



**Das neue Bauvertragsrecht**

**Bad Nauheim, 07.11.2018**

**Dr. Julian Linz**

© Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB

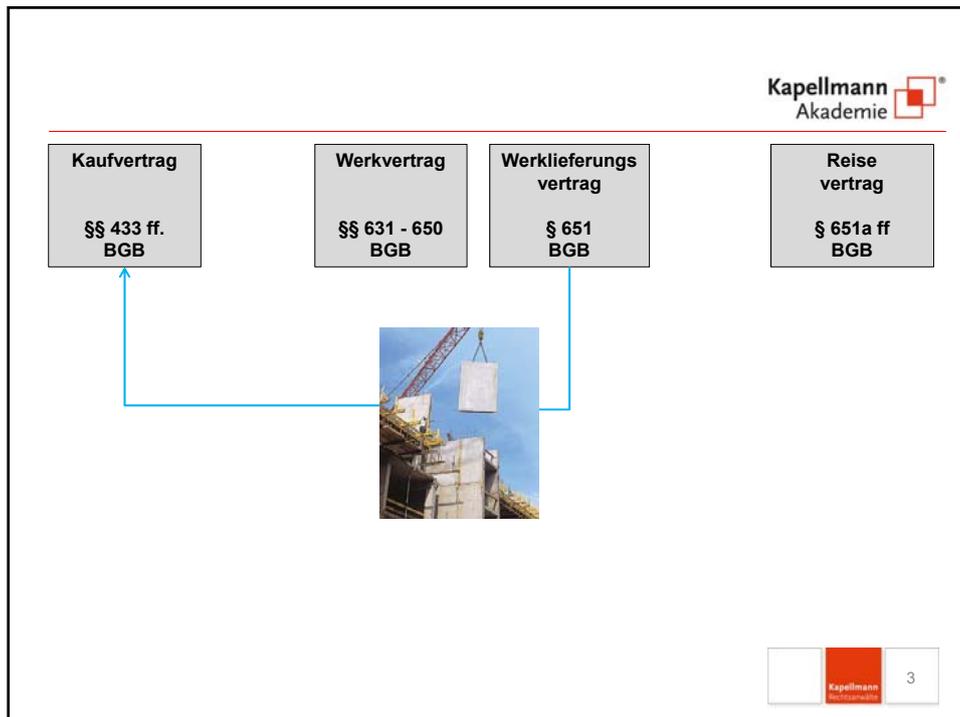


---

Mai 2006	1. Deutscher Baugerichtstag
Juni 2013	Abschlussbericht des Arbeitskreises Bauvertragsrecht im BMJV
September 2015	Referentenentwurf
März 2016	Regierungsentwurf
April 2016	Stellungnahme Bundesrat
18.05.2016	Endgültiger Regierungsentwurf Bt.-Drs. 18/8486
10.06.2016	1. Lesung im Bundestag
22.06.2016	Anhörung im Rechtsausschuss
08.03.2017	Änderungsvorschläge des Rechtsausschusses BT-Drucks 18/11437
09.03.2017	2. und 3. Lesung im Bundestag
31.03.2017	Bundesrat verzichtet auf Einspruch
01.01.2018	Inkrafttreten



2



Kapellmann Akademie 

BGB, Buch 2, Abschnitt 8 Titel 9  
**Werkvertrag und ähnliche Verträge**

Untertitel 1 Werkvertrag	Untertitel 1 Werkvertragsrecht <i>Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften</i> <i>Kapitel 2 Bauvertrag</i> <i>Kapitel 3 Verbrauchervertrag</i> <i>Kapitel 4 Unabdingbarkeit</i>
Untertitel 2 Reisevertrag	Untertitel 2 Architektenvertrag und Ingenieurvertrag Untertitel 3 Bauträgervertrag Untertitel 4 Reisevertrag

 4

**Bauvertrag**

**§§ 650a ff.  
BGB**

- 650 b Änderungs-/ Anordnungsrecht
- 650 c Vergütungsanpassung bei Anordnung
- 650 d Einstweilige Verfügung
- 650 e Sicherungshypothek
- 650 f Bauhandwerkersicherung
- 650 g Zustandsfeststellung nach Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung
- 650 h Schriftform der Kündigung

**§ 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 dieses 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.*

**Bauwerk:** unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Die Sache muss fest mit dem Grundstück verbunden sein.

**Außenanlage:** Arbeiten an einer Außenanlage müssen mit Arbeiten an einem Grundstück vergleichbar sein. Es sind nicht sämtliche Arbeiten an einem Grundstück erfasst, sondern es muss sich um gestalterische Arbeiten handeln, die der Errichtung der Anlage oder deren Bestand dienen. *BGH, Urt. V. 24.02.2005, VII ZR 86/04, NJW-RR 2005, 750*

Bis zum 01.01.2018

- BGB-Verträge: Kein gesetzlich geregeltes Anordnungsrecht für Änderungen (siehe im Gegenteil § 311 Abs. 1 BGB), auch dementsprechend keine Regelung für Nachträge

**§ 311 - Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse**

*(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.*

- VOB/B-Verträge: Anordnungsrecht für zusätzliche Leistungen und geänderte Leistungen in § 1 Abs. 3, 4 VOB/B
- Regelung für Nachtragsvergütung in § 2 Abs. 5, 6 VOB/B

### § 650b - Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) <sup>1</sup>Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 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. <sup>2</sup>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.

### § 650b - Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers (2)

<sup>3</sup>Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. <sup>4</sup>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. <sup>5</sup>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) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

- BGB unterscheidet ähnlich wie VOB/B zwischen
  - „**Änderungen des vereinbarten Werkerfolges**“ (freie Anordnungen)
    - Bsp.: Vorstellungen des Bestellers haben sich geändert
  - „**Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig sind**“ (notwendige Änderungen)
    - Bsp.: Änderungen der Rechtslage oder behördlichen Vorgaben  
Leistungsbeschreibung lücken- oder fehlerhaft
    - funktionaler Mangelbegriff
    - Fälle von Bedenkenhinweisen
    - Bei Fehlern oder Lücken in der Leistungsbeschreibung
    - bei Rechtsänderungen oder bei verweigerter Baugenehmigung

- „**Änderungen des vereinbarten Werkerfolges**“
  - Anordnungsrecht für Baumstände (insb. Bauzeit?)

**Dagegen spricht:** Gesetzeshistorie (Kritik am Referentenentwurf);  
dafür spricht aber der Wortlaut in bewusster Abkehr der VOB/B

**Im Ergebnis wohl kein Anordnungsrecht, da Werkerfolg nicht  
Leistungszeit (diese ist im Allgemeinen Schuldrecht geregelt)  
umfasst.**

- **Schritt 1:** Änderungsbegehren des Bestelle
  - „nicht notwendig“ (Abs. 1 Nr. 1) „notwendig“ (Abs. 2 Nr. 2)
- **Schritt 2:** Angebotspflicht des Unternehmers, bei Planung durch AG auch Vorlage der geänderten Planung (§ 3 VOB/B)
  - Ausn. „nicht notwendig“ - **Zumutbarkeitsprüfung (Abs. 1)**
  - Ausn. „notwendig“ - § 275 Abs. 2 und 3 BGB
- **Schritt 3:** Streben der Parteien nach Einvernehmen über Änderung und Mehr-/Mindervergütung vor Anordnung, Einigung „fix“, Mehrkosten
- **Schritt 4:** Ablauf von 30 Tagen – Scheitern fingiert
- **Schritt 5:** Anordnung in **Textform** (Brief, Fax, E-Mail), bis dahin ZBR
- **Schritt 6:** Ausführungspflicht mit Vergütungsanspruch § 650c BGB
  - Ausn. „nicht notwendig“ – **Zumutbarkeitsprüfung (Abs. 2)**
  - Ausn. „notwendig“ - § 275 Abs. 2 und 3 BGB
- **Schritt 7:** ggf. Einstweilige Verfügung, ob Anordnung rm bzw. ob Vergütung

- **Kriterien der „Zumutbarkeitsprüfung“ ?**
  - Technische Möglichkeit, Ausstattung, Qualifikation, betriebsinterne Vorgänge
  - Bei GU auch NU's berücksichtigen (Vgl. „eingerichtet“)
  - Abwägung: anderer Leistung als vereinbart - Kooperation
- **Beweislast bei „Zumutbarkeitsprüfung“?**
  - Besteller, er will Änderung, Ausn. Abs. 1 Satz 3 (betriebsinterne Vorgänge)
- **Warum „Zumutbarkeitsprüfung“ nur bei „nicht notwendigen“ Änderungen?**
  - Baufreiheit, Dispositionsfreiheit, § 311 BGB
- **Verstoß gegen Textform?**
  - § 125 BGB, Ausn. (Abbedungen, treuwidrig (kein Beweisproblem, „Ehrenmann“)
  - § 812 BGB / Wertersatz (übliche Vergütung)

### § 650c - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

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

### § 650c - Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2 (2)

(3) <sup>1</sup>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 Entscheidung ergeht. <sup>2</sup>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**. <sup>3</sup>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. <sup>4</sup>§ 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.

- Die Vergütungsfolge: Völlig neue Abrechnungsmethodik in § 650c BGB
- Anspruch auf Mehrvergütung, soweit etwas anderes nicht vereinbart, bspw. durch AGB
- **Bis zum 01.01.2018:**
  - BGB-Vertrag: ergänzende Vertragsauslegung, § 632 Abs. 2 BGB und § 313 BGB die übliche Vergütung
  - VOB/B-Vertrag: § 2 Abs. 5 / 6 VOB/B kalkulatorische Fortschreibung
- **Neu:**
  - **Wahlrecht des AN:**
  - Abrechnung nach **tatsächlich erforderlichen Kosten** oder gemäß vereinbarungsgemäß hinterlegter Urkalkulation
  - AG kann **nicht** Abrechnung nach Kalkulation verlangen
  - Zahlungsfluss gewährleistet werden

- Während Abs. 1 und Abs. 2 die Höhe der dem Unternehmer zustehenden Vergütung betrifft, trifft **Abs. 3** eine Regelung zu der Höhe von Abschlagszahlungen
  - Unternehmer hat die Wahl, ob er die Abschlagsforderung nach der Vergütung nach Abs. 1 oder Abs. 2 berechnet oder nach Abs. 3
    - Abs. 1: tatsächlich erforderliche Kosten
    - Abs. 2: entwickelt aus der hinterlegten Urkalkulation
    - Abs. 3: Regelung **bei Streit (kein Einvernehmen und daher Anordnung)** über Vergütung
- 100 % Vergütung**
- Abs. 3 Erleichterung : Unternehmer muss keine Berechnung nach Abs. 1 oder Abs. 2 vorlegen, er kann vielmehr Abschlag i.H.v. **80 %** der **angebotenen** Mehrvergütung ansetzen
  - Anforderungen an Nachtragsangebot nicht geregelt
    - Muss prüfbar sein und die Mehrkosten müssen nachvollziehbar aufgeführt sein, Berechnung nach Abs. 1 oder Abs. 2
  - Ziel: Sicherung der Liquidität der Bauunternehmen

- Rückgewähranspruch bei Schlussrechnungsstellung wenn Abschlagszahlungen zu hoch (Satz 3), Verzinsungspflicht (Strafzins) entsteht ab der ersten Überzahlung (9 %-Punkte über Basiszins bei Unternehmen)
  - Gestaffelte Berechnung der Zinsen
  - Weitere Absicherung vertraglich vereinbaren
  - 20 % Differenz wird erst mit **Abnahme** fällig
  - **Immer möglich:** Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

#### **§ 650d Einstweilige Verfügung**

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



## Verfahren bei Abnahme, Kündigung und Geltendmachung von Werklohnansprüchen



### **§ 640 BGB - Abnahme**

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. **Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.**

(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

### § 12 Abs. 5 VOB/B - Fiktive Abnahme

1. Wird keine Abnahme verlangt, **so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung** der Leistung.

2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der **Leistung in Benutzung genommen**, **so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt**, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung von Arbeiten gilt nicht als Abnahme.

3. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.

### § 640 BGB n.F. - Abnahme

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

(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 dieser 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 zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme **hingewiesen** hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

### Abnahmeverweigerung – Möglichkeit der Zustandsfeststellung

#### § 650 g Abs. 1 BGB n.F.

(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 stellen.

### § 650 g BGB n.F.: Zustandsfeststellung bei Abnahmeverweigerung

#### § 650 g Abs. 3 BGB n.F.

(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**.

## Verfahren bei Abnahme, Kündigung und Geltendmachung von Werklohnansprüchen



### Kündigung – bisherige Rechtslage

- § 643 BGB: Kündigung durch den Unternehmer bei unterlassener Mitwirkungshandlung
- § 649 BGB: Kündigungsrecht des Bestellers
- Rspr.: Anwendung § 314 BGB: Kündigung aus wichtigem Grund

### Kündigung – neue Rechtslage

- § 643 BGB (unverändert): Kündigung bei unterlassener Mitwirkungshandlung
- § 648 BGB n.F (ehemals § 649 BGB, unverändert): Kündigungsrecht des Bestellers
- § 648 a BGB n.F (neu): Kündigung aus wichtigem Grund

### § 648a BGB n.F - 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 Werks nicht zugemutet** werden kann.

(2) Eine **Teilkündigung ist möglich**; sie muss sich auf einen **abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks** beziehen. § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

(3) 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.

(4) 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.

(5) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

### § 648a BGB n.F - 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 Werks nicht zugemutet werden kann.

(2) Eine Teilkündigung ist möglich; sie muss sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks beziehen. § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

(3) 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.

(4) 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.

(5) Die Berechtigung, Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

### Besondere Kündigungsvorschriften

- Besonderheiten im Bauvertrag: § 650 h BGB n.F Schriftformerfordernis
- Besonderheiten im Bauträgervertrag: § 648 a BGB nicht anwendbar

## **Verfahren bei Abnahme, Kündigung und Geltendmachung von Werklohnansprüchen**



### **Geltendmachung von Werklohn**

#### **Bisherige Rechtslage**

- Fälligkeit mit Abnahme, § 640 BGB
- Abschlagszahlungen nach Wertzuwachs, § 632 a BGB

#### **Neue Rechtslage**

- Fälligkeit mit Abnahme und prüfbarer Schlussrechnung
- Abschlagszahlung nach geschuldeter und erbrachter Leistung

### § 650g BGB n.F. - Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

(1) ...

(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** übergeben 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.

### § 632a BGB a.F. - Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistung einen **Wertzuwachs** erlangt hat. **Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden.** § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Wenn der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer **Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche** vereinbart sind.

(3) ...

### § 632a BGB n.F. - Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung **in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen** 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. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Die Sicherheit nach Absatz 1 Satz 6 kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

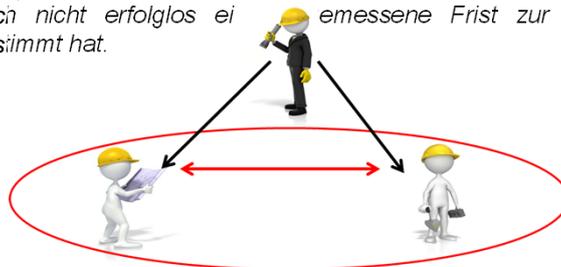
## Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

**§ 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.*

**§ 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.*



Welche Auswirkungen hat das neue Bauvertragsrecht auf unsere Bauverträge ?

- **VOB/B – Quo vadis ?**
- Privilegierung nach § 310 Abs. 1 S. 3 BGB bleibt bestehen
- Aber: Regelungen der VOB/B sind nunmehr an dem neuen Bauvertragsrecht zu messen (gesetzliches Leitbild)

- **Möglichkeit 1:** „reiner“ BGB-Vertrag und neue VOB/B abwarten
  - ➔ Überarbeitung angekündigt
  - ➔ Zeitliche Perspektive unklar
  - ➔ Inhalt unklar, wahrscheinlich Anpassung an neues BGB / Herstellung AGB-Festigkeit
  - ➔ Aber: zahlreiche Unklarheiten des BGB

### Bauvertragsrecht 2018: VOB/B bleibt unverändert!

(23.01.2018)

Der Hauptausschuss Allgemeines (HAA) hat, wie vom DVA-Vorstand ersucht, die VOB/B vor dem Hintergrund des am 01.01.2018 in Kraft getretenen gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auf Aktualisierungsbedarf geprüft. Der HAA fasst mehrheitlich den Beschluss, die VOB/B zunächst unverändert zu lassen.



Dem Beschluss liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch nicht gewährleistet.

Der HAA wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, verfolgen und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B ableiten.

Beschluss des HAA zur VOB/B vom 18.01.2018

(Quelle: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit)

- **Möglichkeit 2:** „reiner“ VOB/B-Vertrag ohne jegliche Änderung (auch nicht dort, wo Öffnungsmöglichkeiten bestehen, bspw. Gewährleistungsfrist)
  - ➔ gesetzliche Privilegierung gem. § 310 BGB
  - ➔ Anordnungsrecht wie bisher
  - ➔ Aber: ungeklärt, ob Rspr. das in der VOB/B nicht geregelte Verfahren anhand der subsidiär geltenden Bestimmungen des BGB nicht auch für VOB-Verträge anwendet
  - ➔ Auch ungeklärt, ob Rspr. optionale Vergütung nach Ist-Kosten für § 2 Abs. 5, 6 („Mehr- und Minderkosten“) zulässt
  - ➔ In jedem Fall dürfte aber das einstweilige Verfügungsverfahren zulässig sein

**Weg der Öffentlichen Hand  
- Bundesministerium für Verkehr und digitale  
Infrastruktur – Schreiben 24/2017**

„HVA B-StB Besondere Vertragsbedingungen 04-2016“.

(2) Die VOB/B unterliegt als Allgemeine Geschäftsbedingung grundsätzlich der AGB-rechtlichen Überprüfung am Maßstab der §§ 307 ff. BGB. Diese Kontrolle findet jedoch nicht statt, solange die VOB/B vollständig und unverändert in den Vertrag einbezogen wird (§ 310 Absatz 1 Satz 3 BGB). Um diese AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B nicht zu gefährden, wurden die ZVB/E-StB und die Besonderen Vertragsbedingungen im Rahmen einer Abstimmung innerhalb der Vereinheitlichungsgruppe Hochbau, Straßenbau und Wasserbau einer Überprüfung unterzogen.

Bei der dabei vorgenommenen Streichung von Vertragsbedingungen und Regelungen im Rahmen wurde großzügig verfahren. Dies bedeutet, dass die Beibehaltung der Regelungen nicht zwangsläufig zum Privilegierungsverlust geführt hätte, da in der Rechtsprechung zu zahlreichen Punkten Uneinigkeit zu beobachten ist. Das Risiko, von Regelungen der VOB/B durch einzelne Vorgaben im HVA B-StB abzuweichen, sollte aber so gering wie möglich gehalten werden. Der Gesetzgeber hat die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B im Zuge der Einführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts bestätigt. Daher ändert sich an der Rechtslage also nichts, solange die VOB/B vollständig und unverändert in den Vertrag einbezogen wird.

**Weg der Öffentlichen Hand**  
**- Bundesministerium für Verkehr und digitale**  
**Infrastruktur – Schreiben 24/2017**

- (3) Für den Fall, dass wegen nicht vollständiger oder veränderter Vereinbarung der VOB/B die AGB-Kontrolle der einzelnen Bestimmungen der VOB/B eröffnet ist, gilt Folgendes:
- Bei Vertragsabschluss (Zuschlag) bis zum 31.12.2017 gilt das neue BGB noch nicht als AGB-rechtlicher Maßstab. Diese Verträge würden ggf. am Leitbild des bisherigen BGB gemessen. Hier gibt es keine veränderte Rechtslage.
  - Bei Vertragsabschlüssen ab dem 01.01.2018 wäre das neue BGB der AGB-rechtliche Maßstab. Dies bedeutet jedoch nicht notwendig ein gestiegenes Risiko der Unwirksamkeit einzelner VOB/B Bestimmungen. Denn die Diskussion zu der Frage, ob die VOB/B einer Klauselkontrolle am Maßstab des neuen BGB standhalten wird oder wo ggf. nicht, hat gerade erst begonnen. Gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung wird erst in einigen Jahren vorliegen. Da sich das BGB in zentralen Fragen an der VOB/B orientiert und die VOB/B ab 2018 den gesetzlichen Regelungen ähnlicher ist als in den vergangenen 50 Jahren, ist es nicht undenkbar, dass die VOB/B auch einer AGB-rechtlichen Prüfung am Maßstab des neuen BGB standhalten wird.

**Weg der Öffentlichen Hand**  
**- Bundesministerium für Verkehr und digitale**  
**Infrastruktur – Schreiben 24/2017**

- (4) Die vorgenommenen Änderungen in den ZVB/E-StB (**Anlage 1**) und den Besonderen Vertragsbedingungen (**Anlage 2**) sind in der als **Anlage 3** beigefügten Synopse enthalten. Der den Besonderen Vertragsbedingungen zugehörige Richtlinientext wurde entsprechend überarbeitet und ist als **Anlage 4** beigefügt.
- (5) Weiterhin wurden ebenfalls in Abstimmung mit der Vereinheitlichungsgruppe die Bürgschaftsvordrucke unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung überarbeitet. Hierbei wurde auf die Kombibürgschaft (kombinierte Vertragserfüllungs-/Mängelanspruchsbürgschaft) verzichtet. Die in den letzten Jahren zur Sicherheitsleistung ergangene Rechtsprechung hat zur Aufgabe dieser für den Auftraggeber vorteilhaften Verfahrensweise geführt. Künftig sichert die Vertragserfüllungsbürgschaft „nur“ noch Forderungen aus der Vertragserfüllung und kann für die Mängelansprüche nach der Abnahme nicht mehr herangezogen werden. Damit muss zwar der Auftraggeber darauf achten, dass er eine vereinbarte Sicherheit für die Mängelansprüche erhält, im Gegenzug werden dafür die Regelungen klarer und die Gefahr geringer, dass die Sicherungsabrede gegen AGB-Recht verstößt. Geblieben ist es hingegen bei der Regelung, dass dem Auftragnehmer der Bürgschaftsaustausch so schnell wie möglich nach der Abnahme ermöglicht wird. Die Vereinheitlichungsgruppe verständigte sich hier darauf, dass künftig als Berechnungsgrundlage für die Höhe der Mängelansprüchesicherheit (absoluter Betrag) der Abrechnungsstand im Zeitpunkt der Abnahme herangezogen werden soll. Die überarbeiteten Bürgschaftsvordrucke sind als **Anlagen 5 bis 7** beigefügt.

**Weg der Öffentlichen Hand  
- Bundesministerium für Verkehr und digitale  
Infrastruktur – Schreiben 24/2017**

(6) Ich gebe hiermit die ZVB/E-StB 2018 sowie den neuen Vordruck „HVA B-StB Besondere Vertragsbedingungen 01-2018“ bekannt und bitte, diese im Bereich der Bundesfernstraßen ab sofort für alle neuen Vergaben anzuwenden.

(7) Im Rahmen der für April 2018 vorgesehenen Fortschreibung des HVA B-StB werden die nunmehr nicht mehr stimmenden Bezüge zur ZVB/E-StB im Teil 3 des Handbuchs HVA B-StB korrigiert.

**II.**

(1) Im Interesse einer einheitlichen Handhabung empfehle ich, die ZVB/E-StB 2018 sowie den Vordruck „HVA B-StB Besondere Vertragsbedingungen 01-2018“ auch für die in Ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Straßen einzuführen.

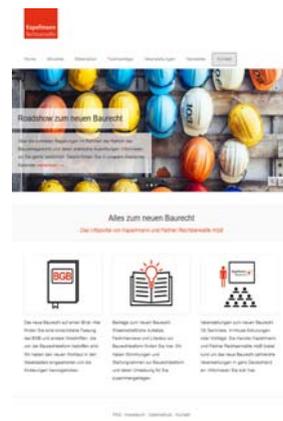
- **Möglichkeit 3:** bisherige Verträge unverändert fortsetzen
- § 1 Abs. 3 VOB/B: „Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.“
  - gibt ein dem Wortlaut nach unbeschränktes Recht zur Änderung des Bauentwurfs, auch wenn die Änderung nicht zur Herbeiführung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist; hiergegen wird in der Literatur eingewandt, dies benachteilige den Auftragnehmer unangemessen, so dass die Regelung unwirksam sei.
- Unbegrenzt Anordnungsrecht nach 1 Abs. 3, obwohl § 650b Abs. 1 Nr. 1 Anordnungsrecht von Zumutbarkeit abhängig macht

- **Möglichkeit 4:** neue Vertragsmuster erstellen:
  - ➔ zulässige Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild können vorgenommen werden
  - ➔ offene Fragen des gesetzlichen Regelungssystems können geklärt werden

Beispiele: Umfang des Anordnungsrechtes, Präzisierung der Angebotsfristen, sofortige Vollziehbarkeit von Anordnungen, Höhe der Zuschläge, Berechnung der Kosten

### Infoportal zum Neuen Bauvertragsrecht

Damit Sie den Überblick behalten, haben wir unter [www.neues-baurecht.de](http://www.neues-baurecht.de) ein Informationsportal gestaltet, das die von unserer Kanzlei erstellten Übersichten, Ausarbeitungen und Veranstaltungen gebündelt zur Verfügung stellt. Ebenso finden Sie einen Kurzkomentar zu den neuen Normen.



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit**



**Dr. Julian Linz**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB  
Ulmenstraße 37 – 39  
60323 Frankfurt am Main

Tel: 069 71 91 33 – 56  
Fax: 069 71 91 33 – 91

E-Mail: [julian.linz@kapellmann.de](mailto:julian.linz@kapellmann.de)

