

MANDANTENINFORMATION

Die Reform des Bauvertragsrechts und Änderungen in der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Ab 2018 gibt es ein Bauvertragsrecht im BGB. Bislang ist man ohne spezielle gesetzliche Regelungen zum Bau ausgekommen. Seit 1926 hat man sich für den Baubereich mit der Einführung der VOB/B geholfen und eine gewisse Dynamik bei der Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen durch regelmäßige Änderungen und Erweiterungen der VOB/B verfolgt. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, wie die VOB nun heißt, enthält bekanntlich vorformulierte Klauseln. Der Rechtsnatur nach sind das AGB. Die VOB/B ist dazu bestimmt, die Regelungen des BGB zum Werkvertrag zu ergänzen und teilweise zu modifizieren. Damit wurde bislang das Fehlen von spezifischen Regelungen für das Bauvertragsrecht im deutschen Zivilrecht kompensiert. Allerdings wies die VOB/B auch ein wesentliches Manko auf: sie war zuletzt nur im gewerblichen Baurechtsverkehr einsetzbar und wurde als „verbraucherfeindlich“ eingestuft. Das gesetzliche Defizit zum Baurecht und der Schutz der Verbraucher stehen nun im Fokus der Gesetzesnovelle.

DER BEGINN EINER KODIFIZIERUNG DES BAURECHTS IN DEUTSCHLAND

Der Gesetzesentwurf hat am 09. März den Bundestag und am 31. März vom Bundesrat gebilligt. In dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung - Drucksache 18/8486 - ist nachzulesen, das Baurecht sei zu einer komplexen Spezialmaterie geworden, zu der eine umfangreiche Rechtsprechung ergangen ist. Die kaum noch zu überblickende Rechtsprechung in diesem Feld ist aber nur ein Problem. Hinzu kommen über 2000 Normen und Vorschriften, unterschiedliche baurechtliche Vertragsgegenstände und diverse Rechtsquellen. Das geltende Werkvertragsrecht, so die Gesetzesbegründung, sei sehr allgemein gehalten und häufig nicht detailliert genug. „Wesentliche Fragen des Bauvertragsrechts sind nicht gesetzlich geregelt, sondern der Vereinbarung der Parteien und der Rechtsprechung überlassen.“ Das Fehlen klarer gesetzlicher Vorgaben, das eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen erschweren würde, hat über 100 Jahre gedauert. Nun soll sich das ändern. Das Inkrafttreten steht zum 1. Januar 2018 an. Gemessen an dem Anspruch, der in der Gesetzesbegründung formuliert ist und dem, was als Neuregelung nun vorliegt, erscheint der „große Wurf“ allerdings wenig gelungen. Da ist die komplizierte Rechtssprache der neuen Paragraphen eher das geringste Problem. Die Struktur des neuen Baurechts ist für den Baupraktiker von sich heraus wohl nicht erschließbar, sondern aufwendig erklärungsbedürftig.

Mit dem Gesetz wird nun ein spezifisches Baurecht in das Werkvertragsrecht des BGB integriert. Dazu gibt es eine Reihe von

Paragraphen, die zum Bauvertrag eingefügt werden (§§ 650a-650h BGB-E).

GRUNDÄNDERUNGEN IM ÜBERBLICK

Eine gravierende Änderung in den Praxisabläufen wird sich auch aus den Neuregelungen zur kaufrechtlichen Mängelhaftung ergeben. Nunmehr wird der Bauunternehmer, der zur Erfüllung seiner Werkleistungen Baumaterialien eingekauft hat, eine Rückgriffmöglichkeit gegen seinen Lieferanten hinsichtlich der Aufwendungen für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau mangelfreier Materialien haben (§ 439 Abs. 3 BGB-E). Bisher bleiben bis auf wenige Ausnahmefälle die ausführenden Firmen auf diesen Aus- und Wiedereinbaukosten sitzen, weil der Lieferant mangels Verschuldens nur auf Nacherfüllung (also lediglich mangelfreie Materiallieferung) gehaftet hat. Leider wurde verpasst, im Gesetz auch für den Geschäftsverkehr unmissverständlich und endgültig zu regeln, dass die Rückgriffsmöglichkeit auf Lieferanten hinsichtlich der Aus- und Einbaukosten nicht durch deren AGB ausgeschlossen werden können. So ohne weiteres ergibt sich das nämlich aus der neuen Gesetzeslage nicht. Hierzu wird es weiterer Rechtsprechung bedürfen, um das neue gesetzliche Leitbild zu den Aus- und Einbaukosten auch im Geschäftsverkehr durchzusetzen. Zweifellos ist die Veränderung der Durchgriffsmöglichkeiten auf den Lieferanten bei Mangelbeseitigungsnebenkosten ein Vorteil auch für viele Schreiner, Fensterbauer, Rolladenbauer etc.. Es bleibt zu hoffen, dass die nun per Gesetz geschaffene Grundlage nicht dazu führt, dass es Lieferanten und Hersteller nicht darauf ankommen lassen, Beschränkungsklauseln auszutesten und sich von bisher allzu oft großzügig gehandhabten Kulanzregelungen im Zusammenhang mit Mängelansprüchen verabschieden. Dann dürfte die Freude über die veränderte kaufrechtliche Mängelhaftung beim Handwerk von kurzer Dauer sein. Denn: Nicht die Mangelbeseitigungsnebenkosten sind das kardinale Problem, sondern die Missverständnisse zum Begriff „Mängelhaftung/Gewährleistung“, zum Inhalt der Anspruchsgrundlagen und die Beweislastverteilung.

Noch etwas kommt hinzu: Die Vorteile bei der kaufrechtlichen Mängelhaftung bezahlt das Handwerk relativ teuer mit den Verpflichtungen bzw. Belastungen aus den anderen Regelungen der BGB-Novelle und dem weiter verstärkten Verbraucherschutz. Der Gesetzgeber ist der Auffassung, dass bauliche oder vertraglichen Fehlleistungen insbesondere Verbraucher hart treffen können. Deshalb sollen diese nun besser geschützt werden. „Ein Verbraucher wendet für die Errichtung oder den Umbau eines Hauses häufig einen wesentlichen Teil seiner wirtschaftlichen Ressourcen auf. Unerwartete Mehrkosten durch eine nicht rechtzeitige Fertigstellung des Baus oder die Insolvenz des

beauftragten Bauunternehmers können daher gravierende Auswirkungen haben“, so die Gesetzesbegründung.

NEUE BGB-WERKVERTRAGSRECHTSSYSTEMATIK

In Zukunft wird es neben dem Bauvertrag einen Verbraucherbauvertrag geben. Diese Regelungen werden Schreiner, Fensterbauer oder Rolladenbauer eher weniger tangieren. Hier handelt es sich um Vertragsregelungen zur Errichtung von Gebäuden, demnach ein Leistungsspektrum, dem sich Hochbauunternehmen widmen. Bei Verbraucherbauverträgen ergeben sich für die Auftragnehmer weitreichende und neue Verpflichtungen (§§ 650i-650n BGB-E). Für Handwerksunternehmer, die im Ausbau tätig sind, wird es nach derzeitiger Lesart keine Belastungen aus Verbraucherbauverträgen geben, da diese eben auf den Bau eines neuen Gebäudes oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude gerichtet sind.

Die Gesetzesnovelle enthält schließlich auch spezielle Regelungen für Architekten- und Ingenieurverträge (§§ 650p-650t BGB-E).

Nichts ist umsonst, insbesondere die BGB-Reform nicht. Der Umstellungsaufwand für Unternehmen wird vom Gesetzgeber selbst auf rund 2,87 Millionen Euro, zuzüglich eines laufenden jährlichen Mehraufwandes für die betroffenen Unternehmen von rund 3,7 Millionen Euro geschätzt. Allein die Kosten für die geänderten Informationspflichten der Unternehmen werden mit rund 5,7 Millionen Euro veranschlagt. Zu den Kosten, die im Zusammenhang mit der nunmehr geplanten Durchleitung von Mangelbeseitigungsnebenansprüchen entstehen, kann sich niemand festlegen. Fest steht allerdings, dass die Wirtschaft die auf sie zukommenden Kosten durch die Steigerung der Verkaufspreise kompensieren wird. An dieser Stelle endet dann der Verbraucherschutz.

ERSTER AUSBLICK:

Die BGB-Reform ist der Auftakt zur Kodifizierung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts in Deutschland. Der Regelungsinhalt bezieht sich nicht auf das gesamte Baurecht, sondern nur auf einige wichtige Vorschriften. Deshalb werden auch im Bereich der gewerblichen Rechtsbeziehungen die Regelungen der VOB/B ihre Bedeutung nicht verlieren. Die gesetzlichen Neuregelungen enthalten für ausführende Unternehmen sowohl positive wie auch negative Änderungen, die in den folgenden Fortsetzungen dargestellt werden. Dabei soll der Bogen von der neuen Systematik des Werkvertrages im BGB direkt zu den praktischen Auswirkungen gezogen werden.

DIE GEBURT DES „BAUVERTRAGES“ UND DES „VERBRAUCHERBAUVERTRAGES“ IM BGB UND DAS NEUE ANORDNUNGSRECHT DES BESTELLERS

1. Der Bauvertrag

Im BGB wird es zukünftig einen eigenen Abschnitt mit spezifischen Vorschriften zum Bauvertrag geben. Erstmals wird der Bauvertrag

im BGB im Kapitel 2 unter dem Werkvertragsrecht gesetzlich definiert. Der § 650 a BGB-E lautet:

§ 650 a Bauvertrag

- (1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.
- (2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Der Bauvertrag ist jetzt als Art des Werkvertrages ausdrücklich im BGB erwähnt und umfasst inhaltlich das, was früher im Wesentlichen als „großer“ Werkvertrag, eben mit der langen 5-jährigen Gewährleistungsfrist (§ 634 a Abs. 1, Nr. 2 BGB alt), verstanden wurde. Ob die Vertragsleistungen eines Handwerkers als Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder Umbau eines Bauwerks zu werten sind und damit zukünftig als „Bauvertrag“ zu fassen sind, hängt vom Inhalt und Umfang des jeweiligen Vertrages ab. Dreh- und Angelpunkt ist hier zunächst der Begriff des „Bauwerks“. Ein Bauwerk ist eine unbewegliche durch Verwendung von Material und Arbeit in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Sowohl die Herstellung einzelner wesentlicher Teile des Gebäudes oder auch Erweiterungen der Gebäudesubstanz wie Auf-/Anbauarbeiten fallen darunter. Die wesentlichen Bestandteile des Gebäudes werden auch zu solchen des Grundstückes (BGHZ 79, 712) und Gebäude, die mit dem Grundstück verbunden werden, gehören wiederum zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 BGB). Fenster und Türen gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes, selbst dann, wenn sie in einem Gebäude nachträglich eingebaut wurden.

Die „Wesentlichkeit“ definiert das Gesetz bezogen auf solche Teile, die „nicht voneinander getrennt werden können, ohne dass der eine Teil oder aber andere Teile zerstört, in seinem Wesen geändert oder in seinem Wert gemindert wird“ (§ 93 BGB). Fenster, Türen und Rolläden, die fest und funktionsbezogen in das Gebäude eingebaut werden, gehören demnach in diese Vertragskategorie.

Allerdings sei an dieser Stelle darauf verwiesen, dass die Zuordnung der Tätigkeiten und Leistungen von Schreibern, Fenster- und Rolladenbauern entweder zum Baurecht oder zum Kaufrecht oftmals nicht einfach ist. Für die rechtliche Einordnung von handwerklichen Leistungen kommt es darauf an, ob der Schwerpunkt der Leistung auf der Lieferung oder der Montage liegt. Dabei ist in einer Gesamtbetrachtung vor allem auf die Art des zu liefernden Gegenstandes, das Wertverhältnis von Lieferung und Montage sowie die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses abzustellen.

Geht es schwerpunktmäßig um die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen, gilt Kaufrecht (Lieferung von Fensterdekorationen, Gardinen, Rollos, Jalousien nebst notwendiger Näharbeiten (*OLG Brandenburg, Urteil vom 03.06.2009 – 7 U 146/06*) Anfertigung und Lieferung einer Treppe (*OLG Koblenz, Urteil vom 03.01.2008 – 5 U 685/07*) Lieferung von Haustüren nach Aufmaß (*OLG Nürnberg, Urteil vom 11.10.2005 – 9 U 804/05*).

Wenn die Lieferung und der Einbau von Fenstern und Türen, ob industriell hergestellt oder individuell angefertigt, mit dem Ziel der Erreichung eines über die rein technische Herstellung hinausgehenden Gesamterfolg gerichtet sind, ist Werkvertragsrecht anzunehmen. Wird der Einbau von Einzelteilen in ein Bauwerk übernommen und verlieren die Teile dadurch ihre Eigenschaft als selbstständige Sache, spricht dies für einen Werkvertrag (*OLG Hamburg, AZ.: 1 U 80/11*).

Verträge, die sich inhaltlich auf Instandhaltungsarbeiten beziehen, werden nicht ohne weiteres in die Vertragskategorie des „Bauvertrages“ fallen. Nur dann, wenn Reparatur-, Erneuerungs-, Einbau- oder Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind, liegt ein Bauvertrag vor. So, wie bislang schon bekannt, werden gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB die Mängelansprüche des Bestellers/Auftraggebers bei Bauverträgen auch in Zukunft in fünf Jahren ab Abnahme des Werkes verjähren. Die Verjährungsfrist von fünf Jahren kann nach wie vor, allerdings nur bei Verträgen mit einem gewerblichen Auftraggeber oder der öffentlichen Hand, durch ausdrückliche Vereinbarung der VOB Teil B auf vier Jahre verkürzt werden.

Reparatur- oder Wartungsleistungen, die für die Konstruktion, den Bestand, die Nutzung oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Gebäudes von untergeordneter Bedeutung sind (sog. „kleine“ Werkverträge mit 2-jähriger Gewährleistungsfrist), fallen demzufolge nicht unter den Begriff des „Bauvertrages“. Die in der BGB-Novelle festgelegten Neuerungen für den Bauvertrag gelten demzufolge für diese Reparatur- und Wartungsverträge nicht.

2. Der Verbraucherbauvertrag

Die Definition zum Verbraucherbauvertrag enthält der neue § 650i BGB-E. Es handelt sich um einen Vertrag, durch den der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird. Für den Verbraucherbauvertrag legt das Gesetz Textform fest (§ 650i Abs. 2 BGB-E). Inhaltlich dürften Verträge mit Verbrauchern über einzelne Gewerke beim Bau eines Gebäudes oder über den Bau von Freianlagen nicht unter den Begriff des Verbraucherbauvertrages fallen, weil es sich hierbei nicht um erhebliche Umbauarbeiten des Gebäudes handelt. Erhebliche Umbauarbeiten sollen nur dann vorliegen, wenn diese Arbeiten dem Bau eines neuen Gebäudes gleichkommen. Maßgeblich sollen Umfang, Komplexität sowie Ausmaß des Eingriffs in die bauliche Substanz des Gebäudes sein. Der Schutz aus dem neu definierten Verbraucherbauvertrag soll sich also nicht durchgängig auf die ebenfalls neu definierten

Bauverträge beziehen, sondern nur Verträge mit erheblichen Umbauarbeiten und erheblichen finanziellen Belastungen, die mit Neuerrichtungen von Gebäuden gleichzusetzen sind, erfassen. Insofern sollten Handwerksunternehmer für die von ihnen angebotenen Leistungen wissen, dass ein Bauvertrag, der mit einem Verbraucher abgeschlossen wird, nicht zwangsläufig ein „Verbraucherbauvertrag“ ist. Würde man die Regelungen zum Verbraucherbauvertrag auf alle Werkverträge ausweiten, hätte dies unverhältnismäßig starke Belastungen der Unternehmer zur Folge, die der Gesetzgeber mit der BGB-Reform nicht angestrebt hat. Das führt nun weitgehend zu der (komfortablen) Situation für Schreiner, Fensterbauer und Rollladenbauer usw., dass die zum Verbraucherbauvertrag festgelegten Folgeregulungen auf die Verträge, die Handwerksunternehmer gewöhnlich abschließen, nicht anzuwenden sind.

In diesen Verträgen würden danach wegfallen,

- die neue Baubeschreibungspflicht (§ 650j BGB-E),
- verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung oder zumindest zur Dauer der Bauausführung (§ 650k Abs. 3 BGB-E),
- das spezielle Widerrufsrecht für Verbraucherbauverträge (§ 650l BGB-E),
- die Verbraucherschützenden Regelungen zu Abschlägen (§ 650m Abs. 1 BGB-E)
- die Einräumung einer Sicherheitsleistung für Verbraucher (§ 650 m Abs. 2 BGB-E),
- die Erstellung und Herausgabe von Unterlagen (§ 650n BGB-E).

Beachtlich sind hingegen die mit der Reform geänderten Allgemeinen Vorschriften für Werkverträge und die weiteren Regelungen zum Bauvertrag, z.B. das bislang für BGB-Verträge nicht bekannte Anordnungsrecht des Bestellers.

3. Das neue Anordnungsrecht des Bestellers

Bislang war es im Werkvertragsrecht des BGB nicht vorgesehen, dass ein Besteller einseitig Anordnungen zur Änderung oder Ergänzung des abgeschlossenen Vertrages vornehmen konnte. Hier gab es einen wesentlichen Unterschied zu VOB/B-Verträgen. Für VOB/B-Verträge ist nach § 1 Abs. 4 festgelegt, dass der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers Änderungs- oder Ergänzungsleistungen mit auszuführen hat, es sei denn sein Betrieb ist auf derartige Leistungen nicht eingerichtet. Wollte der Auftraggeber nach altem BGB-Recht Änderungen, musste ein neuer BGB-Vertrag abgeschlossen werden. Auf der einen Seite (VOB/B) findet die Anordnung im Rahmen eines abgeschlossenen Vertrages statt, in dem der Auftragnehmer bereits vertraglichen Zwängen unterliegt und auf der anderen Seite (BGB) bedurfte es eines neuen Vertrages, in welchem dem Auftragnehmer neue Freiheiten eröffnet wurden. So war es bisher. Jetzt sehen § 650b BGB-E ein Anordnungsrecht des Bestellers für Leistungsänderungen und § 650c BGB-E eine für diese Fälle vorgesehene Vergütungsanpassung vor. Das ist eine Referenz des Gesetzgebers gegenüber der VOB/B (§ 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B). Abgesehen davon bleibt es bei der Privilegierung der Regelungen

der VOB/B, wenn die jeweils zum Vertragsschluss gültige Fassung der VOB/B-Regelung zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne inhaltliche Abweichung insgesamt in den Vertrag einbezogen wurde. Insofern dürfte sich die neue gesetzliche Regelung im BGB vor allem auf den Rechtsverkehr zu Verbrauchern auswirken, weil in diesen Verträgen die VOB/B bereits seit längerer Zeit tabu ist.

Die BGB-Reform führt nun ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers für Leistungsänderungen bei Bauverträgen ein. Das gilt allerdings nicht für alle Typen des Werkvertrages, sondern eben nur für Bauverträge i.S.d. § 650a BGB-E. Für Wartungs- und Reparaturverträge über Leistungen, die für die Konstruktion, den Bestand, die Nutzung oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Gebäudes von untergeordneter Bedeutung sind, dürfte das neue einseitige Anordnungsrecht des Bestellers nicht gelten.

Hinsichtlich der Bauverträge wird man sich an das neue Anordnungsrecht deshalb schnell gewöhnen, weil es vom Grunde ja schon aus VOB/B-Verträgen bekannt ist. Die Anordnungen können Änderungen des Werkerfolgs oder Änderungen betreffen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind. Letztere, also Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, müssen als selbstverständlich angesehen werden, da der werkvertragliche Erfolg vom Unternehmer ohnehin geschuldet ist. Diese Änderungsanordnungen werden deshalb in der Praxis eher selten vorkommen.

Wenn es allerdings um eine nachträgliche Änderung des vereinbarten Werkerfolgs geht, wird das werkvertragliche Ziel geändert. Damit können – abgesehen von dem nun gesetzlich verbrieften zusätzlichen Vergütungsanspruch – verschiedene negative Folgen für den Unternehmer entstehen. Wenn z.B. in einem neu gebauten Einfamilienhaus Fenster eingebaut werden und sich der Auftraggeber nun während des Einbaus für erhebliche Erweiterungen der Arbeiten (z.B. zusätzlichen Einbau von Türen) entscheidet, bietet nunmehr das BGB für den Auftraggeber die Möglichkeit den Unternehmer zu verpflichten, diese Arbeiten mit auszuführen, sofern er auf diesen Leistungsbereich eingestellt ist. Nach der neuen gesetzlichen Regelung wäre der Handwerksunternehmer verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, außer wenn die Ausführung der Änderung für ihn nicht zumutbar ist. Kriterien für die Unzumutbarkeit legt das Gesetz nicht fest. Ablehnen können wird der Handwerksunternehmer diese Anordnung demnach grundsätzlich nur dann, wenn er fachlich auf derartige Arbeiten nicht eingerichtet ist.

Solche Anordnungen können die geplanten Abläufe bei der Auftragsplanung und Abarbeitung erheblich durcheinanderbringen. Zusätzliche Leistungen erfordern zusätzliche Zeit für die Vorbereitung und Organisation dieser Leistungen sowie die Abarbeitung. Auch auf den Personaleinsatz kann es angesichts der angespannten Arbeitskräftesituation negative Auswirkungen geben. Die Anordnungen dieser Änderungen darf deshalb für den Unternehmer nicht unzumutbar sein. Ab wann der Grad der Unzumutbarkeit erreicht ist, wird die Rechtsprechung nach Analyse

der Einzelfälle feststellen. Problematisch für die Praxis dürfte sein, dass der Unternehmer, wenn er sich auf Unzumutbarkeit beruft, dies dann auch beweisen muss.

Erwartet wird von den Vertragsparteien im Falle von einseitig durch den Besteller begehrten Änderungen, dass sie Einvernehmen über die Änderung und deren finanzielle Folgen erzielen. Das ist eine etwas kuriose Konstruktion, weil hier zunächst unterstellt wird, dass diese Änderungen auch im Interesse des Unternehmers liegen. Oft wird das aber nicht so sein, weil sich inhaltlich jede Änderung auch eine Störung des ursprünglich abgeschlossenen Vertrages darstellt. Wird keine Einigung erreicht, kann der Besteller die Änderung, mit der genannten Einschränkung (Zumutbarkeit einer Änderung des Werkerfolgs), anordnen. Entsteht darüber Streit, besteht für beide Vertragsseiten die Möglichkeit einseitigen Rechtsschutzes. Ob das zielführend ist, muss bezweifelt werden, zumindest werden sich die Gerichte über den zusätzlichen Arbeitsanfall nicht gerade freuen.

Mit dem Änderungsrecht des Bestellers korrespondiert der Anspruch auf Vergütungsanpassung des Unternehmers nach § 650 c BGB-E. Der Vergütungsanspruch soll auf den tatsächlich erforderlichen Kosten mit Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn basieren. Der Unternehmer kann sich auf seine Urkalkulation beziehen, die als richtig unterstellt wird. Da er aber auch die tatsächlichen Kosten in Ansatz bringen kann, ist mit der neuen gesetzlichen Regelung ein unternehmerischer Vorteil im Unterschied zur VOB/B-Regelung der Nachtragsvergütungen gegeben. Denn für VOB/B-Verträge heißt es bei Nachträgen: „einmal schlechter Preis, immer schlechter Preis“. Vorteilhaft und risikominimierend für den Unternehmer ist weiterhin die Regelung zu den Abschlagszahlungen in diesem Zusammenhang. Eine infolge der Änderungsanordnung entstehende Mehrvergütung kann der Unternehmer bei seinen Abschlagszahlungen mit berücksichtigen und hierfür grundsätzlich 80 % der in dem „Änderungsangebot“ genannten Mehrvergütung ansetzen (§ 650c Abs. 3 Satz 1 BGB-E). Dieses Recht soll er insbesondere dann haben, wenn sich die Parteien über die Höhe der Zusatzvergütung nicht einigen konnten. So, wie bislang auch schon, hat der Unternehmer im Fall der Nichtzahlung von Ablagen, Leistungsverweigerungsrechte. Die Klärung der Mehrvergütungsproblematik soll dann im Zusammenhang mit der Schlussrechnung erfolgen.

Die 80%- Regelung kompensiert einen erheblichen Teil des Zahlungsrisikos bei Änderungsanordnungen. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass der inhaltlichen Vertragsklarheit (was ist Gegenstand und Umfang des Auftrages, wo endet dieses Leistungsziel und ab wann handelt es sich um einen Zusatzauftrag) nach wie vor eine große Bedeutung zukommt. Gerade wenn es um Änderungen des Bauvertrages geht, ist der Unternehmer dafür beweibelastet, dass er den ursprünglich geschuldeten Leistungsumfang von den Zusatzleistungen trennen kann und zu den Änderungsanordnungen auch noch den Zusatzauftrag des Bestellers nachweisen kann.

Das neue Änderungs- bzw. Anordnungsrecht hatte die Bauwirtschaft massiv kritisiert. Vor allem auch das Handwerk hatte eingewendet, dass eine vorausschauende Kalkulation unmöglich gemacht und unverhältnismäßig in die Vertragsfreiheit eingegriffen werde. Es bleibt zu hoffen, dass das neue System der Abschlagszahlungen und die schnelle Definition von Zumutbarkeitskriterien durch die Rechtsprechung in der Praxis den Bedenken des Handwerks entgegenwirken.

DIE NEUEN REGELUNGEN ZU SICHERHEITEN, ZUR ABNAHME UND ZUR KÜNDIGUNG IM BGB

4. Neue Regelungen zu den Sicherheiten für Bauunternehmer

Die bisherigen Sicherheiten für Auftragnehmer aus den alten Regelungen in § 648 und § 648 a BGB erhalten einen neuen Platz im BGB und teilweise auch einen erweiterten Inhalt. Die Eingliederung der Sicherheiten in das Kapitel zum Bauvertrag ist insofern keine Überraschung, als die früheren Regelungen auch nur den sog. „großen“ Werkvertrag betrafen, der ja nun im neuen BGB zum „Bauvertrag“ wird.

Der § 650 e BGB-E bietet dem Unternehmer nach Abschluss eines Bauvertrages die Möglichkeit, seine vertraglichen Forderungen durch eine Sicherheitshypothek am Grundstück des Bestellers eintragen zu lassen. Das setzt allerdings nach wie vor voraus, dass Auftraggeber und Grundstückseigentümer grundsätzlich dieselbe Person sind. Bedingung für die Eintragung einer Sicherheitshypothek ist weiterhin, dass die abzusichernden Leistungen erbracht sein müssen. Ist die Leistung noch nicht vollständig erbracht, kann die Sicherheitshypothek in Höhe der Vergütung verlangt werden, die dem Teil der geleisteten Arbeit und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen entspricht.

Abgesichert werden können alle aus dem Vertrag begründbaren Forderungen des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber, wie z.B. Schadenersatzansprüche, Restvergütungsansprüche bei Kündigung des Vertrags für die Leistungen, die nun aufgrund der Kündigung nicht mehr fertig gestellt werden konnten, Gewährleistungseinbehalte und auch die Kosten zur Eintragung der Sicherheitshypothek bzw. deren Vormerkung.

Der Auftraggeber ist dann auf Verlangen verpflichtet, die Bauhandwerkersicherungshypothek einzutragen. Kommt er diesem Verlangen nicht nach, kann per einstweiliger Verfügung eine Vormerkung zur Eintragung der Bauhandwerkersicherungshypothek erwirkt werden.

Im § 650 f BGB-E werden Änderungen zur Bauhandwerkersicherung (früher § 648 a BGB) vorgenommen, die für das Handwerk zusätzliche Sicherungsmöglichkeiten bieten. Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Bauhandwerkersicherung gegenüber gewerblichen Auftraggebern (ausschließlich der öffentlichen Hand) ändert sich nichts. Der alte Bauhandwerkersicherheitenparagraf nahm bekanntlich neben der

öffentlichen Hand auch Besteller aus, die natürliche Person waren und Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen ließen. Dieses Verbraucherprivileg gilt zukünftig nur für Verträge, die einen Verbraucherbauvertrag im Sinne des § 650 i BGB-E sowie einen Bauträgervertrag im Sinne des § 650 u BGB-E zum Gegenstand haben. Derartige Verträge werden aber eben von ausführenden Firmen in Ausbauhandwerken in der Regel nicht abgeschlossen. Deshalb besteht künftig auch die Möglichkeit bei einem Vertrag, den ein Verbraucher z.B. zur Lieferung und zum Einbau von Fenstern in einem neuerrichteten Einfamilienhaus abschließt, eine solche Sicherheit zu verlangen. Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen (§ 650 f Abs. 1). Das geht sogar noch nach Abnahme, für den Fall, dass Restwerklohnansprüche bestehen, bzw. der Streit über Mängel und deren Bewertung entflammt ist. Ferner ist die bei Auftraggebern beliebte Aufrechnung mit denen gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung vorgegangen wird, eingeschränkt und zwar auf die Ansprüche, die unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.

Die Bauhandwerkersicherung kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen einer Bank oder Kreditversicherers geleistet werden. Die Inanspruchnahme dieser Sicherheiten kann allerdings erst dann erfolgen, wenn der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers vom Besteller anerkennt oder der Besteller durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist.

Wenn der Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Leistung der Bauhandwerkersicherung gesetzt hat und diese Frist erfolglos verstrichen ist, kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Nach einer Kündigung kann der Unternehmer die vereinbarte Vergütung verlangen, wobei er sich dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart hat. Alternativ wird vermutet, dass dem Unternehmer 5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

Zwischen den beiden Sicherheiten zur Sicherheitshypothek nach § 650 e BGB-E oder der Bauhandwerkersicherung nach § 650 f BGB-E muss sich der Auftragnehmer entscheiden. Das entspricht der bisherigen Rechtslage. Wenn eine Bauhandwerkersicherung erlangt worden ist, kann eine Sicherheitshypothek für den Bauunternehmer nicht mehr eingetragen werden. Allerdings ist denkbar, dass der Auftragnehmer für den Fall, dass er eine Bauhandwerkersicherung nach Anforderung nicht erhalten hat, den Druck über eine Sicherheitshypothek erhöht.

5. Neue Abnahmeregeln

Neuregelungen zur Abnahme wird es im novellierten Gesetz sowohl hinsichtlich der allgemeinen Abnahmeregeln zum (kleinen) Werkvertrag, als auch der speziellen Festlegungen zum neuen

Bauvertrag geben. Die Abnahme ist bekanntlich der Dreh- und Angelpunkt im Baurecht. Die Abnahme besteht in der einseitigen Willenserklärung des Auftraggebers, dass das bestellte Werk im Wesentlichen vertragsgerecht und frei von wesentlichen Mängeln erbracht worden ist. Diese Willenserklärung kann förmlich erklärt werden oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Nach im Wesentlichen mangelfreier Fertigstellung hat der Auftragnehmer einen Rechtsanspruch auf die Abnahme. Abgesehen davon dass dieser schon lange auch eingeklagt werden könnte, sollen die neuen Abnahmeregeln den Vollzug der Abnahme in der Baupraxis fördern. Mit der Abnahme sind bekanntlich wichtige rechtliche Wirkungen verknüpft, u.a.:

- Ende der Erfüllungsphase
- Start der Gewährleistungsfrist
- Beweislastumkehr bei Mängeln
- Gefahrübergang
- Anspruch auf Vergütung usw.

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die mit der Abnahme verbundenen und für die Vertragsparteien sehr unterschiedlich wirkenden Rechtsfolgen deshalb häufiger Streitpunkt sind. Die Abnahme kann nur bei Vorliegen wesentlicher Mängel verweigert werden. Das galt und gilt nicht nur für VOB/B-Werkverträge, sondern nach der Schuldrechtsmodernisierung aus dem Jahr 2002, längst auch für BGB-Werkverträge. Der Streit konzentriert sich deshalb auf die Frage, wann ein wesentlicher Mangel vorliegt. Verständlicherweise wird dies von Auftraggeber und Auftragnehmer sehr unterschiedlich bewertet. Unwesentlich ist ein Mangel, wenn er in seiner Bedeutung so weit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber als zumutbar angesehen werden kann, abzunehmen. Da dies weit häufiger vorkommt, als Umstände, die nach der Fertigstellung des Werkes eine Abnahmeverweigerung rechtfertigen, soll dem Auftragnehmer nun offensichtlich der Weg zur Abnahme über eine verbesserte Alternative der fiktiven Abnahme geebnet werden. Bislang ist es so, dass die Abnahmefiktion eintritt, wenn der Auftraggeber das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Auftragnehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist (§ 640, Abs. 1, Ziffer 3 BGB). Die Voraussetzung für Abnahmepflicht des Auftraggebers war die Abnahmereife des Werkes, also die im Wesentlichen mangelfreie Fertigstellung. Das ändert sich in zwei wesentlichen Punkten.

Der neue § 640 BGB-E regelt im Abs. 2:

§ 640. Abnahme. (...)

(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Vollendung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Gründen verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

Ob der Abnahme wesentliche Mängel entgegenstehen, ist nunmehr kein Entscheidungskriterium für den Eintritt der fiktiven Abnahme. Entscheidend sind eine Fristsetzung zur Abnahme und das Fehlen einer mangelbedingten Verweigerungserklärung durch den Auftraggeber. Will der Auftraggeber die Abnahme verweigern, muss er aktiv werden und dies begründen. Diese Klarstellung verbessert die Position des Auftragnehmers insoweit, als eine Nichtreaktion des Auftraggebers auf ein Abnahmeverlangen hin nun zur fiktiven Abnahme führen würde. Die früher erforderliche Abnahmereife des Werkes spielt keine Rolle mehr. Das hilft den Auftragnehmern weiterhin, weil es in der Praxis oft Beweisschwierigkeiten gegeben hat, wenn die Abnahmereife nachgewiesen werden musste. Das ging in vielen Fällen nicht ohne langdauernde Prozesse mit Einbindung von Sachverständigen und es ging vor allem um die bislang schwierige juristische Frage, ob denn überhaupt die Voraussetzungen einer fiktiven Abnahme vorgelegen haben. Das soll nun durch die Neuregelungen vereinfacht werden. Im unternehmerischen Verkehr treten die Abnahmewirkungen ein, wenn der Auftraggeber einem Abnahmeverlangen nicht unter Angabe von Mängeln binnen der durch den Auftragnehmer gesetzten Frist zur Abnahme widerspricht.

Die Fristsetzung des Auftragnehmers an den Auftraggeber zur Erklärung der Abnahme erfolgt nach neuer Fassung des BGB allerdings erst „nach **Vollendung des Werkes**“.

Ob die neuen Regelungen zur fiktiven Abnahme aber im Geschäftsverkehr von praktischem Vorteil sein werden, muss sich erst noch herausstellen. Immerhin hat der Auftraggeber, ein einfaches Mittel zu deren Verhinderung in der Hand: er benennt wenigstens einen Mangel und begründet damit seine Abnahmeverweigerung. Die Verhinderung der fiktiven Abnahme könnte mit der Behauptung unbegründeter oder unwesentlicher Mängeln erreicht werden.

Ist ein Verbraucher der Vertragspartner, kann eine fiktive Abnahme nur erreicht werden, wenn er vom Auftragnehmer darauf hingewiesen wurde, dass die Nichtreaktion auf die Fristsetzung zur Abnahme für ihn mit dem Eintritt der Rechtswirkungen einer Abnahme verbunden ist (§ 640, Abs. 2, Ziff. 2 BGB-E). Auf die Rechtsfolge einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Gründen verweigerten Abnahme muss der Auftragnehmer den Verbraucher ausdrücklich in Textform hinweisen. Das bedeutet für Handwerksunternehmer, dass ein schriftliches Abnahmeverlangen mit angemessener Frist und dem Hinweis auf eine „drohende“ fiktive Abnahme zu den Selbstverständlichkeiten der täglichen Betriebspraxis werden sollte. Ansonsten verpasst ein Unternehmer die Chancen, die sich aus einer fiktiven Abnahme für ihn ergeben könnten.

Nach wie vor, kann sich der Unternehmer nicht darauf verlassen, dass sich die Abnahme praktisch von selbst einstellt. Die Anforderungen an eine konkludente Abnahme bleiben hoch. Der richtige Umgang mit der Abnahmeproblematik ist aufgrund der Rechtswirkungen sorgfältig abzusichern. Das wird am besten erreicht durch ein faires Miteinander auf dem Bau und durch die Wertschätzung einer förmlichen Abnahme.

6. Zustandsfeststellung nach Verweigerung der Abnahme

Wenn dem Auftragnehmer auf der einen Seite im Falle der Nichtreaktion des Auftraggebers der Weg zur fiktiven Abnahme erleichtert wird, hat der Auftraggeber auf der anderen Seite ein starkes und gleichermaßen simples Gegenmittel in der Hand: er kann die Rechtsfolgen der Abnahme durch einfache Mangelbehauptung vereiteln. Der Gesetzgeber hat sich in diesem Fall auch mit der Frage auseinandergesetzt, was daraus dann folgt. Offensichtlich besteht auch ein dringendes praktisches Bedürfnis, den Zustand der erbrachten Leistung zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens doch zumindest technisch zu dokumentieren. Das dürfte einer späteren Sachaufklärung der Abnahmeverweigerungsgründe sachdienlich sein.

Das neue BGB schärft mit dem Instrument der Zustandsfeststellung die Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers zum Thema „Abnahme“. Vor dem Hintergrund, dass die Abnahme zu den Hauptpflichten eines Auftraggebers in einem Bauvertragsverhältnis gehört, weist der § 650 g BGB-E im Falle der Abnahmeverweigerung auf eine Zustandsfeststellung. Diese ersetzt zwar nicht die Abnahme, hat aber eine interessante Auswirkung auf die Beweislastverteilung. Um davon profitieren zu können, muss der Unternehmer diese Regelung kennen und sie dann in der Praxis dann auch noch anwenden. Bleibt der Auftragnehmer auf eine Abnahmeweigerung hin untätig, bleiben sowohl die Rechtswirkungen der Abnahme, als auch die Minimalvorteile einer gemeinsamen Zustandsfeststellung in weiter Ferne.

§ 650g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.

(2) Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.

(3) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.

Die Regelung zur Zustandsfeststellung ist nicht in den allgemeinen Regelungen zur Abnahme im Werkvertragsrecht platziert, sondern im Bereich, der speziellen Regelungen zum Bauvertrag. Das bedeutet, dass eine Zustandsfeststellung nach verweigerter Abnahme nur im Bauvertrag neuer Fassung, also im bislang sogenannten „großen“ Werkvertragsverhältnis greifen wird. Bei einem Streit zur Abnahme bei kleineren Werkleistungen, die nicht unter die Definition des Bauvertrages im BGB fallen, z.B. Reparaturen oder Wartungsverträgen (bisher sogenannter „kleiner“ Werkvertrag), wird man sich nicht auf diese Regelung berufen können. Für den Bauvertrag aber gilt: Wird die Abnahme vom Auftraggeber mit Mangelreden verweigert, kann der Auftragnehmer verlangen, dass eine Feststellung des Zustands des Werks stattfindet, an der der Auftraggeber mitzuwirken hat (§ 650 g, Abs. 1 BGB-E).

Wenn das Werk dem Besteller bereits verschafft worden ist und sich anlässlich der Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht zeigt, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht sein kann (§ 650 g Abs. 3 BGB-E).

Mit dieser Regelung lehnt sich der Gesetzgeber an die bisher geltende Beweislastfolge aus einer Abnahme an und erteilt einen deutlichen Hinweis zur Gewährleistungsproblematik, denn Mängel, die erst nach der Zustandsfeststellung entstehen, sind nicht vom Gewährleistungsumfang des Auftragnehmers abgedeckt. Der Auftraggeber hätte nun zu beweisen, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Zustandsfeststellung vorhanden war, wenn er der Vermutung der Mangelfreiheit entgegen will. Wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann, soll allerdings die Vermutung nicht greifen. Das ist sachgerecht, weil es Mängel geben kann, die zum Zeitpunkt der Zustandsfeststellung zwar objektiv vorhanden oder angelegt sein können, subjektiv aber eben nicht sichtbar und damit auch nicht offenkundig sein müssen. In diesen Fällen verliert der Auftraggeber seine Gewährleistungsansprüche natürlich nicht.

7. Rechtliche Konsequenzen aus der Zustandsfeststellung

Zunächst ist die gemeinsame Zustandsfeststellung eine Option aus einer verweigerter Abnahme. Der Gesetzgeber gibt dem Auftragnehmer damit ein Instrument in die Hand, mit dem zwar nicht die rechtlichen Wirkungen einer Abnahme erreicht werden können, aber zumindest ein Ergebnis zur Feststellung des technischen Status quo und damit auch ein Stück Rechtssicherheit erzielt werden kann. Immerhin verpflichtet er den Besteller zur Teilnahme an dieser Maßnahme. Bleibt dieser der Zustandsfeststellung fern, hätte der Auftragnehmer die Möglichkeit, eine einseitige Zustandsfeststellung vorzunehmen. Zudem sollen sich dann nach den Intentionen des Gesetzgebers grundsätzlich die in § 644 BGB vorgesehenen Rechtsfolgen zum Nachteil des Bestellers einstellen. Die Gefahr hinsichtlich der Beschädigung oder des Verlustes der Leistung würde auf den in Annahmeverzug geratenen Auftraggeber übergehen.

Findet eine gemeinsame aber strittige Zustandsfeststellung statt, wird mit der Protokollierung eine Basis für die spätere Bewertung der Mängel geschaffen. Hier kommt es darauf an, ob die Zustandsfeststellung wesentlichen Mängel offenbart oder die Mängel im Ergebnis als unwesentlich eingeschätzt werden. Zum Zeitpunkt der Zustandsfeststellung wird eine solche Bewertung nicht möglich sei. Wohl aber kann die Dokumentation des Ist-Zustandes eine Tatsachengrundlage für spätere Klärung der Rechtsfrage hinsichtlich der Abnahmeverpflichtung enthalten. Dennoch wird den Parteien in diesem Fall die folgende, möglicherweise zähe Auseinandersetzung auf dem Gerichtsweg nicht erspart bleiben. Der Weg zum Mangelfeststellung und rechtlichen Bewertung des Mangels bleibt dann nach wie vor über ein selbstständiges Beweisverfahren nach den §§ 485 ZPO offen.

Was die Form der Zustandsfeststellung angeht, schreibt das Gesetz Schriftform vor. Das Dokument soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben (§ 650 g Abs. 1, Satz 2 BGB-E). Da eine Zustandsfeststellung keine Abnahme ist, wird in der Unterschrift des Auftraggebers auch kein irgendwie geartetes Anerkenntnis begründet werden können. Das sollte man ggf. der Auftraggeberseite klarmachen. Mit einer Unterschrift signalisieren beide Vertragspartner in erster Linie, dass sie ihren durch das neue Gesetz auferlegten Mitwirkungsverpflichtungen nachgekommen sind.

Sofern der Auftragnehmer in die Lage versetzt wird eine einseitige Zustandsfeststellung vornehmen zu können oder zu müssen, gelten ähnliche Formvorschriften. Auch hier ist ein Dokument zu verfassen, aus dem der Tag der Anfertigung zu ersehen ist, das die Unterschrift des Unternehmers trägt und das als Abschrift dem Besteller „zur Verfügung“ gestellt werden muss. Hierbei empfiehlt sich die Dokumentation des Zugangs dieses Protokolls.

8. Neuregelungen zur Kündigung

Hinsichtlich der Kündigungen sind die Veränderungen zu beachten, die im allgemeinen Teil zum Werkvertragsrecht vorgenommen wurden und weiterhin jene, die im Speziellen zum Bauvertrag in das BGB eingeführt werden. Die freie Kündigungsmöglichkeit von Werkverträgen jeder Art ist im § 648 BGB-E geregelt. Der neue § 648 a BGB-E regelt nicht mehr die Bauhandwerkersicherheit (nun § 650 f BGB-E), sondern die Kündigung aus wichtigem Grund für beide Vertragsparteien. Diese wird neu in das Werkvertragsrecht aufgenommen. Es ist zu erkennen, dass dabei ebenfalls die VOB/B „Pate“ gestanden hat. Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Vollendung des Werks nicht zugemutet werden kann. Weiterhin ist eine Teilkündigung möglich. Diese muss sich auf einen nach dem Vertrag abgrenzbaren Teil der Leistung beziehen. Das Gesetz verpflichtet beide Parteien zur Mitwirkung an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes nach erfolgter Kündigung. Die Verweigerung zur Mitwirkung oder das schuldhafte Fernbleiben begründen künftig

die Beweislast auf den säumigen Partner für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Das soll nur dann nicht gelten, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat.

Hinsichtlich der Bauverträge gibt es zukünftig für Kündigungen ein Schriftformerfordernis (§ 650 h BGB-E) und zwar sowohl für die freie Kündigung, als auch die aus wichtigem Grund. Indem der Gesetzgeber ein Schriftformerfordernis für die Kündigung von Bauverträgen aufgestellt hat, sollen die Parteien von den einschneidenden und häufig eben auch gravierend negativen Folgen einer Kündigung geschützt werden. Der Schritt zur Kündigung soll gut überlegt sei und nicht voreilig erfolgen. Das Schriftformerfordernis beinhaltet, dass die Kündigungserklärung eigenhändig unterzeichnet sein muss. Eine einfache Mail reicht dafür nicht aus. Eine kann allenfalls als „Transportmittel“ eben dieser unterzeichneten schriftlichen Erklärung z.B. als pdf-Datei in einem Anhang genutzt werden. Allerdings wird mit einer Mail, die eine qualifizierte elektronische Signatur gem. § 126 a BGB enthält, das Schriftformerfordernis erfüllt. Werden die Formerfordernisse nicht berücksichtigt, entfalten die Erklärungen keine Rechtswirkung.

Für Reparatur- oder Wartungsarbeiten, also Verträge, die nicht in die Definition des neuen „Bauvertrages“ fallen, gibt es kein gesetzliches Schriftformerfordernis für Kündigungen. Das leitet sich schon daraus ab, dass die Schriftformregel eben nicht im allgemeinen Teil des Werkvertrages, sondern unter den Regelungen zum Bauvertrag Platz gefunden hat.

ÄNDERUNGEN IM KAUFRECHT

9. Bisherige Rechtslage der kaufrechtlichen Gewährleistung

Es war schon immer so, dass auch ein Verkäufer im Rahmen seines Kaufvertrages zur mangelfreien Lieferung verpflichtet ist. Während im Werkvertragsrecht der entscheidende Zeitpunkt dieser Verpflichtung die Abnahme darstellt, ist im Kaufrecht der Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache entscheidend. Liegen Mängel an der Kaufsache vor, muss der Verkäufer entweder mangelfrei nachliefern oder den Mangel an der Kaufsache beseitigen. Da der Umfang der Gewährleistungspflicht im Kaufrecht und im Werkvertragsrecht allerdings nicht identisch ist, ergab sich in der Vergangenheit bei materialbedingten Mängeln ein werkvertragliches Problem: Der Handwerker haftet seinem Auftraggeber gegenüber aus dem Werkvertrag im Rahmen der Nacherfüllung verschuldensunabhängig auf Ausbau des mangelhaften Materials und Einbau mangelfreier Materials. Den Materiallieferanten allerdings kann der Handwerker nur auf seine kauvertraglichen Ansprüche auf Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung in Anspruch nehmen.

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass – wie in der Begründung zum Gesetzgebungsentwurf formuliert – die derzeitige restriktive Handhabung des Nacherfüllungsanspruches entsprechend der geltenden Rechtslage vor allem zu Lasten der Handwerker und

Bauunternehmer gehe. Die bislang geltende Rechtslage ergab sich aber nicht nur aus dem BGB, sondern auch aus der Rechtsprechung. Werden Material oder Produkte, die anschließend verbaut werden, 3-stufig vertrieben (Hersteller – Händler – Handwerker) ist spätestens mit dem BGH-Urteil aus dem Jahr 2008 klar: Ein Fachhändler haftet bislang im gewerblichen Kaufrecht in der Regel nicht für Ein- und Ausbaurkosten im Falle einer mangelhaften Lieferung. Der BGB hatte entschieden, dass im Falle der Lieferung mangelhafter Sachen der Verkäufer nicht verpflichtet ist, die Ein- und Ausbaurkosten der Mangelsache zu tragen, es sei denn, er hat den Mangel an der Sache verursacht (BGH, 15.07.2008 (Az. VIII ZR 211/07)). Letzteres traf nicht zu, weil – von zweistufigen Vertriebswegen einmal abgesehen – der Lieferant nicht zugleich als Hersteller galt.

Einen Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaurkosten konnte der Unternehmer als Käufer nur durchsetzen, wenn ihm ein Schadensersatzanspruch gegen seinen Verkäufer zustand. An der Voraussetzung des Verschuldens des Händlers fehlte es aber in der Regel, wenn dieser etwaige Materialmängel eben nicht erkennen konnte und ihm ein Verschulden des Produzenten nicht über § 278 BGB zuzurechnen war. Eine Direktbeziehung zwischen Handwerker und Hersteller kam als Anspruchsgrundlage ebenfalls grundsätzlich nicht in Betracht, da zwischen ihnen kein Vertragsverhältnis bestand.

Die Kosten für den Ausbau des mangelhaften Materials und Einbau mangelfreier Materials trägt der Auftragnehmer im Falle seiner werkvertraglichen Haftung bislang also meist selbst. Dabei können diese Kosten erheblich sein und die Existenz der Firma bedrohen. Diese Kosten übersteigen häufig nicht nur schlechthin den Materiallieferungswert, sondern fallen durchaus in einer Höhe an, die den Vertragswert übertrifft. Man stelle sich vor, welche Kosten entstehen, wenn ein Fensterbauer z.B. in einem größeren Objekt die Charge Fenster nach erfolgtem Einbau wieder entfernen muss, weil sich erst nach einiger Zeit herausstellt, dass die von einem Hersteller bezogenen und in die Fenster eingebaute Iso-Verglasung nicht ordnungsgemäß abgedichtet war. Die neuen Iso-Verglasungen, die der Lieferant nachliefern müsste, machen ja nur einen Bruchteil dessen aus, was für die Neuherstellung der Fenster, den Aus- und Wiedereinbau und schließlich die Entsorgung und ggf. Tragung weiterer Schadenersatzkosten ausmachen würde. Das alle trägt nämlich bislang der Handwerker. Derartige Missverhältnisse und Gefahrenpotentiale sind also in den Fokus des Gesetzgebers geraten.

Die Änderungen des Kaufrechts „in der Lieferkette“ haben aber auch noch einen weiteren Hintergrund. Der Europäische Gerichtshof hatte im Juni 2011 für das Verbraucherkaufrecht entschieden, dass der Verkäufer gegenüber einem Verbraucher verpflichtet sein kann, die bereits in eine andere Sache eingebaute mangelhafte Kaufsache auszubauen und die Ersatzsache einzubauen oder die Kosten für beides zu tragen. Seit dieser Entscheidung gab es zum Thema „Aus- und Einbaurkosten“ demzufolge ein unterschiedliches rechtliches Ergebnis bei der Beurteilung der Ansprüche bei Kaufverträgen zu Verbrauchern und zu Unternehmern. Das Kaufrecht zwischen Unternehmern geriet in

eine europarechtswidrige Diskrepanz. Diese wird nun aufgelöst. Ab 2018 sollen auch Käufer, die nicht Verbraucher, sondern Unternehmer sind, Ansprüche auf den Aus- und Wiedereinbau bzw. die dafür notwendigen Kosten beim Lieferanten geltend machen können.

10. Das neue BGB-Mängelhaftungsrecht bei Materiallieferungen

Das Problem der Aus- und Wiedereinbaurkosten wird mit der Gesetzesnovelle völlig neu geregelt. Der § 439 Abs. 3 BGB-E legt fest, dass der Verkäufer von Baumaterialien im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet ist, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

§ 439 Nacherfüllung

...
(3) Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. § 442 Abs. 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.

Mit dieser Regelung verabschiedet sich der Gesetzgeber von der alten Konstellation, dass ein Verschulden des Lieferanten nachgewiesen werden müsse, um Schadenersatzforderungen durchzusetzen. Nunmehr haftet der Lieferant verschuldensunabhängig für etwaige Aus- und Wiedereinbaurkosten im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gegenüber dem Handwerker als Käufer. Das wird zunächst Lieferanten aufschrecken, weil sie nun mit einem Anstieg derartiger Forderungen rechnen. Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung prognostiziert, dass sich Verkäufer von Baumaterialien nun weitaus häufiger als bislang, Ansprüchen auf Ersatz von Aus- und Wiedereinbaurkosten ausgesetzt sehen werden. Allerdings hat der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang auch geregelt, dass der Lieferant berechnete Ansprüche dann in seiner Bezugskette ebenfalls bis zum Verursacher durchleiten kann (§ 445a BGB-E).

Eine Hysterie hinsichtlich der neuen Mängelhaftungsrechte muss deshalb allerdings weder beim Handel, noch bei der Industrie ausbrechen. Die gesetzlichen Änderungen gehen von der Grundlage aus, dass es sich um einen „echten“ Gewährleistungsmangel handeln muss, um Schadensersatzansprüche hinsichtlich der Aus- und Wiedereinbaurkosten geltend machen zu können. Das setzt die Berücksichtigung von zwei wesentlichen Punkten voraus, die in der Baupraxis täglich immer wieder unbeachtet bleiben oder völlig falsch beurteilt werden:

- Von einem Gewährleistungsanspruch ist nur auszugehen, wenn die Mangelhaftigkeit zum Übergabe-/Abnahmezeitpunkt vorhanden oder objektiv angelegt ist.
- Den Beweis der Mangelhaftigkeit zum Übergabe-/Abnahmezeitpunkt muss der Anspruchsteller führen.

Das eigentliche Problem, das eben auch mit der Gesetzesnovelle nicht gelöst wird, ist das weit verbreitete und fest verankerte Missverständnis zum Thema „Gewährleistung“. Die „echten“ Gewährleistungsfälle, die in der Praxis vielleicht einen Anteil von 5% aller Mangelanzeigen ausmachen, sind weder für das Handwerk, noch für den Handel und auch nicht für Produzenten eine nennenswerte Hürde. Problematisch ist der restliche Anteil der vermeintlichen Gewährleistungsfälle, die häufig – nicht einmal unter den Vorbehalt einer Kulanz gestellt – eben mit erledigt werden. Das sofortige unkommentierte Tätigwerden eines Handwerkers auf eine Gewährleistungsanzeige, wird als Anerkennung eines Rechtsanspruchs auf Mangelbeseitigung gewertet. Gewiss, ein Handwerker fühlt sich seinem Kunden verpflichtet oder will eine Geschäftsbeziehung nicht durch die Ablehnung von Mangelanzeigen belasten. Aber es ist eben von Vorteil, wenn man ein Gespür entwickelt, wann von einem Gewährleistungsmangel auszugehen ist und wann erhebliche Zweifel daran bestehen. Das könnte z.B. mit der einfachen Frage untersetzt werden, ob davon auszugehen ist, dass der angezeigte Mangel oder seine Ursachen bereits zum Abnahmezeitpunkt gesetzt waren. Tatsache ist jedenfalls, dass diese entscheidende Frage in der täglichen Praxis eben gar nicht erst gestellt wird und daraus negative betriebswirtschaftliche Konsequenzen für Handwerk, Handel und Hersteller entstehen. Der einzige Bereich im Baurecht, in dem von Unternehmern großzügig Geschenke an Auftraggeber verteilt werden ist der Bereich der Gewährleistung. Wenn das gewollt ist, ist dagegen nichts einzuwenden. Wenn der Handwerker allerdings glaubt, einen angeblichen Rechtsanspruch auf Mangelbeseitigung erfüllen zu müssen, kann das nicht ohne Weiteres bedeuten, dass Materiallieferanten diesen Einstandswillen mittragen. Mit anderen Worten: auch nach Einführung der neuen kaufrechtlichen Regelungen zur Mängelhaftung werden Handwerker mitunter auf Aufwendungen sitzen bleiben und nicht an Materiallieferanten weiterleiten können, wenn eben kein vom Kunden zu beweisender Gewährleistungsanspruch zugrunde liegt. Gerade, wenn es um die neuen gesetzlichen im Mängelhaftungsrecht verbrieften Aus- und Wiedereinbaukosten geht, werden die Lieferanten natürlich nur bereit sein, diese Kosten dem Handwerker zu ersetzen, wenn entsprechende Beweise der Mangelhaftigkeit zum Übergabezeitpunkt vorgelegt werden. Wenn der Handwerker verpasst hat, seinen Kunden auf eine adäquate Beweislast hinsichtlich etwaiger Materialmängel hinzuweisen, wandert die Beweislast auf seinen Tisch.

11. Umfang der Mängelhaftung

Liegen tatsächliche Gewährleistungsansprüche hinsichtlich verbauten Materials vor, hat der Verkäufer zukünftig dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen. In der bislang nur spärlich vorhandenen Kommentierung zu den Neuregelungen wird

u.a. die Auffassung vertreten, dass ein Lieferant im Falle von Materialmängeln auch die Arbeiten zum Aus- und Wiedereinbau vornehmen soll. Es ist denkbar, dass unter Umständen ein Handwerker daran ein Interesse haben kann und dies im Rahmen des Nacherfüllungsanspruches vom Lieferanten eben auch verlangen kann, aber nicht muss. Im neuen Gesetz steht nämlich, dass der Verkäufer diesbezügliche Aufwendungen zu „ersetzen“ hat. Das deutet darauf hin, dass ein Lieferant keinen Anspruch hat, die Aus- und Wiedereinbauarbeiten selbst vorzunehmen. Das ist eine begrüßenswerte Regelung, weil dadurch ein Eingriff in bestehende Werkverträge durch Lieferanten verhindert wird. Die Entscheidung, ob ein Lieferant tätig werden soll oder die Aufwendungen zu zahlen hat, liegt beim Handwerker als Käufer.

Im Vorfeld der Gesetzesnovelle wurde auch problematisiert, dass Lieferanten dazu angeregt sein könnten, sich im gewerblichen Verkehr durch die Einbeziehung ihrer AGB von der Verpflichtung zur Tragung der Aus- und Einbaukosten freizeichnen zu lassen. Dem hat der Gesetzgeber einen Riegel vorgeschoben, indem er auch den § 309 BGB geändert hat. Danach sollen Klauseln unwirksam sein, die die Verpflichtung des Verwenders ausschließen oder beschränken, die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 und 3 oder § 635 zu tragen oder zu ersetzen (§ 309 Nr. 8 b) bb) BGB-E). Damit ist ein gesetzliches Leitbild formuliert. Da der § 309 BGB im unternehmerischen Verkehr nicht unmittelbar, sondern allenfalls über § 307 BGB mittelbar gilt, bleibt hier ein Restrisiko für die Unternehmer. Die Rechtsprechung wird dazu allerdings sehr schnell für Klarheit sorgen, da es wohl in Zukunft von den Gerichten als unwirksam angesehen wird, wenn ein Lieferant einer wesentlichen Intention der BGB-Reform mit einem Federstrich in seinen AGB entziehen will.

Das Handwerk kann mit den neuen werkvertraglichen und kaufrechtlichen Änderungen komfortabel leben. Die einzige Voraussetzung für diesen Komfort ist die Kenntnis der Rechtslage. Es lohnt, sich mit den gesetzlichen Neuregelungen zu beschäftigen, die Risiken zu erkennen und sich einen Überblick zu den Vorteilen zu verschaffen. Schließlich dreht sich alles um wirtschaftlichen Erfolg.



Autor:

Rechtsanwalt
Dr. jur. Hans-Michael Dimanski
Tel.: (0391) 53 55 96-16
E-Mail: dimanski@ra-dp.de