

Gemeinsame Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv), des Bauherren-Schutzbund e.V. (BSB) und des Verbandes Privater Bauherren e.V. (VPB) zu den Thesen der Kernarbeitsgruppe im Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht des Deutschen Baugerichtstages

Einleitung

Der moderne Bauvertrag ist als Langzeitvertrag ein mit anderen Vertragstypen des bürgerlichen Rechtes nicht ohne weiteres vergleichbarer Vertrag. Er ist davon geprägt, dass in der Regel die zu erbringende Leistung bei Vertragsschluss noch nicht hinreichend konkretisiert ist und daher Anpassungsbedarf der Parteien besteht. Es findet kein punktueller Leistungsaustausch statt. Die kooperative Zusammenarbeit aller am Bau Beteiligten ist notwendig. In der Regel besteht eine Vielzahl weiterer verbundener Verträge. Die Rückabwicklungsmöglichkeiten sind erschwert.

Die gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts sind als „Leitbild“ für den modernen Bauvertrag nicht geeignet. Hieraus folgt eine Rechtsunsicherheit bei der Abfassung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die sowohl Nachteile für den Unternehmer wie auch für den Besteller nach sich zieht.

Die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts entspricht den Interessen aller am Bau Beteiligten, schafft mehr Rechtssicherheit, mindert das Konfliktpotenzial, fördert den Interessenausgleich der Vertragspartner und ist unverzichtbar für die Verbesserung des Verbraucherschutzes und die Stärkung der Verbraucherrechte. Die Schaffung eines Bauvertragsrechts berührt Verbraucherinteressen privater Bauherren beim Hausneubau, bei Um- und Ausbau, bei der Modernisierung und Sanierung sowie beim Erwerb selbstgenutzten Wohneigentums.

Die Verbraucherverbände setzen sich seit Jahren für die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts ein und begrüßen das Anliegen des 3. Baugerichtstages zur Schaffung eines „gesetzlichen Leitbildes für Bauverträge“. Die Verbraucherverbände sind bereit, aktiv an der Schaffung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts mitzuwirken und den Dialog zwischen allen am Bau Beteiligten zu fördern.

Nachfolgend nehmen die Verbraucherverbände zu besonders verbraucherrelevanten Arbeitsergebnissen des Arbeitskreises I Stellung und unterbreiten weitere Vorschläge für die Diskussion der Thesen auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag.

Neues Bauvertragsrecht im BGB

Die beteiligten Verbraucherverbände sind der Auffassung, dass ein neues „Bauvertragsrecht“ eine kodifizierte Gesamtregelung im BGB darstellen soll.

Das Bürgerliche Gesetzbuch orientiert sich an der ausdrücklichen Kodifizierung in bestimmten Rechtsbereichen. Das Bauvertragsrecht muss deshalb ein eigener Ab-

schnitt, bei den verschiedenen schuldrechtlichen Vertragstypen, die das BGB zeichnet, werden. Die Gestaltung muss sich an der Systematik des BGB orientieren und demgemäß nicht nur Leitlinien, sondern Legaldefinitionen und zusätzliche Regelungen, die sich aus dem Vertragstypus ergeben, beinhalten.

Zu prüfen ist, ob Sonderregelungen für Verbraucherverträge im Bauvertragsrecht aus Transparenzgründen in einem gesonderten Paragraphen oder Unterabschnitt zusammengefasst werden sollten.

Nach Auffassung der Verbraucherverbände sollte der Bauträgervertrag gesondert gesetzlich geregelt werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die Verweise auf das Bauvertragsrecht für den die Bauerrichtung betreffenden Teil des Bauträgervertrags stimmig sind.

Allgemein / Übergreifend

Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber dem privaten Bauherrn als Besteller müssen grundsätzlich als Vertragspflichten ausgestaltet werden. Dies gilt insbesondere für Aufklärungs-, Hinweis- und Informationspflichten, deren Regelung ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen werden muss. Diese Pflichten des Unternehmers gehen über eine Haftungsentlastung hinaus und bestehen auch im vorvertraglichen Bereich.

Die Systematik der Gewährleistungsansprüche gemäß § 634 BGB sollte grundsätzlich in ein Bauvertragsrecht übernommen werden. Ein Ausschluss bzw. eine Einschränkung einzelne Ansprüche in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers muss rechtsunwirksam sein. Eine Regelung sollte entsprechend § 475 BGB ausgestaltet werden.

Der Besteller ist zur Überwachung der Bauleistungen berechtigt aber nicht verpflichtet. Nimmt der Besteller eine Überwachung vor, so entlastet dies den Unternehmer nicht von seiner Verpflichtung zur mangelfreien Leistung.

Der Gesetzgeber sollte die Bauvertragsparteien verpflichten, eine verbindliche Regelung zu Bauzeit und zu Vertragsfristen zu treffen. Der Bauvertrag als Langzeitvertrag ist anzusiedeln zwischen einem Dauerschuldverhältnis und einem punktuellen Leistungsaustausch. Die gesetzliche Regelung zur Fälligkeit der Leistung im § 271 BGB passt hierfür nicht. Die Parteien sollten daher angehalten werden, eine Regelung verbindlich zu treffen. Bei Verbraucherverträgen sind grundsätzlich Vertragsfristen als notwendige Vertragsbestandteile zu fordern.

Im Falle einer gesetzlichen Regelung zur Verlängerung der Ausführungsfristen ist eine Differenzierung nach den Risikobereichen des Bestellers und des Unternehmers vorzunehmen. Etwaige Ersatzansprüche des Unternehmers sind nicht nur an eine vorherige Behinderungsanzeige anzuknüpfen, sondern erfordern auch ein schuldhaftes, die Verzögerung herbei führendes Verhalten des Bestellers.

Zu den einzelnen Thesen

Die von der Kernarbeitsgruppe im Arbeitskreis I erarbeiteten Thesen finden überwiegend die Zustimmung der Verbraucherverbände.

Nicht akzeptiert werden die Thesen 3 und 7.

Nachfolgend wird dargestellt, inwieweit die Verbraucherverbände die Thesen vollumfänglich oder nur mit Einschränkungen akzeptieren.

These 1a): Funktionaler Herstellungsbegriff

Der Unternehmer hat in jedem Fall ein funktionstaugliches Werk zu liefern. Der grundsätzlichen Definition der geschuldeten Leistung wird zugestimmt. Diese Erfolgsverpflichtung besteht auch, wenn eine zugrunde liegende Baubeschreibung unzulänglich sein sollte.

Für Verbraucherverträge muss eine Baubeschreibungspflicht gesetzlich geregelt werden. Die Leistungspflicht des Unternehmers muss durch eine Baubeschreibung so konkret, transparent und vollständig beschrieben werden, dass der Besteller das Preis-/Leistungsverhältnis hinreichend sicher bewerten kann. Damit korrespondiert die Verpflichtung des Unternehmers zur Herausgabe der planungsrelevanten Unterlagen und technischen Nachweise.

Vertraglich vereinbarte Arbeitsschritte gehören auch dann zur vertraglich beschriebenen Leistung bzw. Ausführungsart, wenn sie sich nicht im fertigen Bauwerk verkörpern.

Für zusätzliche oder geänderte Leistungen in Verbraucherverträgen besteht ebenfalls die Verpflichtung des Unternehmers eine Leistungsbeschreibung zu liefern.

Sofern aufgenommen wird, dass die Zurverfügungstellung der für die Ausführung notwendigen Planung eine Obliegenheit des Bestellers werden soll, ist zu ergänzen: „...es sei denn, der Besteller ist Verbraucher“.

Sofern der Werkunternehmer zugleich Planungsaufgaben übernimmt oder die Baubeschreibung vorgibt, trifft ihn die Verpflichtung, diese vollständig, konkret und transparent abzufassen.

Erstellt der Unternehmer die Bau- und Leistungsbeschreibung und führt die Abarbeitung der dort enthaltenen Leistungsschritte nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Werkes, so ist der Unternehmer gleichwohl zur Herbeiführung des versprochenen Erfolges verpflichtet und sein Vergütungsanspruch bleibt auf die vertraglich vereinbarte Vergütung beschränkt.

These 1 b): Prüfungs- und Hinweispflicht

Die Aufnahme der Regelungen aus §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B in ein gesetzliches Bauvertragsrecht ist sinnvoll.

Allerdings muss das Problem des zusätzlichen Vergütungsanspruches bei Mehrleistungen bei Verbraucherverträgen gesetzlich geregelt werden. Bei Verbraucherverträgen gibt der Unternehmer die Leistungsbeschreibung grundsätzlich vor. Bei lückenhafter Leistungsbeschreibung stellt sich die Frage, ob für den Unternehmer bei nachträglichem Hinweis ein Mehrvergütungsanspruch entstehen kann. Dies bedarf der ausdrücklichen Regelung und zwar derart, dass bei Vorgabe der Leistungsbeschreibung kein Mehrvergütungsanspruch für den Unternehmer entstehen kann. Die heutige Praxis zeigt, dass Unternehmer häufig unvollständige Leistungsbeschreibungen vorlegen, um den Angebotspreis niedrig zu halten, den Auftrag zu bekommen und mit der Absicht im Nachhinein einen Anspruch auf Mehrvergütung zu erhalten. Einschränkungen könnte es nur bei unvorhersehbaren und unverschuldeten Umständen in der Bauausführung geben. Die Beweislast hat der Unternehmer.

These 2: Mängelrechte vor Abnahme

Begrüßt wird die Klarstellung in einem künftigen Bauvertragsrecht, wonach dem Besteller bereits vor der Abnahme Mängelrechte zustehen sollen.

Mängel während der Herstellung des Bauvorhabens sollen nicht den Mängelrechten der §§ 633 ff. BGB zugerechnet werden, sondern dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht und zwar aus den insoweit herzuleitenden Ansprüchen wegen Erfüllungsgefährdung. Dann soll ein Selbstbeseitigungsrecht bestehen. Grundsätzlich bestehen keine Bedenken gegen die Annahme eines solchen Selbstbeseitigungsrechtes.

Wenn eine Erfüllungsgefährdung des geschuldeten Erfolgs nicht zu befürchten ist, soll das Selbstbeseitigungsrecht aber nicht gelten. Das führt zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten sowie praktischen Umsetzungsproblemen. Auch der Begriff des „absehbaren Mangels“ lässt zu viel Interpretationsspielraum offen.

Es muss daher klarer herausgearbeitet werden, wann eine konkrete Erfüllungsgefährdung vorliegt. Umstände wie sie in §§ 281 Abs. 2, 323 BGB normiert sind, müssen schon ausreichen. Keinesfalls darf es erst ein überbauter Mangel sein.

These 3: Abnahme

Im Grundsatz soll es bei der Abnahme und deren Rechtsfolgen bleiben.

Ein Gefahrübergang und eine Beweislastumkehr vor Durchführung der Abnahme sind abzulehnen.

Der Verbraucher, der bestellt, ist Laie. Wenn er aufgefordert wird, eine Zustandsfeststellung zu machen, ist er überfordert. Er kann gar nicht übersehen, auf welche Details es ankommt. Die Angaben allerdings die er macht, sind aber deshalb von Bedeutung, weil Mangelfreiheit vermutet wird, soweit in der Zustandsfeststellung nicht beschrieben.

Es besteht die Gefahr eines Missbrauchs durch den Unternehmer, der eine frühzeitige Abnahmefähigkeit vorträgt und zur Zustandsfeststellung auffordert mit der Folge einer vorgezogenen Beweiserleichterung.

Die Rettungsklausel, mit der auf die Folgen einer fehlenden Mitwirkung hingewiesen wird, hilft nicht weiter. Dadurch wird der Verbraucher kein Sachkundiger. Er steht insoweit dem sachkundigen Unternehmer gegenüber, muss aber die gleichen Beurteilungskriterien hinsichtlich des Vorhandenseins von Mängeln wie diese an den Tag legen können, um Waffengleichheit zu erreichen. Die vorgeschlagene Regelung ist unausgewogen.

Die Beibehaltung der fiktiven Abnahme ist abzulehnen. Die vorgesehene Regelung würde zu einer Aufweichung der Anforderung an die fiktive Abnahme führen und damit deren Anwendungsbereich erweitern. Die Vermutung gilt insgesamt nicht, wenn vorher ein Mangel gerügt wurde, der zur Verweigerung der Abnahme berechtigt.

Jedenfalls muss der Unternehmer auch bei einer behaupteten fiktiven Abnahme die Beweislast für die Mängelfreiheit und Abnahmereife behalten.

These 4: Anordnungsrecht des Bestellers

Eine gesetzliche Regelung zur Befugnis des Bestellers, Änderungen und Erweiterungen anordnen zu dürfen, ist wünschenswert.

Für zusätzliche oder geänderte Leistungen in Verbraucherverträgen besteht - wie zu These 1 a ausgeführt - ebenfalls die Verpflichtung des Unternehmers, eine Leistungsbeschreibung zu liefern.

These 5: Preisbildung und Preisfortschreibung

Grundsätzlich wird begrüßt, dass eine derartige Regelung geschaffen werden soll. Ein Problem besteht bei einer unvollständigen Leistungsbeschreibung oder auch bei einem schlüsselfertigen Bau. Hier fehlt es an der Transparenz der Kalkulationsgrundlagen.

Erstellt der Unternehmer die Bau- und Leistungsbeschreibung und führt die Abarbeitung der dort enthaltenen Leistungsschritte nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Werkes, so ist der Unternehmer nach These 1 a) gleichwohl zur Herbeiführung des versprochenen Erfolges verpflichtet und sein Vergütungsanspruch bleibt auf die vertraglich vereinbarte Vergütung beschränkt.

These 6: Abschlagszahlungen

Ein gesetzlicher Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen kann beibehalten werden, wenn das Äquivalenzprinzip gewahrt und eine Vorleistungspflicht des Bestellers ausgeschlossen ist.

Künftige gesetzliche Regelungen zu Abschlagszahlungen dürfen nicht hinter § 632a BGB zurück bleiben.

Die geplante Regelung sieht vor, dass nicht an auf Seiten des Bestellers eingetretenen Wertzuwachs geknüpft werden soll, sondern es wird nur der mathematische Anteil der Leistung erfasst, der die Berechtigung für eine Abschlagszahlung darstellen soll.

Diese Regelung ist gegenüber der jetzt geltenden gesetzlichen Regelung für Verbraucher ein Minus. Die vorgesehenen Kriterien, die auf einen Wertzuwachs nicht mehr abstellen, führen wieder verschärft zu der alten Situation, dass in den meisten Fällen Vorausleistungen durch Verbraucher erbracht werden, die für diese zu schwer zu verkraftenden Problemen, insbesondere bei Scheitern des Vertrages führen.

Es gibt Lösungsansätze, bei denen man den Interessen von Unternehmern, aber auch Verbrauchern die Besteller sind, mehr Rechnung trägt. Das Abzugsverfahren könnte ein solches Modell sein, wobei die praktische Umsetzung des Abzugsverfahrens auf erhebliche Probleme und entsprechendes Streitpotential stoßen dürfte. Grundsätzlich sind die Restfertigstellungskosten von den Gesamtkosten in Abzug zu bringen, so dass dann der Leistungsstand zu ermitteln ist.

Der Wegfall des Erfordernisses einer Wertsteigerung würde selbst bei Bau auf eigenem Grund zu einer Vorleistung des Bestellers führen. Der Anspruch auf Abschlagszahlung entfällt, wenn die Bauleistung wesentliche Mängel aufweist. Die Beschränkung auf ein Leistungsverweigerungsrecht ist nicht akzeptabel.

These 7: Absicherung des Unternehmers

Es muss beim Verbraucherprivileg für die gesetzlichen Sicherheiten des Unternehmers verbleiben. Es ist empirisch nicht belegt, dass private Bauherren während der Bauausführung insolvenzgefährdet sind und hierdurch Forderungsausfälle der Unternehmer zu befürchten sind. Die Beratungspraxis aller Verbände beweist das Gegenteil.

Dem vzbv und dem BSB sind keine Fälle bekannt, in denen ein privater Bauherr während der Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses in Insolvenz geraten ist – beim VPB ist es nur ein einziger von 9.000. Insoweit kann es auch keine hinreichende empirische Evidenz geben, weil derartige Fälle nicht auftreten. Allenfalls kann es bei einem übereilten Vertragsschluss im Vorfeld der Bauerrichtung zum Scheitern der Finanzierung kommen.

Die Bonitätsprüfung der privaten Bauherren durch die finanzierenden Banken bietet ausreichende Gewähr für deren Solvenz. Darüber hinaus sind die Darlehensmittel zweckgebunden und können ausschließlich nur für das Bauvorhaben verwendet werden. Für den Unternehmer besteht kein Interesse für eine zusätzliche Sicherheit, dagegen ergeben sich für private Bauherren erhebliche Nachteile. Die Finanzierungskosten werden unnötig erhöht. Darüber hinaus kann es zu finanzierungstechnischen Schwierigkeiten bei der Abwicklung solcher zusätzlichen Sicherheiten kom-

men, da die Sicherheit zusätzlich zu der Finanzierung des Baus aufgebracht werden muss. Eine solche Finanzierung ist kaum umsetzbar.

Ferner muss darauf hingewiesen werden, dass im Falle einer Unternehmerinsolvenz der Anspruch auf Gewährung der Sicherheit oder einer bereits gestellten Sicherheit auf den Insolvenzverwalter übergeht. Dieser kann die Sicherheit verwerten.

Das führt aber nicht dazu, dass der Verbraucher dann sicher sein kann, dass der Insolvenzverwalter auch den zugrunde liegenden Vertrag durchführt. Er kann vielmehr erst nach Aufforderung dazu entscheiden, ob er dies tut. Er hat insoweit das alleinige Recht darüber zu entscheiden, ob er vom Schuldner abgeschlossenen, aber noch nicht ausgeführten oder vollständig ausgeführten Vertrag erfüllt. Ist die Sicherheit verwertet, selbst wenn sie vom Schuldner gezogen ist, hat der Verbraucher lediglich gegenüber der Masse einen Anspruch auf Rückgewähr. In der Regel fallen solche Ansprüche aus.

Der Ausnahmereich von § 648a Absatz 6 Nr. 2 BGB muss auf Bauvorhaben zur Errichtung von selbst genutztem Wohneigentum erweitert werden.

These 8: Absicherung des Bestellers

Eine neue gesetzliche Regelung darf nicht hinter den Bestimmungen des Forderungssicherungsgesetzes zurück bleiben.

Zu begrüßen ist die Erstreckung des Anspruches der Besteller und insbesondere auch des Verbrauchers auf Sicherheit auch für die Zeit nach der Abnahme. Die Sicherheit sollte bei Vertragsschluss mindestens 10% und nach Abnahme mindestens 5% betragen. Der Anspruch auf eine Übergabe der Sicherheit muss für den Verbraucher als zwingendes Recht ausgestaltet werden.

Der Begriff „größere Bauverträge“ ist noch inhaltlich klar zu definieren.

These 9: Kündigung des Bauvertrages

Zu begrüßen ist, dass Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Kündigungen oder sonstige Vertragsbeendigungen in gesonderten Bestimmungen für Bauverträge gesetzlich geregelt werden sollen.

Die Kündigung des Bauvertrages bedarf grundsätzlich der Schriftform.

Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Kündigung aus wichtigem Grunde müssen sowohl für Besteller als auch für Unternehmer geregelt werden. Für die Verletzung von Mitwirkungsverpflichtungen des Bestellers besteht bereits eine Regelung in den §§ 642 f. BGB. Für eine weitergehende Regelung besteht kein Bedarf.

Mit der Aufnahme einer außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit im Falle der Insolvenz in das Gesetz wird einer langjährigen Forderung der Verbraucherverbände entsprochen.

Hier besteht für den Verbraucher eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Allein der Umstand, dass der Unternehmer einen Insolvenzantrag stellt, begründet noch kein Kündigungsrecht. Wird gleichwohl gekündigt, droht, dass im anschließenden Insolvenzverfahren sämtliche Ansprüche nach § 649 BGB geltend gemacht werden und zwar von dem Insolvenzverwalter. Kündigt der Besteller nicht, muss er damit rechnen, dass ein Mindestzeitraum von drei Monaten zwischen dem Insolvenzantrag und Eröffnung des Insolvenzverfahrens vergeht. In dieser Zeit wird es in der Regel keine weiteren baulichen Abwicklungen geben. Erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Besteller den Insolvenzverwalter auffordern zu entscheiden, ob er den Vertrag weiter durchführt oder nicht. Lehnt er ab, kann gekündigt werden. Es vergehen deshalb erhebliche Zeiträume, in denen dem Besteller ein Schaden entsteht, den dieser nur zur Tabelle anmelden kann.

Die Wirkungen des Gefahrüberganges, des Verjährungsbeginns, der Fälligkeit des Werklohns oder einer Beweislastumkehr dürfen nicht automatisch mit einer Kündigung sondern erst durch die Abnahme eintreten. Die zentrale Funktion der Abnahme würde sonst weitgehend entwertet.

Sinnvoll ist die Klarstellung im Gesetz, dass der Besteller ohne vorherige Formalien zur Mängelbeseitigung schreiten darf oder dass vorhandene Mängel den auf das Teilwerk entfallenden Werklohnanspruch mindern, wenn der Unternehmer den Kündigungsgrund gesetzt hat.

These 10: Widerrufsrecht des Verbrauchers

Die These findet uneingeschränkte Zustimmung, wobei die Dauer der Widerrufsfrist noch zu diskutieren ist. Der Verbraucher muss Anwalt, Bausachverständigen und Steuerberater konsultieren. Zwei Wochen wären daher sehr knapp.

Berlin, 20.04.2010