

BGB-Bauvertragsrechts-Reform 2018

**Neuerungen mit Durchschlag auf VOB/B
mit Rechtsprechung zu Scheinselbstständigkeit, Schwarzgeld und Rechnungsprüfung sowie D&O-Versicherung**

Sprung zu www.ra-brumme.de

RA Reiner Brumme, Fachanwalt Bau- und Architektenrecht, Schlichter + Schiedsrichter SOBau, Chemnitz (www.ra-brumme.de, Tel. 0371 / 808 11 88)

1. Überblick

- Neue Regelungsbereiche
- Inkrafttreten der Neuregelungen ab 01.01.2018

2. Ergänzungen, Änderungen im Allgemeinen Teil BGB - Werkvertragsrecht

- neues Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit
- Leistungssoll
- Sicherheiten
- Fälligkeit von Abschlagszahlungen
- Abnahme von Werkleistungen
- neue Abnahmefiktion bei nicht fristgerechter Abnahmeverweigerung
- Neuregelung Kündigung aus wichtigem Grund

3. Ergänzungen, Änderungen im speziellen Teil BGB - Bauvertragsrecht

- Anordnungsrechte des Bauherren in Reichweite und Vergütungsfolge sowie zur Erfüllungspflicht des Unternehmers
- Einstweilige Verfügung wegen Anordnungsrecht oder Vergütungsanpassung
- Zustandsfeststellung und Verweigerung der Abnahme
- Schlussrechnung und Fälligkeit sowie Prüffähigkeit

4. Verbraucherbaupvertrag

- Pflicht des Bauunternehmers zur Angebotsunterbreitung mit Art und Umfang, Plänen, Rissen, Qualitätskriterien und Fertigstellungstermin
- Widerrufsrecht
- Abschlagszahlungen und Absicherung des Vergütungsanspruchs
- Erstellung und Herausgabe von Unterlagen zur Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften und von Kreditbedingungen

5. Architekten- und Ingenieurvertrag

- Zielfindungsphase und Sonderkündigungsrecht
- Teilabnahmen
- gesamtschuldnerische Haftung mit Bauunternehmer eingeschränkt

6. Bauträgervertrag

7. Erweiterung kaufvertraglicher Mängelhaftung für Baustoffe in der gesamten Lieferkette

8. Änderungen Gerichtsverfassung für spezialisierte Bau-Kammern und Bau-Senate

9. Rechtsprechung zu Scheinselbstständigkeit, Schwarzgeld und Rechnungsprüfung sowie D&O-Versicherung

1. Überblick

Mit den Neuregelungen des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes... vom 28.04.2017 (BGBl. 2017 I Nr. 23 vom 04.05.2017, S. 969 - 979) sind wesentliche Änderungen im **Werkvertragsrecht** und völlig neu als **Bauvertragsrecht** im BGB verbunden.

Diese Neuregelungen schlagen auch auf die VOB/B durch und relativieren die Einsatzmöglichkeiten der VOB/B im Werkvertrags- und Bauvertragsrecht.

Der Hauptausschuss Allgemeines (HAA) fasste am 18.01.2018 mehrheitlich den Beschluss, die VOB/B zunächst unverändert zu lassen.

Öffentliche Auftraggeber sind über jeweils § 55 LHO bzw. § 55 BHO gehalten, weiterhin die unveränderte VOB/B anzuwenden.

Die VOB/B ist jedoch nur als Ganzes ohne jede Änderung eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB), bei der Regelungen nicht einzeln geprüft werden - **jede** Abweichung, Ergänzung oder/und Kürzung der VOB/B führt zur Einzelprüfung jeder Norm der VOB/B nach AGB-Recht gemäß §§ 305 ff. BGB und dabei insbesondere der sogenannten wesentlichen Kerngedanken auch der BGB-Reform mit erstmaliger Regelung des Bauvertragsrechts ab 01.01.2018. Dies betrifft also auch die überwiegende Verlängerung der Frist für Mängelansprüche von 4 Jahren auf 5 Jahre.

Empfehlung mit geringstem Risiko: **nur** VOB/B insgesamt vereinbaren.

Die Neuregelungen betreffen sowohl AG als auch AN sowie die Beziehungen der Architekten zu ihren eigenen AG und daneben der Architekten als Berater und Überwacher für ihre AG gegenüber Dritten wie den ausführenden Unternehmern.

Es werden spezielle Regelungen für den Bauvertrag, den Verbraucherbauvertrag sowie den Architekten- und Ingenieurvertrag und den Bauträgervertrag erstmals in Gesetzesform in das Werkvertragsrecht des BGB eingefügt.

Die Lieferung von Bauprodukten in der gesamten Lieferkette wird verschuldensunabhängig hinsichtlich der Haftung auch für Aufwendungen des Bauunternehmers gegenüber dem Besteller für Aus- und Einbau mangelhafter Kaufsachen geregelt.

Die Neuregelungen sind ohne weitere Übergangszeit ab 01.01.2018 in Kraft getreten.

2. Ergänzungen, Änderungen im Allgemeinen Teil BGB - Werkvertragsrecht

- neues Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit
- Leistungssoll
- Sicherheiten
- Fälligkeit von Abschlagszahlungen
- Abnahme von Werkleistungen
- neue Abnahmefiktion bei nicht fristgerechter Abnahmeverweigerung
- Neuregelung Kündigung aus wichtigem Grund

2.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen = AGB Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung

Neuer § 309 BGB beinhaltet weitere Regelungen zu **Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit** für Verträge mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB):

„8. cc) ...nach § 439 Absatz 2 und 3 oder § 635 Absatz 2 zu tragen oder zu ersetzen...“

15. (Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung)

eine Bestimmung, nach der der Verwender bei einem Werkvertrag

- a) für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Absatz 1 und 650m Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, oder
- b) die Sicherheitsleistung nach § 650m Absatz 2 nicht oder nur in geringerer Höhe leisten muss.“

AGB liegen bei Absicht einer mindestens dreimaligen Verwendung vor.

Speicherung in Computer des Verwenders oder seines Beraters (Planer, Anwalt, Projektmanager) **genügt** - OLG Hamburg, Urteil vom 12.12.2008 - 1 U 143/07; BGH, Beschluss vom 04.03.2010 - VII ZR 21/09, IBR 2010, 254.

Damit sind praktisch fast 100 % der Bauverträge AGB.

Risiko § 305c Abs. 2 BGB:

Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders der AGB.

In der Praxis häufig Widersprüche zwischen Vertragstext, einbezogenen AGB (Kommerzielle Vertragsbedingungen, BVB) und ZTV oder ZBV - ohne klare Vertragsregelung des Vorrangs welcher Bestimmung gilt dann keine dieser Vertragsbestimmungen, sondern nur das Gesetz.

Das Gesetz regelt jedoch weder die Besonderheiten eines Bauvertrages noch eines GU- oder GÜ-Vertrages im Bau.

Vertragsstreitigkeiten sind damit vorprogrammiert - diese können hinsichtlich bestimmter Bautenstände und an diese Bautenstände gekoppelten Abschlagszahlungen zur äußerst kostenträchtigen Einstellung der Arbeiten am Bau führen.

Speziell entfallen häufig Verzugsvertragsstrafenregelungen wegen Widersprüchen in verschiedenen Vertragsbestandteilen - z.B. in Vertrag „0,2 % pro Arbeitstag“, in ZVB „0,2 % pro Werktag“ sowie wegen Fehlen einer zulässigen Obergrenze meistens von 5 %, die wieder klar auf netto oder brutto entweder der Vertragssumme des Ausgangsvertrages, des Vertrages mit Nachträgen oder der Schlussrechnungssumme in netto oder brutto bezogen sein muss.

Gleiches gilt für Vertragserfüllungssicherheiten und Gewährleistungssicherheiten des AN.

Solche Sicherheiten sind weder im Gesetz noch in VOB/A oder VOB/B vertraglich geregelt! Ausnahmen: § 632a BGB.

Vertragserfüllungssicherheit (sicher: 5%) vereinbaren.

Sicherheit für Mängelansprüche nach Abnahme regeln (üblicherweise 5%).

Bei Vereinbarung VOB/B ist gemäß § 17 Nr. 8 Abs. 2 die nicht verwendete Sicherheit nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben - wenn anders z. B. für 5 Jahre gewollt ist, wäre das klar im Vertrag zu regeln.

Bei Vereinbarung einer Erfüllungsbürgschaft und einer Mängelbürgschaft in AGB dürfen beide zusammen nur 6 - 10% der Brutto-Auftragssumme betragen - OLG Dresden, Beschluss 15.07.2008 - 12 U 781/08; IBR 2008, 577 (sonst Risiko der Unwirksamkeit beider Sicherheiten).

Verweise auf..., in denen wiederum andere Verweise auf ... enthalten sind, führen regelmäßig zu Missverständnissen, Ausfall eventuell gewollter Vertragsbestimmungen und in der Folge zu Vertragsauseinandersetzungen.

2.2. Leistungssoll

Keine pauschalen Regelungen für das Leistungssoll wie „Stand der Technik“ vereinbaren - das ist völlig unklar (gibt Stand der Wissenschaft, Stand der Wissenschaft und Technik, Stand der Technik, anerkannten Stand der Technik, allgemein anerkannten Stand der Technik, allgemein anerkannte Regeln der Technik, neuesten Stand der Technik, neuesten Standard der Technik, anerkannte Regeln der Technik - **nur** letzteres steht in § 13 Abs. 1 S. 2 VOB/B).

Klar regeln, was bei welchen konkreten DIN/EN und demgegenüber welchem konkreten „Stand der Technik“ Vorrang haben soll.

2.3. Sicherheiten

Bisherige §§ 648 und 648a BGB werden aufgehoben - neu in §§ 650e und 650f BGB.

Vereinbarungen zum Ausschluss oder zur Begrenzung einer vom AG für den AN zu stellenden Bauhandwerkersicherung bis zur vollen Höhe des Vertragspreises und weiteren 10% Nebenforderungen sind sowohl als AGB als auch einzelvertraglich in jedem Fall unwirksam - neuer § 650f Abs. 7 BGB.

Anmerkung: Kosten dieser Sicherheit (bis 2%) trägt der die Sicherheit verlangende AN - neuer § 650f Abs. 3 BGB (bisher: § 648a Abs. 3 BGB).

Diese Sicherheit ist nur von juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder eines öffentlich-rechtlichen Sondervermögens nicht zu stellen.

Vollkaufmännische Stadtwerke o. ä. müssen diese Sicherheit auf Verlangen des AN stellen.

Bei Vertragsfassung Nichtigkeit der Sicherungsklausel 4.1 BVB i.V. 22.1 ZVB Bund 2008 beachten, da diese zu unangemessenen 8% Sicherheit insgesamt führen **kann** - OLG Celle, Urteil 06.04.2017 - 8 U 204/16; IBR 2017, 2702 (nur online, Einstelldatum: 27.04.2017).

„§ 479 Sonderbestimmungen für Garantien

(1) Eine Garantieerklärung (§ 443) muss einfach und verständlich abgefasst sein. Sie muss enthalten:

1. den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf, dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, und

2. den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere die **Dauer** und den **räumlichen Geltungsbereich** des Garantieschutzes sowie **Namen und Anschrift des Garantiegebers**.

(2) Der Verbraucher kann **verlangen**, dass ihm die Garantieerklärung in **Textform** mitgeteilt wird.

(3) Die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung wird nicht dadurch berührt, dass eine der vorstehenden Anforderungen nicht erfüllt wird.“

2.4. Neuregelung Abschlagszahlungen

Gemäß neuem § 309 lit. c) neuer Nr. 15 BGB sind für Teilleistungen Abschlagszahlungen nicht wesentlich höher als nach §§ 632a Abs. 1 und 650m Abs. 1 BGB vereinbar - sonst wegen Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit nichtig!

„§632a Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des **Wertes** der von ihm **erbrachten** und **nach dem Vertrag geschuldeten** Leistung verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die **Beweislast** für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme **beim Unternehmer**.“

Gesetzgeber will verhindern, dass die dem Schutz des Bestellers dienenden Vorschriften des bisherigen § 632a BGB und des künftigen § 650l BGB über Abschlagszahlungen und Sicherheiten bei Verbraucherverträgen durch AGB zu Lasten des Verbrauchers unangemessen eingeschränkt werden. Gesetzgeber geht dabei von fehlender Verhandlungsmacht der Verbraucher aus, um für sie günstige Vereinbarungen zu erreichen bzw. für sie ungünstige Bedingungen zu verhindern.“

Eine **bewusste Abweichung** der Vertragsparteien von der gesetzlichen Regelung durch eine **individuell ausgehandelte** Vereinbarung bleibt **möglich**.

Unterschied zu VOB/B § 16: Dortige eigens angefertigte und bereitgestellte Bauteile sowie auf der Baustelle angelieferte Baustoffe und Bauteile werden nach Gesetz nicht von Abschlagszahlung erfasst.

2.5. Abnahme von Werkleistungen

Neuregelung

„§640 Abnahme

(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb einer Frist unter Angabe mindestens eines Mangels 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 zu Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängel verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.“

Damit wird die fiktive Abnahme neu geregelt, indem die Abnahme fingiert wird, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine **angemessene** Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht **innerhalb** dieser Frist **unter Angabe von Mängeln verweigert** hat.

Hinweis: als Empfehlung „Abnahme wird unter Angabe und Rüge des folgenden Mangels ... verweigert.“

Unterschied zu VOB/B § 12: Dortige 12-Werktage-Frist der Abnahmefiktion nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung (wie durch Schlussrechnung) gilt im Gesetz nicht.

Dortige 6-Werktage-Frist nach Beginn der Benutzung als Abnahmefiktion gilt nach Gesetz auch nicht.

2.5.1.

Für die Abnahmefiktion muss das Werk also zunächst nach dem Vertrag fertig gestellt sein - nicht „vorbeugend“ eine erst künftige Fertigstellung zu erwarten sein.

2.5.2.

Danach muss der Unternehmer eine angemessene Frist zur Abnahme beim Besteller (nicht dessen Architekten!) gesetzt haben.

Für die Angemessenheit der Frist kommt es auf die Vertragsumstände wie Vertragsumfang und Übergabe auch evtl. vertraglich geschuldeter Dokumentation wie - Revisionszeichnungen/Revisionspläne der gesamten Haustechnik,

- Prüfprotokolle aller Elektro-Anschlüsse, Wasser, Abwasser, Heizung,
- Bedienungsanleitungen für Haustechnik aller Art (Heizung, Lüftung, Sanitär, Klima, Schließ-, Antennen- sowie Klingel- und Wechselsprechanlage),
- Druckprüfungsprotokolle für wasserführende Leitungen,
- bauaufsichtliche Zulassung und Firmenbestätigung für WDVS,
- Schweißerlaubnis des Schlossergewerkes für Balkone,
- bei Abdichtungsarbeiten Dokumentation zu durchgeführten Arbeiten wie Voruntersuchung, Mauerwerksinjektionen nach Lage/Durchmesser/Tiefe, Einbringmengen, Einbringmaterialien,
- Nachweise der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Vorschriften (wie Prüfberichte Brandschutz und Statik, Rohbauabnahmebescheinigung, Einmessung Rohbau und Eintragung im Kataster, Schallschutz, Prüfstatik, Wärmebedarfsberechnung nach EnEV, EnEV, Energieausweis, Feuerstättenbescheid, Kkehrbuch, Abnahme TÜV für Aufzug, Umweltschutz, Denkmalschutz, BBergG und Lagerstättengesetz sowie Verordnung zur Ausführung des Lagerstättengesetzes z.B. für Geothermieanlagen mit Bohranzeige und Mitteilung der Bohrergebnisse einschl. Schichtenverzeichnisse und Aufbewahrung Bohr- und sonstiger Gesteinsproben, BBodSchG/BBodSchV/Sächsisches Abfallwirtschafts- und Bodenschutzgesetz einschl. Ergebnis SALKA-Prüfung, WHG und SächsWG, SächsBO, BauGB, Auflagen/Bedingungen/Nachweise aus Baugenehmigung) an.

Achtung: Mit Übergabe von Bedienungsanleitungen darf nicht nachträglich der Vertrag geändert werden - sog. „Wartungsfugen“ müssten schon vorher im Vertrag als solche vereinbart sein und nicht zur Abnahme als solche deklariert werden (DIN 52 460 - Begriffe und Praxishandbuch Dichtstoffe des Industrieverbandes Dichtstoffe e.V. Seite 126: Wartungsfuge muss als solche bereits im Angebot konkret festgeschrieben sein - „Nachkarten“ nicht möglich).

2.5.3.

Für fiktive Abnahme kommt hinzu, dass der Besteller die Abnahme **nicht innerhalb** dieser angemessenen Frist **unter Angabe von Mängeln verweigert** hat.

Der Besteller muss also

- innerhalb der Frist zur Abnahme und daneben
- unter Angabe von Mängeln
- die Abnahme verweigern

wenn er die Geltung einer fiktiven Abnahme verhindern will.

Gegenüber bisheriger Praxis ist schon die Zeitschiene „innerhalb der Frist zur Abnahme“ drastisch wirkend.

Für eine Abnahmeverweigerung muss auch mindestens ein (wesentlicher) Mangel konkret angegeben werden. Hinweis: Gesetz nennt nicht wesentlichen Mangel - sicher ist Abnahmeverweigerung bei wesentlichen Mangel wie in bisheriger Rechtsprechung.

Mängelrügen/Mängelangaben

Angeben bzw. rügen darf nur der Besteller selbst!

Architekt/SV müsste Vollmacht **dafür** sofort **mit** Angabe/Rüge nachweisen - sonst keine Verlängerung der Verjährungsfrist (OLG Jena, Urteil 26.11.2015 - 1 U 209/15, IBR 2016, 213), was hier auch für gesetzliche Neuregelung von Mängelangaben Anwendung finden dürfte.

Anzugeben bzw. zu rügen ist beim konkreten AN mit vollständiger **richtiger Firmierung** und zwar beim Geschäftsführer einer GmbH oder Inhaber einer Inhabermfirma, nicht beim Polier/Bauleiter des AN (KBV ist eine andere Firma als K.B.V., Max Müller Investitions GmbH & Co. KG Carée 12 ist eine andere Firma als Max Müller Investitions GmbH Carée 12, aplus Meyer ist eine andere Firma als APLUS Meyer, Max Müller ist eine andere Firma als MaxMüller, Müller GmbH ist eine andere Firma als Müller AG - der Besteller/sein Architekt haftet für seine Schriftstücke auch bei Fehlern seiner Sekretärin, da die Einrede unwirksamer Mängelangaben bzw. -rügen erst Jahr später nach Eintritt der Verjährung im Prozess erfolgt). Zu rügen ist die **Mangelercheinung**, nicht die Mangelursache. Die Mangelercheinung muss jedoch konkret beschrieben werden. Richtig: „Das Dach ist am Westgiebel zwischen ersten und dritten Sparren gesehen von Westen aus mehrfach in der gesamten Ausdehnung der Dachfläche von Höhe Dachrinne bis Firstbalken undicht - es tropft Wasser ab und bildet auf dem darunterliegenden Dachboden mehrere großflächige Pfützen mit ca. 50-120 cm Durchmesser, wobei die Wassertropfen bei Regenfreiheit und verstärkt bei Regen auftreten.“ - ungenügend als unzulässige Ausforschung wäre: „Das Dach des Gebäudes weist Undichtigkeiten auf.“ (OLG München, Beschluss 05.01.2017 - 28 W 2124/16; IBR 2017, 2752 - nur online, Einstelldatum 11.05.2017).

Schon Risiko künftigen Schadens ist Mangel - OLG Karlsruhe, Urteil 29.11.2013 - 13 U 80/12; BGH, Beschluss 26.03.2015 - VII ZR 15/14, IBR 2015, 354.

Mangel auch, wenn Abweichung vom Vertrag **nicht zur Beeinträchtigung des Werts** oder der Gebrauchstauglichkeit führt - BGH, Beschluss 10.07.2015 - VII ZR 70/14, IBR 2015, 539.

Die gesetzliche Unklarheit „unter **Angabe** eines Mangels“ bedeutet zumindest nach der Wortwahl nicht „unter **Rüge** eines Mangels“ - Besteller sollte daher die sichere Formulierung „Abnahme wird hiermit unter **Angabe und Rüge** des folgenden Mangels ... verweigert.“ verwenden.

Frist für die Mängelbeseitigung ist tagkonkret aufzugeben: „Die o.g. Mängel wollen Sie bis 14.06.2017 abstellen und mir bis dahin die Abstellung schriftlich anzeigen.“

Fristsetzung mit „Wir bitten um Beseitigung **in nächster Zeit**.“ ist ungenügend und **unwirksam! Keine Mängelrechte!** - OLG Düsseldorf, Urteil 18.12.2015 - 22 U 84/15; IBR 2016, 84.

Drastisches Haftungsrisiko für Besteller/dessen Architekt wegen dann eintretender Verjährung und durchschlagender Einrede des AN erst im Prozess nach Ablauf der Verjährungsfrist.

Eine Ersatzvornahme durch Dritte muss seit 2002 nicht mehr angedroht werden. Neuer § 640 Abs. 2 BGB regelt keine Form für die Verweigerung der Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels - nach dem Gesetz ist also auch die mündliche Verweigerung der Abnahme wegen eines konkreten Mangels zulässig. Wegen sonst auftretenden Beweisproblemen sollte die Verweigerung der Abnahme schon allein deshalb schriftlich mit Zugangsnachweis beim Unternehmer erfolgen. Gerügt werden muss im Regelfall schriftlich, da häufig so vereinbart (wie VOB/B § 13 (5) 1.).

Strittig, ob einfache E-Mail dem Schriftformerfordernis genügt.

Empfehlung: In Vertrag konkret regeln oder nachweisbar per Brief/Fax rügen (OLG Jena, Urteil 26.11.2015 - 1 U 209/15, IBR 2016, 144).

Schriftform wird bei Unterschrift, Einscannen und E-Mail-Versand gewahrt (OLG Frankfurt, Beschluss 16.03.2015 - 4 U 265/14; BGH, Beschluss 10.09.2015 - VII ZR 69/15, ibr-online: IBR 2016, 2472).

Nach Anzeige des Unternehmers zur Mangelbeseitigung muss der Besteller über die **Abnahme der Mangelbeseitigung und hier über die Abnahme insgesamt** entscheiden und dies dem Unternehmer mitteilen.

Hinsichtlich Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme neuer § 650g BGB - siehe hinten unter Punkt 3., Seite 22 ff..

Wiederholte Mängelrüge des gleichen Mangels um des lieben Friedens willen: „Wir möchten Ihnen nochmals Gelegenheit geben, den Mangel des sich am Westgiebel lösenden Oberputzes zu beseitigen und bitten Sie um Bestätigung bis 03.07.2017.“ ist nicht nur entbehrlich, sondern verursacht beim AG dramatische Irrtümer wegen vermeintlich noch laufender Hemmung der Verjährungsfrist, die jedoch bereits bei erster Ablehnung des AN nach der ersten Mängelrüge nicht mehr gehemmt wird - **Verjährungsfalle!** Im Übrigen wird hier keine wirksame Frist der Mängelbeseitigung vorgegeben - Mängelrüge ist unwirksam.

Mündliche Ablehnungen gerügter Mängel sind wirksam - beiderseits Beweisrisiko.

Mängel an **gelieferten** Bauteilen sind bei Vertrag zwischen Kaufleuten (z. B. Stadtwerke GmbH und Bau-GmbH) **sofort** zu rügen, sonst gilt gemäß § 377 HGB Ware als genehmigt - subjektive Fähigkeiten des Käufers sind irrelevant (OLG Düsseldorf, Beschluss 08.05.2015 - 22 U 11/15, IBR 2015, 691).

Verstoß gegen **Herstellervorschriften** allein sind kein Mangel, können aber bei Erhöhung des Risikos und Gefahr des Verlusts der Herstellergarantie Mangel sein - OLG München, Urteil 08.07.2015 - 13 U 4157/14; BGH, Beschluss 22.10.2015 - VII ZR 189/15, IBR 2016, 79.

Empfehlung: Herstellervorschriften als Beschaffenheit im Vertrag vereinbaren oder ausschließen.

Einschätzungs- und **Prognoserisiko** für Mangelbeseitigung liegt **beim AN**.

Unrichtige Einschätzungen eines vom AG beauftragten Bau-SV gehen auch bei erfolglosem und unverhältnismäßig teurerem Mangelbeseitigungsversuch zu Lasten des AN - OLG Hamm, Urteil 25.11.2014 - 24 U 64/13; IBR 2015, 140.

Architekt darf in AGB nicht Übertragung der Beseitigung des Schadens (Mangel) verlangen, wäre unwirksam - BGH, Urteil 16.02.2017 - VII ZR 242/13; IBRRS 2017, 0878 (Achtung: nach Mangleintritt einzelvertragliche Vereinbarung zulässig, jedoch nicht vom Architekt erzwingbar - verfahrensökonomische Betrachtung sichern).

2.6. Neuregelung Kündigung aus wichtigem Grund

„§ 648a Kündigung aus wichtigem Grund

(1) 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 Fertigstellung des Werkes nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen.

(3) § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

(4) Nach der Kündigung kann jede Vertragspartei von der anderen verlangen, dass sie an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstandes mitwirkt. Verweigert eine Vertragspartei die Mitwirkung oder bleibt sie einem vereinbarten oder einem von der anderen Vertragspartei innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Leistungsstandfeststellung fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstands fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.

(5) Kündigt eine Vertragspartei aus wichtigem Grund, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt.

(6) Die Berechtigung, Schadenersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.“

Die Einfügung dieses Rechts zur Kündigung des Werkvertrages aus wichtigem Grund wurde in der Rechtsprechung bei einem auf längere Erfüllungszeit angelegten Bauvertrag in Anlehnung an § 314 BGB zugelassen.

Es handelt sich hier um eine gesetzliche Konkretisierung der Rechtslage.

Das freie Kündigungsrecht gemäß bisherigen § 649 BGB, ab 01.01.2018 § 648 BGB bleibt unverändert erhalten.

Die VOB/B eröffnet den Vertragspartnern gemäß §§ 8, 9 ebenfalls die Möglichkeit zur Beendigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund und gibt hierzu eine Reihe von Kündigungstatbeständen als Orientierung an.

Mit der Neuregelung im BGB-Vertrag werden zumindest Grundzüge der außerordentlichen Kündigung geregelt und für die Praxis mehr Rechtssicherheit geschaffen.

Bei Strittigkeit einer Leistungsstandsfeststellung sollten im wechselseitigen Interesse beider Vertragsparteien

- die unstrittigen Teile des Leistungsstandes und daneben
- die strittigen Teiles des Leistungsstandes mit konkreter Angabe der jeweiligen Auffassung

festgehalten werden.

Damit wird zumindest prozessökonomisch ein erhöhter Aufwand für die Feststellung des Leistungsstandes für ein gesamtes Bauwerk vermieden.

Auch aus dieser Sicht sind gemeinsam vorzunehmende Teil-Aufmaße im jeweils fortschreitenden Bau sinnvoll.

Das neue Gesetz regelt bewusst keine Beschränkung des Kündigungsrechts auf Werkverträge, die auf längere Dauer der Zusammenarbeit angelegt sind, um die Begründetheit der Kündigung nicht von einem weiteren Rechtsbegriff abhängig zu machen. Gesetzgeber geht jedoch davon aus, dass bei „kleineren“, schneller abzuwickelnden Werkverträgen häufig die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags bis zur Fertigstellung des Werks nicht gegeben sein wird und diese schon deshalb nicht in den Anwendungsbereich des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund fallen.

Eine Teil-Kündigung wird gesetzlich als Möglichkeit eingeführt.

Die Teil-Kündigung muss sich dabei auf einen „abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks“ beziehen. Dieses gesetzliche Abgrenzungskriterium unterscheidet sich vom Abgrenzungskriterium gemäß VOB/B § 8 Abs. 3 „in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung“, wobei diese VOB/B-Regelung eine hohe Hürde für die Vertragspartner darstellt.

Der Gesetzgeber hält es für entscheidend, dass die Vertragspartner eine klare Abgrenzung der von der Teil-Kündigung erfassten und der danach noch von einem anderen Werkunternehmer zu erbringenden Leistung vornehmen können und der von der Kündigung betroffene Unternehmer in der Lage ist, die von ihm noch geschuldeten Leistungen ohne Beeinträchtigung zu erbringen.

Aus der Verweisung auf § 314 Abs. 3 BGB ergibt sich, dass eine außerordentliche Kündigung des Werkvertrages nur innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen kann, nachdem der Berechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

Eine **gemeinsame Feststellung des Leistungsstandes** wird als aktiv auszuübendes **Verlangen** geregelt - es ist also kein Automatismus.

Dies dient - allein - der **quantitativen Bewertung** der bis zur Kündigung erbrachten Leistung und soll späteren Streit über den **Umfang** der erbrachten Leistung vorbeugen. Sie hat **keine** der **Abnahme** vergleichbaren Rechtsfolgen.

Wenn die andere Vertragspartei dem Termin zur Leistungsstandsfeststellung fern bleibt, trifft sie die **Beweislast** für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung - dies ist in gewisser Weise eine Umkehr-Fiktion einer einseitigen Leistungsstandsfeststellung.

Mit dieser Rechtsfolge wird ein angemessener Anreiz geschaffen, um das notwendige Zusammenwirken der Vertragsparteien auch nach einer Kündigung zu fördern. Die Regelung orientiert sich an § 8 Abs. 6 VOB/B und an der Rechtsprechung des BGH hierzu (Urteil 22.05.2003 - VII ZR 143/02; IBR 2003, 347; BauR 2003, 1207).

Mit der Regelung zur unverzüglichen Mitteilung der fernbleibenden Partei zu den Gründen für ihr Fernbleiben sollen

- sich die Parteien über den Termin zur Leistungsstandsfeststellung verständigen
- und es kann vermieden werden, dass die Frage des Nichtvertreten-Müssens des Fernbleibens erst Jahre später in einem Folge-Prozess zu klären ist.

Bei Kündigung aus wichtigem Grund gemäß Absatz 5 Anspruch nur auf die Vergütung, die auf das bis zur Kündigung erbrachte Teil-Werk entfällt - also nicht ein an der vereinbarten Vergütung ausgerichtetes Anspruch gemäß § 648 BGB neu (bisher § 649 BGB).

Schadenersatzanspruch nach Absatz 6 etwa, wenn der wichtige Grund, der Anlass für die Kündigung war, von einer Partei schuldhaft herbeigeführt worden ist.

Bereits hier: Kündigung eines **Bau**vertrages bedarf der **Schriftform** gemäß neuem § 650h BGB.

Unterschied zu VOB/B § 8 Nr. 2: Dort wird Annahme- oder Schuldnerverzug des AG mit Nachfristsetzung inklusive Kündigungsandrohung für Kündigung nötig.

3. Ergänzungen, Änderungen im speziellen Teil BGB - **Bauvertragsrecht**

Neues Kapitel 2 im Titel 9 des BGB mit §§ 650a - 650h BGB.

Bisher verstreute Vorschriften zum Werkvertrag in Untertitel 1 werden hier für den Bauvertrag zusammengefasst und um weitere Vorschriften ergänzt.

3.1.

„§ 650a 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 des 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.“

Es ist eine Definitionsnorm auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung.

Hinsichtlich „Bauwerk“ wird angeknüpft an bisherigen § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB und zur Vorgängernorm § 638 BGB a.F. sowie an die dazu ergangene Rechtsprechung angeknüpft werden können.

Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks als Bauvertrag soll gemäß Absatz 2 auf die wesentliche Bedeutung des Werkes für die Konstruktion, den Bestand oder dem bestimmungsgemäßen Gebrauch abstellen.

Unter Instandhaltung sind Arbeiten zu verstehen, die zur Einhaltung des Soll-Zustandes des Bauwerks dienen (s. auch § 2 Abs. 9 HOAI; § 1 VOB/A).

Instandhaltungsarbeiten, die für Konstruktionen, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind, können etwa Pflege-, Wartungs- und Inspektionsleistungen sein, die der Erhaltung und/oder der Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen. Erfasst werden etwa Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege- und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen.

„§ 650b Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges (§ 631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist.

Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c

Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.“

Der neue § 650b BGB normiert Vorgaben für ein Anordnungsrecht des Bestellers bei Bauverträgen, während die werkvertraglichen Regelungen im BGB bisher ein Anordnungsrecht des Bestellers nicht kennen. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B enthält entsprechende Regelungen.

Das Gesetz verfolgt das **Ziel der Hinwirkung auf ein Einvernehmen** der Vertragsparteien, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Dies ist verfahrensökonomisch im Interesse beider Parteien, weil ein Streit über eine Vertragsänderung die weitere Ausführung des Baus erheblich belasten kann.

Die Änderung des Werkerfolgs nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ist nicht an bestimmte Ziele gebunden. Dies können sich geändert habende Vorstellungen des Bestellers oder bei der Planung nicht berücksichtigte Umstände wie unterzubringende Möbel sein. Solche Anordnungen können auch aus verschiedenen anderen Gründen wie Änderungen der Rechtslage oder behördliche Vorgaben veranlasst sein. Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des AG lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde - dann oft vorausgehender Bedenkenhinweis des Unternehmers.

Wesentlicher Teil einer einvernehmlichen Lösung ist, dass sich die Parteien auch über die Auswirkungen einigen, die die Änderung auf die Vergütung hat. Der Unternehmer ist nach Absatz 1 Satz 2 grundsätzlich zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet.

Unternehmer ist nur verpflichtet, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist.

Zumutbarkeit kann z.B. die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Unternehmers oder betriebsinterne Vorgänge betreffen.

Zu berücksichtigen ist einerseits, dass der Unternehmer zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprechen.

Schwelle der Unzumutbarkeit soll unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit gem. § 275 Abs. 2, 3 BGB liegen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass beide Parteien bei der Abwicklung des Bauvertrages aneinander gebunden sind und ein Wechsel des Vertragspartners für den Besteller nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden ist.

Beweispflichtig für die Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Besteller, z.B. für die Frage, ob das zur Ausführung notwendige Material im Handel erhältlich ist.

Unternehmer trägt nur dann Beweislast für Unzumutbarkeit, wenn er sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat. Bei einem GU ist eine Gesamtbetrachtung unter Einschluss der NU angezeigt, wobei nicht nur auf dem Betrieb des GU selbst, sondern auf die betrieblichen Möglichkeiten der NU abzustellen ist.

Trägt der Besteller die Planungsverantwortung, ist der Unternehmer nach Absatz 1 Satz 4 nur dann zur Erstellung eines Angebots über Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.

Bei Nichteinigung Anordnungsrecht gemäß Absatz 2 mit Zumutbarkeitsregel wie Absatz 1 Satz 3.

Die im Entwurfsstadium des Gesetzes noch behandelte „Bauverfügung“ als beschleunigtes vorläufiges gerichtliches Erkenntnisverfahren mit hoher Richtigkeitsgewähr wurde nicht in die Neuregelung aufgenommen, weil sich in der Regel trotz teils erheblicher Differenzen über bisherige Anordnungen nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B während der laufenden Bauarbeiten kein gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen wird und Streit der Parteien erst im Zusammenhang mit der Schlussrechnung ausgetragen wird.

Eine gesonderte Einführung eines speziellen Bauverfügungsverfahrens kann bei Bedarf später erfolgen.

„§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

(2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Ent-

scheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.“

Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist die Eindämmung von Spekulationen und weitestgehende Vermeidung von Streit der Parteien über die Preisanpassung.

Durch Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach den **tatsächlich erforderlichen Kosten** soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsabschluss Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf dem Wettbewerb knapp oder nicht auskömmlich sind oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt.

Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Spekulationsmöglichkeiten des Unternehmers für ungerechtfertigte Preisvorteile einschränken.

Mehr- oder Mindervergütung soll nicht auf Grundlage der für die geänderte Bauleistung insgesamt „üblichen Vergütung“ gemäß § 632 BGB berechnet werden.

Die für unveränderte Vertragsleistungen vereinbarten Preise bleiben unberührt.

Mehr- oder Minderleistungen werden nach hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn abgerechnet. Bei Ermittlung des veränderten Aufwands nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.

Die Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn müssen angemessen sein. Der bloße Verweis des Unternehmers auf die Urkalkulation genügt nicht, um die Angemessenheit der Zuschlagssätze darzulegen. Innerhalb einer Nachtragsberechnung darf es keine Kombination zwischen den tatsächlichen erforderlichen Kosten einerseits und den kalkulierten Kosten andererseits geben, um keine Anreize für spekulative Kostenverschiebungen zu schaffen. Damit scheidet im Rahmen des Absatzes 1 ein Rückgriff auf die hinterlegte Urkalkulation aus.

Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung wird nicht um einen sog. Vertragspreisniveaufaktor ergänzt. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen wären, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führen würde. Stattdessen soll die im Wettbewerb für die Ausgangs-

leistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe (d.h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden.

Zu Absatz 2

Zur Praktikabilität wird dem Unternehmer ermöglicht, zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Kostenansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückzugreifen. Ergänzend greift einer widerlegliche Vermutung, dass die in dieser Urkalkulation enthaltenen bzw. fortgeschriebenen Preis- und Kostenansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und hinsichtlich der Zuschläge weiterhin angemessen sind. Hinsichtlich Zuschlags für allgemeine Geschäftskosten wird vermutet, dass er weiterhin zutreffend ist. Haben sich die allgemeinen Geschäftskosten erhöht, hat der Unternehmer die Möglichkeit, die Berechnungsmethode nach Absatz 1 zu wählen und sie auf andere Weise schlüssig darzulegen. In die Vermutung für die Ansätze der Urkalkulation einbezogen wurden auch Zuschläge für Wagnis und Gewinn. Bei unternehmensbezogenen kalkulierten Zuschlägen bezieht sich die widerlegliche Vermutung auch auf die in der Urkalkulation ausgewiesenen Ansätze und Bezugsgrößen, wie Umsatz, Bauzeit oder projektbezogene Festbeträge.

Dadurch wird keine Neuberechnung für die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten nötig, sondern es wird - wie bisher - auf die i.d.R. vorhandene Urkalkulation des Unternehmers zurückgegriffen. Die Vermutungswirkung kann jedoch nur greifen, wenn die vom Unternehmer offenbarte oder hinterlegte Urkalkulation ausreichend aufgeschlüsselt ist. Ein wichtiger Nebeneffekt dieser Regelung ist der Anreiz für den Unternehmer, die Kalkulation nachvollziehbar zu gestalten, um sie - gestützt auf die gesetzliche Vermutung - für die Berechnung der „Ist-Kosten“ heranziehen zu können.

Für den Unternehmer ergibt sich also ein Wahlrecht, ob er „Nachträge“ auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation (Absatz 2) oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (Absatz 1) abrechnen will.

Um Spekulationen bei der Preisgestaltung zu verhindern, kann der Unternehmer das **Wahlrecht** für **jeden** Nachtrag nur **insgesamt** ausüben („Vergütung für den Nachtrag“). Je nachdem wie er sich entschieden hat, hat er konsequent entweder die Urkalkulation fortzuschreiben oder die tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten für die nachträglich angeordnete Leistung darzulegen.

Zu Absatz 3

Besteht zwischen den Parteien Streit über gem. Abs. 1 + 2 geschuldete Mehrvergütung, ergibt sich für den Unternehmer das Risiko, dass er die infolge der Änderung geschuldete Mehrleistung zunächst ohne Vergütung erbringt und eine

Klärung der Mehrvergütung erst im Zusammenhang mit der Schlussrechnung erfolgt.

Um hier zu gewährleisten, dass jedenfalls ein Teil der geschuldeten Mehrvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen berücksichtigt wird, sieht Abs. 3 eine vorläufige Pauschalierung vor. Danach kann der Unternehmer bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen 80% einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder eine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. So erhält der Unternehmer während der Ausführung des Baus einen leicht zu begründenden vorläufigen Mehrvergütungsanspruch. Hält der Besteller ihn für überhöht, muss er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen.

Kommt die vorläufige Berechnung der Abschläge nach der 80%-Regelung zur Anwendung, erfolgt die genaue Berechnung der Mehrvergütung erst in der Schlussrechnung. Der Anspruch des Unternehmers auf die nach den Abs. 1 + 2 berechnete Mehrvergütung wird dann erst nach der Abnahme des Werkes fällig (S. 2). Für den Fall, dass sich nunmehr eine Überzahlung durch den Besteller ergibt, sieht S. 3 einen Rückgewähranspruch vor.

Hinweis: Kosten können nach ständiger Rechtsprechung auf +/- 20 % auch bei Sachverständigeneinschätzung abweichen. Eine zulässige Einschätzung kann demnach beanstandungsfrei sowohl 80 als auch 120 lauten. Es gibt auch Rechtsprechung mit +/- 30 %.

Damit ist für Schätzungen von Mehrvergütung auf von Anfang an „120“ Tür und Tor geöffnet. 80 % von 120 angesetzter Vergütungshöhe für Mehrvergütung sind dann schon 96 von insgesamt „richtigen“ 100. Dies ist nicht sicher angreifbar.

Zu Absatz 4

Nach Absatz 4 Satz 1 können die Parteien einzelvertraglich eine andere Vereinbarung für die Vergütungsanpassung (auch andere Berechnungsmethode) treffen. Diese kann sich sowohl auf die Gesamtvergütung, als auch auf Abschlagszahlungen beziehen. Wird eine andere Berechnungsmethode in AGB vereinbart, unterliegt diese Klausel der Inhaltskontrolle des § 307.

Eine Ausnahme davon, die über die Privilegierung des § 310 Abs. 1 S. 3 hinausgeht, sieht Abs. 4 S. 2 für die VOB/B vor: Wird die VOB/B in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen als AGB verwendet, findet § 307 Abs. 1 + 2 danach in Bezug auf eine Inhaltskontrolle von Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung abweichend von § 310 Abs. 1 S. 3 auch dann keine Anwendung, wenn die Bestimmungen der VOB/B in Gänze vereinbart wird, sondern nur die

Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung in Gänze vereinbart werden.

Das neue Privileg ermöglicht es den Parteien im Bereich der öffentlichen und gewerblichen Aufträge, gem. § 2 Abs. 5 + 6 VOB/B und der dazu entstandenen Praxis den neuen Preis weiterhin unter Fortschreibung der Auftragskalkulation/Uralkulation zu berechnen, wenn sie zumindest die Bestimmungen der VOB/B zum Anordnungsrecht und zur Vergütungsanpassung ohne Abweichungen insgesamt vereinbart haben. Vereinbaren die Parteien sonstige Abweichungen von der VOB/B oder machen sie von deren Öffnungsklauseln Gebrauch, schließt dies die Privilegierung nicht aus. Mit dieser Regelung soll ermöglicht werden, die im Rahmen von VOB/B-Verträgen praktizierte und von den Beteiligten auch akzeptierte Praxis der Preisfortschreibung fortgeführt werden kann, obwohl sie vom gesetzlichen Leitbild des § 650c BGB abweicht.

Um möglichen Änderungen der VOB/B Rechnung zu tragen, sieht Absatz 4 Satz 2 eine gleitende Verweisung vor. Privilegiert wird die VOB/B in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Fassung.

zu Absatz 5

Durch Absatz 5 sollen parallel zu der Regelung in § 650b Absatz 3 einstweilige Verfügungen zur Durchsetzung von Forderungen des Unternehmers auf Abschlagszahlungen oder Sicherheitsleistungen, die sich wegen Anordnungen des Bestellers geändert haben, erleichtert werden. Auch insoweit wird danach widerleglich vermutet, dass ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO nach Beginn der Bauausführung gegeben ist, und damit eine Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist.

Bei erheblichen Kostensteigerungen soll den Unternehmern ermöglicht werden, im einstweiligen Verfügungsverfahren schnell einen Titel über den geänderten Abschlagszahlungsanspruch oder die nunmehr zu gewährende Sicherheit zu erlangen.

Macht der Unternehmer von seiner vorläufigen Pauschalisierungsmöglichkeit der Mehrvergütung nach Absatz 3 Satz 1 Gebrauch, dient die erleichterte einstweilige Verfügung auch den Interessen des Bestellers. Er kann so überhöhten Ansprüchen schnell entgegenreten.

Bereits nach geltender Rechtslage lässt die Rechtsprechung eine auf Zahlung von Geld - und damit vorläufige Befriedigung - gerichtete einstweilige (Leistungs-) Verfügung zu. An das Bestehen eines Verfügungsgrundes stellt sie jedoch insoweit erhöhte Anforderungen: Der Antragsteller bedarf dringend der sofortigen Erfüllung seines Anspruchs; die geschuldete Handlung muss, soll sie nicht ihren Sinn verlieren, so kurzfristig zu erbringen sein, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht mehr möglich erscheint; dem Antragsteller müssen aus der

Nichtleistung Nachteile drohen, die schwer wiegen und außer Verhältnis zu dem Schaden stehen, der dem Antragsgegner droht (vgl. Musielak/Voit/Huber, ZPO, 12. Auflage 2015, § 940 Rn. 14; Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Auflage 2016, § 940 Rn. 6). Diese Voraussetzungen dürften trotz ihrer großen Bedeutung für die Liquidität von Bauunternehmern nach geltendem Recht in Bezug auf Abschlagsforderungen zumeist nicht gegeben sein. Hier knüpft der Absatz 5 an, indem er die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer eine auf Zahlung gerichtete einstweilige Verfügung erlangen kann, nach Beginn der Bauausführung absenkt.

Unterschied zu VOB/B § 2: Gesetz fordert nicht vorherige Ankündigung des Anspruchs auf besondere Vergütung vor Beginn der Ausführung der Leistung.

„§ 650d Einstweilige Verfügung

Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650b oder die Vergütungsanpassung gem. § 650c ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.“

Betrifft ausschließlich **Bauverträge**.

„§ 650e Sicherungshypothek des Bauunternehmers

Der Unternehmer kann für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.“

Betrifft ausschließlich **Bauverträge**.

„§ 650f Bauhandwerkersicherung [entspricht § 648a a.F.]

(1) 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. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

(2) Die Sicherheit kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf Zahlungen an den Unternehmer nur leisten, soweit der Besteller den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(4) Soweit der Unternehmer für seinen Vergütungsanspruch eine Sicherheit nach Absatz 1 oder 2 erlangt hat, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 650e ausgeschlossen.

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 Prozent der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

(6) Die Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller 1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder, 2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650i oder um einen Bauträgervertrag nach § 650u handelt. Satz 1 Nummer 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

(7) Eine von den Absätzen 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Änderung gegenüber bisherigen § 648a insbesondere in Absatz 6.

Bisher: keine Anwendung bei natürlicher Person als Besteller für Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung EFH mit oder ohne ELW.

Neu: keine Anwendung bei Verbraucher mit Verbraucherbauvertrag (damit auch Bau eines MFH vom Verbraucherprivileg erfasst) oder Bauträgervertrag.

Werkverträge von Verbrauchern, die keine Verbraucherbauverträge oder Bauträgerverträge sind, werden hier nicht von der Anwendung ausgenommen - z.B. Wiederherstellungsmaßnahmen, kleinere Umbaumaßnahmen.

„§ 650g Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme, Schlussrechnung

Bauvertragsrecht 2018, Seminar des Bildungswerks für Kommunalpolitik Sachsen e.V.

RA Reiner Brumme, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Schlichter + Schiedsrichter SOBau

Eckstr. 1a in 09113 Chemnitz | Tel.: 0371 / 808 11-88 | www.ra-brumme.de

(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.

(4) Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist, und

2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat.

Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.“

Für **Bauverträge** wird die Neuregelung zur fiktiven Abnahme in § 640 Absatz 2 durch § 650g ergänzt für den Fall der Abnahmeverweigerung und mit Regelung zur Gefahrtragung in Ergänzung zu den allgemeinen Regeln und § 644.

Künftig Obliegenheit des Bestellers, **auf Verlangen** des Unternehmers an gemeinsamer Feststellung des **Zustandes** des Werks mitzuwirken. Diese Zustandsfeststellung **ersetzt nicht die Abnahme** und hat auch keine sonstigen Ausschlusswirkungen. Sie dient lediglich der Dokumentation zur Vorbeugung späteren Streits und ist Grundlage für modifizierte Gefahrtragung.

In Absatz 1 Satz 2 ist Unterschrift beider Vertragsparteien vorgeschrieben - bei Streit verschiedene Auffassungen konkret mit Parteizuordnung formulieren.

Absatz 2 konkretisiert Anforderungen an einseitige Zustandsfeststellungen durch den Unternehmer - diese Voraussetzungen liegen bei gemeinsamer Begehung zur Zustandsfeststellung, aber Nichteinigung zum festzustellenden Zustand nicht vor. Dann muss Unternehmer einseitige Zustandsfeststellung datieren, unterschreiben und dem Besteller eine Abschrift zur Verfügung stellen.

Das Gesetz enthält hier keine Regelung über die **Kosten** für die Zustandsfeststellung. Grundsätzlich hat jede Partei die ihr entstehenden Kosten selbst zu tragen - anders nur bei Vorliegen der Voraussetzungen für Schadenersatzanspruch gem. § 280 Absatz 1 etwa bei Aufforderung des Unternehmers zur Abnahme, obwohl das Werk offensichtlich wesentliche Mängel aufweist.

Absatz 3 schränkt Risiko des Unternehmers **vor** Abnahme, aber nach Verschaffung des Werkes an den Besteller (wie Einzug/Nutzung), ein. Dann gilt die Vermutung, dass ein offenkundiger Mangel, der nicht in der Zustandsfeststellung angegeben wurde, nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Offenkundig dann, wenn der Mangel bei ordnungsgemäßer Zustandsfeststellung ohne weiteres hätte entdeckt werden **müssen** (nicht: entdeckt wurde). Bei der Auslegung „offenkundig“ ist Fachkunde des Bestellers (z.B. bei Vertretung durch Architekten) zu berücksichtigen.

Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel seiner Art nach nicht vom Besteller verursacht sein kann - etwa Materialfehler oder Abweichung von Planungsvorgaben als Mangel.

In Absatz 4 wird die Prüffähigkeit der Schlussrechnung so geregelt, dass sie für den Besteller nachvollziehbar sein muss (subjektives Moment mit Anknüpfung an Fachkunde des Bestellers).

Fiktion der Prüffähigkeit, wenn Besteller nicht **innerhalb von 30 Tagen** nach Zugang **begründete Einwendungen** gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

Unterschied zu VOB/B § 16 (3): Dortige 30-Tage-Frist oder 60-Tage-Höchst-Frist für Fälligkeit des Anspruchs gilt im Gesetz nicht.

„§ 650h Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrags bedarf der schriftlichen Form.“

Regelung dient der Rechtssicherheit und der Beweissicherung. Kündigung in Textform (wie per **E-Mail**) **reicht nicht!**

Schriftformerfordernis gilt für freie Kündigung und auch Kündigung aus wichtigem Grund.

4. Verbraucherbaupertrag

„§ 650i Verbraucherbaupertrag

(1) Verbraucherbauperträge sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

(2) Der Verbraucherbaupertrag bedarf der Textform.

(3) Für Verbraucherbauperträge gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.“

Anwendungsbereich schließt an Vorgaben der EU-Verbraucherrechterichtlinie zu vorvertraglichen Informationspflichten an.

Zum „Bau von neuen Gebäuden“ dient § 312 Absatz 2 Ziffer 3 als Orientierung mit enger Auslegung durch die Rechtsprechung. Erneuerungs-, Umbau- und Erweiterungsmaßnahmen an bestehenden Gebäuden oder Bauwerke untergeordneter Funktion wie Carport/Gartenschuppen fallen nicht darunter.

„Erhebliche Umbaumaßnahmen“ sollen mit Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sein wie Baumaßnahmen, bei denen nur die alte Fassade erhalten bleibt. Maßgeblich sind Umfang und Komplexität des Eingriffs sowie Ausmaß des Eingriffs in die bauliche Gebäudesubstanz. Verträge für Anbauten wie Garage oder Wintergarten sowie zur Instandsetzung/Renovierung von Gebäuden ohne erhebliche Umbauten werden nicht erfasst.

„§ 650j Baubeschreibung

Der Unternehmer hat den Verbraucher über die sich aus Artikel 249 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ergebenden Einzelheiten in der dort vorgesehenen Form zu unterrichten, es sei denn, der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter macht die wesentlichen Planungsvorgaben.“

Art. 249 EGBGB sieht vor, dass dem Besteller rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung eine Baubeschreibung in **Textform** zur Verfügung zu stellen ist, in der die **wesentlichen** Eigenschaften des angebotenen Werks klar und verständlich dargestellt und **verbindliche** Angaben zur **Bauzeit** enthalten sind.

Beschreibung dient Schutz der Erwartungen des Bestellers und ermöglicht ihm Überprüfung des Angebots durch sachverständigen Dritten und Preis-/Leistungsvergleich mit anderen Angeboten.

Pflicht zur Baubeschreibung entfällt bei Vorgabe wesentlicher Planungsvorgaben durch den Besteller oder von ihm Beauftragten (wie Architekt).

„EGBGB Art. 249 Informationspflichten bei Verbraucherbauperträgen

Baupertragsrecht 2018, Seminar des Bildungswerks für Kommunalpolitik Sachsen e.V.

RA Reiner Brumme, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Schlichter + Schiedsrichter SOBau

Eckstr. 1a in 09113 Chemnitz | Tel.: 0371 / 808 11-88 | www.ra-brumme.de

§ 1 Informationspflichten bei Verbraucherbauverträgen

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

§ 2 Inhalt der Baubeschreibung

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

1. **allgemeine Beschreibung** des herzustellenden Gebäudes oder der vorzunehmenden Umbauten, gegebenenfalls **Haustyp** und **Bauweise**,
 2. **Art und Umfang der angebotenen Leistungen**, gegebenenfalls der Planung und der Bauleitung, der Arbeiten am Grundstück und der Baustelleneinrichtung sowie der Ausbaustufe,
 3. **Gebäudedaten, Pläne** mit Raum- und Flächenangaben sowie **Ansichten, Grundrisse** und **Schnitte**,
 4. gegebenenfalls **Angaben zum Energie-, zum Brandschutz- und zum Schallschutzstandard** sowie zur **Bauphysik**,
 5. **Angaben** zur Beschreibung der Baukonstruktionen **aller wesentlichen Gewerke**,
 6. gegebenenfalls Beschreibung des Innenausbaus,
 7. gegebenenfalls Beschreibung der gebäudetechnischen Anlagen,
 8. Angaben zu **Qualitätsmerkmalen**, denn das Gebäude oder der Umbau genügen muss,
 9. gegebenenfalls **Beschreibung der Sanitärobjekte**, der Armaturen, der Elektroanlage, **der Installationen**, der Informationstechnologie und der Außenanlagen.
- (2) Die Baubeschreibung hat **verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung** des Werks zu enthalten. Steht der Beginn der Baumaßnahme noch nicht fest, ist ihre Dauer anzugeben.“

Absatz 1 Satz 1 stellt als Generalklausel einen Auffangtatbestand dar.

Umfasst ein angebotenes Werk Eigenschaften, die nicht unter die Aufzählung in Satz 2 fallen, aber als wesentlich anzusehen sind, so sind diese ebenfalls in die Baubeschreibung aufzunehmen. Dies bedeutet auch, dass in der Baubeschreibung ausnahmsweise bestimmte, nicht berücksichtigte und mit dem angebotenen Preis nicht abgegoltene Unwägbarkeiten oder Risiken (wie zur Beschaffenheit des Baugrunds) konkret angegeben werden müssen.

Maßstab für „in klarer Weise darzustellen“ ist ein durchschnittlicher Verbraucher.

„§ 650k Inhalt des Vertrages

(1) Die Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung werden Inhalt des Vertrags, es sei denn, die Vertragsparteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

(2) Soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, ist der Vertrag unter

Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszu-legen. Zweifel bei der Auslegung des Vertrages bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung gehen zu dessen Lasten.

(3) Der Bauvertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten. Enthält der Vertrag diese Angaben nicht, werden die vorvertraglich in der Baubeschreibung übermittelten Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder zur Dauer der Bauausführung Inhalt des Vertrags.“

Verbraucherschutzfunktion der vorgelagerten Baubeschreibungspflicht wird durch Übernahme als Vertragsinhalt wirksam - es sei denn, die Vertragspartner vereinbaren **ausdrücklich** etwas anderes (Abweichung von Baubeschreibung müsste also konkret und als solche im Vertrag angegeben sein).

Absatz 2 regelt Rechtsfolgen ungenügender Baubeschreibung. Vertrag soll möglichst aufrechterhalten werden. Unklarheiten sollen so bereinigt und Lücken so gefüllt werden, wie es dem Leistungsniveau der Baubeschreibung im Übrigen entspricht. Verbraucher soll sich nicht mit geringerer Qualität begnügen müssen oder sich zur Kündigung genötigt sehen, weil der Unternehmer dem übrigen Niveau entsprechende Leistungen verweigert.

Bei Auslegung der Baubeschreibung sind erläuternde oder konkretisierende Erklärungen der Vertragsparteien, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks und seines Umfelds, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des Bauwerks zu berücksichtigen.

Spezielle Regelung für den Fall des Fehlens der Baubeschreibung erfolgt hier nicht. Soweit überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, sind die allgemeinen Regelungen des Schadenersatzrechts zu nutzen. Darüberhinaus kann Verbraucher bei Verletzung der Baubeschreibungspflicht Schadenersatzanspruch nach §§ 311 II, 280 I BGB zustehen, da Baubeschreibungspflicht vorvertragliche Pflicht darstellt.

Absatz 3 regelt, dass der Zeitpunkt der Fertigstellung oder - etwa wegen noch vom Verbraucher einzuholender Baugenehmigung - die Dauer der Bauausführung enthalten sein muss. Hinsichtlich nicht eingehaltener Vereinbarung zum Fertigstellungszeitpunkt oder zur Dauer der Bauausführung gelten die allgemeinen Regelungen zum Schuldnerverzug. Bei Offensichtlichkeit der Nichteinhaltung des Fertigstellungszeitpunktes hat Besteller zusätzlich Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach neuem § 648a I BGB.

„§ 650l Widerrufsrecht

Dem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, es sei denn, der Vertrag wurde notariell beurkundet. Der Unternehmer ist verpflichtet, den Verbraucher nach Maßgabe des Artikels 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht zu belehren.“

„§ 356e Widerrufsrecht bei Verbraucherbauverträgen

Bei einem Verbraucherbauvertrag (§ 650i Absatz 1) beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher gemäß Artikel 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht belehrt hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt.“

Art. 249 § 3 EGBGB regelt zeitliche und formale Anforderungen an die Widerrufsbelehrung näher und sieht vor, dass der Unternehmer bei Verwendung der als Anlage 10 beigefügten Muster-Widerrufsbelehrung in Textform (also nicht in Schriftform) seiner gesetzlichen Belehrungspflicht genügt.

Anlage 10 (zu Artikel 249 § 3 EGBGB):**Muster für die Widerrufsbelehrung bei Verbraucherbauverträgen**

Widerrufsbelehrung

Widerrufsrecht

Sie haben das Recht, binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen diesen Vertrag zu widerrufen.

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage ab dem Tag des Vertragsabschlusses. Sie beginnt nicht zu laufen, bevor Sie diese Belehrung in Textform erhalten haben.

Um Ihr Widerrufsrecht auszuüben, müssen Sie uns (*) mittels einer eindeutigen Erklärung (z.B. Brief, Telefax oder E-Mail) über Ihren Entschluss, diesen Vertrag zu widerrufen, informieren.

Zur Wahrung der Widerrufsfrist reicht es aus, dass Sie die Erklärung über die Ausübung des Widerrufsrechts vor Ablauf der Widerrufsfrist absenden.

Folgen des Widerrufs

Wenn Sie diesen Vertrag widerrufen, haben wir Ihnen alle Zahlungen, die wir von Ihnen erhalten haben, unverzüglich zurückzuzahlen.

Sie müssen uns im Falle des Widerrufs alle Leistungen zurückgeben, die Sie bis zum Widerruf von uns erhalten haben. Ist die Rückgewähr einer Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, lassen sich etwa verwendete Baumaterialien nicht ohne Zerstörung entfernen, müssen Sie Wertersatz dafür bezahlen.

Gestaltungshinweis: * Fügen Sie Ihren Namen oder den Namen Ihres Unternehmens, Ihre Anschrift und Ihre Telefonnummer ein. Sofern verfügbar sind zusätzlich anzugeben: Ihre Telefaxnummer und E-Mail-Adresse.

„§ 375d Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherbauverträgen

Ist die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistung ihrer Natur nach ausgeschlossen, schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen. Ist die vereinbarte Vergütung unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz auf der Grundlage des Marktwertes der erbrachten Leistung zu berechnen.“

„§ 650m Abschlagszahlungen; Absicherung des Vergütungsanspruchs

(1) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c nicht übersteigen.

(2) Dem Verbraucher ist bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge einer Anordnung des Verbrauchers nach den §§ 650b und 650c oder infolge sonstiger Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags um mehr als 10 Prozent, ist dem Verbraucher bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 Prozent des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Verbraucher die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(3) Sicherheiten nach Absatz 2 können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

(4) Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a, ist eine Vereinbarung unwirksam, die den Verbraucher zu einer Sicherheitsleistung für die vereinbarte Vergütung verpflichtet, die die nächste Abschlagszahlung oder 20 Prozent der vereinbarten Vergütung übersteigt. Gleiches gilt, wenn die Parteien Abschlagszahlungen vereinbart haben.“

Gilt nur, wenn der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632a verlangt.

Mit Absatz 1 soll dem Risiko versteckter überhöhter Vorleistungen über Abschlagszahlungen begegnet werden.

Neu ist Absatz 2 Satz 2 bei Erhöhung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers durch Anordnung des Bestellers.

Die beiden Schutzvorschriften nach Absatz 1 und 2 stehen nebeneinander. Wird die in Absatz 2 vorgeschriebene Sicherheit durch Einbehalt laut Satz 3 erbracht, erhält der Unternehmer zunächst lediglich 90% der Vergütung abzüglich der als Sicherheit einbehaltenen 5%.

Über neuen § 309 Nr. 15 gilt Klauselverbot zur Abbedingung dieser Regelung in AGB zum Nachteil des Verbrauchers.

Absatz 4 schränkt die Möglichkeiten zur Vereinbarung einer Absicherung des Vergütungsanspruchs ein, wenn Verbraucher Abschlagszahlungen zu leisten hat.

Empfehlung für Verbraucher: Lieber höhere Zahl von Abschlägen mit dadurch jeweils geringerer Höhe vereinbaren.

Empfehlung für Unternehmer: Möglichst niedrige Zahl von Abschlägen mit dadurch jeweils größerer Höhe vereinbaren.

„§ 650n Erstellung und Herausgabe von Unterlagen

(1) Rechtzeitig vor Beginn der Ausführung einer geschuldeten Leistung hat der Unternehmer diejenigen Planungsunterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird. Die Pflicht besteht nicht, soweit der Verbraucher oder ein von ihm Beauftragter die wesentlichen Planungsvorgaben erstellt.

(2) Spätestens mit der Fertigstellung des Werks hat der Unternehmer diejenigen Unterlagen zu erstellen und dem Verbraucher herauszugeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt worden ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Dritter, etwa ein Darlehensgeber, Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt und wenn der Unternehmer die berechtigte Erwartung des Verbrauchers geweckt hat, diese Bedingungen einzuhalten.“

Damit wird konflikträchtige und bisher nicht abschließend von der Rechtsprechung entschiedene Frage geklärt.

Absatz 1 verpflichtet den Unternehmer bereits vor Ausführungsbeginn zur Herausgabe.

Regelung soll dem Besteller auch ermöglichen, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften durch sachverständigen Dritten schon während des Baus überprüfen zu lassen.

Absatz 2 setzt im weiteren Verlauf des Bauvorhabens ein. Hier sollen Nachweise der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften wie Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz oder EnEV gesichert werden.

Absatz 3 regelt Unternehmerpflichten, wenn ein Dritter wie ein Darlehensgeber (wie Bank) oder Fördermittelgeber (wie KfW) Nachweise für die Einhaltung bestimmter Bedingungen verlangt - dies muss dem Bauunternehmer schon vor Angebotsabgabe seines eigenen Vertrages klar sein und er muss diese Vertragsbedingungen des nur potentiellen Bauherren kennen und in seinem Angebot voll berücksichtigen. Risiko!

Unterlagen werden auch für spätere Unterhaltung und Instandsetzung sowie etwaigen Umbau benötigt. Der hier genannte Zeitpunkt vor Abnahme soll sicherstellen, dass der Verbraucher bei seiner Abnahmeentscheidung auf die Unterlagen über die Errichtung zurückgreifen kann.

Die Weckung sog. berechtigter Erwartung des Verbrauchers liegt u.a. vor, wenn der Unternehmer unter Hinweis auf Förderungsmöglichkeit durch KfW oder Finanzierung durch eine Bank für das Bauprojekt geworben hat.

„§ 650o Abweichende Vereinbarungen

Von § 640 Absatz 2 Satz 2, den §§ 650i bis 650l und 650n kann nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“

Hier wird geregelt, dass hinsichtlich der dem Verbraucherschutz dienenden Vorschriften aus Kapitel 3 §§ 650i - 650l und 650n (also nicht § 650m) nicht zu Lasten des Verbrauchers abgewichen werden kann - dies sind zwingende Vorschriften. Hinsichtlich § 632a und 650m kann durch Individualvereinbarungen abgewichen werden.

5. Architekten- und Ingenieurvertrag

„§ 650p Vertragstypische Pflichten aus Architekten- und Ingenieurverträgen

(1) Durch einen Architekten- oder Ingenieurvertrag wird der Unternehmer verpflichtet, die Leistungen zu erbringen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

(2) Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.“

Es werden eine Reihe typischer Pflichten geregelt, wobei zwischen dem Planungserfolg und den Planungs- und Leistungsschritten zu unterscheiden ist.

Erfasst werden Leistungen zur Herstellung von Bauwerken und von Außenanlagen. Nach BGH, Urteil 24.02.2005 - VII ZR 86/04, NJW-RR 2005, 750; IBR 2005, 253 sind Außenanlagearbeiten solche, die mit Arbeiten an einem Bauwerk im weitesten Sinne vergleichbar sind - also nicht sämtliche Arbeiten an einem Grundstück, sondern nur die gestalterischen Arbeiten, die der Errichtung der Anlage oder deren Bestand dienen. Für Leistungen der Architekten/Ingenieure heißt das, dass nicht jeder Vertrag über Leistungen im Bezug auf Arbeiten an einem Grundstück ein Architekten- oder Ingenieurvertrag ist. Es muss sich um Leistungen mit Richtung auf gestalterische Arbeiten wie Planung für Errichtung oder Umgestaltung eines Gartens, eines Parks, eines Teichs oder eines Damms handeln. Ob die Anlage in einem Zusammenhang mit einem Bauwerk steht oder nicht, ist irrelevant.

Mit Absatz 2 soll eine Art **Zielfindung** erreicht werden, wenn der Besteller erst noch vage Vorstellungen vom zu planenden Bau hat. Hier hat der Architekt dem

Besteller zunächst eine Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung zur Zustimmung durch den Besteller vorzulegen - dabei ist die Zustimmung des Bestellers offen.

Der Architekt soll die Wünsche und Vorstellungen des Bestellers erfragen und unter deren Berücksichtigung eine **Planungsgrundlage** erstellen - dabei **ist dies noch nicht die eigentliche Planung** (Anmerkung: bisherige Leistungsphase 0).

Planungsgrundlage und Kostenschätzung zusammen sollen dem Besteller die fundierte Entscheidung zur Realisierung des Bauprojekts mit diesem Planer oder zur Nutzung des Sonderkündigungsrechts gem. § 650r BGB ermöglichen.

Änderungswünsche des Bestellers zu bereits getroffenen Festlegungen bedürfen einer vertraglichen Veränderungsvereinbarung oder können über das Anordnungsrecht gem. §§ 650q, 650a BGB geltend gemacht werden.

Mit der Neuregelung soll der vielfach zu weit gehenden Ausdehnung der unentgeltlichen Akquise zu Lasten des Architekten entgegen gewirkt werden.

Auf eine verpflichtende Schrift-/Textform für den Architekten- und Ingenieurvertrag **wurde bewusst verzichtet**.

Auch eine Bezugnahme auf die HOAI mit dortigen Leistungsbildern und Leistungsphasen wurde unterlassen, da die HOAI eine Gebührenordnung ist (Anmerkung: die derzeit europarechtlich auf Wirksamkeit geprüft wird).

Auch mit der Neuregelung bleibt es dabei, dass der mit der Planung beauftragte Architekt **allein** das **Risiko** der Auswahl der Konstruktion trägt. Dieses Risiko kann er nicht auf den Besteller verlagern, indem er diesen vor der Ausführung in seine Planungsüberlegungen einbezieht und seine Zustimmung einholt.

Denn diese Zustimmung steht - zumindest stillschweigend - unter der Bedingung des Gelingens. Eine bloße Kenntnis des Risikos durch den Besteller allein ist nicht ausreichend - hier wäre eine umfassende Aufklärung über die drohenden Mängel und eine hierauf ergangene Einverständniserklärung des Bestellers, dass er dennoch die Ausführung unter Inkaufnahme des Risikos will, notwendig (OLG Celle, Urteil 15.02.2017 - 7 U 72/16; IBR 2017, 2778, online, Einstelldatum 17.05.2017).

„§ 650q Anwendbare Vorschriften

(1) Für Architekten- und Ingenieurverträge gelten die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1 sowie die §§ 650b, 650e bis 650h entsprechend, soweit sich aus diesem Untertitel nichts anderes ergibt.

(2) Für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Absatz 2 gelten die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden. Im Übrigen ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand auf Grund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Vertragsparteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c entsprechend.“

Das **Anordnungsrecht des Bestellers** nach § 650b soll **auch hier** gelten - (nur) diesbezüglich wird auf die HOAI verwiesen.

Der **Sicherungsanspruch** des Architekten/Ingenieurs hinsichtlich Honorar gilt auch hier **wie beim Bauunternehmer**.

Auch die Zustandsfeststellung bei Abnahmeverweigerung des Bestellers wie in § 650g gilt.

Die **Kündigung** des Architektenvertrages **bedarf** auch der **Schriftform** (§ 650h). **Vergütungsanpassung** nach Absatz 2 über die HOAI soll insbesondere für „Grundleistungen“ i.S. der HOAI gelten. Ob Grundsätze des § 10 HOAI herangezogen werden können, ist dem Gesetzgeber zweifelhaft erschienen und wird der Rechtsprechung überlassen. Lässt sich § 10 HOAI nicht heranziehen, soll die Vergütungsanpassung frei vereinbart werden - bei Nichteinigung gilt § 650c entsprechend. Maßstab sollen die tatsächlich erforderlichen Kosten sein.

„§ 650r Sonderkündigungsrecht

(1) Nach Vorlage von Unterlagen gemäß § 650p Absatz 2 kann der Besteller den Vertrag kündigen. Das Kündigungsrecht erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen, bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht, die Frist, in der es ausgeübt werden kann, und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat.

(2) Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650p Absatz 2 Satz 2 setzen. Er kann den Vertrag kündigen, wenn der Besteller die Zustimmung verweigert oder innerhalb der Frist nach Satz 1 keine Erklärung zu den Unterlagen abgibt.

(3) Wird der Vertrag nach Absatz 1 oder 2 gekündigt, ist der Unternehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbachten Leistungen entfällt.“

Ist insbesondere Verbraucherschutz bei übereilt abgeschlossenem Architektenvertrag mit allen 9 Leistungsphasen § 3 HOAI.

Das Sonderkündigungsrecht erstreckt sich auch auf Verträge zwischen Unternehmern.

Die in Absatz 1 geregelte **Unterrichtung** des Verbrauchers führt dazu, dass das bei Unterbleiben der Unterrichtung das Kündigungsrecht des Verbrauchers weiter besteht. Eine **spätere Nachholung** der Unterrichtung **sieht das Gesetz nicht vor** - dies soll sicherstellen, dass die Belehrungspflicht des Architekten/Ingenieurs ernst genommen wird.

Absatz 2 gibt dem **Architekten/Ingenieur** ebenfalls das **Recht**, sich bei Nichtmitwirkung des Bestellers an der Fortführung der Planung in Form der Zustimmung zur übermittelten Planungsgrundlage und der Kostenschätzung oder Nichtabgabe einer vom Architekten/Ingenieur gesetzten angemessenen Frist für eine Erklärung **vom Vertrag zu lösen**.

Absatz 3 regelt den **Vergütungsanspruch** des Architekten/Ingenieurs nur **für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen, unabhängig** davon, welcher Vertragspartner die Kündigung ausgesprochen hat.

„§ 650s Teilabnahme

Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.“

Damit wird für den überwiegenden Teil der Architektenleistungen die Möglichkeit eines **Gleichlaufs der Verjährungsfrist der Mängelhaftung** mit der des Bauunternehmers geschaffen - dies ist aber an ein **Verlangen** des Architekten geknüpft.

Die bisherige **ungleiche Belastung von Architekten/Ingenieuren** im Rahmen ihrer gesamtschuldnerischen Haftung **für Baumängel** mit dem Bauunternehmer **wird dadurch reduziert**.

Hinweis: Auch dies ist ein aktiv auszuübendes Verlangen hier des Architekten/Ingenieurs - also kein Automatismus.

„§ 650t Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer

Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat.“

Mit der Regelung wird „Vorrang der Nacherfüllung“ im Verhältnis zwischen Architekt/Ingenieur, Bauunternehmer und Besteller eingeführt - dies begünstigt Architekten und benachteiligt Besteller.

Auch dies ist als Leistungsverweigerungs**recht** gestaltet - der Architekt/Ingenieur muss es also aktiv gegenüber dem Besteller nutzen.

Die Regelung begünstigt auch Bauunternehmer, da die Nacherfüllung regelmäßig kostengünstiger ist als die Erfüllung des Regressanspruchs des Architekten/Ingenieur im Rahmen des internen gesamtschuldnerischen Ausgleichs.

Beachten: **Leistungsverweigerungsrecht** gilt **nur für Überwachungsfehler** - nicht für Planungsmängel.

Nicht erforderlich ist eine erfolglose Klage des Bestellers gegen den Bauunternehmer - erfolglos gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung reicht.

Der Gesetzgeber hat bewusst die **Abschaffung der gesamtschuldnerischen Haftung** des bauüberwachenden Architekten/Ingenieurs mit dem Bauunternehmer **abgelehnt**, da der Besteller dann zu sehr benachteiligt werden würde.

„§ 650u Bauträgervertrag; anwendbare Vorschriften

(1) Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Hinsichtlich der Errichtung oder des Umbaus finden die Vorschriften des Unterstitels 1 Anwendung, soweit sich aus den nachfolgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Hinsichtlich des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf Übertragung oder Bestellung des Erbbaurechts finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

(2) Keine Anwendung finden die §§ 648, 648a, 650b bis 650e, 650k Absatz 1 sowie die §§ 650l und 650m Absatz 1.“

Die gesetzliche Neuregelung ist faktisch nur eine Platzhalter-Regelung für künftige gesetzliche Untersetzungen.

Relevant ist die vorgeschriebene Anwendung des Werkvertragsrechts für Errichtung oder Umbau und des Kaufvertragsrecht hinsichtlich Anspruch auf Eigentumsübertragung oder auf Bestellung oder Übertragung des Erbbaurechts.

Auf den Bauträgervertrag nicht anwendbar sein soll § 648 (neu) über die freie Kündigung des Werkvertrags.

Auch Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 648a (neu) soll nicht anwendbar sein - statt Teil-Kündigung des werkvertraglichen Teils eines Bauträgervertrages mit der Folge einer Teilabwicklung, soll nur noch eine Gesamtabwicklung des gesamten Vertrages (einschließlich Grundstückskauf) im Rahmen eines Rücktritts möglich sein - der Erwerber muss das Grundstück also aufgeben und der Rücktritt ist auch mit Blick auf die dann zu löschende Auflassungsvormerkung riskant. Im Übrigen wird eine außerordentliche Kündigung beim Erwerb von Eigentumswohnungen durch einen oder mehrere Erwerber sowohl für die anderen Erwerber als auch dem Bauträger problematisch, weil eine geordnete Fertigstellung auch des Gemeinschaftseigentums ins Risiko läuft (Anmerkung Pause zu OLG Karlsruhe, Urteil 24.10.2016 - 19 U 108/14; IBR 2017, 2775).

Die Vorschriften über das Anordnungsrecht des Bestellers (§§ 650b, 650c) sind ebenfalls nicht auf den Bauträgervertrag anzuwenden - ein Anordnungsrecht eines einzelnen von mehreren Erwerbern würde das Gefüge des Bauträgerobjektes erheblich stören oder beseitigen.

Zur Anwendung § 650j (Inhalt der Baubeschreibung wird Vertragsinhalt) besteht hier kein Anlass, da gem. § 311b Abs. 1 S. 1 der gesamte Vertragsinhalt einschließlich der Baubeschreibung notariell zu beurkunden ist.

Wegen der notariellen Beurkundung des Bauträgervertrages findet auch das in § 650l geregelte Widerrufsrecht keine Anwendung - Erwerber sind durch die Belehrungspflichten des Notars und die Prüffrist von 2 Wochen des Vertragsent-

wurfs gem. § 17 Abs. 2a Nr. 2 Beurkundungsgesetz hinreichend vor Übereilung geschützt.

Die § 650m geregelte Obergrenze für Abschlagszahlungen findet auf Bauträgerverträge ebenfalls keine Anwendung, da sie mit der in § 3 Abs. 2 MaBV enthaltenen Regelungen über die Zahlung von Teilbeträgen nach Baufortschritt nicht vereinbar ist.

„§ 650v Abschlagszahlungen

Der Unternehmer kann vom dem Besteller Abschlagszahlungen nur verlangen, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.“

Ist inhaltlich der bisherige § 632a Abs. 2 und ist nur hierher verlagert.

„§ 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 Absatz 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.“

Dies ist eine Umsetzung der EuGH-Entscheidung.

Käufer ist zunächst Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 439 Abs. 1 zu zumuten, bevor er die Sache verbaut. Daher kein Anspruch nach Absatz 3 Satz 1, wenn der Käufer den Mangel bei Einbau der mangelhaften Sache kannte, ist dem Käufer ein Mangel der Kaufsache beim Einbau infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, findet § 442 Abs. 1 S. 2 entsprechend Anwendung.

„§ 475 Anwendbare Vorschriften

(4) Ist die eine Art der Nacherfüllung nach § 275 Absatz 1 ausgeschlossen oder kann der Unternehmer diese nach § 275 Absatz 2 oder 3 oder § 439 Absatz 4 Satz 1 verweigern, kann er die andere Art der Nacherfüllung nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten nach § 439 Absatz 4 Satz 1 verweigern. Ist die andere Art der Nacherfüllung wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 Absatz 2 oder Absatz 3 Satz 1 unverhältnismäßig, kann der Unternehmer den Aufwendungsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken. Bei der Bemessung dieses Betrages sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen.

(5) § 440 Satz 1 ist auch in Fällen anzuwenden, in denen der Verkäufer die Nacherfüllung gemäß Absatz 4 Satz 2 beschränkt.

(6) Der Verbraucher kann von dem Unternehmer Aufwendungen, die ihm im Rahmen der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 2 und 3 entstehen und die vom Unternehmer zu tragen sind, Vorschuss verlangen.“

Absatz 4 Satz 1 stellt Sonderbestimmung zu § 439 Abs. 4 für Verbrauchsgüterkäufe dar und schließt Leistungsverweigerung des Verkäufers wegen einer absoluten Unverhältnismäßigkeit aus. Dem Verkäufer wird in § 475 Abs. 4 S. 2 dem Verkäufer eine Einrede für beschränktes Leistungsverweigerungsrecht geschaffen.

Beim angemessenen Betrag nach Absatz 4 Satz 3 ist der fiktive Wert der Kaufsache ohne Mängel und ob der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten zu berücksichtigen. Der angemessene Betrag darf sich nicht allein am Kaufpreis orientieren, sondern auch an der Beeinträchtigung der Verwendungsfähigkeit oder ob lediglich ein ästhetischer Mangel vorliegt.

Gesetzliche Obergrenze für den Käuferanspruch nach Absatz 3 Satz 1 Alternative 2 wurde bewusst nicht geregelt - dies bleibt der Rechtsprechung anhand der Umstände des Einzelfalls vorbehalten.

In Absatz 5 kann der Verbraucher sogleich - statt einer Nacherfüllung - angemessene Kaufpreisminderung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, wenn sein Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten aufgrund Unternehmereinrede auf angemessenen Betrag beschränkt ist.

Absatz 6 enthält gesetzlichen Vorschussanspruch des Verbrauchers, den der BGH bereits mit Urteil 13.04.2011 - VIII ZR 220/10; NJW 2011, 2278, Rn. 37 entschieden hat.

7. Erweiterung kaufvertraglicher Mängelhaftung für Baustoffe in der gesamten Lieferkette

„§ 478 Sonderbestimmungen für den Rückgriff des Unternehmers

(1) Ist der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf (§474), findet § 477 in den Fällen des § 445a Absatz 1 und 2 mit der Maßgabe die Anwendung, dass die Frist mit dem Übergang der Gefahr auf den Verbraucher beginnt.

(2) ...von Absatz 1 sowie von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443, 445a Absatz 1 und 2 sowie von § 445b... .“

„§ 445a Rückgriff des Verkäufers

(1) Der Verkäufer kann beim Verkauf einer neu hergestellten Sache von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Absatz 2 und 3 sowie § 475 Absatz 4 und 6 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferantenkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.

(4) § 377 des Handelsgesetzbuches bleibt unberührt.“

Hinweis: Wahrscheinlich in AGB des Lieferanten ausschließbar. Höchststrichterliche Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

„§ 445b Verjährung von Rückgriffsansprüchen

(1) Die in § 445a Absatz 1 bestimmten Aufwendungsersatzansprüche verjähren in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache.

(2) Der Verjährung der in den §§ 437 und 445a Absatz 1 bestimmten Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten wegen des Mangels einer verkauften neu hergestellten Sache tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat. Diese Ablaufhemmung endet spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Lieferant die Sache dem Verkäufer abgeliefert hat.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf die Ansprüche des Lieferanten und der übrigen Käufer in der Lieferantenkette gegen die jeweiligen Verkäufer entsprechende Anwendung, wenn die Schuldner Unternehmer sind.“

Damit wird künftig der beim Lieferanten einkaufende Bauunternehmer gegenüber der bisherigen Regelung begünstigt, weil der Bauunternehmer bisher im Mangel-fall praktisch nur den Kaufpreis der Ware, nicht jedoch die ihm beim Bauherrn entstandenen Aus-, Einbau- und Entsorgungskosten beim Lieferanten geltend machen konnte.

Inkrafttreten für ab 01.01.2018 abgeschlossene Verträge

Das EGBGB wird in Art. 229 mit Anfügung § 39 ergänzt.

„§ 39 Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren

Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung Anwendung.“

Damit wird vom Gesetzgeber nicht in laufende Verträge eingegriffen, die bis 31.12.2017 abgeschlossen (=vereinbart) wurden.

Bloßes Angebot bis zum 31.12.2017 reicht nicht für Anwendung des alten Rechts.

8. Änderungen Gerichtsverfassungsgesetz

„§ 71

(2) Die **Landgerichte** sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes **ausschließlich zuständig** [...]

5. in Streitigkeiten a) über das **Anordnungsrecht des Bestellers** gemäß § **650b** des Bürgerlichen Gesetzbuchs,

b) über die **Höhe des Vergütungsanspruchs** infolge einer **Anordnung des Bestellers** (§ **650c** des Bürgerlichen Gesetzbuchs)...“

„§ 72a

Bei den Landgerichten werden eine Zivilkammer oder mehrere Zivilkammern für folgende Sachgebiete gebildet:

... 2. Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen ...“

„§ 119a

Bei den Oberlandesgerichten werden ein Zivilsenat oder mehrere Zivilsenate für die folgenden Streitigkeiten gebildet:

... 2. Streitigkeiten aus Bau- und Architektenverträgen sowie aus Ingenieurverträgen, soweit sie im Zusammenhang mit Bauleistungen stehen ...“

9. Spezielle Rechtsprechung zu Scheinselbstständigkeit, Schwarzgeld und Rechnungsprüfung

9.1. Scheinselbstständigkeit

Drastisches Haftungsrisiko der Auftraggeber, welches in der Dimension und daneben in der **persönlichen** zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftung der Geschäftsführer, Betriebsleiter und Bauleiter völlig unterschätzt wird!

Vor Vertragsabschluss: eigene Betriebsstätte, eigene Betriebsmittel und Einsatz eigenen Kapitals der Auftragnehmer nachweisbar prüfen und feststellen.

Im Vertrag regeln: weisungsfreie Erfüllung, Nichtverpflichtung zur Annahme von Einzelaufträgen, Zulässigkeit der Tätigkeit für andere AG, Einsatz eigener Mitarbeiter oder Subunternehmer zulassen und

das Ganze so **real umsetzen**

- sonst: **verschuldensunabhängige Haftung des AG** gemäß § 13 MiLoG i.V. § 14 AEntG für Verpflichtung des AN **zur Zahlung des Mindestlohn wie Bürge auch für Scheinselbstständige als Sub des AN (!)**.

Beitragsnachforderungen für SV gem. § 28b Abs. 1 SGB IV mit Verjährungsfrist von 4 Jahren, bei bedingten Vorsatz 30 Jahre und Säumniszuschläge für jeden angefangenen Monat von 1 % des rückständigen Betrags.

Beispiel: 36 Monate Beschäftigung von 3 Scheinselbstständigen mit vereinbarten Werklohn 300.000 € führen zu 43.000 € KV, 6.000 € PflegeV, 54.000 € RentenV, 6.000 € AIV, 56.000 € SOKABau mit Zwischensumme 177.000 €, Säumniszuschlägen von 177.000 € und Gesamtnachzahlung SV 354.000 € = **Vollrisiko Insolvenz des AG und der GF, Betriebsleiter und Bauleiter persönlich.**

Bei SV-Nachzahlungsbetrag mehr als 100.000 € i.d.R. **Freiheitsstrafe**, die zur Bewährung ausgesetzt werden kann - bei über 1 Mio € i.d.R. Freiheitsstrafe ohne Bewährung bis 5 Jahre, in besonders schweren Fällen bis 10 Jahre gem. § 266a StGB **für GF** und über § 14 StGB auch **Betriebsleiter, Bauleiter!**

Bei Freiheitsstrafe mind. 1 Jahr verliert der GF Befugnis der Organstellung bis 5 Jahre ab Verurteilung und Betriebsleiter, Bauleiter kommen als GF nicht mehr in Betracht - § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG.

Bei Verurteilung nach § 266a StGB mehr als 3 Monate Freiheitsstrafe oder Geldstrafe ab 30.000 € erfolgt auch Ausschluss von Vergabe öffentlicher Bauaufträge gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SchwarzArbG.

(nach: Reiserer, 49. Baurechtstagung ARGE Baurecht 11.03.2017, unveröffentlicht).

9.2. Schwarzgeld

Die **Schwarzgeldfälle nehmen** in der Zahl der Aufdeckung und der Zahl der Gerichtsentscheidungen wegen verschärfter Schwarzgeldregelung **drastisch zu**.

Häufig führen Einreden der Parteien im Zivilprozess selbst auch von Anwälten in eigener Sache und über gewollte oder ungewollte Zeugenaussagen/Anzeigen von verlassenen Ehepartnern, verlassenen Liebhabern, gekündigten Arbeitnehmern, im Streit ausgeschiedenen Gesellschaftern, gegängelten und preisgedrückten Sub zur

Prüfung des Verdachts auf Schwarzgeld.

Aktive agent provocateurs von AN als Risiko beachten, da selbst mit geringen Schwarzgeld-Beträgen keine Mängelansprüche mehr bestehen.

„Üblich“ sind hier „Übertragungen von Hausbaugrundstücken“, „Schenkungen von KFZ für den Sohn des Bürgermeisters oder auch für die örtliche Feuerwehr“, „Verzichte“ auf MwSt. und Rechnungen sowie Zahlungsnachweise auch für geringere Beträge innerhalb der Leistung wie Barzahlung Tankquittungen.

Die gewollten oder ungewollten **Folgen** von Schwarzgeld können **existenzvernichtend** sein!

Auch bei nachträglicher **Schwarzgeldabrede** ist **Vertrag** gemäß § 134 wegen Verstoß gegen Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz **insgesamt nichtig** und es können **keine Vergütungsansprüche** des AN, **keine Mängelansprüche** des AG oder/und Honoraransprüche des SV/Architekten durchgesetzt werden

(OLG Stuttgart, Urteil 10.11.2015 - 10 U 14/15, IBR 2016, 96; für Werkvertrag allgemein BGH, Urteil 10.04.2014 - VII ZR 241/13, IBR 2014, 327; BGH, Urteil 16.03.2017 - VII ZR 197/16, IBRRS 2017, 1305).

Schwarz bezahlter AN muss Vergütung nicht zurückzahlen (BGH, Urteil 11.06.2015 - VII ZR 216/14, IBR 2015, 405; OLG Jena, Beschluss 26.05.2015 - 5 U 833/14; BGH, Beschluss 05.11.2015 - VII ZR 134/15, IBR 2016, 131).

Zur Schwarzarbeit zählen auch Werkleistungen bei Nichterfüllung steuerlicher Pflichten durch AN wie **Nichtausstellung einer Rechnung** innerhalb von 6 Monaten nach Bauleistung und Nichtausstellung einer Rechnung innerhalb von 6 Monaten bei Bargeldzahlung mit der Folge, dass dem AN **kein** Werklohn zusteht - BGB §§ 134, 139, 631 f.; SchwarzArbG § 1 Abs. 2 Nr. 2; UStG § 14 Abs. 2, 5; OLG Hamm, Urteil 07.06.2016 - 24 U 152/15; IBRRS 2017, 0525.

Verstoß gegen Schwarzarbeitsverbot wird bei Annahme des Gerichts wegen verschiedener Umstände des Verfahrens **von Amts wegen berücksichtigt** mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrages und des Ausschlusses vertraglicher Vergütungsansprüche sowie auch Ansprüche auf Wertersatz oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag - OLG Schleswig, Beschluss 20.12.2016 - 7 U 49/16; IBR 2017, 181 (im Anschluss an BGH, IBR 2014, 327 und BGH, Urteil 20.05.1992 - VIII ZR 240/91, NJW 1992, 2348, 2350).

„Ohne-Rechnung-Abrede“ nach Abschluss Architektenvertrag und nach Leistungserbringung umfasst nicht nur den Abänderungsvertrag, sondern das gesamte Vertragsverhältnis, so dass aus den Vertrag keine Gewährleistungsrechte oder Honoraransprüche mehr hergeleitet werden können - OLG Stuttgart, Urteil 10.11.2015 - 10 U 14/15; IBR 2016, 96.

9.3. Rechnungsprüfung und -freigabe sowie -zahlung äußerst haftungsträchtig. Zurückbehaltungsrecht des **vollen** Rechnungsbetrages bei Nichterfüllung steuer-gesetzlicher Vorschriften wie § 14 UStG mit

- monatsgenauer Angabe Leistungszeitraum,
- dem AN erteilter **Steuernummer**/Umsatzsteuer-Identifikationsnummer (prüfen bei www.liste-finanzamt.de),
- fortlaufender einmaliger **Rechnungsnummer**,
- Menge und Art der Leistung,
- anzuwendenden USt-**Steuersatz** und USt-**Steuerbetrag**,
- vollständiger Name und vollständige Anschrift des leistenden Unternehmers und des Leistungsempfängers

gem. BGH, Urteil 26.06.2014 - VII ZR 247/13, IBR 2014, 578; BGH, Beschluss 08.03.2005 - VIII ZB 3/04, www.bundesgerichtshof.de; OLG Düsseldorf, Urteil 15.05.2008 - 5 U 68/07, IBR 2009, 460 und

Nichtzahlungspflicht bei fehlenden oder/und **unrichtigen** Rechnungsangaben wie unvollständiger Anschrift eines der beiden Vertragspartner oder unrichtiger Steuernummer.

Kein Gutgläubensschutz - BFH, Urteil 02.09.2010 - V R 55/09; BStBl II 2011, 235 und BFH, Urteil 08.10.2008 - V R 59/07, openJur 2011, 85682; BFH, Urteil 08.10.2008 - V R 63/07; BFH/NV 2009, 1473; FG Hamburg, Urteil 28.06.2012 - 2 K 196/11, IBR 2013, 1194 (Achtung: Architekt/Ingenieur darf Prüfungsrisiko **diesbezüglich** vertraglich auf AG und dessen StB verlagern - dies soll er zur Vermeidung des Eigenrisikos auch so mit seinem Auftraggeber vereinbaren).

Eigenangaben des AN in seiner Rechnung wie „für technische Beratung und Kontrolle im Jahr 1996“ reichen nicht zur Leistungsidentifizierung mit der Folge der Nichtberechtigung zum Vorsteuerabzug - BFH, Urteil 08.10.2008 - V R 59/07 aaO. Rechnungsberichtigung muss mit neuer fortlaufender Nummer und neuem Datum unter Stornierung konkret anderer Rechnung erfolgen - § 31 Abs. 5 UStDV.

Nichtunternehmerischer Leistungsempfänger muss in der Rechnung auf Aufbewahrungspflicht der Rechnung 2 Jahre **beginnend mit Schluss des Kalenderjahres, in dem die Rechnung ausgestellt worden ist**, hingewiesen werden - § 14 Abs. 3 Nr. i.V. § 14b Abs. 1 UStG.

9.4. D&O-Versicherung

Die Directors-and-Officers-Versicherung ist eine Vermögensschaden-**Haftpflicht**-versicherung des Unternehmens für **eigene** Organe und leitende Angestellte (Führungskräfte), bei der Organe/leitende Angestellte nicht durch versicherte Unternehmen von der Haftung freigestellt werden. Es ist also keine Kasko-

Versicherung.

Je nach zu verhandelndem Versicherungsvertrag sind alle Organe wie Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsräte und Führungskräfte wie Prokuristen vom Versicherungsschutz für ihre Organhaftung erfasst, die die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen haben (z.B. §§ 43, 52 GmbHG und §§ 93, 116 AktG).

Je nach Versicherungsvertrag sind

- außergerichtliche und gerichtliche Abwehr unbegründeter und
 - Befriedigung begründeter Ansprüche
- erfasst.

Deckung besteht nur für **Sorgfaltspflichtverletzungen ohne Vorsatz** bzw. wissentliche Pflichtverletzung für alle Vermögensschäden mit Verursachung während der Versicherungslaufzeit **und** bei denen Anspruchserhebung innerhalb der Versicherungslaufzeit erfolgt.

Bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch das eigene Unternehmen Beweislastumkehr zu Lasten des Organs hinsichtlich Verschulden - Geschäftsführer/Vorstand muss also pflichtgemäßes Verhalten beweisen.

Überdurchschnittlich hohes Gefahrenpotenzial in den Bereichen Strategie, Betriebsorganisation und Finanzen.

Geschützt wird die gesellschaftsrechtliche **Organfunktion**, **nicht** das **operative Geschäft**.

Schadenbeispiele **Innenhaftung** auch

- Waren auf Kredit ohne vorherige Prüfung Käuferliquidität verkauft,
- Unterlassen der Beiziehung eines Spezialisten/Anwalts bei fehlender/nicht ausreichender eigener Sachkunde,
- Begleichen verjährter Forderungen oder Verjährenlassen eigener Forderungen,
- Hereinfallen auf Anlagebetrüger wegen Sorglosigkeit.

Schadenbeispiele **Außenhaftung** auch

- Nichtzahlung Steuern/Abgaben,
- Verletzung von Kapitalerhaltungspflichten,
- Herstellung wettbewerbswidrigen Werbematerials,
- Verschulden bei Vertragsschluss,
- Haftung im Zusammenhang mit Fördermitteln,
- Verletzung von Schutzgesetzen.

In der Praxis werden häufig Streitigkeiten zwischen Geschäftsführern und Aufsichtsrat oder Vorständen und Aufsichtsrat erfasst.

Beispielhaft muss Aufsichtsrat (das sind im Regelfall mehrere personenverschiedene Aufsichtsräte des Organs Aufsichtsrat) bei Feststellung der Insolvenzreife der Gesellschaft daraufhin wirken, dass der Vorstand/Geschäftsführer

rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind - sonst haften die Aufsichtsräte gegenüber der Gesellschaft (BGH, Urteil 16.03.2009 - II ZR 280/07; IBRRS 2009, 1362).

Nichtbeachtung einer Gesetzesnovelle wie zum Bauvertragsrecht 2018 kann zur Haftung des Organs gegenüber der Gesellschaft führen.

Auch Nichteinhaltung Brandschutzvorschriften bei Auftragsvergabe, Bauüberwachung und Abnahme kann für Geschäftsführer zum Haftungsfall mit persönlichem Insolvenzrisiko führen.

Anlegeransprüche nach Aktienverlusten können zu Straf- und Haftungsverfahren gegen Organe führen - allein die daraus resultierenden Verfahrenskosten (Gericht, Anwälte) können zur **persönlichen** Insolvenz der Organe führen.

Auch nicht bezahlte **Steuern** und/oder **Sozialabgaben**, für welche eine versicherte Person im Insolvenzfall der Versicherungsnehmer **persönlich haftet**, werden bei Fahrlässigkeit gedeckt.

Formfehler mit Unwirksamkeit von Abfindungsvereinbarungen bei Entlassungen kann zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers gem. § 43 GmbHG führen.

Bei begründeten Ansprüchen erfolgt **Freistellung** und damit **Befriedigung** der geschädigten Gesellschaft bei Nachweis schuldhaftem pflichtwidrigem Fehlverhalten des Organs mit Vermögensschaden bei der Versicherungsnehmerin (Geschäftsführer gegenüber Gesellschaft, Aufsichtsräte gegenüber Gesellschaft) oder einem Dritten (Kunden, Mitarbeiter, Fiskus, Aufsichtsbehörden, Konkurrenten).

Hinsichtlich **Strafrechtsschutz** sollten orts- bzw. regional- und branchenübliche Stundensätze von Strafverteidigern je nach Sach- und Vermögenslage der Beschuldigten/Angeklagten von 200 - 400 € netto zzgl. Auslagen im Versicherungsvertrag gedeckt werden, nicht nur Ansprüche in gesetzlicher Höhe nach RVG.

Für Abwehrkosten werden regelmäßig Limite vereinbart und es können im Notfall entstandene Kosten für Anwaltsmandatierung ersetzt werden.

Die Kosten zur Stellung einer gerichtlich angeordneten Sicherheitsleistung (nicht die Sicherheitsleistung selbst) oder einer Kautions zur Aussetzung von Haftvollzug im Strafprozess (nicht die Kautions selbst) sind gedeckt. Bei Verträgen „exklusiv“ kann auch die Sicherheitsleistung oder/und Kautions selbst als Deckung geregelt werden.

Je nach Vertrag können die Einfrierung, Entziehung oder Beschlagnahme von Vermögenswerten sowie die Lebenshaltungskosten bei Beschlagnahme oder Einbehaltung von Lohnzahlungen gedeckt werden.

Vorbeugende Rechtskosten können je nach Vertrag erfasst werden, AGG-Abwehrkosten auch.

Die Führung eines Rechtsstreites kann den versicherten Personen bei freier

Anwaltswahl überlassen sein - es besteht häufig ein Widerspruchsrecht des Versicherers.

In Verträgen kann auch die Führung des Rechtsstreits durch den Versicherer im Namen der versicherten Person auf seine Kosten geregelt sein, wobei der Versicherer auch außergerichtlich als bevollmächtigt gilt, alle zur Beilegung oder Abwehr des Anspruchs ihm zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen der versicherten Personen abzugeben.

Selbstbehalte sollten eher zu niedrig und die Höhe der **Deckungssumme** sowie daneben die Zahl der gedeckten Fälle (Achtung: Serienfall beachten) pro Jahr und pro Fall sollten eher zu hoch als zu niedrig angesetzt werden.

Risiko: Bei Eintritt oder Änderung einer gesellschaftsrechtlichen Beherrschung muss Gefahrerhöhung versicherungsvertraglich geregelt und daneben konkret fristgemäß angezeigt werden - AGB mit Erlöschen des Versicherungsschutzes dafür unwirksam (BGH, Urteil 12.09.2012 - IV ZR 171/11; IBRRS 2012, 3816 - Anmerkung: hier allein 81.862,78 € Anwaltskosten bei 4.491.429,45 € Schadenersatzanspruch gegenüber **jedem** einzelnen Aufsichtsrat gesamtschuldnerisch wegen Verlust bringender Ausweitung der Geschäftsbeziehungen der Versicherungsnehmerin).

Rückwärtsdeckung für vorher verursachte Vermögensschäden sowie daneben für Schäden mit Geltendmachung des Anspruchs nach Versicherungsbeginn und Nichtbekanntsein der Pflichtverletzung bei den versicherten Personen und dem Versicherungsnehmer sind je nach Vertragsgestaltung möglich.

Hinsichtlich Pflichtverletzung vor Beendigung Versicherungsvertrag mit Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach Vertragsbeendigung sind **Nachmeldefristen** versicherungsvertraglich vereinbar - allerdings i.d.R. Ausschluss bei neuem D&O-Versicherungsvertrag.

Zeitlich unbegrenzte Rückwärtsversicherung und unverfallbare Nachmeldefrist bei relativ geringer Erhöhung der Versicherungsprämie dürften für Organe sinnvoll sein.

Kritisch für die versicherten Organe ist die **Beweisführung** der Entscheidungsfindung bei Schadeneintritt, dass die Entscheidung trotz Schaden richtig war oder richtig sein konnte - **Nachweise** sind **dokumentarisch** auch in Form zeitnah gefertigter Protokolle/Aktennotizen erforderlich.

Ebenfalls kritisch können mangelnde Kenntnisse, Berufserfahrungen und andere Eignungen hinsichtlich einer Stelle werden, die **nicht** zur Haftungsbefreiung führen (ehrenamtliche Aufsichtsräte aus Gewerkschaftskreisen/„Politiker-Altlasten“, nebenberufliche Vorstände aus „Politik-Proporz“).

Die D&O-Versicherung ist hinsichtlich der **Versicherungsprämie** abhängig von Unternehmensgröße, Höhe der Versicherungssumme und wirtschaftlicher Situation sowie Eigentümerstruktur, Branchenrisiken, Dauer der Unternehmensexistenz und

Qualifikation der Organmitglieder/Führungskräfte des Unternehmens.

Bei Bilanzsumme 25 Mio.€ und Versicherungsschutz bis 2,5 Mio.€ z.B. ca. 7.000 - 9.000 € jährlich, bei Versicherungsschutz bis 5 Mio.€ 12.000 - 14.000 € jährlich.

Deutlicher Hinweis an Vorstände z. B. von AG oder Genossenschaften oder wirtschaftlich tätigen Vereinen und an Geschäftsführer von GmbH: die Nachweisführung ordnungsgemäßen kaufmännischen Verhaltens hört sich im Alltagsgeschäft als leicht machbar anhand der ja vorliegenden und verfügbaren Unterlagen/Datenträger an. Im Ernstfall erfolgt jedoch die Entlassung als Vorstand oder Geschäftsführer per sofort von einer Minute auf die andere bei Erteilung von Hausverbot und dem Verbot der Mitnahme irgendwelcher Unterlagen, elektronischer Datenträger, IT-Geräte wie I-Phone oder Smartphone bzw. PC oder/und sonstiger Aufzeichnungen. Im Falle einer vorläufigen Festnahme oder einer Verhaftung besteht sowieso keine Zugriffsmöglichkeit auf Materialien der Firma mehr. So genannte gute Freunde im Geschäftsbetrieb sind dann regelmäßig keine Zeugen für die gerade entlassenen oder von der Arbeit freigestellten Vorstände oder Geschäftsführer - diese wollen in der Firma weiter arbeiten und sind wegen dem Risiko eigener arbeitsrechtlicher oder/und strafrechtlicher Verantwortlichkeit kaum bereit, dem entlassenen oder Hausverbot bekommen habenden Vorstand/Geschäftsführer irgendwelche Unterlagen oder Datenträger zukommen zu lassen.

Hier muss jeder Vorstand/Geschäftsführer im zulässigen Rahmen auch durch Gestaltung des eigenen Anstellungsvertrages geeignete Vorsorge vereinbaren **und** jeweils tatsächlich zeitnah realisieren.

Sprung zu www.ra-brumme.de