



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

## **Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer**

zur Überprüfung des Bauvertragsrechts  
– Befragung zu der rechtsvergleichenden Untersuchung zu Kernfragen  
des privaten Bauvertragsrechts  
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg –

erarbeitet vom  
**Schuldrechts-Ausschuss**  
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

- RA Prof. Dr. Volkert **Vorwerk**, Karlsruhe – Vorsitzender  
RA Jürgen **Bestelmeyer**, München  
RA Dr. Andreas **Eickhoff**, Bochum  
RA Dr. Carsten **Harms**, Hamburg  
  
RA Christian **Dahns**, Bundesrechtsanwaltskammer

April 2010  
**BRAK-Stellungnahme-Nr. 7/2010**  
Im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de) (Stellungnahmen)

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Notarverein  
Bundessteuerberaterkammer  
Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Richterbund  
Patentanwaltskammer  
Bundesverband der Freien Berufe

Per Mail:

Beck aktuell, LexisNexis Rechtsnews, OVS News Freie Berufe, Jurion Expertenbriefing, juris Nachrichten

*In dieser Legislaturperiode soll geprüft werden, ob und inwieweit ein eigenständiges Bauvertragsrecht zur Lösung der bestehenden Probleme im Bereich des Bau- und Werkvertragsrechts geeignet ist. Gegenstand dieser Prüfung wird auch eine im Auftrag des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz erstellte rechtsvergleichende Untersuchung zu Kernfragen des privaten Bauvertragsrechts der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg sein. Das Bundesministerium der Justiz hat allen mit dem Bauvertragsrecht befassten Verbänden Gelegenheit gegeben, sich zu dieser Studie zu äußern.*

*Zu den in diesem Zusammenhang vom Bundesministerium der Justiz aufgeworfenen Fragen äußert sich die Bundesrechtsanwaltskammer wie folgt:*

**Frage 1:** Wie häufig kommt es im Bauprozess bei Mängeln eines Bauwerkes auf die Beweislastverteilung an (in ca. 1/4, 1/2, 3/4 oder in allen Gewährleistungsverfahren)?

### **Antwort zu Frage 1**

Die gestellte Frage ist vielschichtig.

1. Sie berührt zunächst den Streit darüber, welche Leistung der Unternehmer schuldet. Lässt sich dies nicht durch Auslegung des Vertrags ermitteln, trägt sie vor Abnahme des Werkes der Unternehmer, wenn er die Vergütung vom Besteller einfordert (vgl. Kessen, in: Baumgärtel, Hdb Beweislast Schuldrecht BT II, 3. Aufl., 2009, Rdnr. 5 zu § 633 BGB). Diesen Fällen liegt regelmäßig die Konstellation zugrunde, dass der Besteller die Zahlung der Vergütung wegen Mängeln am Werk verweigert. Hat der Besteller demgegenüber die Zahlung nach erfolgter Abnahme geleistet, muss er das Vorliegen eines Mangels beweisen, wenn er Ansprüche gegen den Unternehmer geltend macht (vgl. Kessen, in: Baumgärtel, Hdb Beweislast Schuldrecht BT II, 3. Aufl., 2009, Rdnr. 17 zu § 633 BGB).

Zum Rechtsstreit kommt es in diesen Fällen regelmäßig, weil der Unternehmer das Vorliegen eines Mangels bestreitet. Ist Kern des Verfahrens, ob ein Mangel besteht, ist die Beweislastverteilung stets streitentscheidend, wenn der Beweis nicht gelingt.

2. Ist der Beweis, dass das Werk mangelhaft ist, demgegenüber gelungen, schließt sich die daran zu klärende Frage an, ob der Mangel bei Gefahr-

übergang (= Abnahme, vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2008 - VII ZR 64/07, BGHReport 2009, 223-226) vorhanden war. Von diesem Verständnis ausgehend ist die gestellte Frage, wie folgt zu beantworten.

- a)** Nach geltendem Recht hat der Unternehmer ein mangelfreies Werk zu liefern; bis zur Abnahme, mithin dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs, trägt daher der Unternehmer die Beweislast dafür, dass das Werk frei von Mängeln ist. Nach Abnahme hat der Besteller das Vorliegen eines Mangels zu beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 08.06.2004 - X ZR 7/02, BGHReport 2004, 1603-1604). Im Werkvertragsrecht gilt der sog. funktionale Mangelbegriff (dazu BGH, Urt. v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05, BGHReport 2008, 174-178).

Bauwerke sind so auszubilden, dass sich „auf Dauer keine Mängel zeigen“. Tritt innerhalb der Frist für die Verjährung der Mängelansprüche ein Mangel auf, wird bei Bauwerken in der überwiegenden Zahl der Mängel das Vorhandensein des Mangels schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs über den sog. funktionalen Mangelbegriff fingiert werden.

Eine Beweislastumkehr, die – ähnlich dem Kaufrecht – die Beweislast dem Unternehmer dafür auferlegt, dass der Mangel schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war, wird, soweit das Vorhandensein des Mangels feststeht, aus diesem Grunde wenig praktische Bedeutung haben. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil den Unternehmer nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Hinweispflicht trifft (dazu BGH, Urt. v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05, BGHReport 2008, 174-178; BGH, Urt. v. 19.01.1989 -VII ZR 87/88, BauR 1989, 467-469), sofern er auf Grund seines Fachwissens eine vom Besteller vorgegebene Ausführungsart für nicht sachgerecht erkennen kann. Die Verletzung jener Hinweispflicht führt zur Mangelhaftigkeit des vom Unternehmer erbrachten Werkes (dazu BGH, Urt. v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05, BGHReport 2008, 174-178).

- b)** Für die Frage, ob eine Beweiserleichterung für den Besteller zu schaffen ist, der Verbraucher ist, ist aus Sicht der BRAK daher auch ohne Bedeutung, dass nach einer Studie der DEKRA (nachgewiesen unter „Zweiter DEKRA-Bericht zu Baumängeln an Wohngebäuden“, 2008, ab-

rufbar unter <http://www.dekra.de/de/1679>) die Mangelercheinung in etwa 44 % der Fälle nach Abnahme sichtbar geworden ist (vgl. dazu „Zweiter DEKRA-Bericht zu Baumängeln an Wohngebäuden“, S. 5 ). Der Bericht der DEKRA weist aus, dass trotz dieses Umstandes alle nach Abnahme in Erscheinung getretenen Mängel der Verantwortung des Unternehmers haben zugewiesen werden können.

Die Studie der DEKRA führt nämlich nicht an, dass im Rahmen der baubegleitenden Untersuchung, die an 50 repräsentativ ausgewählten Bauvorhaben durchgeführt worden ist, auch nur für einen der gefundenen Mängel offengeblieben ist, ob der Mangel schon vor der Abnahme vorhanden war.

- c) Für die Beweislastverteilung ist, insbesondere für den Verbraucher, wesentlich bedeutsamer, ob in der gewählten Bauausführung ein Mangel zu sehen ist. In der Rechtsprechung ist geklärt, dass die Einhaltung der einschlägigen DIN-Normen oder anderer Regelwerke das Vorliegen eines Mangels im Zeitpunkt der Abnahme nicht ausschließt (vgl. dazu die Beispiele, BGH, Urt. v. 14.05.1998 - VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16-20; OLG Stuttgart, Urt. v. 21.05.2007 - 5 U 201/06, OLGR Stuttgart 2007, 787-789). In diesen Fällen könnte eine Beweislastregel für den Verbraucher hilfreich sein und Beweiserhebungen im Bauprozess entbehrlich machen, aufgrund derer die – widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung – gilt, dass die aufgetretene, die Funktion des Werkes beeinträchtigende (Mangel-)Erscheinung darauf zurückzuführen ist, dass das Werk nicht den im Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgebenden anerkannten Regeln der Technik entspricht. Wird die mit Gefahrübergang insoweit in Lauf gesetzte Frist etwa auf ein Jahr bemessen, führt die Vermutung auch nicht zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmers, weil die anerkannten Regeln der Technik im Bauhandwerk nicht derart im Fluss sind, dass innerhalb dieser Zeit tiefgreifende Veränderungen zu erwarten sind. Sind Veränderungen eingetreten, steht dies – sogar – einer unwiderleglichen Vermutung im vorstehenden Sinne nicht entgegen, weil der Unternehmer schon nach bestehender Rechtsprechung den unmittelbar bevorstehenden Wechsel der anerkannten Regeln der Technik bei der Bauausführung zu beachten hat (vgl. BGH, Urt. v. 14.05.1998 - VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16-20).

**Frage 2:** Wie häufig scheitern Klagen, die auf Mängelrechte gestützt werden, an der Frage der Verjährung (in ca. 1/4, 1/2, 3/4 oder in allen Gewährleistungsverfahren)? Wie häufig sind Streitigkeiten, in denen vermeintliche Arglist des Unternehmers oder sein Organisationsverschulden Gegenstand des Streits sind (mögliche Konstrukte zur Überwindung der 5-Jahres-Frist; in ca. 1/4, 1/2, 3/4 oder in allen Gewährleistungsverfahren)?

### **Antwort zu Frage 2**

Die Schwere des Mangels lässt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht auf ein Organisationsverschulden schließen (BGH, Urt. v. 27.11.2008 - VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55-71).

Der Besteller muss vielmehr nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. v. 27.11.2008- VII ZR 206/06, a.a.O.; Urt. v. 01.07.2008- XI ZR 411/06, BGHReport 2008, 1228) auch darlegen und beweisen, dass der Unternehmer arglistig gehandelt hat. Arglist ist eine innere Tatsache (vgl. BGH, Urt. v. 27.02.2008 - IV ZR 270/06, BGHReport, 2008, 737, 738), deren Vorliegen in der Regel nur über Indiztatsachen dargelegt werden kann.

Dem Besteller sind die Abläufe am Bau in der Regel unbekannt. Die Möglichkeit, die für das Vorliegen der Arglist erforderlichen Indiztatsachen anführen zu können, wird angesichts dessen der Ausnahmefall bleiben. Das gilt zumindest, wenn Verbraucher als Besteller auftreten.

- a) Ob die Verlängerung der Gewährleistungsfrist auf 10 Jahre angemessen ist, erscheint unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Rechtsprechung zum sog. funktionalen Mangelbegriff (s. 1) zweifelhaft. Innerhalb des Bauwerkes gibt es Bauteile, die funktionsbedingt „verbrauchs anfällig“ sind. Beispielfähig seien dafür Türklinken, Wasserhähne, Thermostate am Heizkörper, einfach gestaltete Fensterbeschläge, Klimaanlage etc. genannt. Zeigt sich an jenen, dem Verschleiß unterliegenden Bauteilen innerhalb einer verlängerten Gewährleistungsfrist ein Mangel, wird anders als im Falle einer fünfjährigen Frist, nicht mehr über den sog. funktionalen Mangelbegriff fingiert werden können, dass der Mangel schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war. Einfach konstruierte und preiswert hergestellte Verbrauchsteile sind dem Verschleiß eben schneller ausgesetzt.

- b) Die Ausdehnung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche kann sich daher sinnvoller Weise auch nur auf sog. tragende Bauteile erstrecken; wobei sich die Ausdehnung der Verjährungsfrist möglicherweise auch nur auf bestimmte Arten von Mängeln erstrecken sollte. Angemessen erscheint nämlich auch nicht, eine Haftung des Unternehmers für nach 9,5 Jahren auftretende – einfache – Setzungsrisse zu statuieren. In dieser Frist können Verschiebungen im Erdreich auftreten, die die leichten Risse entstehen lassen. Da die Risse die Standfähigkeit des Gebäudes nicht beeinträchtigen und die Setzungen möglicherweise auch nicht vorhersehbar sind, erscheint es nicht sinnvoll, auf alle Mängel die verlängerte Gewährleistungsfrist auszudehnen.

Es gilt auch hier, was bereits im Gesetzgebungsverfahren zur Schuldrechtsmodernisierung klargelegt worden ist: Verjährungsfristen müssen neben der Einheitlichkeit und Klarheit auch die verschiedenen Interessenlagen der Parteien berücksichtigen (BT-Drs. 14/6040, S. 97,100,264).

- c) Dennoch könnte eine angemessene Regelung darin zu finden sein, im Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer für „schwere Mängel“ (die jedenfalls über einen Beispielkatalog greifbar zu machen sind) die widerlegliche Vermutung eines Organisationsverschuldens aufzustellen und für diese Fälle (also die, die auf einem Organisationsverschulden beruhen) die Verjährung auf mehr als 5 Jahre auszudehnen. Im Verhältnis Unternehmer zu Unternehmer hätte der Besteller die Voraussetzung des Organisationsverschuldens demgegenüber darzulegen und zu beweisen.

**Frage 3:** In welchem Umfang liegen Ihrer Schätzung nach den Bauprozessen über Baumängel letztlich Zahlungsschwierigkeiten privater Bauherren zugrunde (in ca. 1/4, 1/2, 3/4 oder in allen Gewährleistungsverfahren)?

### **Antwort zu Frage 3**

Aus der anwaltlichen Praxis lässt sich die Frage nur verneinen: Wird der Prozess „aus Zahlungsschwierigkeiten“ [des] privaten Bauherren geführt unterstellt diese Prämisse, dass die gerügten Mängel in Wahrheit nicht vorhanden sind.

Bei dieser Konstellation würde und darf kein Anwalt der Zahlungsklage mit der Mängeleinrede begegnen oder wegen der nicht vorhandenen Mängel Klage erheben.

Es ist auch kaum denkbar, dass der Bauherr, der sich in finanzieller Not befindet, auch noch die Gefahr des Unterliegens in einem Prozess und die damit verbundenen Kosten auf sich nimmt, um eine Zahlungsfrist „hinaus zu schieben“. Das gilt insbesondere deshalb, weil die erstinstanzliche Verurteilung zu einem vollstreckbaren Urteil führt.

Die Beantwortung der Frage aus einer ex post-Betrachtung (= dem Ausgang der Beweisaufnahme über das Vorliegen der Mängel) erscheint unzulässig. Wenn eine ex post-Betrachtung ausschlaggebend wäre, müsste jeder bewiesene Mangel Beleg für die von Anfang an auf Seiten des Unternehmers bestehende Vertragsuntreue sein.

**Frage 4:** Was spricht Ihrer Einschätzung nach für bzw. gegen die Schlussrechnung als – gesetzlich geregelte – zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlusszahlung?

#### **Antwort zu Frage 4**

Nach derzeitigem Rechtszustand ist die Vergütung im Zeitpunkt der Abnahme fällig. Zu diesem Zeitpunkt hat der Besteller in der Regel nicht einmal im Falle des Pauschalpreisvertrages Kenntnis von der genauen Höhe der Vergütung, die für die Werkleistung zu zahlen ist. Denn auch beim Pauschalpreis werden in der Regel während der Bauphase Mehr- oder Minderleistungen vereinbart. Es spricht deshalb alles dafür, die Erteilung einer prüfaren Schlussrechnung zur Fälligkeitsvoraussetzung des Werklohns zu machen. Um nicht unendliche Streitigkeiten über die Frage der Prüffähigkeit der Schlussrechnung führen zu müssen, sollten jedoch für die Frage der Fälligkeit der Schlusszahlung die Regeln übernommen werden, die die Rechtsprechung inzwischen zum Einwand gegenüber der fehlenden Prüffähigkeit entwickelt hat (dazu BGH, Urt. v. 26.10.2000 - VII ZR 99/99, BGHReport 2001, 40-41; Urt. v. 17.12.1998 - VII ZR 37/98, BGHZ 140, 248-253; Urt. v. 10.05.1990 - VII ZR 257/89, BauR 1990, 605-607; Urt. v. 20.10.1988- VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290-299).