

GdW Stellungnahme

**Stellungnahme zum Entwurf des
Abschlussberichts der Arbeitsgrup-
pe Bauvertragsrecht beim Bundes-
ministerium der Justiz**

Mai 2013

Herausgeber:
GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.
Mecklenburgische Straße 57
14197 Berlin
Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199

Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>

Stellungnahme zum Entwurf des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz

Präambel

Der GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V. vertritt als größter deutscher Branchendachverband bundesweit und auf europäischer Ebene rund 3.000 kommunale, genossenschaftliche, kirchliche, privatwirtschaftliche, landes- und bundeseigene Wohnungsunternehmen. Sie bewirtschaften rd. 6 Mio. Wohnungen, in denen über 13 Mio. Menschen wohnen. Der GdW repräsentiert damit Wohnungsunternehmen, die fast 30 Prozent aller Mietwohnungen in Deutschland bewirtschaften. Darüber hinaus werden aber auch das Bauträgergeschäft und Projektfinanzierungen durchgeführt sowie weitere wohnungs- und immobilienwirtschaftliche Dienstleistungen erbracht.

Die vom GdW vertretenen Wohnungs- und Immobilienunternehmen erbringen einen großen Beitrag zur Bauwirtschaft und damit zur Volkswirtschaft insgesamt. Die Wohnungs- und Immobilienunternehmen investieren dabei in erheblichem Umfang in Neubau, Modernisierungs- und Instandhaltungsmaßnahmen. Dabei übernehmen die Wohnungs- und Immobilienunternehmen im Neubau- und Modernisierungsbereich die Rolle des Bauauftraggebers. Wohnungs- und Immobilienunternehmen, die am Markt auch als Bauträger auftreten, erfüllen in diesem Bereich die Funktion des Bauauftragnehmers.

Insofern befinden sich viele der Wohnungs- und Immobilienunternehmen im Hinblick auf die in der Arbeitsgruppe diskutierten Problemstellungen in einer Doppelrolle.

Inhalt	Seite
Allgemeine Anmerkungen	1
Teil A	
Einleitung	2
1	
Auftrag und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe	2
Teil B	
Ergebnisse und Empfehlungen der Arbeitsgruppe im Einzelnen	3
1	
Art und Umfang der geschuldeten Leistung und Mangelbegriff	3
2	
Baubeschreibungspflicht	4
3	
Festlegung der Bauzeit	7
4	
Widerrufsrecht des Verbrauchers	9
5	
Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers sowie Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers	10
6	
Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers und Begleitregelungen	11
7	
Abschlagszahlungen	13
8	
Absicherung des Bestellers und Unternehmers	15
8.1	
Absicherung des Bestellers	15
8.2	
Absicherung des Unternehmers	15

9		
Abnahme von Werkleistungen		16
10		
Mängelrechte im Werk- und Bauvertragsrecht		17
10.1		
Mängelrechte vor Abnahme		17
10.2		
Verlängerung der Gewährleistungsfrist		17
10.3		
Änderung von § 638 BGB		18
11		
Erfordernis einer Schlussrechnung		19
12		
Kündigung des Bauvertrags / Schriftform		20
13		
Besonderheiten des Architekten- und Ingenieursvertrags		21
13.1		
Besonderheiten des Architekten- und Ingenieursvertrags		21
13.2		
Sonderkündigungsrecht		21
13.3		
Teilabnahme		22
13.4		
Gesamtschuldnerische Haftung von Architekt/Ingenieur mit dem bauausführenden Unternehmer		22

Allgemeine Anmerkungen

Der GdW teilt die Auffassung der Arbeitsgruppe, dass durch das Fehlen klarer gesetzlicher Vorgaben und durch die Zersplitterung der auf Bauwerkverträge anzuwendenden Bestimmungen auf das BGB und anderen Spezialvorschriften eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Abwicklung von Werkverträgen erschwert wird. Ein grundsätzliches Bedürfnis für klare gesetzliche Regelungen ist daher nicht in Abrede zu stellen. Gleichwohl ergibt sich aus der bauvertraglichen Praxis der Wohnungs- und Immobilienunternehmen des GdW keinesfalls das Bild erheblicher Missstände. Die gerichtliche Auseinandersetzung zwischen Auftragnehmern oder Auftraggebern ist die Ausnahme. Im B2B - Bereich hat sich die Anwendung der VOB/B als ein Regelungssystem, das von Auftraggeber- und Auftragnehmerseite akzeptiert wird, bewährt.

Im Bereich des Bauträgergeschäfts führt die Zersplitterung der anzuwendenden Bestimmungen auf das BGB, die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen und die Makler- und Bauträgerverordnung zwar zu einer sehr unübersichtlichen Regelungssystematik. Gleichwohl ist auch in diesem Bereich festzustellen, dass prozessuale Auseinandersetzungen keinesfalls die Regel darstellen.

Zum Bauträgerrecht ist vorab festzuhalten:

Der Abschlussbericht weist - zutreffend - darauf hin, dass sich die Gruppe aufgrund des beschränkten Prüfungsauftrags und aus Zeitgründen nicht näher mit Vorschlägen zur Neuordnung des Bauträgerrechts befassen konnte. Eine vollständige Neuordnung dieses Bereichs ist damit nicht aktuell, würde vom GdW aber - je nach Inhalt - grundsätzlich begrüßt werden. Da eine Neuordnung des Bauträgerrechts unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten damit nicht diskutiert wurde, verbleibt die aktuelle Regelungssystematik unverändert. Dennoch soll in die vorhandene Systematik durch verschiedene Bestimmungen, die aus Gründen des Verbraucherschutzes vorgeschlagen wurden, eingegriffen werden. Es ist im Ergebnis widersprüchlich und im Hinblick auf eine mögliche spätere Diskussion über das Bauträgerrecht contraindiziert, die für das Bauträgerrecht maßgeblichen Bestimmungen einerseits aus der Diskussion heraus zu halten und gleichzeitig unter der Prämisse des Verbraucherschutzes Regelungen vorzuschlagen, die in die bestehende Systematik des Bauträgerrechts eingreifen, ohne zugleich die weiteren Folgen für das Bauträgerrecht in Rechnung zu stellen.

Abschließend möchten wir klarstellen, dass die im Abschlussbericht dargestellten Ergebnisse - anders als der Text gegebenenfalls suggeriert -, keinesfalls immer einhellige Meinung der „Gruppe“ waren.

Die zur Frage der Meinungsbildung maßgebliche allgemeine Anmerkung unter B (Seite 10 des Entwurfs) wird von uns jedoch mit getragen.

Teil A Einleitung

1

Auftrag und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe

Wir bitten, im vorletzten Absatz zu ergänzen, dass auch Vertreter der Wohnungswirtschaft der Arbeitsgruppe angehörten.

Teil B – Ergebnisse und Empfehlungen der Arbeitsgruppe im Einzelnen

1.

Art und Umfang der geschuldeten Leistungen und Mangelbegriff

Erläuterung:

Vorgeschlagen wird eine Anpassung des § 633 Abs. 2 BGB an die Rechtsprechung des BGH, der die Funktionalität regelmäßig als Teil der vereinbarten Beschaffenheit ansieht. Dabei wird bemängelt, dass die aktuelle Regelung des § 633 Abs. 2 BGB den Fällen nicht gerecht wird, in denen aufgrund einer (fehlerhaften) Beschaffenheitsvereinbarung der funktionale Erfolg und damit die vertraglich vorausgesetzte Verwendungseignung nicht erreicht wird.

Für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, soll künftig die Vereinbarung und die sich aus dem Vertrag direkt oder indirekt ergebenden berechtigten Funktionalitätserwartungen maßgeblich sein. Besteht ein Widerspruch zwischen Baubeschreibung und berechtigter Funktionalitätserwartung, soll den Unternehmer eine Hinweispflicht treffen.

Im Hinblick darauf, dass der BGH in seiner Rechtsprechung verstärkt auch die Funktionalität als Teil der vereinbarten Beschaffenheit sieht, erscheint die Regelung sinnvoll. Im B2B-Bereich ist die Bestimmung aus Sicht des Auftraggebers ohnehin vorteilhaft. Im Bau-trägerbereich ist davon auszugehen, dass die Funktion „Wohnen“ durch die geplante und zu beschreibende Leistung in aller Regel erfüllt wird. Durchgreifende Bedenken gegen die Neuregelung bestehen daher nicht. Die Rechtsprechung des BGH zur Funktionalität als Kriterium der vereinbarten Beschaffenheit resultiert ohnehin überwiegend aus dem B2B-Bereich.

Vorschlag:

keine Anmerkung

2. Baubeschreibungspflicht

Erläuterung:

Für Bauverträge mit Verbrauchern (Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden) soll es eine Pflicht zur vorvertraglichen Baubeschreibung geben, allerdings nur für solche Fälle, in denen der Verbraucher die wesentlichen Planungsvorgaben nicht selbst oder durch einen von ihm Beauftragten macht. Das Bauträgergeschäft wäre von dieser Bestimmung betroffen.

Die Baubeschreibung soll den Besteller rechtzeitig in Textform zugehen; die Baubeschreibung soll die wesentlichen Eigenschaften des geschuldeten Werks in klarer und verständlicher Weise darstellen, insbesondere durch eine allgemeine Beschreibung des herzustellenden Objekts, Art und Umfang der Leistungen (Planung, Bauleitung etc.), Gebäudedaten, Pläne (Ansichten, Grundrisse, Schnitte), Angaben zum Energie- und Schallschutzstandard, Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktion, Beschreibung der haustechnischen Anlage, Angaben zu Qualitätsmerkmalen (Produkt- und Herstellerangaben) sowie eine Beschreibung der Sanitärobjekte, Armaturen, Elektroanlagen, Installation, Informationstechnologie und Außenanlagen. Die Verbraucherverbände möchten hierdurch eine verbesserte Vergleichbarkeit herstellen.

Die gesetzliche Regelung soll eine Vermutung dafür enthalten, dass die vorvertraglich übergebene Baubeschreibung zum Vertragsinhalt geworden ist. Die Vermutung soll dadurch widerlegt werden können, dass eine Einigung über Änderungen nachgewiesen wird. Eine fehlerhafte oder unvollständige Baubeschreibung soll nach dem Vorbild der Auslegungskriterien des AGB-Rechts zugunsten des Verbrauchers auszulegen sein. Maßgeblich ist das Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen.

Fehlt eine Baubeschreibung ganz, soll dem Verbraucher aufgrund der Verletzung der Baubeschreibungspflicht ein Schadenersatzanspruch nach § 311 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB zustehen. Im Falle der unvollständigen Baubeschreibung soll - wie gesagt - eine Vertragsanpassung an das übrige Leistungsniveau erfolgen.

Für eine vorvertragliche Baubeschreibungspflicht spricht zunächst, dass in einer aussagekräftigen Baubeschreibung grundsätzlich ein gutes Marketinginstrument zu sehen ist. Der Bauträger ist dadurch auch gehalten, die von ihm zu erbringende Leistung sorgfältig zu definieren. Dies kann auch gerichtliche Auseinandersetzungen verhindern.

Gegen eine vorvertragliche Baubeschreibungspflicht spricht der damit verbundene Aufwand. Vom Grundsatz darf der Bauträger nicht mit der Pflicht zur Vorlage von mehr Informationen belastet werden, über die er aufgrund der Planung und Leistungsverzeichnisse nicht ohnehin bereits verfügt. Offen ist insbesondere, welche Angaben der Bauträger machen kann, wenn der Kontakt zum Kunden in einem sehr frühen Stadium entsteht, etwa dann, wenn viele Leistungsdetails noch nicht feststehen. Dies wird dazu führen, dass die Erteilung der vorvertraglichen Baubeschreibung weitestgehend

hinausgeschoben wird und damit möglicherweise auch der Zeitpunkt des Abschlusses des Bauträgervertrags.

Gegen die Einführung einer vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht spricht auch, dass diese nicht durch die EU-Verbraucherrechterichtlinie vorgegeben ist. Nach der Richtlinie ist der Verbraucher vor Vertragsschluss über die wesentlichen Eigenschaften der Leistung zu informieren. Ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind jedoch Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden. Der Gesetzgeber würde damit über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehen.

Vorschlag:

Zur vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht ist anzumerken, dass die Mitgliedsunternehmen des GdW, soweit sie das Bauträgergeschäft betreiben, eine ausreichende Baubeschreibung als sinnvolles Marketinginstrument verstehen und in diesem Sinne auch bereits umsetzen. Aus Sicht der Praxis besteht damit keine Notwendigkeit für eine gesetzlich vorgeschriebene vorvertragliche Baubeschreibungspflicht, zumal selbst die Verbraucherrechterichtlinie Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen ausdrücklich ausnimmt. Darüber hinaus sind auch die Fälle zu berücksichtigen, in denen der Erstkontakt mit dem Kunden in einem sehr frühen Stadium erfolgt, in dem die vorgesehene Baubeschreibungspflicht hinsichtlich vieler Details noch nicht erfüllt werden kann.

Weiter ist die im Entwurf des Abschlussberichts vorgesehene vorvertragliche Baubeschreibungspflicht aus Verbrauchersicht zwar nachvollziehbar, um Vergleichbarkeit und Markttransparenz herzustellen. Soweit sich eine vorvertragliche Baubeschreibungspflicht auf die Zusammenstellung und Übergabe von „Eckdaten“ des Bauvorhabens beschränkt, über die der Auftragnehmer aufgrund bereits vorliegender Planungen und Leistungsverzeichnisse verfügt, steht der vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht auch nicht zwingend das Argument des hohen Aufwands entgegen.

Bei näherer Betrachtung sprechen dennoch verschiedene Gründe gegen die Einführung einer vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht, nicht zuletzt auch Gesichtspunkte, die bei der Formulierung bzw. Systematik der vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht im Abschlussbericht nicht vollständig berücksichtigt sind:

- Mitgliedsunternehmen des GdW, die das Bauträgergeschäft betreiben, verstehen eine Baubeschreibung als sinnvolles Marketinginstrument. In diesem Sinne werden vorvertragliche Baubeschreibungen, sei es als Exposé, sei es als Darstellung des Bauvorhabens im Internet, bereits umgesetzt, sobald die wesentlichen Eigenschaften und Qualitätsstandards der Projekte feststehen. Aus Sicht der Praxis der Unternehmen des GdW besteht damit keine Notwendigkeit für eine gesetzlich vorgeschriebene vorvertragliche Baubeschreibung.
- Der Hintergrund dafür, dass die Verbraucherrechterichtlinie Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und erhebliche Umbaumaßnahmen ausdrücklich von der vorvertraglichen Informa-

tionspflicht ausnimmt, darf nicht unberücksichtigt bleiben. Die Erfüllung der Informationspflicht bei Waren und Dienstleistungen, die im Wege des Massengeschäftes veräußert bzw. erbracht werden, ist unproblematisch, da es sich dabei in der Regel um „fertige“ Produkte handelt. Bauvorhaben sind hingegen keine Massenprodukte und durchlaufen verschiedene Realisierungsphasen, angefangen von der groben Projektierung bis zur endgültigen Umsetzung. Gerade zu Beginn der Realisierung kann der Auftragnehmer oftmals noch keine Details benennen, wodurch die Erfüllung der vorvertraglichen Baubeschreibung häufig unmöglich wird.

- Die Erfüllung einer vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht bei Projekten, die nahezu oder vollständig fertig gestellt sind, erscheint zwar machbar, da in dieser Realisierungsphase im Regelfall davon auszugehen ist, dass die wesentlichen Unterlagen (Planungen, Leistungsverzeichnisse, Beschreibungen der Gewerke) vorliegen. Erhebliche Probleme mit der Erfüllung der vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht haben Auftragnehmer jedoch dann, wenn sich das Projekt noch in einer frühen Realisierungsphase befindet. Häufig werden Projekte am Markt auch nur veröffentlicht, um eine Markterkundung zu betreiben. Oftmals verhält es sich in dieser Phase auch so, dass der Inhalt der Leistungen und insbesondere die Qualitätsstandards und damit die Preise an der festgestellten Nachfrage ausgerichtet werden. In dieser Phase können die im Abschlussbericht vorgesehenen Inhalte einer Baubeschreibung damit schon aus tatsächlichen Gründen nicht erfüllt werden.

Denkbar wäre es zwar, die Notwendigkeit einer vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht mit einem bestimmten Stadium der Realisierung bzw. Projektierung zu verknüpfen. Dies wäre jedoch gesetzestechnisch nur schwerlich umsetzbar.

- Da es dem Unternehmer nach den Überlegungen des Abschlussberichts nachgelassen sein soll, eine Einigung über Änderungen gegenüber der Baubeschreibung nachzuweisen, um die vorgesehene Vermutungswirkung zu widerlegen, wird die vorvertragliche Baubeschreibungspflicht in frühen Realisierungsphasen dazu führen, dass Auftragnehmer Angaben „in’s Blaue hinein“ machen, um der Baubeschreibungspflicht zunächst nachzukommen und um die Angaben in der späteren Baubeschreibung, die Bestandteil des notariellen Kaufvertrags wird, einvernehmlich wieder zu ändern. Alternativ wird der Auftragnehmer die Übergabe einer Baubeschreibung verweigern, bzw. zeitlich so lange hinausschieben, bis verlässliche Daten vorliegen. Mit beiden „Ausweichszenarien“ ist dem Interesse des Verbrauchers jedoch nicht Rechnung getragen.
- Unter Berücksichtigung vorstehender Überlegungen müsste es dem Auftragnehmer zumindest auch nachgelassen werden, eine Einigung über solche Eigenschaften des Objekts nachzuweisen, die in der vorvertraglichen Baubeschreibung nicht enthalten waren und auch nicht enthalten sein konnten. Dies wiederum würde dazu führen, dass vorvertragliche Baubeschreibungen im Wesentlichen unvollständig sind, da nicht erfolgte Angaben durch eine spätere Einigung „nachgeholt“ werden können.

Auch damit wäre dem Interesse der Verbraucher letztlich nicht gedient.

Im Ergebnis lehnen wir damit die Einführung einer vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht, insbesondere aus den vorstehend beschriebenen, systemimmanenten Unzulänglichkeiten ab.

3. Festlegung der Bauzeit

Erläuterung:

Für Bauverträge mit Verbrauchern (Verträge über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen) soll eine Pflicht zur Festlegung der Bauzeit gesetzlich vorgeschrieben werden. Die Pflicht soll nur für solche Fälle gelten, in denen der Verbraucher die wesentlichen Planungsvorgaben nicht selbst oder durch einen von ihm Beauftragten macht. Die Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung sollen in die vorvertragliche Baubeschreibung nach Nr. 2 aufgenommen werden. Darüber hinaus sind in den Bauvertrag selbst Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung aufzunehmen.

Auch hier soll - analog zur Baubeschreibung - im Falle des Fehlens eines Fertigstellungszeitpunkts im Bauvertrag eine Vermutung gelten, dass die vorvertraglich übermittelten Angaben zur Fertigstellung zum Vertragsinhalt geworden sind.

Hinsichtlich des in der Baubeschreibung anzugebenden Fertigstellungszeitpunkts ist zu berücksichtigen, dass der Bauträger gerade in einem frühen Stadium oftmals noch keine Aussage zum Zeitpunkt der Fertigstellung treffen kann. Dies spricht gegen die vorgesehene Regelung, in der vorvertraglichen Baubeschreibung und im Bauvertrag eine Fertigstellungsfrist anzugeben bzw. zu vereinbaren.

Es ist andererseits zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des BGH auch ohne Fertigstellungsfrist eine Pflicht zur Herstellung des Bauwerks in angemessener Zeit besteht (BGH, BauR 2001, 946: „Der Unternehmer hat mit der Herstellung eines vertraglich geschuldeten Bauwerks im Zweifel alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und sie in angemessener Zeit zügig zu Ende zu führen.“).

Analog der Situation bei der vorvertraglichen Baubeschreibung ist auch vorliegend nicht berücksichtigt, dass sich die Parteien im Falle eines in der vorvertraglichen Baubeschreibung nicht angegebenen Fertigstellungszeitpunktes dennoch auf einen Fertigstellungszeitpunkt einigen können.

Angesichts der Rechtsprechung des BGH ist daher zu überlegen, die vorgesehene Pflicht zur Aufnahme einer Fertigstellungsfrist in den Bauträgervertrag zu akzeptieren, die Pflicht zu einer vorvertraglichen Benennung einer Fertigstellungsfrist aber abzulehnen.

Vorschlag:

Im Rahmen einer vorvertraglichen Baubeschreibung kann der Bauträger häufig noch keine oder nur vage Aussagen zum Zeitpunkt

der Fertigstellung treffen. Dies kann daran liegen, dass Planungsleistungen noch nicht fertig gestellt sind oder bereits unter Vertrag genommene Firmen wieder „abspringen“. Unabhängig davon, dass auch eine vorvertragliche Baubeschreibungspflicht (s.o.) nicht geboten ist, ist eine Pflicht zur Angabe des Fertigstellungstermins in einem frühen vorvertraglichen Stadium häufig nicht erfüllbar. Die Verpflichtung zur vorvertraglichen Angabe des Fertigstellungstermins wird daher abgelehnt.

Zur vorgesehenen vorvertraglichen Pflicht zur Festlegung der Bauzeit kann auf die Ausführungen zur vorvertraglichen Baubeschreibungspflicht verwiesen werden. Sie ist aus Sicht des GdW ebenfalls abzulehnen.

In einem noch frühen Stadium der Realisierung eines Projekts oder in einer Akquisitionsphase können in der Regel nur vage Aussagen zum Zeitpunkt der Fertigstellung getroffen werden. Dies kann daran liegen, dass Planungsleistungen noch nicht fertig gestellt sind oder bereits unter Vertrag genommene Firmen ggf. wieder „abspringen“. Eine Pflicht zur Angabe des Fertigstellungstermins in einem frühen vorvertraglichen Stadium ist daher häufig nicht erfüllbar. Die Pflicht, bereits in einem vorvertraglichen Stadium Angaben zur Bauzeit zu machen, wird daher ebenfalls dazu führen, dass Auftragnehmer im Vorfeld Angaben „in's Blaue hinein“ machen, da die vorgesehene Vermutungswirkung durch den Nachweis einer späteren Einigung über den geänderten Termin widerlegt werden kann. Letztlich ist auch damit dem Interesse der Verbraucher nicht gedient.

4. Widerrufsrecht des Verbrauchers

Erläuterung:

Für Verbraucherverträge über den Bau von neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden soll ein Widerrufsrecht mit einer Frist von 14 Tage eingeführt werden. Ein Widerrufsrecht soll jedoch nicht in den Fällen gelten, in denen die Verträge notariell beurkundet werden. Bauträgerverträge sind jedoch notariell zu beurkunden. Das Widerrufsrecht ist daher aus Sicht des GdW irrelevant.

Vorschlag:

keine Anmerkung

5. Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers sowie Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers

Erläuterung

Es soll eine Regelung zu Prüf- und Hinweisobliegenheiten des Unternehmers in das BGB aufgenommen werden. Dabei hat der Unternehmer die vom Besteller für die Ausführung überlassenen Unterlagen, die vorgesehene Art der Ausführung, die Güte der vom Besteller gelieferten Stoffe oder Bauteile sowie die Beschaffenheit der Vorleistungen anderer Unternehmer zu prüfen. Im Falle des Bestehens von Bedenken müssen Hinweise ergehen. Nach Erteilung der Hinweise hat der Besteller binnen angemessener Frist zu reagieren und die erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Des Weiteren sollen Bestimmungen für den Fall vorgesehen werden, dass der Besteller den Hinweisen nicht nachkommt.

Im Falle von B 2 B - Verträgen erscheint die Regelung ausgewogen. Im Falle von Bauträgerverträgen kann die Prüf- und Hinweisobliegenheit des Unternehmers allenfalls dann greifen, wenn Eigenleistungen des Käufers zugelassen bzw. vereinbart sind.

Im Falle von Eigenleistungen durch Käufer besteht ohnehin eine gesteigerte Sorgfaltspflicht des Bauträgers; die Zulassung von Eigenleistungen bedarf darüber hinaus der gesonderten Vereinbarung im Bauträgervertrag. Unabhängig davon ist es Sache des Bauträgers, ob er Eigenleistungen, die zu einer entsprechenden Prüf- und Hinweisobliegenheit führen können, zulässt. Insoweit dürfte die vorgesehene Regelung im Bereich des Bauträgerrechts nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Vorschlag:

keine Anmerkung

6. Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers und Begleitregelungen

Erläuterung:

Es soll - analog § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B - ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers **zur Änderung** des Werkerfolgs geben. Dieses Anordnungsrecht besteht nur unter folgenden Voraussetzungen:

- Der Unternehmer muss der Anordnung des Bestellers nur nachkommen, wenn das Kriterium der **Zumutbarkeit** erfüllt ist. Maßstab sind die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers.
- Die Zumutbarkeit ist vom Besteller darzulegen und zu beweisen.
- Anordnungen des Bestellers hinsichtlich der Art der Ausführung der Bauleistung und hinsichtlich der Bauzeit sollen nur zu befolgen sein, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen. Erforderlich ist eine Abwägung der beiderseitigen Interessenlage.

Darüber hinaus soll es ein einseitiges Anordnungsrecht **zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs** geben. Dieses Anordnungsrecht soll in Fällen bestehen, in denen der Auftraggeber die Planung des Bauwerks selbst vorgenommen hat. Dabei sind folgend Kriterien einzuhalten:

- Auf einen zu Recht erteilten Bedenkenhinweis hat der Besteller zu reagieren und mitzuteilen, ob er die zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs erforderlichen Leistungen wünscht oder ob er auf einer Fortführung der Leistung auf Grundlage der bisherigen Planung besteht.
- Will der Besteller dem Bedenkenhinweis Rechnung tragen, hat er ergänzende Planungen vorzunehmen und dem Unternehmer die entsprechenden Leistungsvorgaben zur Verfügung zu stellen. Auf dieser Grundlage ergeht ein Nachtragsangebot des Unternehmers.

Für die in Folge des Anordnungsrechts geänderten Leistungen bedarf es einer Preisanpassung, für die ebenfalls bestimmte Eckpunkte vorgegeben sind. Die Preise für die in Folge der Anordnung geänderten Leistungen sollen nach den im Zeitpunkt der Ausführung tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten ermittelt werden. Dabei hat der Unternehmer auf seine Urkalkulation zurückzugreifen.

Zur Durchsetzung der Anordnungen soll ein Streitbeilegungsmechanismus eingeführt werden (sog. Bauverfügung). Hierzu soll es in der ZPO eine besondere Form des beschleunigten Erkenntnisverfahrens geben. Das Bauverfügungsverfahren soll in folgenden Fällen greifen:

- Uneinigkeit über die Zumutbarkeit der Anordnung.

- Streit über die Art der Ausführung und die Bauzeit.
- Streit über die Mehr- oder Mindervergütung.

Das einseitige Anordnungsrecht kann gerade im B2B - Bereich dazu führen, Änderungen des Werkerfolgs oder notwendige Leistungen zur Herbeiführung des vereinbarten Werkerfolgs schneller und unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe durchzuführen. Allerdings ist das Verfahren komplex.

Vorschlag:

keine Anmerkung; im B2B - Bereich ist das Verfahren aus Sicht der Auftraggeber zwar aufwändig, aber grundsätzlich von Vorteil. Ohnehin enthält die VOB/B bereits vergleichbare Regelungen. Im Falle der Anwendung des Verfahrens auf den Bauträgervertrag sind die Schwellen zur Durchsetzung eines Anordnungsrechts zur Änderung des Werkerfolgs sehr hoch. Ohnehin könnte der Bauträger in diesem Zusammenhang eine Mehrvergütung für die zusätzlichen Leistungen verlangen. Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers zur Herbeiführung des **vereinbarten Werkerfolgs** spielt im Bereich des Bauträgerrechts ohnehin keine Rolle, da dieses Anordnungsrecht nur in den Fällen gelten soll, in denen der Besteller die Planung selbst vorgenommen hat.

7. Abschlagszahlungen

Erläuterung:

§ 632a Abs. 1 BGB soll künftig dahin gefasst werden, dass sich die Höhe der Abschlagszahlungen künftig nach dem Wert der vom Unternehmer erbrachten vertragsgemäßen Teilleistungen bemisst und nicht mehr - wie bisher - am Wertzuwachs auf Seiten des Bestellers. Des Weiteren soll § 632 Abs. 1 Satz 2 BGB dahin geändert werden, dass der Besteller Abschlagszahlungen nicht verweigern kann, wenn zum Zeitpunkt der Abschlagszahlung an dem Bauwerk Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand (Mängel in der Erfüllungsphase) bestehen. Es soll jedoch möglich sein, unter dieser Voraussetzung einen angemessenen Teil der Abschlagszahlung einzubehalten, in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Kosten der Beseitigung des nicht vertragsgemäßen Zustands. Gegen beide Überlegungen bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

Nicht akzeptabel ist aus Sicht des Bauträgerrechts die weitere Überlegung, in § 632a Abs. 3 BGB für Verbraucherverträge eine gesetzliche Obergrenze für Abschlagszahlungen in Höhe von maximal 80% oder 90% der vereinbarten Gesamtvergütung einzufügen, wobei die Bestimmung zum Schutz des Verbrauchers „AGB-fest“ ausgestaltet werden soll. Begründung siehe unten (Vorschlag).

Vorschlag:

In die Stellungnahme ist unter Nr. 7, dritter bullet Point, am Ende folgender Passus anzufügen:

„Die gesetzliche Obergrenze für Abschlagszahlungen soll jedoch auf Bauträgerverträge mit Verbrauchern, die aufgrund der Anwendung der „Hausbauverordnung“ und der MaBV einer eigenen Sicherungssystematik unterliegen, keine Anwendung finden.“

Die Begrenzung der Abschlagszahlungen wird damit begründet, dass der Besteller vor versteckten Vorauszahlungen geschützt werden soll. Ein Besteller, der keine zusätzliche vertragliche Absicherung durchsetzen kann, sei im Falle der Insolvenz des Unternehmers einem hohen Risiko ausgesetzt. Diese Gesichtspunkte greifen möglicherweise bei Generalunter- oder Generalübernehmerverträgen, die mit Verbrauchern abgeschlossen werden, nicht jedoch bei Bauträgerverträgen, die der zwingenden Anwendung der MaBV unterliegen:

- Die Gefahr versteckter Vorauszahlungen besteht bei Verträgen, die der MaBV unterliegen, grundsätzlich nicht, da Abschlagszahlungen jeweils nur bei Erreichen und Nachweis der jeweiligen Bautenstände eingefordert werden können.
- Ein Insolvenzrisiko besteht im Falle der Beauftragung von Unternehmen grundsätzlich nicht. Damit besteht die Notwendigkeit der Begrenzung der Abschlagszahlungen auch aus rechtstat-sächlichen Gründen nicht.
- Der Vorschlag der Begrenzung von Abschlagszahlungen steht in einem deutlichen Widerspruch zu der Aussage,

dass die Systematik der Bauträgerverträge derzeit nicht diskutiert wird. (Seite 7, unten). Die Einführung einer Obergrenze für Abschlagszahlungen bei Verbraucherverträgen läuft dieser Aussage zuwider, da in die Regelungssystematik der Bauträgerverträge über die „Hintertür“ eingegriffen wird.

- Bauträgerverträge unterliegen mit der sog. Vormerkungslösung einer eigenen Sicherungssystematik, die bei Generalunter- oder Generalübernehmerverträgen nicht gegeben ist. Dies ist ein entscheidender Unterschied.“

8. Absicherung des Bestellers und Unternehmers

8.1 Absicherung des Bestellers

Erläuterung:

Die Gruppe hat sich darauf verständigt, dass zumindest beim gegenwärtigen Erkenntnisstand noch keine Regelungen zur Absicherung des Bestellers vorgeschlagen werden. Es soll jedoch eine umfassende Machbarkeitsstudie und Folgenabschätzung zur Einführung einer sog. Multirisk-Versicherung verfolgt werden.

Vorschlag:

In die Stellungnahme kann nochmals der bereits mehrfach erfolgte Hinweis aufgenommen werden, dass die Notwendigkeit der Insolvenzversicherung zugunsten von Verbrauchern aus Sicht des GdW nicht erforderlich ist.

8.2 Absicherung des Unternehmers

Erläuterung:

Die Absicherung des Unternehmers spielt aus Sicht der im GdW vertretenen Unternehmen sowohl bei Bauauftraggebern (B2B-Verträge), als auch bei Bauträgern eine Rolle.

Es bestehen allerdings keine Bedenken gegen die im Abschlussbericht enthaltenen Anmerkungen. Die Beschränkung der Absicherungspflicht des Bestellers auf maximal 20 % der vereinbarten Vergütung, sofern der Besteller Abschlagszahlungen verlangt, ist nicht zu beanstanden. Im Bereich der Bauträgerverträge spielt die Absicherung des Bauträgers auf Grund der üblicherweise gegebenen Bankfinanzierung und der damit verbundenen Zweckbindung der Gelder ohnehin keine Rolle.

Vorschlag:

keine Anmerkung

9. Abnahme von Werkleistungen

Erläuterung:

Vorgesehen ist eine Änderung des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Es soll eine Pflicht zur gemeinsamen Zustandsfeststellung eingefügt werden:

- Nach der aktuellen Rechtslage kann der Besteller durch Schweigen das Fälligwerden des Werklohns hinausschieben. Künftig soll es keine Abnahmefiktion mehr geben, wenn der Besteller die Abnahme lediglich verweigert. Der Besteller muss konkrete Mängel benennen, um die Abnahme verweigern zu können.
- Voraussetzung für eine fiktive Abnahme ist die Fertigstellung des Bauwerks; Verbraucher müssen auf die Folgen der Abnahmefiktion hingewiesen werden.
- Im Falle der Abnahmeverweigerung unter Angabe von Mängeln soll der Besteller künftig zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung verpflichtet werden können; das Gesetz soll eine Vermutung dahin enthalten, dass die bei der Zustandsfeststellung nicht benannten Mängel erst nach der Zustandsfeststellung entstanden sind.

Im Bereich der B2B - Verträge ist davon auszugehen, dass regelmäßig eine förmliche Abnahme stattfindet, an deren Durchführung beide Vertragsparteien ein Interesse haben. Hier wird die vorgesehene Regelung voraussichtlich nur selten zur Anwendung kommen. Im Bereich der Bauträgerverträge wird die vorgesehene gemeinsame Zustandsfeststellung künftig die Position der Auftragnehmer verbessern. Ob die Regelung praktikabel ist, ist dabei eine andere Frage.

Vorschlag:

keine Anmerkung

10 Mängelrechte im Werk- und Bauvertragsrecht

10.1 Mängelrechte vor Abnahme

Erläuterung

Es soll eine Bestimmung eingeführt werden, nach der dem Besteller unter den engen Voraussetzungen bereits in der Ausführungsphase bestimmte, über die allgemeinen Leistungsstörungenrechte der §§ 280, 281, 323 BGB hinausgehende Ansprüche zustehen. Diese Ansprüche sollen jedoch nur bestehen, wenn sich bereits in der Herstellungsphase zeigt, dass ein die Erfüllung des Werkvertrags **gefährdender** Zustand besteht. Kommt der Unternehmer einer entsprechenden Fristsetzung nicht nach, kann der Besteller erklären, dass er den Vertrag ganz oder teilweise kündigt oder dass er die Beseitigung der den Erfolg gefährdenden Abweichung auf Kosten des Unternehmers selbst vornimmt.

Durchgreifende Bedenken gegen die Bestimmung bestehen nicht. Die Erläuterung geht davon aus, dass insbesondere der Auftraggeber schützenswert ist, auf dessen Grundstück die Herstellung des Bauwerks erfolgt. Dieser Besteller ist den Folgen eines Mangels in besonderer Weise ausgesetzt. Diese Ausgangssituation greift bei Bauträgerverträgen nicht. Es erscheint auch fraglich, ob der Auftraggeber eines Bauträgervertrags einen solchen Anspruch durchsetzen kann, da er - zumindest in der Regel - während der Bauphase keinen Zutritt zur Baustelle hat.

Vorschlag:

keine Anmerkung

10.2 Verlängerung der Gewährleistungsfrist

Erläuterung

Die Verlängerung der Gewährleistungsfrist von bisher fünf Jahren auf zehn Jahre wurde ausführlich diskutiert. Es kann aufgrund fehlender Erkenntnisse darüber, ob auch in einem zeitlichen Bereich zwischen fünf und zehn Jahren noch erhebliche Baumängel auftreten, keine Empfehlung abgegeben werden. Die Arbeitsgruppe hat sich daher zu der Empfehlung entschieden, ein Forschungsvorhaben zu dieser Fragestellung in Auftrag zu geben.

Vorschlag:

keine Anmerkung

10.3

Änderung von § 638 BGB

Erläuterung

In § 638 Abs. 3 BGB soll klargestellt werden, dass die Minderung auch nach den Kosten der Mängelbeseitigung ermittelt werden kann.

Vorschlag:

keine Anmerkung

11

Erfordernis einer Schlussrechnung

Erläuterung

Analog den Bestimmungen der VOB/B soll für Bauverträge einschließlich der Architekten- und Ingenieurverträge das gesetzliche Erfordernis einer Schlussrechnung eingeführt werden. Diese muss nachprüfbar sein. Einwendungen gegen die Prüfbarkeit sollen nach Ablauf einer bestimmten Frist ausgeschlossen sein.

Im Bauträgerbereich dürfte die Vorlage einer ordnungsgemäßen Schlussrechnung ohnehin die Regel sein, zumal auf der Grundlage von § 3 MaBV bereits zuvor die jeweiligen Bautenstände nachzuweisen sind. Die Einführung einer Schlussrechnung neben der Abnahme begegnet daher keinen Bedenken.

Vorschlag:

keine Anmerkung

12

Kündigung des Bauvertrags / Schriftform

Erläuterung:

Die Bestimmungen zur Kündigung des Werkvertrags bzw. Bauvertrags in § 649 BGB sollen überarbeitet werden; insbesondere soll beiden Vertragspartnern ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (Insolvenz) zustehen. Des Weiteren soll künftig für die Kündigung Schriftform gemäß § 126 BGB vorgesehen werden; ein Mangel der Form soll nach § 125 BGB zur Nichtigkeit führen.

Vorschlag:

keine Anmerkung

13

Besonderheiten des Architekten- und Ingenieursvertrags

13.1 Besonderheiten des Architekten und Ingenieurvertrages

Erläuterung

Architekten- und Ingenieurverträge sollen künftig ausdrücklich dem Werkvertragsrecht unterstellt werden; darüber hinaus soll in das BGB eine eigene Beschreibung der vertragstypischen Pflichten des Architekten- und Ingenieurvertrags aufgenommen werden.

Vorschlag:

keine Anmerkung

13.2

Sonderkündigungsrecht

Erläuterung

Vorgesehen ist die Einführung eines Sonderkündigungsrechts bei Architekten- und Ingenieurverträgen. Dieses Kündigungsrecht soll einmalig am Ende der sog. Zielfindungsphase bestehen. Außerdem soll ein Kündigungsrecht des Architekten/Ingenieurs eingeführt werden, für den Fall, dass der Besteller seine Pflicht zur Mitwirkung an der Konkretisierung des Planungserfolges verletzt.

Bislang ungelöst ist die genaue Abgrenzung zwischen der nicht zur vergütenden Akquisitionsphase gegenüber dem eigentlichen, honorarpflichtigen Architektenvertrag. Diese aus der Rechtsprechung resultierende Problematik ist aus Sicht der Architekten und aufgrund der damit verbundenen Unsicherheit auch aus Sicht der Auftraggeber unbefriedigend.

Mit der Zielfindungsphase wird die Phase bezeichnet, in der der Architekt und der Bauherr gemeinsam die häufig noch vagen Vorstellungen des Bauherren konkretisieren, um den geschuldeten Planungserfolg genauer zu beschreiben. Kommt der Besteller bereits in dieser Phase zu der Erkenntnis, dass er die Gesamtkosten des Vorhabens unterschätzt hat und möchte er deswegen von seiner Durchführung absehen, soll er noch in dieser Phase die Möglichkeit haben, sich vorzeitig vom Architektenvertrag zu lösen. Damit ist faktisch der Abschluss eines gestuften Vertrages verbunden.

Ob mit dem Sonderkündigungsrecht die Problematik der Akquisitionsphase befriedigend gelöst werden kann, erscheint fraglich, zumal im B2B - Bereich die stufenweise Beauftragung die Regel ist. Durchgreifende Bedenken bestehen allerdings nicht.

Vorschlag:

keine Anmerkung

13.3 Teilabnahme

Erläuterung

Angedacht ist eine Regelung, nach der der Architekt/Ingenieur das Recht haben soll, zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerks eine Teilabnahme hinsichtlich der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen zu verlangen.

In der aktuellen Situation beginnt die Gewährleistungsfrist für die Leistungen des Architekten bei der sog. Vollarchitektur erst mit Abnahme aller Leistungen und damit erst mit Abnahme der Leistungsphase 9. Damit haftet der Architekt für Mängel in der Folge auch noch zu einem wesentlichen späteren Zeitpunkt, als der bauausführende Unternehmer. Die Praxis zeigt, dass Architekten häufig nur dazu bereit sind, Leistungen nur bis einschließlich Lph 8 zu vereinbaren. Dies wird von der Wohnungswirtschaft auch weitgehend akzeptiert.

Vorschlag:

keine Anmerkung

13.4 Gesamtschuldnerische Haftung von Architekt/Ingenieur mit dem bauausführenden Unternehmer

Erläuterung

Umfassend diskutiert wurde die Frage, ob durch gesetzgeberische Maßnahmen die aus Sicht des Architekten unbefriedigende Situation der gesamtschuldnerischen Haftung mit den bauausführenden Unternehmen reduziert werden kann. Es ist häufig Praxis, dass Auftraggeber bei Mängelansprüchen, die gegenüber den bauausführenden Unternehmen nicht durchgesetzt werden können, auf die Architekten zurückgreifen, insbesondere aufgrund der für die Architekten bestehenden Versicherungspflicht.

Die Arbeitsgruppe sieht die Möglichkeit, diesen „Durchgriff“ auf die Architekten gesetzgeberisch zu beschränken; konkrete Regelungsvorschläge ergehen allerdings nicht.

Vorschlag:

keine Anmerkung; aus Sicht der Bauauftraggeber würde die Beschränkung des „Durchgriffs“ zwar dazu führen, dass die Rückgriffsmöglichkeiten auf den Architekten künftig beschränkt werden. Das Interesse der Architekten, eine ausufernde Haftung zu beschränken, ist jedoch nachvollziehbar. Unabhängig davon würde eine Beschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung nicht dazu führen, dass unmittelbare Ansprüche gegen den Architekten dadurch ausgeschlossen sind.

GdW Bundesverband
deutscher Wohnungs- und
Immobilienunternehmen e.V.

Mecklenburgische Str. 57
14197 Berlin
Telefon: +49 (0)30 82403-0
Telefax: +49 (0)30 82403-199

Brüsseler Büro des GdW
3, rue du Luxembourg
1000 Bruxelles
BELGIEN
Telefon: +32 2 5 50 16 11
Telefax: +32 2 5 03 56 07

E-Mail: mail@gdw.de
Internet: <http://www.gdw.de>