



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss für Privates Bau- und
Architektenrecht

**Initiativstellungnahme zum
Abschlussbericht
der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht
beim Bundesministerium der Justiz
vom 18. Juni 2013 (AZ: IB3-3430/25-3-470/2013)**

Stellungnahme Nr.: 6/2015

Berlin, im Februar 2015

Mitglieder des Ausschusses

- Frau Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler, Hamburg
(Vorsitzende)
- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf
(Berichterstatter)
- Frau Rechtsanwältin Dr. Beatrice Fabry, Stuttgart
- Frau Rechtsanwältin Ulrike Gantert, München
- Herr Rechtsanwalt Dr. Peter Sohn, Hamm
- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

Herr Rechtsanwalt Udo Henke, Berlin

Verteiler

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit

Rechtspolitische Sprecher der Bundestagsfraktionen, Berlin

Deutscher Baugerichtstag/ DBGT

Bundesverband der Freien Berufe

VBI

Deutscher Bauindustrieverband

Bundesarchitektenkammer

Bundesingenieurkammer

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Deutscher Notarverein e. V.

Deutscher Richterbund e. V.

Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen

Neue Richtervereinigung

Vorstand des Deutschen Anwaltvereins

Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzender des Forums Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein

Ausschuss Privates Bau- und Architektenrecht des Deutschen Anwaltvereins

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Nach rund dreijähriger, intensiver Beratung hat die „Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz“ (ein im Januar 2010 aufgrund der seinerzeitigen Koalitionsvereinbarung der 17. Legislaturperiode eingesetztes, etwa 30-köpfiges Beratungsgremium) im Juni 2013 einen 61-seitigen Abschlussbericht vorgelegt.

In der Arbeitsgruppe waren die wichtigsten der mit Fragen des Baus und des Bauvertragsrechts befassten Gruppen vertreten, darunter auch Repräsentanten des DAV. Aufgabe der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht war es

- die Problembereiche im Bauvertragsrecht zu identifizieren,
- einen sich daraus ergebenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zu prüfen und
- Vorschläge zu machen, wie die Probleme durch gesetzgeberische Maßnahmen gelöst werden können (vgl. Abschlussbericht unter A.1 auf S. 4).

Im Einzelnen:

Der DAV nimmt mit dem nachfolgenden Punkteprogramm zu dem Abschlussbericht vom 18. Juni 2013 zu den Vorschlägen der Arbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium zur Novellierung des Bauvertragsrechts sowie des Architekt- und Ingenieurrechts Stellung:

1. Ein wesentliches Ergebnis der bisherigen Überlegungen zur Novellierung des Bauvertragsrechts ist die **Zweiteilung des Bauvertragsrechts** in ein gewerbliches Bauvertragsrecht und ein Verbraucher-Bauvertragsrecht. Diese Teilung des Bauvertragsrechts in zwei selbstständige, auf unterschiedliche Anwendergruppen zugeschnittene Regelungen vollzieht die europarechtlichen Vorgaben an das Verbraucherschutzrecht nach. Entsprechende

Umsetzungskonzepte finden sich schon jetzt in vielen europäischen Ländern. Alternativen zu diesem Ansatz sind nicht ersichtlich. Der DAV begrüßt, dass im Bauvertragsrecht spezielle Regelungen für Verbraucher entwickelt werden.

2. Der DAV hat bereits auf dem 65. Deutschen Anwaltstag im Jahr 2014 auf den notwendigen materiellrechtlichen Abstimmungsbedarf zwischen dem geplanten neuen **Bauvertragsrecht** und dem parallel in Novellierung befindlichen **Bauträgerrecht** hingewiesen, und begrüßt die Errichtung der Arbeitsgruppe Bauträgerrecht im BMJ. Das neue Bauträgerrecht wird ebenfalls vornehmlich Verbraucherschutzrecht sein und sollte möglichst ins BGB zurückgeführt werden. Die wesentlichen neuen Verbraucherschutzregelungen im Bauvertragsrecht betreffen die schlüsselfertige Ablieferung von fertigzustellenden Immobilien. Zwischen den verbraucherspezifischen Regelungen des neuen Bauvertragsrechts und des Bauträgerrechts besteht somit weitgehende Kongruenz, soweit nicht aus der Mitübertragung eines Grundstücks im Bauträgerrecht Besonderheiten resultieren. Dementsprechend hält der DAV eine Zusammenführung der Rechtsgebiete für zweckmäßig. Es kann für das materielle Bauvertragsrecht keinen Unterschied machen, ob ein Fertighaus oder ein noch fertigzustellendes Haus bei einem Bauunternehmen oder einem Bauträger bestellt oder erworben wird. Viele Absicherungsszenarien des Verbrauchers im neuen Bauvertragsrecht, wie Leistungsbeschreibungspflichten, Pflichten zur Festlegung der Bauzeit, Regelungen zu Abschlagszahlungen, Hinweis- und Mitwirkungspflichten und Regelungen zur Kündigungen aus wichtigem Grund sollten in beiden Regelungsbereichen einheitlich ausgestaltet werden, soweit nicht die Grundstücksbezogenheit hiervon ausnahmsweise Abweichungen erfordert. Das Bundesjustizministerium hat dementsprechend die Ergebnisse der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht an die Arbeitsgruppe Bauträgerrecht weitergeleitet, um die Übernahme der Vorschläge zu überprüfen. Nach Auffassung des DAV können und sollten das Baurecht für Verbraucher und das Bauträgerrecht hinsichtlich der zugrundeliegenden Wertentscheidungen und der Einzelregelungen so weit wie möglich harmonisiert werden.
3. Im Bereich **gewerblicher Bauverträge** hat die Diskussion gezeigt, dass das erprobte Gedankengut der **VOB/B** sich in der Praxis bewährt hat. Nur wenige,

nicht bereits im Zusammenhang mit der VOB/B diskutierte Lösungsansätze sind für das neue Bauvertragsrecht aufgegriffen worden.

Der DAV empfiehlt deshalb im gewerblichen Bauvertragsrecht lediglich ein gesetzliches Leitbild zu schaffen. Bei jeder einzelnen Norm sollte geklärt werden, ob über die Schaffung eines gesetzlichen Leitbildes hinaus, ein Eingriff des Gesetzgebers in die Vertragsfreiheit in Form von zwingendem Gesetzesrecht erforderlich ist. Die Vertragsgestaltung im Übrigen sollte den Marktbeteiligten vorbehalten bleiben, um so eine spezifische Ausgestaltung des Bauvertragsrechts auf praxisrelevante Projekttypen, Bauvertragstypen und Zusammenarbeitsformen zu ermöglichen. Ferner sollte klargestellt werden, ob und inwieweit es den Vertragsparteien freistehen soll, von den gesetzlichen Leitbildern über AGB-rechtlichen Bestimmungen abzuweichen.

4. Der DAV empfiehlt, die Vorschläge der Arbeitsgruppe zu den **Hinweis- und Mitwirkungsobliegenheiten** der Baubeteiligten zu überdenken. Die Ausfüllung des Begriffs der Obliegenheit bleibt in der Praxis unscharf. Die Annahme von Obliegenheiten ist deshalb nach Auffassung des DAV für eine klare Zuweisung von Pflichten nicht geeignet. Sie fällt z.T. hinter die Regelungen in der VOB/B zurück. Es sollte im Einzelfall geprüft werden, ob nicht zumindest schuldrechtliche Nebenpflichten begründet werden sollten. Die vorgesehene Verknüpfung der neuen Regelungen mit § 642 BGB ist so lange nicht tragfähig, bis diese Norm nicht selbst eine hinreichende Konturierung erfahren hat. Generell ist der Lösungsansatz z.T. widersprüchlich, z.T. muss der Versuch, Obliegenheiten zur Prüfung und zu Hinweisen abschließend aufzulisten, angesichts der Vielgestaltigkeit der tatsächlichen Verhältnisse und Vertragslösungen scheitern.
5. Der DAV begrüßt grundsätzlich eine gesetzgeberische Regelung zum **Anordnungsrecht des Auftraggebers**. Die praktische Erfahrung zeigt, dass das Anordnungsrecht für die Fertigstellung der Planung oder des Bauwerks auf der einen Seite wichtig ist, auf der anderen Seite jedoch ebenso massiv – bis hin zur Existenzbedrohung – in die unternehmerische Tätigkeit eingreifen kann. Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass die unternehmerische Tätigkeit im Baugeschehen keine Ware ist, die sich in beliebiger Stückzahl reproduzieren lässt.

Das wesentliche gesetzgeberische Ziel sollte es sein, die unabdingbaren Änderungsbefugnisse des Auftraggebers, wie sie in allen nationalen Regelwerken zum Bauvertragsrecht zum Ausdruck kommen, als Leitmodell positiv vorzugeben, um diese Anordnungsrechte auch AGB-fest zu verankern. Dazu genügt es grundsätzlich, ein einseitiges Anordnungsrecht zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges vorzusehen. Darüber hinausgehende Lösungen sollten der Vertragsgestaltung der Parteien vorbehalten bleiben. Insbesondere macht es keinen Sinn, ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers zur Änderung des Werkerfolges zu definieren, den Auftragnehmer jedoch nur zu verpflichten, die Leistung auszuführen, wenn zuvor entweder Einigkeit über die Zumutbarkeit herbeigeführt worden ist oder aber eine gerichtliche Verfügungsverfügung vorliegt. Dies würde als Leitmodell die Praxis in Bezug auf umzusetzende sachgerechte Lösungen erheblich behindern. Außerdem ist die Abgrenzung der beiden Fallgruppen in keiner Weise gelungen. Zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges können auch Anordnungen zur Art der Ausführung und der Bauzeit dienlich sein. Der DAV empfiehlt, diese Regelung grundsätzlich zu überarbeiten.

6. Der DAV rät dringend davon ab, die in der Arbeitsgruppe diskutierten Vorschläge zur **Preisanpassung** bei Mehr- oder Minderleistungen zu übernehmen. Ob und wie eine Preisanpassung vorgenommen werden muss, hängt von der vertraglichen Vereinbarung der Parteien, im Zweifel von den Preisermittlungsgrundlagen, ab. Die vertraglichen Preisermittlungsgrundlagen können jedoch sehr vielgestaltig sein und hängen u.a. von der Art des Vertrages, den Einsatzformen für die Beteiligten und insbesondere von den sehr unterschiedlich ausgeprägten, branchenbezogenen Kalkulationsmustern ab. Preisermittlungsgrundlagen, wie auch Urkalkulationen, sind nicht normiert und unterliegen einer sehr schnellen Änderung und Fortentwicklung. Der DAV empfiehlt deshalb dringend, keine gesetzliche Regelung zu schaffen, bei der die Begrifflichkeiten so ungeklärt sind, wie im Falle der Preisanpassung. Die im Abschlussbericht diskutierten Regelungsmodelle würden zudem gegenwärtig noch nicht absehbare Folgen für das Schadensersatzrecht haben. Der DAV begrüßt den Vorschlag im Abschlussbericht, den Parteien die Berechnungsmethode der Vergütungsanpassung zu überlassen, diese jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zu unterwerfen.

7. Der DAV empfiehlt dringend für alle Marktteilnehmer, die zivilprozessuale Regelungsmöglichkeit der **Regelungsverfügung** zu eröffnen, schon allein als Sanktionspotenzial für opportunistisch tätige Projektbeteiligte. Insbesondere für den Mittelstand, der bei Aufträgen häufig nur als Subunternehmer zum Zuge kommt, würde allein die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer **Regelungsverfügung** die Durchsetzung von Forderungen wesentlich beschleunigen.
8. Für **freiwillige alternative Streitbeilegungsmodelle** sollte klargestellt werden, dass im Falle des Einsatzes endgültig oder temporär verbindlicher Schlichtungen die Mehrheit des Schlichtungskomitees die Befähigung zum Richteramt und sofern nur ein Schlichter eingesetzt wird, dieser die Befähigung zum Richteramt haben muss. Die Vereinbarungen sollte der Inhaltskontrolle nach den § 307 BGB unterstehen. In diesem Kontext sollte § 317 BGB ergänzt werden, der Schiedsgutachter- und Schlichtungsregelungen mit einer nachlaufenden Billigkeitskontrolle eröffnet. Die Norm sollte auch Schlichtungslösungen mit einem vorläufig verbindlichen Schlichterspruch ermöglichen, der nachträglich - z.B. nach Beendigung der Ausführungstätigkeiten - einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden kann. Hierdurch könnte insbesondere die Bereitschaft zur freiwilligen alternativen Streitbeilegung während der Durchführung eines Bauvorhabens erheblich gefördert werden.
9. Die Vorschläge des Abschlussberichtes zur Begrenzung der **§ 648 a BGB** Bürgschaft, nämlich Abschlagsregelungen auf 20 % der vereinbarten Vergütung zu begrenzen, werden vom DAV begrüßt. Entsprechendes gilt für die vorgeschlagene Pflicht zur Mängelbenennung bei der Abnahme.
10. Die Vorschläge, die **Mängelrechte vor der Abnahme** zu begrenzen, überzeugen nur teilweise. Die im heutigen Projektgeschäft festzustellende hohe Anzahl von Mängeln erfordert bereits ein projektbegleitendes Mängelmanagement. Nur ein baubegleitendes Mängelmanagement kann nachhaltig Wirkung erzeugen und den volkswirtschaftlichen Schaden, der durch Baumängel entsteht, eingrenzen. Mängel vor Abnahme stellen in der Baupraxis häufig auch Probleme für die

nachfolgenden Gewerke dar und führen zur Verzögerung. Nur während der Ausführung sind die unmittelbar Beteiligten noch vor Ort, die noch in angemessener Zeit sachgerecht an einer Mängelbeseitigung arbeiten können. Dementsprechend empfiehlt der DAV dringend, die Möglichkeit des Bestellers, den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung vor Abnahme anzuhalten, zu stärken. Dabei geht es nicht nur um die Ersatzvornahme oder vollständige Kündigung des Vertrages nach Ablauf gesetzter Fristen, sondern auch um Schadensersatzansprüche, die entstehen, weil der Auftraggeber ein externes Mängelcontrolling aufsetzen muss oder aber diverse Gutachter im Vorfeld der Mängelbeseitigung einzusetzen hat.

11. Der DAV begrüßt die Ausgestaltung des **Kündigungsrechts aus wichtigem Grund** in Anlehnung an § 314 BGB und die Entwicklung eines **insolvenzbedingten Kündigungsrechts** aus wichtigem Grund. Hierdurch werden die in der Praxis bestehenden Unsicherheiten beseitigt sowie die Grundlage für einen zügigen Weiterbau bei Insolvenz eines Vertragsbeteiligten gelegt, was insbesondere für Verbraucher wie auch für die wirtschaftliche Mittelverwendung der öffentlichen Hand von erheblicher Bedeutung ist.
12. Soweit der Abschlussbericht vorsieht, dem Auftraggeber beim Architekten- und Ingenieurvertrag ein **Sonderkündigungsrecht** nach Abschluss einer „Zielfindungsphase“ zuzubilligen, empfiehlt der DAV eine Definition der „Zielfindungsphase“. Die im Abschlussbericht angedachte Lösung ist so lange nicht überzeugend, wie nicht klar definiert und in Übereinstimmung mit der technischen Normung und zweckmäßigerweise auch den Leistungsbildern der HOAI (2013) geregelt wird, welche Leistungen ein Architekt/Ingenieur im Rahmen der „Zielfindungsphase“ zu erledigen hat. Dies ist insbesondere auch deshalb erforderlich, um die „Zielfindungsphase“ von der nicht vergütungspflichtigen Akquisition abzugrenzen.
13. Der DAV spricht sich für die grundsätzliche Beibehaltung der **gesamtschuldnerischen Haftung** von Architekt und Ingenieur mit den bauausführenden Unternehmern aus und empfiehlt, klarzustellen, dass diese nur dann greift, soweit beide einen Mangel verursacht haben.

14. Der DAV ist der Auffassung, dass dringend eine gesetzgeberische Überarbeitung des **Streitverkündungsrechts** erforderlich ist. Das bisherige Konzept der Streitverkündung macht viele Prozesse nicht mehr justizabel. Es ist wünschenswert, an dieser Stelle ein neues Konzept im Sinne einer Beiladungs-
lösung und mit bindenden Entscheidungen auch hinsichtlich der Festsetzung einer Haftungsquote für mehrere Schadensverursacher zu schaffen.
-