



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
Herrn Ministerialrat
Dr. Schomburg

11015 Berlin

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, den 14. April 2010

Überprüfung des Bauvertragsrechts **Zum JMS vom 28.01.2010 – I B 3 – 3430/25-11 3/2010**

Sehr geehrter Herr Dr. Schomburg,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

I. **Vormerkung**

Der Notar wird als solcher mit dem Bauvertragsrecht gewöhnlich nur im Zusammenhang mit Verträgen über den Erwerb von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten befasst, in denen sich ein Teil (zumeist der Verkäufer) dem anderen Teil (meist dem Käufer gegenüber) zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet. Dies ist etwa der Vertrag über die Lieferung einer zu errichtenden oder zu sanierenden Immobilie (Bauträgervertrag), das sind aber auch Verträge über den Erwerb, die Errichtung und die (Rück-)Vermietung von Grundstücken mit Bauwerken (Projektentwicklungsvertrag), in denen die Bauverpflichtung den Erwerber trifft.

Wenn wir uns nachfolgend zu den im Bezugsschreiben aufgeworfenen Fragen äußern, so bitten wir, unsere insofern begrenzte Perspektive und damit auch Expertise zu berücksichtigen.

II.

Nicht angesprochene Fragen

Die Studie lässt einige Problemkreise offen, die über den Bauträgervertrag hinaus auch für Bauverträge relevant sind.

Ungleich gravierender als Baumängel sind Störungen in der Vertragsbeziehung zwischen Besteller und Unternehmer vor der Abnahme des Werks, die sich mit dem Stichwort „steckengebliebender Bau“ bezeichnen lassen und infolge Zahlungsschwierigkeiten/Insolvenz des Werkunternehmers auftreten können.

Die Bundesnotarkammer hat in jüngster Zeit hierzu den Vorschlag einer gesetzlich vorgeschriebenen Fertigstellungsbürgschaft unterbreitet. Auf diese Diskussion dürfen wir hier verweisen. Natürlich kosten derartige Sicherungsmittel ebenso wie die Vorschläge der im Bezugsschreiben genannten Studie Geld, das letztlich der Besteller über den Werklohn bezahlen muss.

III.

Rechtstatsächliche Vorüberlegungen

Jedenfalls in der öffentlichen Wahrnehmung treten bei Bauvorhaben gehäuft folgende Probleme auf:

- (1) mangelhafte Koordination und Abstimmung der einzelnen Gewerke untereinander;
- (2) Häufung von Kommunikationsmängeln bei der Leistungserbringung zwischen Besteller, Unternehmer und dessen Erfüllungsgehilfen;
- (3) geringer Grad der Standardisierung und der Skalierbarkeit von Bauleistungen;
- (4) Einsatz von Arbeitskräften mit geringer Qualifikation;
- (5) gehäuftes Ausnutzen des Informationsgefälles zwischen Unternehmer und Besteller (in der Wirtschaftswissenschaft als „opportunistisches Verhalten“ bezeichnet – Stichwort: „Pfuscher am Bau“).

Folge hiervon könnte eine im Vergleich zu anderen Branchen überproportionale Fehlerquote sein. Diese führt, so sie besteht, zu erheblichen direkten Kosten einmal für Unternehmen (Kosten der Mängelbeseitigung), aber auch zu erheblichen indirekten Kosten für den Besteller (Verzögerungsschäden, Bearbeitungsaufwand) sowie zu höheren Kosten für die Allgemeinheit (Belastung des Rechtssystems durch Bauprozesse, Kosten der Steuerstundung durch Ansatz von Gewährleistungs- und anderen Rückstellungen in den Jahresabschlüssen). Die Folgekosten von Bauleistungen sind zudem für den Verbraucher nicht planbar. Der

Vertragstypus des Facility Management (d. h. ein Vertrag über die Wartung und Instandhaltung gegen Pauschalhonorar) spielt nur bei Großprojekten eine Rolle, nicht im b2c-Bereich. Das fällt auf. Liegt dies nur daran, dass der Verbraucher nicht bereit ist, hierfür zu bezahlen?

Rechtsökonomisch ist dies erstaunlich. Der Wettbewerbsdruck in der Baubranche ist seit Jahrzehnten enorm. Demgemäß hat die Bauindustrie in Deutschland in den letzten 20 Jahren einen beispiellosen Schrumpfungsprozess durchgemacht. Nach der marktliberalen Theorie hätte dies zu einem erheblich besseren Angebot führen müssen. Das legt die Vermutung nahe, dass ein Marktversagen vorliegen könnte.

Als Ursachen kommen in Betracht:

- (1) Defizite im Qualitätsmanagement durch „Intermediäre“, d. h. unabhängige Experten, die die Leistungserbringung der Unternehmer im Interesse des Bestellers überwachen und so das Informationsgefälle ausgleichen.
- (2) Der Fokus ist zu wenig auf Nachhaltigkeit von Baustoffen und Bauverfahren gerichtet: Es fehlt an Standards für die Haltbarkeit von Produkten.
- (3) Wegen des einseitigen Setzens nur auf Kostensenkung und Preis- statt Qualitätswettbewerb zieht die Baubranche zu wenig qualifizierte Arbeitnehmer an.
- (4) Im Vergleich zu anderen Branchen (z. B. Automobilindustrie) sind Bauleistungen wenig standardisiert (was sich u. U. ändern lässt, ohne dass es zu einer „Plattenbaukultur“ kommt).

Defizite im Bereich zu (1) können an fehlenden Marktanreizen liegen. Der Bauträger als ein solcher „Intermediär“ hat ein Eigeninteresse an Gewinnmaximierung, die er z. B. dadurch erzielen kann, dass er dem billigsten und nicht dem besten Anbieter von Bauleistungen den Zuschlag gibt. Bei der Baudurchführung geraten Qualitätsmanagement und Termindruck oft in einen Zielkonflikt. Die Honorierung der Architekten als fachkundige Intermediäre hängt von der Bausumme ab und somit nicht von deren Leistung beim Kostenmanagement.

Gewährleistungsrechte (oben (2)) nutzen wenig, wenn die Leistung des Unternehmers dem Standard nach § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB entspricht. Statt einer langen Gewährleistungsfrist für z. B. eine „fachgerechte“ Duschtrennung im Bad wäre dem Besteller eher mit einer Duschtrennung gedient, die länger dicht bleibt als die erhältlichen Produkte. Solange sich aber die Industrie die der Gewährleistung vorgelagerten Vergleichsstandards über das Mittel der Normung und der anerkannten Regeln der Baukunst und Technik selbst setzen kann, sind Änderungen im Gewährleistungsrecht ein bloßes Herumkurieren an Symptomen.

Möglicherweise bessere Bauleistungen in der Vergangenheit (zu (3)) können auch mit dem höheren Qualifikationsniveau der Leistungserbringer – und dieses mit ihrer besseren Bezahlung – zu tun haben.

Ein Vergleich mit der Automobilindustrie (oben (4)) zeigt, wie sich komplexe Produktionsprozesse effizient organisieren und dadurch enorme Fortschritte im Qualitätsmanagement erzielen lassen, ohne das wir im „Einheitsauto“ fahren.

III. Lösungen

1. Ansatz der Studie

Die vorstehenden Überlegungen führen zu folgenden Antworten auf die im Bezugsschreiben gestellten Fragen:

a) Beweislast bei Gewährleistungsrechten

Der Besteller muss im Gewährleistungsstreit die Abweichung zwischen Ist- und Sollbeschaffenheit beweisen (= Mangel). Wer den Werklohn noch nicht voll bezahlt hat, hat hier natürlich rein faktisch bessere Chancen auf eine Einigung. Wer hingegen ohne wirtschaftliche Druckmittel seine Rechte geltend machen will, benötigt in der Regel ein Sachverständigengutachten. Den Besteller trifft insoweit das nicht unerhebliche und insbesondere Verbraucher von einem gerechtfertigten Vorgehen abschreckende Kostenrisiko. Zudem kann mit zunehmendem zeitlichen Abstand von der Abnahme des Werks der Unternehmer mit immer größerem Erfolg einwenden, der Mangel sei durch natürliche Abnutzung, übermäßigen oder unsachgemäßen Gebrauch und/oder durch unterlassene Wartung entstanden. Dieser Gegenbeweis ist umso leichter, je unklarer die Sollbeschaffenheit des Bauwerks (insbesondere die Haltbarkeit von Baumaterialien und die Nachhaltigkeit von Verfahren) definiert ist. Mit dem Zeitablauf steigt zudem die Wahrscheinlichkeit, dass der Unternehmer nicht mehr greifbar ist.

Diese Faktoren sind jedoch dem vertraglichen Gewährleistungsrecht immanent. „Wer die Augen nicht auftut, der tut den Beutel auf“, sagt schon das deutsche Rechtssprichwort. Das mag sicher für den Einzelnen misslich sein, führt aber dazu, dass der Besteller – wie bei anderen wichtigen Verträgen auch – angehalten wird, sich seinen Vertragspartner genau auszusuchen (etwa Referenzen einzuholen) und Mängel umgehend zu rügen. Ein solches Verhalten liegt im Interesse der Rechtsordnung und eines schonenden Umgangs mit der Resource Recht.

b) Gewährleistungsfristen

Die Verlängerung von Gewährleistungsfristen allein ändert an der dargestellten Risikoverteilung wenig. Als isolierte Maßnahme ist sie problematisch. „Pfusch am Bau“ kann nicht mit längeren Verjährungsfristen bekämpft werden, solange das Risiko, zur Verantwortung gezogen zu werden, vom Täter zu gering eingeschätzt wird. Je größer der zeitliche Abstand zur Abnahme, desto riskanter ist zudem der Gewährleistungsprozess für den Verbraucher (siehe oben 1.).

Zudem hilft eine längere Gewährleistungsfrist wenig, wenn die erbrachte Leistung einem selbstreferenziell definierten Stand der Technik entspricht, auch wenn sie bei objektiver Betrachtung unbefriedigend ist. Denn in diesem Fall liegt nur ein Baumangel vor, wenn der Besteller selbst eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Beschaffenheit (d. h. eine längere Haltbarkeit) vereinbart hat. Dem steht zum einen das Informationsgefälle zwischen Besteller und Unternehmer entgegen. Zum anderen ist es ineffizient, dies in jedem Fall dem Individualvertrag zu überlassen.

c) Erstreckung des § 648a BGB auf private Bauherren

Die Erfahrungen aus dem Bauträgerbereich zeigen, dass die Unternehmer überproportionale Probleme mit der Beitreibung der Schlussrate nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV haben. Gleiches gilt künftig für den Sicherheitseinbehalt nach § 632a Abs. 3 BGB. Das kann daran liegen, dass dem Besteller gegen Ende des Projekts das Geld ausgeht (ein Problem, das so alt ist wie das Bauen selbst). Auffallend ist aber, dass in diesen beiden Fällen der Besteller bereits im Besitz des Werkes ist. Damit ist seine Rechtsposition gestärkt, wenn auch nur scheinbar (er ist für die Eigentumsumschreibung noch auf Mitwirkung des Unternehmers angewiesen, was der Laie typischerweise nicht als Risiko erkennt). Der Unternehmer ist hingegen in der Drucksituation, das Vorhaben auch bilanziell rasch zum Abschluss zu bringen. Das Kostenrisiko eines Auflassungsprozesses liegt meist über dem Betrag der Kosten der behaupteten oder wirklichen Mängel.

Die Abnahme nur Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung entsprechend § 648a BGB hilft hier dem Unternehmer nur wenig, da seine Sicherheit Rang nach den bereits zur Finanzierung der Immobilie eingetragenen Grundpfandrechten erhält und damit zumeist wirtschaftlich wertlos sein wird

Der Markt behilft sich hier derzeit dadurch, dass sich Bauträger zum Teil vorbehalten, das Kaufobjekt erst nach vollständiger Fertigstellung (und dann Zug um Zug gegen Bezahlung des gesamten Werklohns) zu übergeben. Sind aber bei einer Eigentumswohnanlage auch die Außenanlagen geschuldet und wird das Werk etwa in der Zeit zwischen Oktober und April bezugsfertig, dann dürfte der Unternehmer die Wohnungen nicht übergeben, will er seiner Rechtsposition nicht verlustig gehen. Das ist auf dem Markt nur schwer durchsetzbar, es sei denn, der Bauträgervertrag sieht schon keine Errichtung von Außenanlagen vor. Letzteres ist aber in der Praxis ungewöhnlich und nicht sehr verbraucherfreundlich.

Misslich am bestehenden Rechtszustand ist, dass die Hinterlegung der ausstehenden Zahlungen durch den Käufer auf einem Treuhandkonto als Voraussetzung der Übergabe als MaBV- und als AGB-widrig angesehen wird (zum Diskussionsstand siehe *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rz. 529 (S. 251)).

d) Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung

Der Wortlaut des Gesetzes (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB) kennt die Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung zwar nicht. In reinen Bauverträgen entspricht sie aber bereits jetzt der Rechtspraxis (vgl. § 16 Abs. 3 VOB/B und BGH vom 24.01.2002 – VII ZR 196/2000, NJW 2002, 1567, 1568).

Im notariellen Bauträgervertrag ist die Rechnung an sich in der Regel bereits im Kaufvertrag vereinbart (siehe auch *Basty*, a. a. O., Rz. 551, S. 259). Sieht man von den Fällen zusätzlicher Sonderwünsche des Käufers, von einvernehmlich vereinbarten Mängeleinbehalten oder einer nachträglich erfolgten und zum Teil an den Käufer weiter gegebenen Umsatzsteuererhöhung (§ 309 Nr. 1 BGB) ab, so wäre eine Schlussrechnung dementsprechend bloß eine unnötige Förmerei.

Insbesondere dann, wenn zusätzliche Bauleistungen aufgrund von Sonderwünschen des Auftraggebers vereinbart sind, besitzt dieser ein berechtigtes Interesse daran, dass über die erbrachten Leistungen in einer endgültigen Rechnung abgerechnet wird. Der Auftraggeber muss schließlich erkennen, welche Vergütung er insgesamt für die vom Auftraggeber geschuldete Leistung aus dem betreffenden Auftrag zu zahlen hat. Er muss zudem die Gelegenheit erhalten, die konkreten Rechnungsposten zu prüfen und den nach seiner Ansicht zu zahlenden Gesamtbetrag zu ermitteln.

Da auch bei der Schlussrate ohnedies eine Baufortschrittsanzeige durch den Bauträger erfolgt, erscheint die mit der Aufnahme der Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung einhergehende (geringe) Verkomplizierung als hinnehmbar. Ohnedies entspricht es der Rechtspraxis, dass Bauträger nicht nur einen bestimmten Bautenstand anzeigen, sondern ihren Käufern zugleich auch die dann fällige Abschlagszahlung beziffern.

Wir gehen davon aus, dass – ebenso wenig wie der Eintritt des Baufortschritts – das Vorliegen einer (wirksamen) Schlussrechnung keine Fälligkeitsvoraussetzung darstellen darf, die vom Notar zu überprüfen ist. Dies wird ihm angesichts seiner mangelnden Fachkenntnis nicht möglich sein.

2. Weitere Maßnahmen

Ob sich mit den Vorschlägen der Studie allein die Qualität von Bauleistungen verbessern lässt, erscheint offen. Gleiches gilt für den Ansatz, Musterklauseln als Allheilmittel anzusehen.

a) Unabhängige Setzung von Standards

Wie oben gezeigt, lässt sich die Beweissituation für den Besteller auch dadurch verbessern, dass über eine unabhängige und nicht allein unter Kontrolle der Interessenverbände durchgeführte Setzung von Standards die Sollbeschaffenheit im Sinne des § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB definiert wird. Damit würde auch der Sachverständigenbeweis leichter. Im Ergebnis wäre

durch den Gesetzgeber das bisherige Verfahren der Normsetzung durch Branchen und ihre Verbände zu adressieren.

Die Unabhängige Setzung von Standards ist natürlich mit Kosten verbunden, die die Allgemeinheit treffen, vergleichbar etwa den Kosten der Bankenaufsicht oder der Arzneimittelzulassung. Möglicherweise erscheint diese Investition auch im Baubereich lohnend, da qualitativ hochwertiges Bauen einen hohen gesamtwirtschaftlichen Nutzen hat. Über Gebühren für die Zulassung von Baustoffen und –verfahren eines „Bundesamts für Baunormung“ lässt sich ein Teil der Investitionen u. U. aber wieder einspielen.

b) Verbesserung der Stellung von „Intermediären“

Nach der Lehre von der Institutionenökonomie erscheint eine Stärkung der Unabhängigkeit der Intermediäre (Bauleiter, Architekten) zwar durchaus sinnvoll und erfolgversprechend, dürfte aber nicht einfach sein. Denn diese Leistung hat ihren Preis, der bei entsprechender Unabhängigkeit nicht mehr im Werklohn versteckt werden kann, sondern für den Besteller transparent wird. Neben der Stärkung der entsprechenden Berufsgruppen kommt es vor allem auf die Bewusstseinsbildung beim Verbraucher an.

c) Weitere bessere Anreize

Möglich erscheint, dass das Entsendegesetz bereits jetzt qualifizierteren Anbietern bessere Chancen einräumt und damit erste Erfolge zeitigt. Falls empirische Untersuchungen dies belegen, wäre auch der hierdurch gewiesene Weg der Verbesserung der Bezahlung – und damit einhergehend eine Qualifizierungsoffensive im Baugewerbe – weiter zu beschreiten.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius