifel wird er, wie zutreffend in den Empfehlungen des Bundesrats ausgeführt, einer Ausführung durch Dritte nicht zustimmen. Die jetzt vorgeschlagene Regelung ist damit für die häufigsten Anwendungsfälle, nämlich den Einbau fehlerhafter Teile im Rahmen eines Werkvertrags praxisfern.

Ein Wahlrecht ist deshalb nur mit der Einschränkung denkbar, dass dieses nur ausgeübt werden kann, wenn der Eigentümer oder der Berechtigte der betroffenen Sache, bei der ein Aus- und Einbau stattfinden soll, der Ausführung durch den Verkäufer zustimmt.

Aus Verbrauchersicht bestehen keine Bedenken, den Anwendungsbereich des § 439 Absatz 3 auf die Verarbeitung der mangelhaften Kaufsache sowie die Veränderung der mangelhaften Kaufsache auszudehnen. Das wäre durch eine einfache Textergänzung des RegE möglich.

Gekaufte Gegenstände werden nicht nur eingebaut, sondern durchaus auch umgestaltet, veredelt oder auf Grund eines Vertrages mit dem Vertragspartner des Käufers verändert. Die Kosten des erneuten Aufwands im Rahmen der Nacherfüllung bei fehlerhaft gelieferten Sachen, um den geschuldeten Zustand herzustellen, sind vom Verkäufer zu ersetzen. Hier gilt die gleiche Argumentation wie bei der Erstattung der Aus- und Einbaukosten.

Nach Ansicht des BSB e.V. ist zur Umsetzung der Vereinbarungen des Koalitionsvertrags grundsätzlich sicherzustellen, dass keine Regelung zu einem Defizit an Verbraucherschutz gegenüber dem Status quo führt.

Für weitere Ausführungen und Rückfragen zum Gesetzesvorhaben steht der Bauherren-Schutzbund e.V. gern zur Verfügung.

Berlin, 06. Juni 2016