

Das neue Bauvertragsrecht zum 01.01.2018

Am 01.01.2018 kommt das neue Bauvertragsrecht. Es ändern sich einige Vorschriften, die Auswirkungen zum einen auf die Vertragsgestaltungen haben, aber auch auf die Bauabwicklung.

Um Ihnen einen kurzen Überblick zu verschaffen, werde ich auf die wichtigsten Punkte eingehen.

I. Änderungen in den allgemeinen Vorschriften

1. Abschlagszahlungen - §632 a BGB

Abschlagszahlungen sind bei der Abwicklung eines Werkvertrags/Bauvertrages sehr wichtig, damit Sie als Unternehmer/Handwerker während der Bauabwicklung Geld erhalten, da Sie im Regelfall in Vorleistung gehen.

Wert anhand der vereinbarten Vergütung

Bisher wurde die Höhe der Abschlagszahlungen danach errechnet, welcher Wertzuwachs auf Seiten Ihres Vertragspartners durch die bisher erfolgten Leistungen eingetreten ist. **Nunmehr sollen Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der erbrachten und auch geschuldeten Leistungen vorgesehen sein.** Die ist weitgehend identisch mit **§16 Abs. 1 Nummer 1 VOB/B**. Damit wird ein Abschlag auf **Grundlage der vereinbarten Vergütung**, bei den Einheitspreisverträgen nach Aufmaß und Einheitspreis, bei Pauschalverträgen nach einer am Vertragspreis orientierten Bewertung der erbrachten Leistungen gezahlt. Es geht also immer um den **Wert anhand der vereinbarten Vergütung**. Wenn Sie Einheitspreise vereinbaren für anfängliche Leistungen, die Sie überbewerten, ist das dann eine vertraglich vereinbarte Leistung, die Sie auch nach BGB fordern können. Wenn Sie lediglich aus einer internen Kalkulation den Abschlag ermitteln, muss an dem gesamten Wert der Leistung orientierte angemessene Vergütung verlangt werden.

Wichtig:

Zukünftig gibt es den **Verbraucherbauvertrag**. Bei einem Verbraucherbauvertrag kann der Unternehmer nur 90% des Wertes für einen Abschlag verlangen.

Einstellung des Mangels in die Abschlagszahlung

Nach der jetzigen gesetzlichen Regelung ist es so, dass Abschlagszahlungen bei wesentlichen Mängeln verweigert werden konnten, was in der Praxis oft dazu geführt hat, dass gar keine Abschlagszahlungen zu zahlen sind. Nach §16 Abs. 1 VOB/B ist es jedoch so, dass auch Leistungen trotz wesentlicher Mängel vertragsgemäß sein können und lediglich nur ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann. Dies soll nunmehr auch für BGB-Verträge gelten. Sind beispielsweise Mängelbeseitigungskosten von 10.000,00 EUR in Streit, muss Ihr Kunde nunmehr auf eine nach der Vergütung bemessene Abschlagsforderung von 100.000,00 EUR 80.000,00 EUR als Abschlag bezahlen, in Höhe von 20.000,00 EUR hängt dann die Zahlungspflicht ab, dass der Mangel beseitigt wird und es würde dann eine Zug um Zug Zahlung erfolgen. **Es wird letztendlich nur noch der Mangel eingestellt in die Abschlagszahlung.**

Bzgl. der **Beweislast** bleibt es natürlich dabei, dass Sie bis zur Abnahme die Beweislast für eine mangelfreie Leistung haben und jeder die Beweislast im übrigen für die Ansprüche trägt, die er geltend machen will.

2. Abnahme - §640 BGB

Die Abnahme, wissen Sie, ist ein ganz wichtiges Recht, weil sich danach die Fälligkeit für die Vergütung für Ihre Werkleistung bestimmt und natürlich auch die Beweislast. Auf die Abnahme muss immer ein besonderes Augenmerk gelegt werden. Die jetzige Regelung hat sehr viel Schlupflöcher geboten und der Gesetzgeber hat nunmehr *versucht*, diese Abnahme besser zu regeln.

Problematisch bei §640 BGB war immer, dass eine fiktive Abnahme, nämlich dass für die Abnahme eine Frist gesetzt wird, und wenn in der Frist nicht abgenommen wird, dies als Abnahme gilt, quasi nicht durchsetzbar war. Eine Abnahmeverweigerung kann zwar die Fiktion nicht verhindern, aber dieses Problem wird erst möglicherweise in einem jahrelangen Gerichtsverfahren geklärt. In diesem Verfahren könnte Ihr Vertragspartner sogar noch Mängel nachschieben. Deswegen hat man §640 BGB nunmehr geändert.

Ihr Vertragspartner kann die Abnahme nur unter Angaben von Mängeln, wobei mindestens ein Mangel reicht, verweigern. Wenn er keine Mängel angibt, ist die Abnahmefunktion auch nicht mehr angreifbar. Aber es bleibt weiterhin unerheblich, ob die Mängel tatsächlich bestehen. Dies wird dann ggf. erst wieder in einem Gerichtsprozess geklärt oder in einer Einigung. Helfen kann nunmehr **§650 f BGB**, bei dem in diesen Fällen die Möglichkeit besteht, eine **Zustandsfeststellung** zu fordern, nämlich dass man den Zustand jetzt feststellt, um einen Konflikt einer schnelleren Klärung zuzuführen.

Wird es damit einfacher? Ich denke nicht. Letztendlich könnte Ihr Vertragspartner erst einmal unwesentliche Mängel benennen. Dann gilt die Werkleistung nicht als abgenommen. Er wird dann geklärt, dass nur unwichtige Mängel vorlagen und zwischendrin werden wesentliche Mängel nachgeschoben.

Die fiktive Abnahme ist einfach schwierig und ich bin der Ansicht, dass der neue gesetzgeberische Versuch den Bauunternehmer/Handwerker nicht wirklich weiterhelfen wird.

Wichtig ist, dass die Abnahme erst **nach Fertigstellung** des Werks verlangt werden kann. Dabei kommt es aber darauf an, **wann das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung als fertig anzusehen ist**, d. h. ob die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet sind. Es kommt also nicht darauf an, ob Mängel vorliegen oder nicht, sondern der Unternehmer erbringt seine Leistung, er denkt, dass es mangelfrei ist, und fordert dann zu Abnahme auf.

Verbraucherbauvertrag

Nach Absatz 2 Satz 2 vom § 640 BGB muss der Verbraucher über die Möglichkeit der fiktiven Abnahme vom Unternehmer informiert werden. Der Verbraucher ist grundsätzlich erst einmal dumm und muss über alles aufgeklärt werden, also müssen Sie, wenn Sie zur Abnahme auffordern, auch darüber aufklären, dass für den Fall, wenn er die Abnahme nicht innerhalb der gesetzten Frist erklärt oder die Abnahme ohne Mängel erklärt, das Werk als abgenommen gilt.

Zusammenfassend zur „neuen Abnahme“:

Dieses Gesetz wird kaum Veränderungen bringen, da der Fall selten ist, dass eine Abnahme ohne Angaben von Mängeln verweigert wird. Die entscheidenden Schwächen des Gesetzes, dass der die Abnahme subjektiv zu Unrecht verweigernde Vertragspartner von der Abnahmeverweigerung profitiert, weil er eben auch noch **Mängel nachschieben** kann, hat das Gesetz nicht beseitigt.

3. Kündigung aus wichtigem Grund - §648 a BGB

Wichtig ist, dass die Kündigung **nur schriftlich** erfolgen kann gemäß §650 h BGB.

Auch der **Bauträgervertrag** kann gem. § 646 a BGB gekündigt werden, gemäß § 650 u BGB. Möglich ist dabei nur ein Rücktritt, also die Rückabwicklung der Gesamtleistung.

Hauptgrund einer außerordentlichen Kündigung ist die **Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses**. Die ist natürlich ein sehr auslegungsfähiger Rechtsbegriff, den die Rechtsprechung auch dementsprechend bislang ausgelegt hat. **Wichtig** ist immer, dass eine **Frist** gesetzt wird, also erst Kündigung nach erfolgreichem Ablauf und einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgreicher Abmahnung. In ganz ausdrücklichen Fällen kann auch ohne Frist gekündigt werden. Nachdem das Rücktrittsrecht nicht umgangen werden darf, darf nur gekündigt werden, wenn **schwerwiegende Vertragsstörungen** gegeben sind.

Wichtig ist, dass das **Kündigungsrecht befristet** ist. Man wird hier entsprechend der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung eine zwei-Wochen Frist ausreichend lassen, d. h. wenn vom Kündigungsgrund Kenntnis besteht, hat man noch zwei Wochen Zeit zu kündigen. Die Möglichkeit der **Teilkündigung** ist ebenfalls mit aufgeführt. Diese gilt aber nur für **abgrenzbare** Leistungen, was wiederum weiter ist, als der Begriff der abgeschlossenen Leistungen, wie Sie ihn nach der VOB/B kennen. Abgeschlossene Leistungen können nicht in einem Gewerk liegen, das ist aber bei abgrenzbaren Leistungen anders. Letztendlich müssen die Vertragspartner eine klare Abgrenzung hinbekommen. Der Werkunternehmer, der dann tätig ist, muss die geschuldete Leistung ohne Beeinträchtigung erbringen können. Dies ist natürlich wieder eine Einzelfallregelung.

Die Gefährlichkeit einer fristlosen Kündigung dürfte Ihnen als Unternehmer/Handwerker bekannt sein.

Gesetzlicher Leitbildcharakter BGB und VOB/B:

Letztendlich ist diese Regelung anders, wie Sie Ihnen aus § 8 Abs. 3 Nummer 1 in Verbindung mit §4 Abs. 7 VOB/B bekannt ist. Grundsätzlich ist es so, dass die rechtliche Regelung im BGB Leitbildcharakter hat. Wenn die Regelung des BGB abweicht von den Regelungen der VOB und zwar bzgl. der abgrenzbaren Teile des geschuldeten Werks, nämlich einmal abgrenzbare Teile und einmal in sich abgeschlossene Teile, liegt eine Abweichung von den Regelungen der VOB/B vor. Möglicherweise hält dann die VOB Regelung einer Inhaltskontrolle nicht mehr Stand. Diese Problematik ist hochbrisant. Welche Regelungen der VOB/B halten dem gesetzlichen Leitbildcharakter noch Stand??

Inwieweit führt der Leitbildcharakter des Gesetzes dazu, dass Regelungen, die in der VOB/B stehen, und die vereinbart sind, dann nicht mehr gelten, weil Sie einer Inhaltskontrolle standhalten müssen, sodass es möglicherweise dann keinen Sinn mehr macht die VOB/B zu vereinbaren? Dies sind spannende Fragen, die erst im Zuge der Rechtsprechung usw. geklärt werden müssen.

In §648 a Abs. 3 BGB ist eine Regelung zur gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes aufgeführt. Wenn eine Kündigung im Raum steht, ist das Vertragsverhältnis meistens schon etwas vorsichtig ausgedrückt, angespannt. Die notwendigen Feststellungen der erbrachten Leistungen werden dann oft nicht mehr dokumentiert, insbesondere nicht zeitnah. Dies ist für Sie als Unternehmer/Handwerker nachteilig, wenn Sie die Vergütung für die erbrachten Leistungen verlangen wollen, da Sie den abgerechneten Leistungen möglicherweise nicht nachweisen können. Aber auch für Ihren Kunden ist es nicht immer gut, wenn er Mehrkosten

geltend machen will und auch darum wieder nicht den Leistungsstand nachweisen kann. Das Gesetz gibt nunmehr die Vertragspflicht zur gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes vor.

Nach der Kündigung können Sie dann auch die Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen verlangen. Auch hier gibt es dann die Möglichkeit der Zustandsfeststellung, diesmal nach §650 g BGB.

II. Das neue Kapitel 2 des BGB

1. Bauvertrag - § 650 a BGB:

Unter einem Bauwerk wird eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache verstanden. Nach der Rechtsprechung liegt aber auch ein Bauwerk vor, wenn im Bestand gearbeitet wird. Dies hat in der neuen Regelung jedoch keinen Eingang gefunden. Geregelt wurde lediglich

- **die Neuherstellung eines Bauwerks oder einer Außenanlage oder eines Teils davon**
- **Wiederherstellung eines Bauwerks oder einer Außenanlage oder eines Teils davon**
- **Beseitigung eines Bauwerks oder einer Außenanlage oder eines Teils davon**
- **Umbau eines Bauwerks oder einer Außenanlage oder eines Teils davon**
- **Instandhaltung eines Bauwerks, wenn das Werk für die Konstruktion, dem Bestand oder dem bestimmungsmäßigen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist**

Der Gesetzgeber hat sich an **§ 2 HOAI** orientiert. Die HOAI hat auch Erweiterungsbauten, Modernisierung und Instandsetzung mit umfasst. Vielleicht gelten diese Kriterien aber auch schon für die Instandhaltung, sodass man doch auch für diese Arbeiten von einem Bauwerk sprechen muss. Was soll es denn sonst sein.

Wichtig ist, dass bei einem **Verbraucherbauvertrag** dieser **nur** vorliegt, wenn **wesentliche Umbauarbeiten** in Auftrag gegeben worden sind.

Dies ist deswegen wichtig, weil der Verbraucherbauvertrag wieder Schutzvorschriften für den Verbraucher aufführt und diese dann nicht gelten, wenn es sich um unwesentliche Arbeiten handelt. Was wesentlich und unwesentlich ist, steht dann wieder im Auge des Betrachters. da gerade der Verbraucher dies subjektiv sehen wird und für ihn jeder Eingriff in die Bausubstanz wesentlich sein wird. Auch hier werden wir abwarten müssen, was die Rechtsprechung daraus macht.

Es dürften nunmehr auch endgültig **Abbrucharbeiten** eines Bauwerks unter den Bauvertrag fallen. Nach der Rechtsprechung sind Abbrucharbeiten dann keine Arbeiten am Bauwerk, wenn sie nicht zur Errichtung eines Bauwerks dienen. Klassischer Fall, Rodungsarbeiten.

2. Änderungen des Vertrags, Anordnungsrecht des Bestellers - §650 BGB

Dies ist eine sehr **wichtige** Regelung, da es der Regelfall ist, dass der Bauvertrag geändert wird, das was hinzukommt, was weggenommen wird, dass Ihr Vertragspartner etwas Neues in Auftrag gibt usw. Hier gibt es auch sehr viele Konfliktbereiche, die man ggf. jetzt mit den neuen Gesetz etwas klarer sehen kann?!

Leider hat sich der Gesetzgeber nur eines Punktes angenommen, das **Anordnungsrecht** und die sich nach einseitigen Anordnungen ergebenden Vergütungsansprüche sowie die Durchsetzung der Anordnung und der Vergütung.

§ 650 b BGB – die Anordnung

Im § 650 b BGB wird immer wieder auf das **Einvernehmen** abgestellt. Die Parteien sollen eine **einvernehmliche Regelung** finden und zwar bevor der Vertragspartner von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Grundsätzlich sind die Vertragsparteien an ihrer Einigung und ihren Vertrag gebunden. Deswegen muss auch über **Änderungen eine Einigung** erzielt werden. Dies ist insoweit klar.

Bereits nach geltenden Recht wird ein Anordnungsrecht des Bestellers bestehen, wenn es dazu dient, die **Funktionalität** der vereinbarten Leistung zu gewähren und die **Grenzen der Zumutbarkeit** nicht überschritten werden. Nach der **VOB/B** gibt es Regelungen wie angeordnet werden darf. Die VOB/B unterscheidet nicht zwischen der Funktionalität von notwendigen und nicht notwendigen Leistungen, sondern stellt auf die **Änderungen des Bauentwurfs** und **zusätzliche Leistungen** ab. Erst dann kann der Auftraggeber anordnen, § 1 Abs. 3 VOB/B i.V.m. §1 Abs. 4 Satz 1 und 2 VOB/B. Es ist nach der VOB/B eigentlich nicht verständlich, warum ein Anordnungsrecht nur bei zusätzlichen, nicht aber bei geänderten Leistungen gelten sollen. Deswegen hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, nicht die VOB Regelung zu übernehmen, sondern es ist **egal**, ob eine **Leistungsänderung** oder eine **zusätzliche Leistung** angeordnet wird. Dies hat nur zu schweren Abgrenzungsproblemen geführt. Der Gesetzgeber hat sich auch dafür entschieden, dass ein Anordnungsrecht auch möglich ist, wenn die Anordnung nicht für die Funktionalität erforderlich ist. **Verweigern** können Sie die Anordnung als Unternehmer/Handwerker dann, wenn es für Sie **nicht zumutbar** ist. Nachdem Sie dann auch eine angemessene Vergütung erhalten, ist diese Regelung wohl wirksam.

Der Gesetzgeber unterscheidet damit zwischen Änderungen, die notwendig sind für die Funktionalität und Änderungen, die dazu nicht notwendig sind. Nicht notwendige Leistungen haben Sie dann nur auszuführen, wenn es für Sie zumutbar ist.

Es gilt somit für §650 b Abs. 1 Nummer 2 BGB :

Folgender Fahrplan:

Änderungswunsch Ihres Vertragsverhältnisses über **notwendige** Änderungsleistungen:

- Sie machen ein Angebot über die Mehrvergütung, wenn die Planungsvoraussetzung dafür vorliegt
- es gibt einen Einigungsversuch über das Angebot
- im Falle des Scheitern darf Ihr Vertragspartner einseitig anordnen
- Unternehmer muss dann die Abänderung ausführen

Für 650 b Abs. 1 Nummer 1 gilt:

Änderungswunsch Ihres Vertragspartners über **nicht notwendige** Änderungsleistungen.

- Sie machen ein Angebot, wenn die Planungsvoraussetzung dafür vorliegen, es sei denn Sie weise diese Änderungsleistung wegen Unzumutbarkeit zurück
- Einigungsversuch über das Angebot
- Im Falle des Scheiterns kann Ihr Vertragspartner einseitig anordnen
- Sie müssen die Änderung dann ausführen, es sei denn, diese Änderungsleistung ist unzumutbar

Wann ist eine Leistung unzumutbar? Das ist wiederum auslegungsfähig und – bedürftig.

Wenn Sie dann die Änderungsleistung nicht zurückweisen, müssen Sie ein Angebot über die Mehrvergütung machen. Bei Zusatzleistungen über die Kosten der zusätzlichen Leistungen, bei geänderten Leistungen, ein Angebot das letztendlich eine Vergleichsrechnung beinhaltet. Wenn die Planungsverantwortung dann bei Ihrem Kunden/Auftraggeber liegt, muss Ihr Kunde/Auftraggeber die Planung übermitteln.

Dieses Nachtragsangebot, dass es jetzt letztendlich ist, müssen Sie dann **nicht** vorlegen, wenn Ihnen nach den neuen **§650 c BGB kein Mehrvergütungsanspruch** zusteht. Das soll immer **dann der Fall sein, wenn Sie als Unternehmer auch die Planung dieses Bauwerks oder der Außenanlage umfasst** haben. Dies wiederum hängt aber davon ab, ob Sie einen Pauschalvertrag oder einen Teilpauschalvertrag oder einen Einheitspreisvertrag abgeschlossen haben. Bei Einheitspreisvertrag ist bei Planungsänderung natürlich auch die Vergütung geändert werden.

Letztendlich hängt es immer von der Vertragsgestaltung im Einzelfall ab. Ein Scheitern einer Einigung ist erst dann gegeben, wenn seit dem **Zugang des Änderungsbegehrens 30 Tage** vergangen sind. Bis zu der Änderungsanordnung müssen Sie als Unternehmer die geänderte Leistung nicht ausführen. Interessant wird es auch, wenn immer wieder neue Fristen in Gang gesetzt werden, aufgrund von Nachträgen in unmittelbarer Folge und engem Sachzusammenhang.

Wenn **keine Einigung** zustande kommt, kommt es zur Leistungsänderung durch den Besteller, die **angeordnet** wird. Diese Anordnung muss in Textform erfolgen. Textform ist auch eine **E-Mail** (auch der Gesetzgeber wird moderner!).

Streitigkeiten über das Anordnungsrecht können dann nach dem neuen § 650 d im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ausgetragen werden.

Viel wichtiger ist die Frage wiederum, ob die in der VOB geregelte Anordnungsrechte der **Inhaltskontrolle** noch standhalten. Das ist bereits jetzt schon umstritten, da gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B ein unbeschränktes Anordnungsrecht besteht. Dies widerspricht dem abweichenden Leitbild des Gesetzes nämlich für den Fall, dass die Anordnung nicht notwendig ist, die vereinbarte Funktionalität zu gewährleisten.

Umgekehrt widerspricht das eingeschränkte Anordnungsrecht dann § 1 Abs. 4 VOB/B für den Fall, dass die Anordnung notwendig ist, um die vereinbarte Funktionalität zu gewährleisten. Unterliegt die VOB/B der Inhaltskontrolle zu Lasten des Auftragnehmers, werden Sie in dem genannten Fall kein Verweigerungsrecht aus § 1 Abs. 4 VOB herleiten können, wenn Ihr Betrieb auf die zusätzliche Eigenleistung nicht eingerichtet ist. Auch werden Sie sich in den Fällen, in denen die Anordnung nicht notwendig war, wiederum als Verwender der VOB/B nicht darauf berufen können, dass Sie nach § 1 Abs. 4 Satz 2 ohne Preisvereinbarung verpflichtet sind, die Leistung auszuführen.

Es stellt sich also die Frage, wie man zukünftig die VOB/B überhaupt noch so vereinbaren kann, damit im Falle eines Rechtsstreites die Regelungen, die nicht das Leitbild des BGB widerspiegeln nicht als unwirksam gelten?

2. Vergütungsanpassung bei Anordnung nach § 650 b Abs. 2 – 650 c BGB

Hier wird eine gänzlich **neue Struktur** geschaffen.

§ 605 c BGB – die Vergütung

Nachtragsanordnungen im BGB-Vertrag wurden üblicherweise im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermittelt oder es war gemäß § 632 Abs. 2. Satz 2 BGB die übliche Vergütung zu

zahlen. Für den VOB-Vertrag wurde an die dem Vertrag zugrundeliegende Kalkulation gemäß den Regelungen des § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B angeknüpft.

Nach 650 c BGB soll sich die Vergütung nunmehr an den **tatsächlichen Mehrkosten** orientieren. **Wichtig:** Der Zahlungsfluss, also dass Sie eine Zahlung erhalten, ist mit dem Gesetz insoweit gewährleistet, dass Ihnen 80% Ihrer im Nachtragsangebot enthaltenen Vergütung zusteht und Sie diesen im Wege der **einstweiligen Verfügung** durchsetzen können. Dies wird möglicherweise für die Zukunft sehr spannend werden. **Das soll auch gelten, wenn die Vergütungs- und Abschlagszahlungen in der VOB/B vereinbart sind.**

Eine andere Vereinbarung wie nach § 650 c BGB wäre durch die VOB/B möglich. Die Vergütungsregelung unterliegt dann einer **Inhaltskontrolle bei von Baunehmern gestellten VOB-Verträgen mit Verbrauchern**, in anderen Verträge nur, wenn die **VOB/B nicht als Ganzes** vereinbart worden ist. Die Rechtsprechung wird zukünftig klären müssen, ob die VOB-Regelungen wegen der neuen gesetzlichen Regelung zum Anordnungsrecht der Inhaltskontrolle überhaupt standhalten und sie ausreichend transparent sind. Dann ist die Frage zu klären, ob die in der VOB/B vorgegebene Vergütungslosung sich mit den Grundgedanken des Gesetzes deckt. Der Grundgedanke des Gesetzes ist die Loslösung vom Wettbewerbspreis, die VOB stellt auf den Wettbewerbspreis ab. Je nachdem wer **Verwender der VOB/B** ist, wird es zukünftig mit der Inhaltskontrolle schwieriger werden.

Aussicht:

Man wird sich zukünftig überlegen müssen, ob im Bereich Subunternehmer oder im Bereich Unternehmer - Unternehmer die VOB/B überhaupt noch vereinbart wird, weil möglicherweise sogar das Gesetz besser ist. Wenn Sie die Wahlmöglichkeit haben, ob Sie Nachträge nach den tatsächlich erforderlichen Kosten oder auf der Grundlage der hinterlegten Urkalkulation (sollten Sie überhaupt eine haben!) abrechnen, ist die BGB-Lösung charmant. Die Unsicherheit, inwieweit die Vergütungsregelung der Inhaltskontrolle dann überhaupt standhält, wird möglicherweise auch dazu führen, dass BGB-Verträge die Regel werden und VOB-Verträge die Ausnahme.

Was sind die Schwerpunkte der Vergütungsregelung:

Ihnen als Unternehmer wird ein Wahlrecht eingeräumt, ob Sie nunmehr die Mehr- oder Minderkosten nach der Urkalkulation oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten berechnen. Oft ist es jedoch so, dass eine Urkalkulation im klassischen Sinne überhaupt nicht vorliegt, sodass das für Sie positiv ist.

Sie können 80% für Ihr Nachtragsangebot für eine Abschlagsforderung fordern und hierfür auch eine einstweilige Verfügung erwirken – also eine schnelle Entscheidung bei Gericht.

Wie diese tatsächlich erforderlichen Kosten mit den angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten und Gewinn dann im Einzelnen zu ermitteln sind, wird trotzdem sehr aufwendig sein, da Sie ja die hypothetischen Kosten ermitteln müssen, die bei unveränderter Leistung entstanden wären. Auch die Zuschläge sind nicht so einfach anzusetzen.

Nach Absatz 2 kann nach der Urkalkulation abgerechnet werden, wenn es diese überhaupt gibt. In Absatz 3 ist dann eine Regelung zur Höhe der Abschlagszahlung aufgeführt. Diese Abschlagsforderung kann dann entweder auch mit der **Urkalkulation oder den erforderlichen Kosten und Zuschlägen** berechnet werden. Wird das so berechnet, kann 100%, beim Verbraucher dann 90% gefordert werden können. Die Erleichterung für Sie ist, dass Sie 80% der Mehrvergütung aus Ihrem Angebot in der Berechnung der Abschlagsforderung ansetzen können, wobei es nicht darauf ankommt, dass eine Einigung über das Mehrvergütungsangebot zustande gekommen ist. Das Nachtragsangebot wird aber **wohl prüfbar** sein müssen. Über die Prüfbarkeit als Voraussetzung besteht jetzt bereits Streit.

Bei Forderung der 80% ist darauf hinzuweisen, dass Zinsen anfallen, wenn eine Überzahlung vorliegen sollte.

3. Einstweilige Verfügung – §650 d BGB

Eine einstweilige Verfügung verschafft eine schnelle Durchsetzung, weil nur „überschlägig“ geprüft wird.

Bei baurechtlichen Ansprüchen können diese eigentlich nicht im Wege des Verfahrens der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, weil es schon keinen Verfügungsgrund gibt. Es gibt jetzt eine Ausnahme, nämlich bei streitigen Tätigkeit über das Anordnungsrecht (siehe vorne) gemäß § 650 b BGB und der Vergütungsanpassung gemäß § 650 c BGB. Ein Verfügungsgrund muss **nicht** mehr glaubhaft gemacht werden, nur noch der Verfügungsanspruch.

Bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht geht es im Regelfall darum, ob die Anordnung rechtmäßig ergangen ist. Das führt zu Bauverzögerungen und Behinderungen und soll nunmehr mit einer einstweiligen Verfügung schnell geklärt werden.

Der Antrag wird beim Anordnungsrecht lauten, **den Unternehmer zu verpflichten die Leistung auszuführen**. Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus der Anordnung selbst.

Die Dringlichkeit muss ebenfalls nicht glaubhaft gemacht werden, weil man davon ausgeht, dass nach Beginn der Bauausführung es immer dringlich ist.

Über Schlusszahlungen und Auseinandersetzungen darüber kann die einstweilige Verfügung nicht herangezogen werden, sondern lediglich bei solchen über die **Abschlagszahlung für geänderte Leistungen**.

Wenn Sie als Unternehmer die **einstweilige Verfügung** in Anspruch nehmen wollen für **Mehrvergütungen, für Abschlagszahlungen** müssen Sie folgendes darlegen:

- **Den Wunsch Ihres Kunden nach einer geänderten Leistung.**
- **Ihr Nachtragsangebot.**
- **Ein Verstreichen einer Einigungsfrist bzw. die Verweigerung der Einigung.**
- **Die Anordnung der geänderten Leistung durch Ihren Kunden.**
- **Die Ausführung der geänderten Leistungen zu dem Leistungsstand der Abschlagsrechnung.**
- **Der Ihnen zustehende Vergütungsanteil nach Leistungsstand.**
- **Reduzierung dieses Antrags auf 80% des Nachtragsangebotes.**

Wichtig dabei ist, dass der Vertragspartner alle Einwendungen entgegenhalten kann. Man stellt sich nunmehr die Frage, was es dann bringt, eine einstweilige Verfügung einzureichen. Bei der einstweiligen Verfügung erfolgt der Beweis lediglich mit Glaubhaftmachung und es müssen präsenste Beweismittel für die Einwendungen in den Bauprozess eingeführt werden, d.h. beim Termin dabei sein. Problematisch werden die Punkte, was war schon Vertragsbestandteil und ist die Abrechnung überhaupt richtig. Möglicherweise ist die einstweilige Verfügung aber ein Mittel, um die Parteien dahin zu bringen, sich tatsächlich mit den wesentlichen Punkten des Konflikts zu beschäftigen. Auch hier wird man die Praxis abwarten müssen.

3. Bauhandwerkersicherung - § 650 f BGB

Der Gesetzgeber hat wieder den Verbraucherschutz gestärkt. Verbraucherbaupverträge und Bauträgerverträge sind von Sicherheitsleistungen ausgeschlossen. Gegenüber Verbrauchern wurde aber klargestellt, dass Instandhaltungsarbeiten nicht darunter fallen. Fraglich ist auch, ob ein Sicherungsanspruch nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Gesamtmaßnahme beauftragt ist. Auch das wird die Rechtsprechung letztendlich klären müssen.

4. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung - § 650 g BGB

Die fiktive Abnahme (siehe oben) wird nunmehr durch diesen § 650 g BGB ergänzt. § 650 g BGB ist eigenführt worden zur **Konkretisierung des Kooperationsgebotes**. Sie als Unternehmer sollen mit Ihrem Vertragspartner zusammenarbeiten. Diese gemeinsame Feststellung führt dazu, Klarheit zu bekommen, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Mängel handelt. Ferner schützt es Sie als Unternehmer davor, wenn das Werk vom Besteller vor der Abnahme bereits genutzt wird, denn dann können Sie belegen, dass später aufgetretene Mängel bei der Übergabe nicht vorhanden waren. Letztendlich soll Streit vorgebeugt werden.

Die Zustandsfeststellung kann auch einseitig erfolgen, wenn unter bestimmten Voraussetzungen Ihr Vertragspartner an der Zustandsfeststellung nicht teilnimmt.

Nunmehr stellt der Gesetzgeber auch darauf ab, dass eine Vergütung zu entrichten ist, wenn das Werk abgenommen ist und eine prüffähige Schlussrechnung übergeben wurde, also eine Rechnung, die nach dem Gesetz nachvollziehbar sein muss. Dies ist schlecht, da nunmehr die Streitigkeiten über die Prüfbarkeit einer Rechnung, die vor den Gerichten betrieben werden, im Gesetz Eingang gefunden haben. Dies macht es nicht einfacher.

5. Schriftform der Kündigung - § 650 h BGB

Eine E-Mail reicht hierfür **nicht** aus. **Achtung: Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers gem. § 650 b BGB, wenn er einseitig anordnen darf, kann in Textform erfolgen.(siehe oben).**

III. Verbraucherbaupvertrag

Sind Sie schon verwirrt von den Regelungen, die geändert werden? Jetzt wird es noch besser, weil der Verbraucher, der vom EUGH immer in den Mittelpunkt jeglicher Gestaltung zwischen Unternehmer und Verbraucher gesetzt wird und der erhöhte Schutz des Verbrauchers nunmehr ganz explizit Eingang auch in den Baupvertrag gefunden hat.

Im Einzelnen hierzu wie folgt:

1. Verbraucherbaupvertrag - § 650 i BGB

Voraussetzung ist der **Bau eines neuen Gebäudes** oder **erhebliche Umbaumaßnahmen** an einem bestehenden Gebäude. Der Verbrauchervertrag bedarf der Textform.

2. Baubeschreibung - § 650 j BGB

Dieser verweist auf Art. 249 des Einführungsgesetzes vom Bürgerlichen Gesetzbuch:

§ 1 [tritt am 1. 1. 2018 in Kraft] Informationspflichten bei Verbraucherbaupverträgen [3]

Der Unternehmer ist nach § 650j des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpflichtet, dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine **Baubeschreibung in Textform** zur Verfügung zu stellen.

§ 2 [tritt am 1. 1. 2018 in Kraft] Inhalt der Baubeschreibung [4]

(1) In der Baubeschreibung sind die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer Weise darzustellen. Sie muss mindestens folgende Informationen enthalten:

allgemeine Beschreibung des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, gegebenenfalls Haustyp und Bauweise,

Art und Umfang der angebotenen Leistungen, gegebenenfalls der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,

Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte,

gegebenenfalls Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,

Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktionen aller wesentlichen Gewerke,

gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus,

gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen,

Angaben zu Qualitätsmerkmalen, denen das Gebäude oder der Umbau genügen muss,

gegebenenfalls Beschreibung der Sanitäre Objekte, der Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.

(2) 1Die Baubeschreibung hat verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks zu enthalten. 2Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.

§ 3 [tritt am 1. 1. 2018 in Kraft] Widerrufsbelehrung [5]

(1) 1Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 650l Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu, ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in Textform über sein Widerrufsrecht zu belehren. 2Die Widerrufsbelehrung muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher seine wesentlichen Rechte in einer an das benutzte Kommunikationsmittel angepassten Weise deutlich machen. Sie muss Folgendes enthalten:

einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,

einen Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf,

den Namen, die ladungsfähige Anschrift und die Telefonnummer desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, gegebenenfalls seine Telefaxnummer und E-Mail-Adresse,

einen Hinweis auf die Dauer und den Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt, und

einen Hinweis darauf, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldet, wenn die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.

(2) Der Unternehmer kann seine Belehrungspflicht dadurch erfüllen, dass er dem Verbraucher das in Anlage 10 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt.

Der Unternehmer ist jetzt verpflichtet dem Verbraucher **vor** der Abgabe vor dessen Vertragserklärung **diese Informationspflichten** zukommen zu lassen. Sie müssen die Leistung zukünftig so beschreiben, dass ein **Leistungsvergleich** möglich ist.

Der Beipackzettel des Bauvertrags, die Baubeschreibung:

Es wird sich die Frage stellen, ob in der **Baubeschreibung auch auf Risiken** hingewiesen werden muss und in welcher Art und Weise. Das Gesetz gibt das nicht vor. Aus der Gesetzesbegründung kann man das aber lesen, beispielsweise beim Baugrund. Nach der Begründung des Gesetzes müssten Sie als Unternehmer darauf hinweisen, dass bestimmte Baugrundverhältnisse, die Sie möglicherweise nicht kennen und mit dem Sie auch gar nicht rechnen müssen, nicht Gegenstand der Preisvereinbarung sind. Letztendlich wäre das wie ein **Beipackzettel eines Medikaments**. Man kann von ihnen doch eigentlich nur das fordern, was für sie auch erkennbar ist. Sie sind jetzt auch verpflichtet in der Baubeschreibung verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung zu machen. Circa Angaben sind nicht verbindlich, es ist jedenfalls ein Endtermin zu nennen. Darauf hat der Verbraucher einen Anspruch. Dies kann natürlich zu Schadenersatzpflichten führen.

3. Inhalt des Vertrages - § 650 k BGB

Die vertragliche Absicherung des Fertigstellungstermins ist in § 650 k Abs. 3 BGB geregelt.

Während nach § 650 j BGB die Baubeschreibung vorher bereits übermittelt werden muss, geht es nunmehr bei § 650 k BGB um das, was **Inhalt** des Vertrages wird.

Die vorvertraglich zur Verfügung gestellte Baubeschreibung wird nunmehr Vertragsinhalt, es sei denn man kann etwas anderes beweisen.

Wenn die Baubeschreibung unvollständig und unklar ist, wird für diese Teile diese Baubeschreibung nach den übrigen Leistungsbeschreibungen ausgelegt. Letztendlich wird das immer zu Ihren Lasten gehen, wenn Sie eine Baubeschreibung machen.

Das **Angeben des Beginns bzw. die Beendigung der Baumaßnahmen** wird wohl **nicht** zu einem Schadensersatzpflicht wegen Unterlassen führen können, sodass dann, wenn weder in der Baubeschreibung noch im Vertrag ein Zeitpunkt der Fertigstellung genannt ist, dies wahrscheinlich für Sie als Unternehmer folgenlos bleiben. § 650 k BGB ist zwingendes Recht und kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgeändert werden.

4. Widerrufsrecht - § 650 I BGB

Ein Widerrufsrecht steht jedem Verbraucher zu, außer es besteht ein notariell beurkundeter Vertrag. Dieses Widerrufsrecht führt wiederum zu Widerrufsbelehrungspflichten wie folgt:

§ 3 [tritt am 1. 1. 2018 in Kraft] Widerrufsbelehrung [5]

(1) Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 650I Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu, ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in Textform über sein Widerrufsrecht zu belehren. 2 Die Widerrufsbelehrung muss deutlich gestaltet sein und dem Verbraucher seine wesentlichen Rechte in einer an das benutzte Kommunikationsmittel angepassten Weise deutlich machen. Sie muss Folgendes enthalten:

einen Hinweis auf das Recht zum Widerruf,

einen Hinweis darauf, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgt und keiner Begründung bedarf,

den Namen, die ladungsfähige Anschrift und die Telefonnummer desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, gegebenenfalls seine Telefaxnummer und E-Mail-Adresse,

einen Hinweis auf die Dauer und den Beginn der Widerrufsfrist sowie darauf, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung genügt, und

einen Hinweis darauf, dass der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz nach § 357d des Bürgerlichen Gesetzbuchs schuldet, wenn die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist.

(2) Der Unternehmer kann seine Belehrungspflicht dadurch erfüllen, dass er dem Verbraucher das in Anlage 10 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt.

Dieses Widerrufsrecht gilt für Verträge über den Bau von **neuen Gebäuden und Verträge über erhebliche Umbaumaßnahmen** an bestehenden Gebäuden.

Nicht erfasst sind Bauverträge über unerhebliche Umbaumaßnahmen, z.B. Wintergarten, kleinere Anbauten, Instandhaltungsarbeiten, Handwerker und zwar auch für solche, die nicht für die Konstruktion, den Bestand und den bestimmungsmäßigen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind. Die Abgrenzung zwischen erheblicher Umbaumaßnahme und Instandhaltung wird eine gewisse Bedeutung erlangen.

Achtung: Das Widerrufsrecht besteht aber auch dann, wenn Verträge außerhalb von Ihren Geschäftsräumen oder im Fernabsatz per E-Mail, Telefon usw. geschlossen werden. Dann haben Sie sogar die Voraussetzung des § 312 ff. BGB einzuhalten. Im Zweifel sollte man vielleicht immer über ein Widerrufsrecht belehren.

Für das Widerrufsrecht wurde eine Widerrufsfrist von 14 Tagen gesetzlich verankert.

Nach § 356 e BGB beginnt diese Widerrufsfrist erst, wenn die Widerrufsbelehrung **wirksam erteilt** wurde.

Spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss kann nicht mehr widerrufen werden.

Folge einer nicht oder nicht wirksamen Widerrufsbelehrung:

Wenn nunmehr über den Widerruf nicht ordnungsgemäß belehrt wurde, kann widerrufen werden und zwar auch dann, wenn die Bauleistung bereits abgeschlossen ist. Die beiderseitigen Leistungen sind zurück zu gewähren, in der Regel kann eine Bauleistung nicht zurückgegeben werden, sondern es ist Wertersatz zu leisten. Dieser ist dann in § 357 d BGB geregelt.

Der Wertersatz entspricht dann der vereinbarten Vergütung. Dann ist es aber auch für Sie als Unternehmer kein Problem. Sie erhalten Geld für Ihre Bauleistung.

Letztendlich muss man dem Verbraucher auch abraten, wenn Bauleistungen bereits erbracht wurden, das Recht zum Widerruf auszuüben. Ihr Kunde würde dann nämlich die Mängelrechte verlieren. Zwar kann der Mangel beim Wertersatzanspruch dann berücksichtigt werden, es gibt aber keinen Ausgleich für die Mehrkosten der Fertigstellung bei Veränderungen durch einen Drittunternehmer. Diese ganzen Folgen gelten auch, wenn überhaupt nicht über das Widerrufsrecht aufgeklärt wird und ihr Kunde einfach so widerruft.

Letztendlich dürfte es für den Verbraucher bei Beginn der Bauleistung eher schwierig werden.

Es gibt eine Musterwiderrufsbelehrung als **Anlage 10**, die wir zu diesem Schreiben als Anlage beifügen.

Dieses Muster sollten Sie auch verwenden.

5. Abschlagszahlungen, Absicherung des Vergütungsanspruchs - § 650 m BGB

Die Schutzvorschrift für den Verbraucher ist letztendlich gleich geblieben, dass er eine Erfüllungssicherheit von 5% verlangen kann. Sie gilt jedoch nur noch im Verbraucherbauvertrag und im Bauträgervertrag und zwar bei **Bau eines neuen Gebäudes oder erheblichen Umbaumaßnahmen**.

Es handelt sich um eine Vertragserfüllungssicherheit, wie sie bereits bekannt ist.

Eingeführt wurde, dass von Ihnen verlangte Abschlagszahlungen 90% der vereinbarten Vergütung einschließlich der Vergütung von Nachtragsleistungen nicht übersteigen dürfen. Dies deckt sich damit, dass nach dem Gesetz Vorauszahlungen unzulässig sind.

Das bedeutet für Sie: Wenn Sie eine Abschlagszahlung für erbrachte Leistungen fordern, darf der Verbraucher 5% von der **gesamtschuldeten** Vergütung von der ersten Abschlagsrechnung einbehalten und muss auch nur 90% dieser Abschlagszahlung zahlen, sodass er letztendlich eine Sicherheit von 15% erhält. § 650 m BGB ist zwingendes Recht. Dies wurde auch in den AGB-Regelungen des BGB in § 309 Nr. 15 BGB aufgeführt mit einem entsprechenden Klauselverbot.

§ 650 m Abs. 4 BGB regelt nunmehr Ihre Möglichkeit auch in einem Verbrauchervertrag zu vereinbaren, dass der Verbraucher eine Sicherheit stellen muss.

Eingeschränkt wird das dadurch, dass der Verbraucher nicht verpflichtet werden darf den Vergütungsanspruch in einem der nächsten Abschlagszahlungen oder 20% der vereinbarten Vergütung übersteigenden Umfang abzusichern. Es wird also der Höhe nach eine Regelung eingeführt.

6. Herstellung und Herausgabe von Unterlagen - § 650 n BGB

Es ist immer wieder Streitpunkt, inwieweit Sie relevante Bauunterlagen herausgeben müssen.

Das Gesetz sagt nunmehr, dass Sie die Unterlagen herausgeben müssen und zwar schon **vor Beginn** der Ausführungen, die die Behörden benötigen und spätestens **mit der Fertigstellung**, wenn gegenüber Behörden oder auch gegenüber Dritten Nachweise geführt werden müssen.

§ 615 n BGB ist zwingendes Recht. **Nicht** darunter fallen dürften z.B. Ausführungspläne, Werkpläne, Revisionspläne, Bestandspläne, Wartungsanleitungen, Prüfzweige usw., die **nicht Behörden** vorgelegt werden müssen.

Letztendlich dürfte die Verpflichtung auch noch weiter sein, weil auch ein Gesetz die Vorlage von Unterlagen verlangen kann. Es gibt beispielsweise Pflichten zur Aufbewahrung von Bauvorlagen, der bautechnischen Nachweise usw.

Ob die Streitereien mit dieser Regelung aus der Welt geschafft werden wage ich zu bezweifeln, weil auf Unterlagen abgestellt wird, die für Behörden vorgelegt werden müssen.

Abs. 3 umfasst beispielsweise Pflichten für die Vorlage von Unterlagen bei einer KFW-Förderung.

Der **Verbraucherbauvertrag** erhält Schutzvorschriften, die zwingend einzuhalten sind.

Diesbezüglich ist es möglicherweise erforderlich, die bestehenden Verträge zu überprüfen, inwieweit diese auch gegenüber Verbrauchern noch Bestand haben und die entsprechenden zusätzlichen Belehrungspflichten, die Widerrufsbelehrung, die Informationspflichten mit einzubauen.

Sollten Sie hierzu Fragen haben, stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen