

DAS NEUE BAURECHT 2018 FÜR DAS BAUHANDWERK

und einige praxisrelevante Regelungslücken...

von Anwaltskanzlei Dr. Tobias Busch & Kollegen
Schlossergasse 4
67227 Frankenthal
Tel.: 06233/4527
Fax.: 06233/4529
kanzlei@drbusch-koll.de

ÜBERBLICK

Die Neuerungen im Überblick

- A) Der Werkvertrag im Allgemeinen: hier gibt es Neues
 - 1) zum Abschlagsrecht
 - 2) zur Abnahme
 - 3) zum Lieferantenregress
- B) Der Bauvertrag wurde als neue Kategorie geschaffen: hier wurden
 - I) ein Anordnungsrecht des Bestellers für Änderungen des Auftrags geschaffen, aber
 - II) auch Regelungen zur sich dann ändernden Vergütung.
 - III) Auch neu geregelt wurde die Abnahme und es wurde die „Zustandsfeststellung“ eingeführt.
 - IV) Neu ist zudem die einstweilige Bauverfügung
- C) Neu ist auch der Verbraucherbauvertrag

Weitere Neuerungen finden sich für Bauträger, Architekten und Ingenieure.

Im Verlauf der Darstellung wird auch auf Regelungslücken eingegangen und offene Fragen, die hieraus für die Unternehmer resultieren.

Jegliche Haftung des Autors wird ausgeschlossen. Es ist immer der Einzelfall zu prüfen!

Anmerkung: U = Unternehmer, Auftragnehmer

A = Auftraggeber, Besteller

Im Einzelnen:

A) Neues im Werkvertrag

I) Die Abschlagszahlung (§ 632a I BGB)

Die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln als Kriterium für einen Einbehalt oder eine Forderungsberechtigung wird abgeschafft.

Der U darf jetzt auch bei wesentlichen Mängeln eine Abschlagszahlung fordern, der A darf aber auch bei unwesentlichen Mängeln eine Abschlagszahlung zurückbehalten.

Der U darf vom A eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und geschuldeten Leistung verlangen. Sind die Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der A die Zahlung eines angemessenen Teils verweigern.

Die Beweislast bleibt beim U bis zur Abnahme. Der U muss seine Abschlagsrechnung durch eine Aufstellung nachweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistung ermöglichen muss.

Die Regelung gilt auch für bestelltes, angefertigtes oder geliefertes Material, wenn der A schon Eigentümer ist oder der U hierfür eine Sicherheit gewährt.

Wegen der meist vereinbarten Eigentumsvorbehalte wird dies selten vorkommen.

Also: Auf die bisher recht beliebte Abschlagsrechnung „Abschlag € 5.000“ muss sich A nicht mehr einlassen.

Nicht geregelt ist die Rechtsfolge, wenn die abgerechnete Leistung nicht nachvollziehbar aufgeschlüsselt wird. Vsstl. fehlt es an der Fälligkeit, weil die erbrachten Leistungen Forderungsgrundlage sind.

Achtung: Wer in seinen AGB pauschale Abschlagszahlungen geregelt hat, die nicht an den Wert der jeweils bis dahin erbrachten Werkleistung gekoppelt sind oder gar nur am Zeitfortschritt gekoppelte Vorschüsse regeln, muss dies ändern, da diese AGB unwirksam ist. Das gilt auch, wenn die Summe der Vorschüsse mehr als 90% der Gesamtauftragssumme erreicht. Dies ist bei Verbraucherbauverträgen per se unwirksam (s.u.C).

(M.a.W: Früher war der Wertzuwachs beim A maßgeblich, jetzt gilt der Wert der tatsächlich erbrachten Leistung.)

Wichtig: Beim Verbraucherbaupvertrag ist dem A mit der ersten Abschlagsrechnung eine Herstellungssicherheit von 5% zu stellen oder der A darf diese 5% des Gesamtauftragsvolumens zurückhalten (s.u. C).

Der Einbehalt bei Mängeln durch den A wurde nicht neu geregelt. Es dürfte beim Faktor 2-3 der Mängelbeseitigungskosten bleiben, wie bisher.

Nicht geregelt ist der Widerspruch, der sich ergibt, wenn U seinen Eigentumsvorbehalt für geliefertes Material mit der Abschlagsrechnung aufgibt, das Material an den A geliefert wurde, und dieser damit Eigentum erwirbt. Mit dem Eigentum geht an sich auch der Gefahrübergang einher.

Gleichzeitig ist ein Gefahrübergang im Werkvertrag aber erst mit der Abnahme vorgesehen. § 644 BGB bleibt unverändert.

Wer muss jetzt für den Untergang des Materials (Diebstahl, Baustellenbrand) einstehen? Es darf bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber diesen Regelungskonflikt gesehen oder gewollt hat. Die Rechtsprechung wird zeigen müssen, ob die Gefahr dennoch vollständig – oder zB nur eingeschränkt für werktypische Gefahren - beim U bleibt.

Jedenfalls sollte der U auf der entsprechenden Abschlagsrechnung auf den Gefahrübergang hinweisen und den A zur Sicherung seines Eigentums auffordern, damit keine Hinweispflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Auch die AGB sollten um eine entsprechende Formulierung ergänzt werden.

II) Die Abnahme (§ 640 II, 1 BGB)

Früher setzte die Abnahme die Abnahmefähigkeit voraus, schied also aus, wenn Restarbeiten oder Mängel zu schwerwiegend waren.

Dies gilt zwar noch, aber die Abnahme wird nun auch fingiert, wenn der U dem A nach Vollendung eine Frist zur Abnahme gesetzt hat und dieser die Abnahme nicht ausdrücklich innerhalb der Frist unter Verweis auf mindestens einen Mangel ausdrücklich verweigert hat.

Der A muss jetzt also aktiv werden und kann sich nicht mehr durch bloße Verweigerung entziehen.

Allerdings muss bei Verbrauchern der U nun in seiner Abnahmeaufforderung den Hinweis geben, dass die Abnahme als erfolgt gilt, wenn der A untätig bleibt und sogar als mängelfrei erfolgt gilt, wenn er Mängel nicht nennt.

Auch diese Hinweispflicht gegenüber Verbrauchern ist also neu! (mehr s.u. C)

V) Der Lieferantenregress

WICHTIG: Beim Verbauen von mangelbehaftetem Material bietet § 439 III BGB jetzt einen Regress gegen den Lieferanten und zwar auch auf die Kosten des Aus- und Einbaus der mangelhaften Ware. Diese Haftung des Lieferanten gilt verschuldensunabhängig, wenn der A guten Glaubens die Ware eingebaut hat, also den Mangel am der Ware nicht hat erkennen

können.

Der Regressanspruch verjährt binnen zwei Jahren. Der Verjährungslauf beginnt frühestens zwei Monate nachdem der A den Austausch vorgenommen hat. Sie endet spätestens fünf Jahre nach Lieferung durch den Lieferanten an A.

Ungeregt ist, ob diese Haftung des Lieferanten abbedungen werden kann. Gegenüber Verbrauchern ist eine entsprechende AGB unwirksam (§ 309 Nr.8b BGB). Zwischen Lieferant und A wäre mindestens ein einzelvertraglicher Ausschluss der Lieferantenhaftung wirksam, möglicherweise auch eine solche nach AGB. Hierzu wird die Rechtsprechung abzuwarten sein. Bisher beachtet der BGH über die Generalklausel des § 307 auch die Verbote nach § 309, wenn sie den kaufenden Unternehmer unangemessen benachteiligen. Das ist dann an dieser Stelle die Gretchenfrage.

TIPP: Der A sollte bei jedem Kauf genau die Vertragsbedingungen seines Lieferanten prüfen, um den Vorteil des neuen Regressanspruchs für sich zu behalten.

VI) Weitere Änderungen

- a) Wirkt der A nicht mit, kann der U eine Frist setzen, die Mitwirkung nachzuholen und eine weitere, nach deren Ablauf er den Vertrag kündigen kann (früher automatische Beendigung des Vertrages), wenn die Mitwirkung nicht nachgeholt wird. Auf dieses Kündigungsrecht muss bei der Nachfristsetzung hingewiesen werden.
- b) Beide Vertragsparteien haben künftig aus wichtigem Grund (= Unzumutbarkeit) ein Kündigungsrecht, und zwar auch teilweise (§ 648a BGB). In letzterem Fall muss sich die Unzumutbarkeit auf den gekündigten Teil beziehen.

VII) Nicht verändert im Wesentlichen: Sicherungsansprüche

B) Der Bauvertrag (§ 650a BGB)

Definition: Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon.

Ebenso: ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerkes, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

I) Wenn der A eine Änderung des Vertrages oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs nötig ist, begehrt, sollen die Parteien eine Verständigung über die Mehr- oder Mindervergütung anstreben.

Dazu muss der U ein Angebot erstellen, in Variante 1 (Änderung des Vertrages, die für den Erfolg nicht nötig ist) nur, wenn dies zumutbar ist. Hat der A die Planung erstellt, muss der U nur ein Angebot vorlegen, wenn ihm diese Planung überlassen wurde. Wird binnen 30 Tagen keine Einigung erzielt, kann der A die Änderung schriftlich anordnen. U ist zur Ausführung verpflichtet, in Variante 1 aber nur, wenn dies zumutbar ist.

Für die Höhe der Vergütung kann der U auf seine Urkalkulation zurückgreifen. Dass sein neues Angebot dieser entspricht, wird vermutet.

Das Anordnungsrecht ist ein starkes Recht, aber mit dieser Vermutung hilft der Gesetzgeber dem U.

Für vereinbarte oder nach § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen, kann der U für sein Mehrangebot 80% ansetzen.

Nicht geregelt ist hier, ob es für die Änderungen nun ein eigenes Widerrufsrecht geben soll. Zumindest bei wesentlichen Änderungen, die zu einer maßgeblichen Erhöhung der Auftragssumme (zB + 30%) führen, ist Vorsicht geboten. Bis zur Klärung durch die Rechtsprechung, empfehlen wir eine Widerrufsbelehrung nebst Verzicht auf die 2-Wochen-Wartefrist vom A unterzeichnen zu lassen.

Jedenfalls ist eine Widerrufsbelehrung notwendig bei einem Folgeauftrag.

Nicht geregelt ist die Abgrenzung zwischen Änderung und Folgeauftrag. Vermutlich wird auf einen zeitlichen und/oder inhaltlich-sachlichen Zusammenhang des Auftrags abzustellen sein, um noch als Änderung des Ursprungsauftrags zu gelten.

Nicht geregelt ist weiterhin, welche Folgen es hat, wenn man sich an die vorgegebenen Abläufe nicht hält. Die Auftragsweiterung als praktisch relevantester Fall soll die klare Struktur eines Vertragsschlusses mit Angebot und Annahme erhalten. Wird verfahren wie bisher häufig auf Baustellen, nämlich Zusatzauftrag ohne Kostenabsprache mit erst nachgelagerter Abrechnung, könnte im besten Fall den U nur die auch bisher übliche volle

Beweislast treffen. Schlimmer würde es, würde man die vorgegebene Prozedur als Anspruchsvoraussetzung sehen und ihr Fehlen einen vertraglichen Anspruch entfallen lassen. Dem U bliebe dann nur eine Forderung gegen A auf der Grundlage einer ungerechtfertigten Bereicherung.

M.a.W.: Ohne Schriftlichkeit werden Zusatzaufträge für den U noch problematischer als bisher.

Es empfiehlt sich daher, den Zusatzauftrag ordentlich kalkuliert anzubieten, mindestens auf der Baustelle mittels Auftragsblocks zu preislich bezifferten Stundenlöhnen ggfls. zzgl. Material oder eine Pauschale zu formulieren und gegenzeichnen zu lassen.

- II) VÖLLIG NEU: Zur Durchsetzung seiner Forderung aus der Auftragsenerweiterung steht dem U nun sogar der Weg der einstweiligen Verfügung offen (§ 650d BGB). Dies gilt aber auch für das Anordnungsrecht des A.

Nicht geregelt ist die Frage, ob der U über diesen einstweiligen Weg bereits Befriedigung erhält oder nur eine Zahlung an einen Sequester erstreiten kann. Eine Verfügung zum Zwecke der Befriedigung wäre prozessual systemfremd, würde aber dem Zweck des neuen Baurechts gerecht und eine Gleichheit zum A sicherstellen, der auch seine Änderungsanordnung auf diesem Wege durchsetzen können soll. Zudem wäre eine einstweilige Verfügung ohne Befriedigung der Forderung nur eine weitere Sicherung. Sicherungsrechte dürften aber bereits bestehen, da es sich ja nur um Änderungen des Hauptvertrages handelt, folglich die Sicherungsregelungen auch für die Änderungen gelten sollten. Zudem kann bei einer Begrenzung der einstweiligen Verfügung auf 80% des Auftragsvolumens, eine sog. Vorwegnahme der Hauptsacheklage in einem einstweiligen Verfahren vertretbar erscheinen.

- III) Für Mehrungen durch Zusatzaufträge kann der U Sicherheit verlangen, wenn der A kein Verbraucher ist. Wurde diese trotz Fristsetzung nicht gestellt, kann der U die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen.

Im Kündigungsfall kann er die Vergütung abzügl. Ersparnis verlangen oder pauschal 5% seines Ausfalls. Diese 5% werden gesetzlich vermutet. Das Gesetz belohnt Bescheidenheit. Eine Abwehr dieser Forderung lohnt sich für A nicht.

- IV) Bei Abnahmeverweigerung ist jetzt die **Zustandsfeststellung** vorgesehen. Das kann ein wichtiges neues Instrument werden. An der gemeinsamen Feststellung hat der A mitzuwirken. Die Zustandsfeststellung ist zu protokollieren und beidseits zu unterschreiben. Die Zustandsfeststellung bewirkt dann die gesetzliche Vermutung, dass nicht aufgeführte, offenkundige Mängel später entstanden sind. Insoweit bedeutet dies also eine Fiktion der Abnahme. Verweigert der A die Mitwirkung, kann der U die Zustandsfeststellung nach angemessener Fristsetzung alleine vornehmen. Er hat sie dann mit Datum zu versehen, zu unterschreiben und dem A zur Verfügung zu stellen. Dieses Instrument wird auch wichtig bei vorzeitiger

Vertragsbeendigung oder Verweigerung von Abnahmen.

- V) Neu ist auch, dass die Schlussrechnung prüffähig sein muss (= Aufstellung der erbrachten Leistung und für den A nachvollziehbar), wie bisher nur durch die Rechtsprechung gefordert. Sie führt nach Abnahme oder Entbehrlichkeit der Abnahme zur Fälligkeit der Vergütung.
- VI) Der Bauvertrag, der von U verwendet wird, ist nun auch abmahnfähig. Dies gilt insbesondere für den Inhalt der Baubeschreibung und der Leistung sowie die Widerrufsbelehrung (Art. 3 Unterlassungsklagengesetz), denn dies bezieht sich auch auf Verbraucherbauverträge beziehen, da die Definition des Bauvertrages jene des Verbraucherbauvertrages umfasst.

Dr. Busch & Kollegen

C) Der Verbraucherbaupertrag (§ 650 i BGB)

Definition: Vertrag, durch die der U durch einen Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

(Man vergleiche die Definition des Baupertrages: Nicht jeder Baupertrag mit einem Verbraucher ist ein Verbraucherbaupertrag! Der zusätzliche Verbraucherschutz greift nur betreffend die wesentlichen Lebensverhältnisse des Verbrauchers, das Haus selbst.)

- I) Die vorvertragliche zur Verfügung gestellte Baubeschreibung (= uU auch Prospekt) wird Vertragsinhalt, es sei denn es wird etwas anderes vereinbart.
Wer also mit Prospekten wirbt, sollte in seinen Verträgen festhalten, dass nicht diese sondern alleine das LV des Vertrages maßgeblich ist.
- II) Bei Unklarheiten der Baubeschreibung ist diese auszulegen unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände und des Komfort- und Qualitätsstandards.
- III) Der Vertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks haben oder zur Dauer der Bauausführung, wenn ein Endzeitpunkt bei Vertragsschluss nicht angegeben werden kann.

Nicht geregelt ist die Rechtsfolge, wenn eine Leistungsbeschreibung oder die Angaben zur Fertigstellung oder deren Zeitdauer fehlen. Mindestens trägt der U die Beweislast für den Auftrag und seinen Inhalt. Auch entfallen die Privilegien zur Abschlagsforderung und natürlich Mehrforderungen oder zB zur Forderung nach Sicherheitsleistungen durch den A. Je nach dem, worüber gestritten wird, begibt man sich bei Verletzung dieser neuen Anforderungen auf das dünne Eis der Ungewissheit.

- IV) Der Verbraucher hat ein Widerrufsrecht, es sei denn es gibt einen Notarvertrag. Zum Widerrufsrecht gilt das Bisherige.
- V) Die Abschlagszahlungen dürfen 90% der Gesamtvergütung nicht überschreiten. Mit der ersten Abschlagsrechnung ist dem A eine Herstellungssicherheit über 5 % der Gesamtvergütung zu stellen (§ 650 m BGB). Wahlweise darf der A diese 5% von der ersten Abschlagsrechnung zurückhalten. Erhöht sich die Auftragssumme um mehr als 10%, ist auch die Sicherheit entsprechend zu erhöhen.
- VI) Bei Abschlagszahlungen ist eine Verpflichtung des A zu einer Sicherheitsleistung unwirksam, wenn diese 20 % der

Gesamtvergütung oder die nächste Abschlagszahlung übersteigt.

- VII) Alle Unterlagen müssen dem A so rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden, dass diese alle nötigen Genehmigungen beantragen kann. Der Inhalt der Baubeschreibung findet sich in Art.249 EGBGB.
- VIII) Abweichungen von diesen Spielregeln zum Nachteil des A, zB in AGB oder anders, sind unwirksam.

Dr. Busch & Kollegen