

1. Deutscher Baugerichtstag
Arbeitskreis V
Aktuelles

Empfehlungen
Thesen

Empfehlungen des 1. Deutschen Baugerichtstag zum Verbraucherrecht

Thema:

Empfehlen sich gesetzliche Regelungen zum Schutze des Verbrauchers im Bauvertragsrecht?

Empfehlung 1

Soll eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen "aus einer Hand" in das Gesetz aufgenommen werden?

Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem Gesetzgeber, eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen "aus einer Hand" nicht in das BGB aufzunehmen,

Abstimmung: knappe Mehrheit

jedoch die Regelungen in anderen EU-Ländern auf etwaige Ansätze zur Regelung auch in Deutschland zu überprüfen.

Abstimmung: deutliche Mehrheit

Empfehlung 2

Soll die zulässige Höhe von Abschlagszahlungen gesetzlich geregelt werden? Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem Gesetzgeber, die zulässige Höhe von Abschlagszahlungen in Bauverträgen nicht gesetzlich zu regeln.

Abstimmung: überwältigende Mehrheit

Empfehlung 3

Empfiehl sich eine gesetzlich verankerte Bestellersicherheit gegen die Folgen der Unternehmerinsolvenz?

Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem Gesetzgeber, beim Bauen "aus einer Hand" eine Bestellersicherheit für Verbraucher gegen die Folgen der Unternehmerinsolvenz gesetzlich vorzusehen.

Abstimmung: überwältigende Mehrheit

Empfehlung 4

Sollte die Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen abgeschafft werden?

Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt dem Gesetzgeber, zur Frage der Privilegierung der VOB/B im Gesetz klarzustellen, dass bei Verbraucherverträgen die VOB/B nicht privilegiert ist.

Abstimmung: überwältigende Mehrheit

Empfehlung 5

Stellen die EG-Missbrauchskontrolle und die AGB-Inhaltskontrolle den Bestand der VOB/B in Frage?

keine Abstimmung

Empfehlung 6

Ist das "Vormerkungsmodell" eine ausreichende Sicherheit im Bauträgervertrag?

Der Deutsche Baugerichtstag vertritt die Auffassung, dass das "Vormerkungsmodell" keine ausreichende Sicherheit im Bauträgervertrag darstellt.

Abstimmung: einstimmig

Thesen der Referenten des Arbeitskreises V beim 1. Deutschen Baugerichtstag

Thesepapier des Referenten Elmar Esser (ZDB)

Vorbemerkung:

Aus Sicht der Bauwirtschaft mangelt es in der Diskussion in der Öffentlichkeit, inwiefern Verbraucher in Verträgen „rund um den Bau“ benachteiligt werden, oftmals an der erforderlichen Differenzierung. Berichte in den Medien über „Pfusch am Bau“ beschäftigen sich sehr gerne mit mangelhaften Leistungen eines Bauträgers, der womöglich schon Insolvenz angemeldet hat und die Erwerber mit einer halbfertigen Bauruine zurück lässt. Diese Fälle werden so dann als „typisch“ für sämtliche Leistungen von Bauunternehmen hingestellt, obwohl in der Praxis die größten Probleme für Verbraucher eindeutig im Bauträgerbereich auftreten.

Bei der Beantwortung der Frage, ob sich gesetzliche Regelungen zum Schutz des Verbrauchers im Bauvertragsrecht empfehlen, sind daher zwei Problemkreise zu unterscheiden. Zum einen der Erwerb vom Bauträger, normiert im Wesentlichen in der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV). Zum anderen der „echte“ Bauwerkvertrag, rudimentär im BGB, in der Praxis maßgeblich ergänzend durch die VOB/B geregelt. Die Kernthemen des Arbeitskreises berühren beide Problemkreise, die sich teilweise überschneiden. Gleichwohl erscheinen einheitliche Lösungen manchmal nur auf den ersten Blick viel versprechend.

1. Soll eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen „aus einer Hand“ in das Gesetz aufgenommen werden?

Die Einführung einer gesetzlichen Regelung für eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen „aus einer Hand“ ist aus Sicht der Bauwirtschaft als nicht zielführend abzulehnen. Angesichts der Vielgestaltigkeit von Bauleistungen ginge dies zu weit. Wollte man hierbei alle technischen Eventualitäten berücksichtigen, wäre ein äußerst umfangreicher Katalog von Leistungen zu beschreiben, der zudem in Teilen schon bei Inkrafttreten des Gesetzes durch neuere Entwicklungen überholt wäre. Der hiermit verbundene erhöhte bürokratische Aufwand hätte darüber hinaus sicherlich Auswirkungen auf die Höhe der Baukosten.

Ein Regelungsbedürfnis ist im Übrigen schon deswegen nicht zu erkennen, weil der Bauunternehmer nach § 633 Abs. 1 bzw. § 13 Nr. 1 VOB/B ohnehin die Herstellung eines funktionsfähigen und mangelfreien Bauwerks schuldet. Mängel oder Lücken in der Baubeschreibung entlasten den Bauunternehmer dabei insbesondere dann nicht, wenn er diese Leistungsbeschreibung selbst aufgestellt hat.

Die ordnungsgemäße Beschreibung der Leistung beim Bauen „aus einer Hand“ sollte zuvorderst im Eigeninteresse des Verbrauchers selbst liegen. Mittels geeigneter Checklisten, die bereits seit längerem von den Verbraucherzentralen zur Verfügung gestellt werden, sollte die Überprüfung der Leistungsbeschreibung, ggf. auch mit Hilfe eines Anwalts, ohne weiteres möglich sein.

Ein Blick auf die gängige Praxis beim Erwerb eines Neuwagens, der Deutschen liebstes Kind, zeigt zudem, dass dort die Informationen der Hochglanzprospekte von Autoherstellern vom Verbraucher genau hinterfragt werden. Wert legt man dann auch mal darauf, dass im Vertrag festgehalten wird, welche Farbe die Blinkergläser haben sollen oder ob der Wagen am Heck eine Typenbezeichnung trägt. Trotz der sicherlich großen wirtschaftlichen Bedeutung des Neuwagen-geschäftes in Deutschland hat der Gesetzgeber auf eine gesetzliche Regelung zur Beschreibung der Leistungspflicht des Autoherstellers verzichtet.

2. Soll die zulässige Höhe von Abschlagszahlungen gesetzlich geregelt werden?

Eine gesetzliche Regelung der zulässigen Höhe von Abschlagszahlungen würde gerade bei Bauwerkverträgen den tatsächlichen Abläufen am Bau nicht gerecht. Die Abschlagszahlung dient dazu, bereits erbrachte Leistungen des Unternehmers möglichst zeitnah zu vergüten. Sie ist damit als Ausgleich für die Risiken der nicht mehr zeitgemäßen Vorleistungspflicht anzusehen. Die verunglückte Regelung in § 632 a BGB sollte endlich an die seit Jahrzehnten in der Praxis bewährte Regelung des § 16 Nr. 1 VOB/B angepasst werden, wie dies im Entwurf des Forderungssicherungsgesetzes bereits, wenn auch nach wie vor nicht völlig stringent, vorgesehen ist. Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen (auch deren Höhe) sollte im Übrigen den Vertragsparteien vorbehalten sein.

3. Empfiehlt sich eine gesetzlich verankerte Bestellersicherheit gegen die Folgen der Unternehmensinsolvenz?

Die Schaffung einer gesetzlichen Verpflichtung des Bauträgers zur Stellung einer Sicherheit gegen die Insolvenz seines Unternehmens könnte ein Instrument zum besseren Schutz des Verbrauchers im Bauträgersgeschäft sein. Hier wäre ggf. über entsprechende Regelungen in der MaBV nachzudenken.

Für den Bauwerkvertrag wird eine solche gesetzliche Bestellersicherheit abgelehnt. Hier verfügt der Besteller mit der Vorleistungspflicht ohnehin schon über ein „gesetzliches“ Sicherungsmittel. Die Bestellersicherheit würde das mit der Vorleistungspflicht verbundene Ungleichgewicht zu Lasten des Unternehmers weiter verstärken.

Verschärft wird diese für den Bauunternehmer äußerst nachteilige Situation zudem durch den Ausschluss des Anwendungsbereiches des § 648 a BGB bei Bauverträgen mit Verbrauchern. Der Unternehmer muss hierdurch nicht nur das Risiko der Vorfinanzierung seiner Bauleistung, sondern auch das Risiko der Insolvenz seines Bestellers tragen. Angesichts des mit der InsO eingeführten Verbraucherinsolvenzverfahrens mit Möglichkeit der Restschuldbefreiung, von dem zwischenzeitlich verbreitet Gebrauch gemacht wird, ein nicht haltbarer Zustand.

4. Sollte die Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen abgeschafft werden?

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) mit der VOB/B als integralem Bestandteil, wurde aus der Notwendigkeit geboren, mangels konkreter, auf die Vielgestaltigkeit von Bauleistungen passender Regelungen des BGB-Werkvertragsrechts, praxisnahe bauspezifische Vertragsregeln zu schaffen.

Dem Anspruch, Auftragnehmer und Auftraggeber bei Abwägung aller Vor- und Nachteile einzelner Regelungen ein insgesamt ausgewogenes Vertragswerk zur Verfügung zu stellen, wird die VOB/B seit nunmehr 80 Jahren gerecht.

Gerade auch die praxisnahe Weise, in der der paritätisch von Auftraggebern und Auftragnehmern besetzte Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) die VOB kontinuierlich entwickelt und damit regelmäßig den sich wandelnden tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten anpasst, hat zu ihrem Renommee beigetragen.

Der Gesetzgeber hat diese Sonderstellung der VOB/B im Vergleich zu herkömmlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch aus den zuvor genannten Gründen bereits anlässlich der Einführung des AGB-Gesetzes mit der Privilegierung gewürdigt. Er hat sie zudem im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bekräftigt (BT-Drs. 14/6040, Begr. zu § 308 RE BGB).

Der BGH sieht die VOB/B, sofern sie als Ganzes verwendet wird, als insgesamt ausgewogen an, da sie einen billigen Interessenausgleich zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber bezweckt. Zuletzt hat er dies für die VOB/B für den Zeitraum vor In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bestätigt (BGH vom 22.1.2004, Az.: VII ZR 419/02).

Aus Sicht der Bauwirtschaft ist festzustellen, dass die Kritik an der Privilegierung der VOB/B auch bei Verbraucherverträgen bei genauer Betrachtung in der Regel nicht trägt. Als problematisch sind allenfalls die Fälle anzusehen, in denen mit zusätzlichen Vertragsbedingungen versucht wird, Regelungen der gleichfalls vereinbarten VOB/B zu umgehen. Hier jedoch kommt die zuvor erwähnte, sicherlich sehr strenge Rechtsprechung des VII. Senats des BGH zum Tragen. Schlussendlich wird mit ihr jedem, der sich für seinen Vertrag die Rosinen aus der VOB/B picken will, deutlich das Risiko aufgezeigt, das er dabei eingeht.

Die Abschaffung der Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen würde an dieser Situation nichts ändern. Vielmehr stünde zu befürchten, dass die Zahl strittiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen sprunghaft anstiege. Größere Rechtssicherheit wäre damit auch aus Sicht des Verbrauchers wohl kaum verbunden. Die Abschaffung der Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen wird daher abgelehnt.

5. Stellen die EG-Missbrauchskontrolle und die AGB-Inhaltskontrolle den Bestand der VOB/B in Frage ?

Den Bestand der VOB/B sieht die Bauwirtschaft weder durch die EG-Missbrauchskontrolle noch durch die AGB-Inhaltskontrolle in Frage gestellt.

Der Gesetzgeber hat zuletzt anlässlich des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die zuvor bereits geschilderte Sonderstellung der VOB/B bekräftigt. Auch der BGH hat sie mit o.g. Urteil bestätigt.

Erst kürzlich hat sich das LG Berlin in einem nicht rechtskräftigen Urteil vom 07. Dezember 2005 (Az.: 26 O 46/05) mit beiden Fragen befasst. In dem Verfahren, das der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. gegen den DVA angestrengt hatte, äußerte sich das LG Berlin insofern sehr deutlich. Wörtlich heißt es dort: „Das Regelwerk der VOB/B verstößt nicht gegen §§ 307 - 309 BGB. Insoweit ist von einer Privilegierung auszugehen, wenn die VOB/B insgesamt empfohlen wird. Auch nach dem In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes stellt die VOB/B ein insgesamt ausgewogenes Konzept dar, das Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen in ausgewogener Weise berücksichtigt, so dass Nachteile bei einzelnen Regelungen der VOB/B wieder durch Vorteile bei anderen Regelungen in angemessener Weise ausgeglichen werden. Dies gilt auch, wenn Verbraucher an den Bauverträgen beteiligt sind, bei denen die VOB/B Anwendung findet.“

Das LG Berlin hatte zudem keine Zweifel an der Übereinstimmung der VOB/B auch mit den Erfordernissen der sog. Klauselrichtlinie (93/13/EWG). Diese Richtlinie, so das Gericht, schließe es gerade nicht aus, dass ein Klauselwerk insgesamt betrachtet werde und deshalb nicht nur auf die eventuell gegebene Missbräuchlichkeit der einzelnen Klausel abgestellt werde.

6. Ist das „Vormerkungsmodell“ eine ausreichende Sicherheit im Bauträgervertrag?

Das Vormerkungsmodell sieht sich seit längerem der Kritik ausgesetzt. Der Erfolg einer Reform der Sicherung der Vertragsparteien im Bauträgervertrag wird sich daran festmachen, ob mit ihr den besonderen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beim Erwerb vom Bauträger Rechnung getragen wird. Der von der Bundesnotarkammer vorgelegte „Diskussionsentwurf eines Bauträgervertragsgesetzes“ kann hier einen Ansatz darstellen.

Aus Sicht der Bauwirtschaft ist jedoch darauf hin zu weisen, dass die Verpflichtung zur Stellung weiterer Sicherheiten, beispielsweise in Form von Bürgschaften, die ohnehin vielfach schon geringe Liquidität der Unternehmen noch weiter einschränkte. In Zeiten anhaltend schlechter Zahlungsmoral, verschärfter Bedingungen zur Gewährung von Krediten („Basel II“) sowie einer mehr als 10 Jahre währenden Rezession am Bau könnte dies das Aus für viele im Bauträgergeschäft tätige mittelständische Unternehmen bedeuten.

Thesepapier des Referenten Prof. Dr. Reinhold Thode

Zu den vorstehend aufgeführten Kernthemen werden folgende Thesen zur Diskussion gestellt:

1. Soll eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen „aus einer Hand“ in das Gesetz aufgenommen werden?

Es wäre zweckmäßig, dass der Auftragnehmer verpflichtet wird, einen Mindeststandard seiner Bauerrichtungsverpflichtung zu beschreiben. Folgende Angaben sollte die Baubeschreibung mindestens enthalten:

- Wohnfläche und die Berechnungsgrundlage
- Die Qualitätsstandards der verwendeten Materialien und Installationen
- Die vollständigen Baupläne und
- Die Baugenehmigung.

Das Problem dieses Vorschlags ist die Überwachung und die Sanktion. Eine Überwachung durch die öffentliche Hand ist nicht zu empfehlen, sie wäre, wie die Überwachung der Regelungen der MaBV zeigt, vermutlich nicht effektiv. Zu überlegen sind zivilrechtliche Sanktionen:

- Ein Lösungsrecht des Bestellers vom Vertrag ex nunc oder ex tunc nach Wahl des Bestellers, wenn die Beschreibung unzureichend ist;
- Voraussetzung für die Zahlungsverpflichtung des Bestellers,
- Verpflichtung des Auftragnehmers zur Rückzahlung und bei Gesellschaften mbH die persönliche Haftung des Geschäftsführers im Falle unberechtigter Zahlungen,
- Absicherung des Bestellers vor unberechtigten Zahlungen durch eine selbstschuldnerische unbefristete Bürgschaft für diesen speziellen Sicherungsfall.

2. Soll die zulässige Höhe von Abschlagszahlungen gesetzlich geregelt werden?

Die Regelung der Höhe ist unzweckmäßig, weil die Äquivalenz zwischen dem Bautenstand und der Abschlagszahlung von dem jeweiligen Bauvorhaben abhängt. Die Anzahl der Abschlagszahlungen sollte der Vereinbarung der Parteien überlassen werden. Es ist nicht erforderlich das Äquivalenzprinzip zu regeln, weil es durch die Rechtsprechung des BGH abgesichert ist. Die Frage 2. betrifft nicht den typischen Bauträgervertrag, weil es sich bei den sog. Raten nicht um Abschlagszahlungen handelt, sondern um Vorauszahlungen für erreichte Bautenstände, die rechtlich dem Bauträger (§ 946 BGB), wirtschaftlich der Globalbank und nicht dem Besteller zugute kommen.

3. Empfiehlt sich eine gesetzlich verankerte Bestellersicherheit gegen die Folgen des Unternehmerkonkurses?

Eine derartige Sicherheit ist in Verbraucherverträgen nach den Erfahrungen der letzten Jahre vor allem mit Wohnungseigentumsprojekten zum Schutze der Besteller geboten. Die Vormerkung und die Freistellungserklärung sind keine ausreichende Sicherungen (vgl. dazu unten 6). Die Sicherheit sollte so ausgestaltet sein, dass der Besteller nach seiner Wahl die Rückzahlung des bereits geleisteten oder die für die Fertigstellung erforderlichen Mehrkosten verlangen kann.

4. Sollte die Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen abgeschafft werden?

Eine derartige Regelung ist nicht erforderlich. Aufgrund des Anwendungsvorrangs der Klauselrichtlinie gegenüber früherem und späterem nationalem Recht ist die Freistellung von Regelungen der VOB/B von einer Kontrolle nach der Klauselrichtlinie nicht möglich. Das gilt gleicher-

maßen für die Ratenzahlungsvereinbarungen. Die Verordnung über Abschlagszahlungen in Bauträgerverträgen kann die Missbrauchskontrolle nach der Klauselrichtlinie nicht beschränken. Eine Klarstellung durch eine Änderung der gesetzlichen Regelungen ist zu empfehlen.

5. Stellen die EG-Missbrauchskontrolle und die AGB-Inhaltskontrolle den Bestand der VOB/B in Frage?

Die VOB/B ist in Ihrem Bestand insoweit durch die beiden Kontrollen betroffen, als einzelne Klauseln den Kontrollen nicht Stand halten. Durch dispositive Regelungen eines Bauvertragsrechts ließe sich die Zahl der unwirksamen und in ihrer Wirksamkeit zweifelhaften Klauseln verringern. Im Interesse der Rechtssicherheit ist zu empfehlen, die Regelungen der VOB/B inhaltlich und sprachlich einem zukünftigen Bauvertragsrecht anzupassen.

6. Ist das „Vormerkungsmodell“ eine ausreichende Sicherheit im Bauträgervertrag?

Das „Vormerkungsmodell“ hat für den Erwerber erhebliche Nachteile und Risiken zur Folge, einschließlich des Risikos der wirtschaftlichen Existenzvernichtung.

Die Aufspaltung der vom Bauträger geschuldeten einheitlichen Erfüllung in die Abnahme und den späten Eigentumsübergang verbunden mit der sog. Ratenzahlungsverpflichtung benachteiligt den Erwerber in unangemessener Weise. Er hat die Vergütung weitgehend ohne eine angemessene Sicherheit gezahlt, ohne dass er eine Leistung des Bauträgers erhalten hat. Er trägt die mit der Abnahme verbundenen Nachteile, einschließlich des Untergangs des Bauwerks, obwohl er noch nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Damit trägt er das Risiko des Verlustes des Vergütungsanteils für das Bauwerk, bevor der Bauträger seine Leistungspflicht erfüllt hat. In trifft die Initiativlast und unter Umständen die Prozessführungslast hinsichtlich der Eigentumsverschaffung. Ein effektives Zurückbehaltungsrecht zur Durchsetzung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs steht ihm nicht zur Verfügung, weil er bis zur Abnahme den wesentlichen Teil der Vergütung ohne Sicherheit bereits gezahlt hat.

Der Bauträger hat als Mitglied der Erwerberrgemeinschaft die Möglichkeit, die Durchsetzung der gemeinschaftsgebundenen Gewährleistungsansprüche und als Eigentümer die Drittnachbesserung zu verhindern.

Gerät der Bauträger vor Vollendung des Bauwerks in die Insolvenz enthält der Erwerber lediglich die dem tatsächlichen Wert des erstellten Teils des Bauwerks entsprechenden Zahlungen oder das Eigentum an dem Grundstück mit dem erstellten Teil des Bauwerks. Die Vormerkung und Freistellungserklärung sichern nicht die ihm aufgrund der gezahlten Vorleistungen erwachsenen Verluste. Das „Vormerkungsmodell“ hindert den Erwerber daran, die Ansprüche geltend zu machen, die als Gestaltungsrechte konzipiert sind, weil er mit der Ausübung dieser Rechte seinen Eigentumsverschaffungsanspruch und damit die Vormerkung und die Rechte aus der Freistellungserklärung verlieren würde. Wählt der Erwerber eines der Gestaltungsrechte, nach neuem Recht Schadensersatz statt Rücktritt oder den Rücktritt, riskiert er im Fall der Insolvenz des Bauträgers den Totalverlust seiner Vorauszahlungen.

Thesenpapier des Referenten Dr. Rüdiger Kratzenberg

1. Soll eine Baubeschreibungspflicht beim Bauen „aus einer Hand“ in das Gesetz aufgenommen werden?

Vorab sei darauf hingewiesen, dass bei der Frage nach gesetzlichen Regelungen zum Schutze der Verbraucher im Bauwerksvertragsrecht eine bessere Differenzierung der Probleme erforderlich erscheint. Bauwerkverträge umfassen eine erhebliche Vielzahl von vertraglichen Gestaltungen, die mit der bauwerkvertraglichen Grundleistung verbunden werden: Beispielsweise mit oder

ohne Übertragung von Grundeigentum; vom Auftragsgegenstand reicht die Spannweite von einem einzelnen Gewerk bis hin zu umfassenden Komplettleistungen wie der Erstellung von Gebäudekomplexen mit Betrieb und Finanzierungselementen durch den Auftragnehmer. An dem Versuch diese Komplexität über einen Kamm zu scheren und einen Interessenausgleich in wenigen prägnanten gesetzlichen Regelungen finden zu wollen, krankt auch die Diskussion über die Schaffung eines gesetzlichen Bauwerkvertragsrechts. Zumindest sind jedenfalls die besonders praxisrelevanten Fälle des Bauträgerbereichs von den Handwerkerverträgen und den Bauverträgen im öffentlichen und gewerblichen Bereich zu unterscheiden.

Die Forderung der Verbraucherschützer nach Mindestanforderungen an Bau- und Leistungsbeschreibungen ist aus Sicht des Verbraucherschutzes gerade im Bauträgerbereich verständlich und zu unterstützen. Auf der Ebene des BGB könnte aber wegen der Vielzahl und Unterschiedlichkeit der in Frage kommenden Bauverträge nur sehr generalistisch normiert werden, etwa eine Verpflichtung zur Erstellung einer „aussagekräftigen“ Leistungsbeschreibung, die „im Ergebnis eine Ermittlung des geschuldeten Bausolls ermöglicht“. Anleihen könnten aus den Rechtsgedanken des Prospekthaftungsrechts genommen werden (vergleiche § 8 g VerkaufsprospektG).

Im Interesse der Verbesserung des Verbraucherschutzes erschiene eine Regelung auf der Ebene einer Rechtsverordnung, die sich zunächst auf den Bauträgerbereich konzentriert (diese machen nach Angaben der Verbraucherschutzverbände die Mehrzahl der Eigenheimbauverträge aus) denkbar.

Wirkungsvoller und ergänzend sinnvoll erscheint das Aufstellen von Checklisten und – wo möglich – sogar von Standard- und Musterverträgen, wie sie teilweise schon jetzt angeboten werden (z. B. die Informationsblätter der Initiative Kostengünstiges Bauen auf der Homepage des IEMB).

Alle diese hilfreichen Aktivitäten scheinen aber nicht zuletzt wegen der verständlicherweise unbeschränkten individuellen Kundenwünsche des Eigenheimbauers immer wieder an Grenzen zu stoßen.

2. Soll die zulässige Höhe von Abschlagszahlungen gesetzlich geregelt werden?

Die Festlegung einer bestimmten Höhe von Abschlagzahlungen ist systemwidrig und überflüssig. Einer Abschlagzahlung steht eine erbrachte Leistung gegenüber. Für nicht erbrachte Leistung wird keine Abschlagzahlung fällig. Bei mangelhaft erbrachter Leistung besteht ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB). Sicherungseinbehalte können bereits jetzt als vertragliches Zurückbehaltungsrecht vereinbart werden. Es sollte den Parteien im Einzelfall überlassen bleiben, ob sie ein Zurückbehaltungsrecht vereinbaren und ob sie dieses im Gegenzug an eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung knüpfen wollen.

3. Empfiehlt sich eine gesetzlich verankerte Bestellersicherheit gegen die Folgen der Unternehmerinsolvenz?

Bei der Schaffung von zusätzlichen zwingenden Absicherungsbestimmungen sollte grundsätzlich immer bedacht werden, dass Absicherungen des Bestellers durch den Unternehmer zu einer nicht unerheblicher Verteuerung von Baumaßnahmen führt, da die Unternehmen, die ihre Vorleistungen üblicherweise ebenfalls kreditfinanzieren, das Ausfallrisiko einkalkulieren müssen.

Dies vorausgeschickt, könnte die vom Bundesrat mit seinem Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes vorgeschlagene Regelung (§ 632a Abs. 3 FoSiG-E, BT – Drs. 15/3594) die Stellung des Verbrauchers verbessern. Die Regelung des neuen Absatzes 3, der auch Bauträger- und Generalunternehmerverträge erfasst, dient dem Verbraucherschutz. Der Besteller ist danach, wenn er Abschlagszahlungen leisten muss, durch eine Sicherheit insbesondere für den Fall der Insolvenz des Unternehmers abzusichern. Die in Absatz 3 vorgesehene Sicherheit soll die An-

sprüche erfassen, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Vertragstauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt, also solche wegen (teilweiser) Nicht- und Schlechterfüllung. Die Vereinbarung einer Gewährleistungssicherheit soll der individuellen Vertragsgestaltung überlassen bleiben.

Die Festschreibung des Entwurfs auf 5% der Bausumme orientiert sich an § 14 VOB/A. Die Bestimmung einer festen Größe dient der Rechtssicherheit. Die Festlegung auf 5 % (statt wie teilweise gefordert höher) ist dadurch gerechtfertigt, dass ein Bedürfnis nach einer höheren Sicherheit derzeit nicht quantifizierbar ist und die Baumaßnahme deshalb unnötig verteuern würde. Zudem bleibt in Verbraucherverträgen die Unternehmervorleistungspflicht ohne Absicherung erhalten (Verbraucherprivileg in § 648a Abs. 6 Nr. 2) so dass ein fairer Interessenausgleich gewahrt ist.

4. Sollte die Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen abgeschafft werden?

5. Stellen die EG-Mißbrauchskontrolle und die AGB-Inhaltskontrolle den Bestand der VOB/B in Frage?

Eine Abschaffung der Privilegierung der VOB/B bei Verbraucherverträgen würde dem Verbraucher wenig Nutzen, aber viel Verunsicherung und Nachteile bringen.

Nur in den Fällen, in denen die VOB/B wirksam einbezogen und ohne inhaltliche Änderungen vereinbart wird, würde die gerichtliche Nachprüfung einzelner Klauseln zusätzlich eröffnet. Die häufigen Probleme im Bauträgerbereich und den in der Praxis oft vorkommenden abgewandelten VOB-Verträgen blieben voll erhalten.

Dafür würde der Verbraucher an Stelle der VOB/B mit einer immer größer werdenden Vielzahl von unterschiedlichsten Vertragsklauseln der Unternehmer konfrontiert. Die Möglichkeit des oft rechtsunkundigen Verbrauchers seine Rechte dann in individuellen Prozessen verfolgen zu können, dürfte eine schlechte Kompensation sein und allenfalls die rechtsberatenden Berufe erfreuen.

Die Privilegierung der VOB/B „als Ganzes“ ist im geltenden Recht auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom Gesetzgeber gewollt. Der Grund hierfür ist die für AGB ansonsten untypische Ausgewogenheit der Klauseln insgesamt infolge der Erarbeitung durch ein paritätisch mit Vertretern der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite besetztes Gremium (DVA). Unter Berufung auf die EG-Klauselrichtlinie wird diskutiert, ob die VOB/B wirksam von der Einzelklauselkontrolle auch bei Vereinbarungen mit Verbrauchern freigestellt werden kann. Das Landgericht Berlin hat dies erst kürzlich zu Recht bejaht (Urt. vom 07.12.2005 - AZ. 26 O 46/05 - in einem Rechtsstreit des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen gegen den DVA). Bei gebotener Berücksichtigung der Kompensation aller anderen Klauseln desselben Vertrages (sog. „weite Kompensation“) bewirken einzelne den Auftraggeber benachteiligende Klauseln der VOB/B kein so erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner zulasten des Verbrauchers, dass diese Klauseln als missbräuchlich anzusehen wären und einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellten (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 der RiLi). Die Beurteilung der im Anhang der Richtlinie genannten Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können (nicht müssen!) ist nach Art. 4 Abs. 1 vorzunehmen. Die VOB/B ist nach dieser Beurteilung insgesamt so ausgewogen, dass ihre einzelnen Klauseln nicht missbräuchlich im Sinne der Richtlinie sind.

In Bezug auf eine AGB-Inhaltskontrolle würde die VOB/B zwar einer isolierten Einzelklauselkontrolle nicht in allen Fällen standhalten. Soweit die VOB/B ohne inhaltliche Abweichung (bzw. nur mit Abweichungen dort, wo sie es ausdrücklich zulässt) vereinbart ist, berücksichtigt sie die Interessen der an ihrer Ausarbeitung gemeinsam beteiligten Auftraggeber und Auftragnehmer insgesamt ausgewogen. Deshalb ist eine Einzelfallkontrolle kontraproduktiv, bei Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern würde sie ein Investitionshemmnis darstellen. Die Verein-

barkeit der VOB/B als Ganzes ohne die Möglichkeit der Einzelklauselkontrolle muss deshalb für Verträge mit erfahrenen am Bau Beteiligten und insbesondere für die öffentlichen Bauaufträge erhalten bleiben und rechtlich abgesichert sein. Dies könnte auch durch eine Änderung des Anwendungsbereichs in § 310 BGB erreicht werden.

Thesepapier der Referentin Dr. Andrea Schmucker

Zu den mit dem Bauträgervertrag verbundenen Kernthemen wird auf den Diskussionsentwurf über eine Regelung des Bauträgervertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch verwiesen (abgedruckt in BauR 2005, 1708; online bei www.ibr-online.de).

1. Zusammenfassung

Mit dem vorgelegten Entwurf will die Bundesnotarkammer die Diskussion anstoßen, ob und inwieweit es sinnvoll oder gar notwendig erscheint, den Bauträgervertrag im Bürgerlichen Recht zu regeln. Ziel jeder Lösung muss dabei stets eine gerechte und ausgewogene Risikoverteilung unter Berücksichtigung der Belange aller Beteiligten (Erwerber, Bauträger, Kreditbranche) sein.

2. Hintergründe:

- Der bisherige gesetzliche Rahmen für den Bauträgervertrag ist geprägt durch ein undurchsichtiges Ineinandergreifen von Gewerbe- und Zivilrecht.
- Das geschriebene Recht befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand der 70er Jahre.
- Zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung hat das rechtliche Gerüst des Bauträgervertrags ins Wanken gebracht.
- Insolvenzen im Baugewerbe und unvollendete Bautorsi bleiben nicht aus. Hierbei ist Leidtragender häufig der Erwerber.
- Andererseits haben Bauunternehmer mit Zahlungsrückständen und gesteigerten Anforderungen der Kreditwirtschaft zu kämpfen.

3. Eckpunkte des Entwurfes:

Vor diesem Hintergrund bezweckt die Bundesnotarkammer mit ihrem Entwurf zunächst,

- durch eine einheitliche Verankerung im Bürgerlichen Recht die Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu steigern;
- den Bauträgervertrag dazu aufgrund der hohen Bedeutung der Bauverpflichtung in den Titel Werkvertrag einzugliedern (§§ 631a BGB-E), ohne dabei jedoch die weiter prägenden Elemente (Kauf, Geschäftsbesorgung) außer Acht zu lassen (etwa § 631a Abs. 1 BGB-E);
- die Begriffe an die des BGB anzupassen (bspw. Unternehmer/Besteller statt Gewerbetreibenden/Auftraggeber, § 631a Abs. 1 BGB-E, Fälligkeit der Vergütung statt Entgegennahme von Vermögenswerten, § 631a Abs. 2 BGB-E).

Darüber hinaus regt die Bundesnotarkammer zum Schutz des Erwerbers vor Insolvenz des Bauträgers eine Weiterentwicklung bezüglich der Absicherung einer vorgezogenen Leistung bei Beibehaltung des Schutzniveaus im Übrigen an. Im Bereich des Verbrauchervertrags wird dabei eine Angleichung der Schutzwirkung von Vormerkungs- und Bürgschaftsmodell angestrebt. Dafür werden vor allem inhaltliche Schranken bei Vereinbarungen vorgeschlagen, aber auch eine begrenzte kumulative Anwendung der Absicherungswege.

- Der Verbraucher soll etwa erst dann zu Zahlungen verpflichtet werden dürfen, wenn:
 - der Bauträger die baurechtlichen Zulässigkeit dargelegt hat (§ 631a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB-E);
 - die Lastenfreiheit in erster Linie dinglich (durch Vorrang oder Vormerkung) abgesichert ist (§ 631a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB-E). Eine schuldrechtliche Lösung wird nur sekundär gestattet (§ 631a Abs. 3 BGB-E); verwehrt ist dem (Global-) Gläubiger dabei in jedem Fall der Rückzahlungsvorbehalt;
 - auch die Herstellungspflicht über eine entsprechende Sicherheit absichert ist (§ 631a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 BGB-E).
- Die erste Rate sollte dabei am Grundstücksanteil ausgerichtet sein und demnach gesenkt werden (§ 631a Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 lit. a BGB-E).
- Auch eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch den Verbraucher oder Umgehungsversuche etwa durch Aufspaltung in zwei Verträge unterliegen diesen inhaltlichen Schranken (§ 631a Abs. 4, 6 BGB-E).

Um den tatsächlichen Entwicklungen in der Bauwirtschaft Rechnung zu tragen, wird schließlich empfohlen, die Sicherheiten an den kreditrechtlichen Gegebenheiten auszurichten (höhenmäßige Beschränkung, Möglichkeit der Abschmelzung der Sicherheit mit Übergabe des Bauobjektes, § 631b Abs. 2, 3 BGB-E).