



Erfahrungen mit dem neuen Bauvertragsrecht – 10 Monate nach der Einführung

Rechtsanwalt Frank Häberer LL.M.

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Steuerrecht



I. Einführung

Der Deutsche Bundestag hat am 9. März 2017 das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren verabschiedet.

Der Bundesrat hat am 31. März 2017 auf einen Einspruch gegen das Gesetz verzichtet.

Das Gesetz ist am 4. Mai 2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden. Es ist am **1. Januar 2018** in Kraft getreten und gilt für alle Verträge, die seit diesem Zeitpunkt geschlossen wurden.



Ziele des Gesetzes

- Schaffung von grundlegenden gesetzlichen Regelungen für den Bauvertrag, die es bislang nicht gab
- Schaffung von speziellen Regelungen für den Verbraucherbauvertrag
- Gesetzliche Regelung des Architekten- und Ingenieurvertrages
- Gesetzliche Regelung des Bauträgenervertrages
- Änderung der kaufrechtlichen Haftung
- Stärkung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes

Neben Änderungen im allgemeinen Werkvertragsrecht beinhaltet das Bauvertragsrechtsgesetz Sonderregeln für Bauverträge und die hiervon wiederum zu unterscheidenden Verbraucherbauverträge. Auch hat der Gesetzgeber neue Vertragstypen, den Architekten- und Ingenieurvertrag sowie den Bauträgenervertrag, gesetzlich normiert.



- **Welche neuen Entwicklungen gibt es?**
- **Was folgt hieraus für die baurechtliche Praxis?**
- **Was ist in der Praxis von Bauunternehmen besonders zu beachten?**



Abschlagszahlungen

**Leistungsstandsfest-
stellung nach Kündigung**

**Zustandsfeststellung bei
Verweigerung der Abnahme**

**Anordnungsrecht des
Bestellers**

Nachtragsvergütung

1. Abschlagszahlungen - § 632a BGB

- Bisherige Regelung in § 632a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB a.F.

„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.“

- Anknüpfungspunkt für die Höhe der Abschlagszahlung war bislang der **Wertzuwachs** beim Besteller.
- Außerdem musste zwischen **wesentlichen** und **unwesentlichen Mängeln** unterschieden werden.



- Neuregelung des § 632a BGB Abs. 1 Satz 1 bis 4 BGB

„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. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend.“

- Grundlegende Änderung des Gesetzes hinsichtlich:
 - Berechnungsgrundlage der Abschlagsforderung
 - Bedeutung von Mängeln



- Nach der bisherigen gesetzlichen Regelung war erforderlich, dass ein Wertzuwachs im Vermögen des Bestellers vorlag. Nach der Neuregelung wird auf den **Wert der erbrachten Leistung** abgestellt.
- Ob die Änderung des Gesetzeswortlautes (Wertzuwachs → Wert der erbrachten Leistungen) tatsächlich in der Praxis eine Auswirkung hat, ist anzuzweifeln, da der Begriff Wertzuwachs bislang auch schon zu verstehen war wie in § 16 VOB/B.
- Mit der Änderung des § 632a BGB wird nun ein – weitgehender – Gleichlauf mit der **Regelung in der VOB/B** (§ 16 Abs. 1 Nr. 1) hergestellt.
- Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B kann der Auftragnehmer Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung fordern.



Kann der Unternehmer Abschlagszahlungen bei mangelhafter Leistung verlangen?

- War nach der bisherigen gesetzlichen Regelung ein **wesentlicher** Mangel vorhanden, entfiel der Anspruch auf Abschlagszahlung.
- Nach der Neuregelung findet keine Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln mehr statt. Der Besteller soll die Abschlagszahlung nicht mehr verweigern können, sondern er soll lediglich einen **angemessenen Teil der Abschlagszahlung einbehalten** dürfen.
- Das heißt: Abschlagszahlungen können nach der Neuregelung des Gesetzes auch dann verlangt werden, wenn die Leistung Mängel hat, selbst wenn diese wesentlich sind. Auch wenn eine mangelhafte Leistung keine geschuldete Leistung darstellt, ist grundsätzlich ein Abschlag zu zahlen.



Welche Möglichkeiten hat der Besteller?

- Dem Besteller steht allerdings ein **Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB)** zu.
- Liegen Mängel vor, die zu einem Leistungsverweigerungsrecht führen, ist der Besteller mit der Zahlung nicht in Verzug. Auch dann nicht, wenn er die Mängel nicht rügt, sondern diese erst nachträglich – beispielsweise im Prozess – geltend macht.
- Der Besteller kann – unter Verweis auf § 641 Abs. 3 BGB – in der Regel das **Doppelte der Mangelbeseitigungskosten** zurückhalten.
- Ein Einbehalt wegen Mängeln kann dabei nicht nur der Abschlagszahlung entgegengehalten werden, die für den Leistungsteil verlangt wird, der Mängel aufweist, sondern allen Ansprüchen auf Abschlagszahlungen.



2. Leistungsstandsfeststellung nach Kündigung - § 648a BGB

- Seit dem 1. Januar 2018 regelt das Gesetz die Kündigung aus wichtigem Grund (**§ 648a BGB**). Bisher gab es im Gesetz keine Regelung zur Kündigung aus wichtigem Grund. Das BGB kannte nur die freie Kündigung nach § 649 BGB (zukünftig § 648 BGB).
- Die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund entspricht der bisherigen Rechtsprechung. Die Rechtsprechung hat seit jeher eine solche Kündigung zugelassen – als unbedingt notwendige Möglichkeit der Befreiung aus einem Rechtsverhältnis, das keine gemeinsame Zukunft haben kann (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 7. Teil, Rz. 28, 8. Teil, Rz. 33).



§ 648a Abs. 1 BGB

„Beide Vertragsparteien können den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn dem Kündigenden 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.“



§ 648a Abs. 4 BGB

„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 fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung. Dies gilt nicht, wenn die Vertragspartei infolge eines Umstandes fernbleibt, den sie nicht zu vertreten hat und den sie der anderen Vertragspartei unverzüglich mitgeteilt hat.“



- Jede Vertragspartei kann nach Kündigung aus wichtigem Grund von der anderen Partei verlangen, an einer **gemeinsamen Feststellung des Leistungsstands** mitzuwirken.
- Für eine prüfbare Abrechnung der erbrachten Leistungen ist es unumgänglich, den **Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung** festzustellen.
- Die Pflicht einer Vertragspartei, nach einer Kündigung an einer gemeinsamen Feststellung des Leistungsstands mitzuwirken, setzt zunächst ein **Verlangen** der anderen Vertragspartei voraus.
 - an **keine bestimmte Form** geknüpft, auch mündlich oder per E-Mail wirksam
 - aber: möglichst **nachweisbarer Zugang** wegen Rechtsfolgen bei Fernbleiben oder Verweigerung



Welche Wirkungen hat die Leistungsstandsfeststellung?

- Feststellung hat keine mit der Abnahme vergleichbaren Wirkungen.
- Aber die gemeinsame Feststellung hat **deklaratorische Wirkung** und der festgestellte Leistungsstand gilt als anerkannt.
- Mit der gemeinsamen Feststellung soll ein späterer Streit über den Leistungsstand vermieden werden.
- Sollte eine Gemeinsamkeit nicht zu erzielen sein, dürfte es zu den Mitwirkungspflichten gehören, das und auch die Gründe dafür zu dokumentieren (so Kniffka, BauR 2017, 1777).



Was passiert, wenn eine Partei – Besteller oder Werkunternehmer – der Leistungsstandsfeststellung fernbleibt?

- Die Vertragspartei, die eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstands verweigert oder einem hierzu bestimmten Termin unentschuldigt fernbleibt, soll die **Beweislast** für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung tragen.
- Verweigerung: Soll die Verweigerung eine Beweislastverlagerung bewirken, muss sie sich auf die gemeinsame Leistungsstandsfeststellung als solche beziehen. Nicht ausreichend wird es sein, wenn lediglich ein vorgeschlagener Termin nicht akzeptiert wird. Werden vorgeschlagene Termine allerdings ohne nachvollziehbare Begründung abgelehnt, kann hierin eine konkludente Verweigerung liegen.



Was passiert, wenn eine Partei – Besteller oder Werkunternehmer der Leistungsstandsfeststellung fernbleibt?

- Unentschuldigtes Fernbleiben:
 - Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass eine Vertragspartei von der anderen eine gemeinsame Feststellung des Leistungsstands verlangt und einen **Termin innerhalb einer angemessenen Frist** bestimmt.
 - Angemessenheit bestimmt sich nach den Umständen des **Einzelfalls**. Eine zu kurz bemessene Frist ist nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang.
 - Erscheint die andere Vertragspartei zu dem so bestimmten Termin nicht, greift die **Verlagerung der Beweislast**.

Gibt es eine gesetzliche Vorgabe, wie die Feststellung des Leistungsstandes zu erfolgen hat?

- Nein, § 648a BGB enthält hierzu keine Regelung.
- Auf welche Art und Weise der Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung festgestellt wird, kann nur im **Einzelfall** anhand der betroffenen vertraglich vereinbarten Leistung und der vertraglich vereinbarten Art der Abrechnung beurteilt werden.
- Möglich ist **jede Art der Dokumentation**, die eine Abrechnung ermöglicht und den Umfang der bis zur Kündigung ausgeführten Leistungen nachweist.
- Schlägt eine Vertragspartei eine bestimmte Art und Weise vor, die den Zweck des § 648a BGB erfüllt, und lehnt die andere Partei dies ab, kann hierin eine **Verweigerung**, die zu einer Beweislastverlagerung führt, liegen.



3. Anordnungsrecht des Bestellers - § 650b BGB

- Bisher war im BGB ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers nicht vorgesehen. Auch gab es keinerlei gesetzliche Regelungen über die Anpassung der Vergütung. Ein Anordnungsrecht war bislang nur in der **VOB/B** (§ 1 Abs. 3) vorgesehen.
- Eine Anordnung der Änderung des Werkerfolges widerspricht grundsätzlich dem vertraglichen Konsensprinzip.
- Das Anordnungsrecht des Bestellers und die entsprechenden Vergütungsfolgen sind nun **Kernstück der Neuregelung**.

§ 650b Abs. 1 Satz 1 BGB

„Begehrt der Besteller

- 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 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.“

Die Neuregelung zielt darauf ab, dass möglichst zwischen den Vertragsparteien **Einvernehmen** erzielt wird.

- Das Gesetz unterscheidet in Abs. 1 zwei Alternativen der Vertragsänderung und des Änderungsrechts:
 - Nr. 1: Änderung des vereinbarten Werkerfolgs („**gewillkürte Änderung**“)
 - Nr. 2: Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist („**notwendige Änderung**“)
- **Gewillkürte Änderung** nach § 650b Abs. 1 Satz 1 **Nr. 1** BGB = wenn der durch Auslegung zu bestimmende vereinbarte Werkerfolg geändert werden soll, ohne dass hierfür eine technische Notwendigkeit besteht.
 - z.B. höherwertige Sanitäreinrichtungen, Verwendung anderer Materialien, etc.



- **Notwendige Änderung** nach § 650b Abs. 1 Satz 1 **Nr. 2** BGB = Erreichen des vereinbarten Werkerfolgs bedarf zusätzlich erforderlicher Leistungen
 - z.B. aufgrund fehlerhafter oder lückenhafter Leistungsbeschreibung
 - Hintergrund ist ein funktionales Verständnis des Werks: Selbst wenn der Besteller durch ein Leistungsverzeichnis, eine Planung oder sonstige Vorgaben eine bestimmte Art der Herstellung festgelegt hat, ist das Werk mangelhaft, wenn sich auf diese Weise ein funktionales Werk nicht herstellen lässt (sog. **funktionaler Mangelbegriff**)
 - Die notwendige Änderung war aufgrund des funktionalen Mangelbegriffs auch bislang – ohne entsprechende gesetzliche Verankerung – schon möglich.



Wie muss das Änderungsbegehren inhaltlich ausgestaltet sein?

- Im Gesetz gibt es keine Regelung dazu, welche formellen und inhaltlichen Anforderungen an das Änderungsbegehren zu stellen sind.
- Eine bestimmte Form gibt es nicht, d.h. das Änderungsbegehren kann auch konkludent durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Hierauf ist aus Bauunternehmersicht zu achten.
- Obgleich es gesetzlich **keine vorgeschriebenen Mindestanforderungen** gibt, muss man davon ausgehen, dass das Begehren zumindest **diejenigen Informationen** enthalten muss, **die der Unternehmer für die Erarbeitung seines Nachtragsangebotes benötigt**, zu dessen Erstellung er für die vom Gesetzgeber vorgesehene Einigung der Parteien über die Änderung und die daraus resultierende Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet ist.



Was sind die Rechtsfolgen des Änderungsbegehrens?

- Das Änderungsbegehren ist noch keine Anordnung des Bestellers im Sinne des § 650b Abs. 2 BGB.
- Das Änderungsbegehren ändert den vertraglich geschuldeten Leistungsumfang noch nicht.

Wie muss ich mich als Bauunternehmer verhalten, wenn der Besteller die Änderung einer Leistung begehrt, deren Ausführung unmittelbar bevorsteht?

- **Problem**: Besteller wünscht eine geänderte Ausführung. Ob der Besteller an diesem Änderungswunsch festhält, hängt entscheidend von den Angebot ab, welches der Unternehmer aufgrund des Änderungsbegehrens zu erstellen hat. Auf der Baustelle herrscht Termindruck.



Wie muss ich mich als Bauunternehmer verhalten, wenn der Besteller die Änderung einer Leistung begehrt, deren Ausführung unmittelbar bevorsteht?

- Ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem Unternehmer nicht zu. Er müsste die vertraglich geschuldete Leistung weiter ausführen.
- Der Bauunternehmer kann nach dem ursprünglichen Plan weiterbauen. Will der Besteller dies verhindern, muss er eine entsprechende Erklärung („Baustopp“) abgeben. Mit Blick auf die Kooperationspflicht dürfte er hierzu nach Treu und Glauben **berechtig** sein (so auch Leupertz, Bauvertragsrecht, § 650b BGB, Rn. 48f.; Kniffka/v. Rintelen, *ibrOK BauVertR*, Rn. 83).
- Folgeproblem: Der Bauunternehmer ist in der Ausführung seiner Leistungen gehindert und ihm entstehen durch die Verzögerung der Bauarbeiten Nachteile. Anspruch nach § 642 BGB?

Was wird von dem Bauunternehmer im Falle eines Änderungsbegehrens des Bestellers verlangt?

§ 650b Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB

Die gesetzliche angestrebte Einigung zwischen den Vertragsparteien soll wie folgt durchgesetzt werden:

„Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 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 notwendige Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.“



Was wird von dem Bauunternehmer im Falle eines Änderungsbegehrens des Bestellers verlangt?

- Pflicht des Unternehmers: Erstellen eines **Angebots**
- Das Gesetz sieht für die Erstellung des Angebots keine Frist vor. Der gesetzlich angestrebten Einigung wohnt allerdings das **Kooperationsprinzip** inne, woraus gefolgert wird, dass der Unternehmer verpflichtet ist, das Angebot **so rechtzeitig vorzulegen, dass es vom Besteller innerhalb der 30-Tage-Frist geprüft und verhandelt werden kann.**
- Besteller muss zuvor die **Planung** für das Angebot bereitstellen.
- Den Bauunternehmer trifft keine Pflicht zur Erstellung eines Angebots bei **Unzumutbarkeit der Ausführung der Änderung.**



Was wird von dem Bauunternehmer im Falle eines Änderungsbegehrens des Bestellers verlangt?

- Zumutbarkeitskriterium ist nur bei § 650b Abs. 1 Satz 1 **Nr. 1 BGB (gewillkürte Änderung)** maßgeblich.
- Zumutbarkeit ist durch **Abwägung der Interessen** beider Parteien zu klären. Auf Seiten des Unternehmers sind der Leistungsinhalt und seine betriebliche Situation von Bedeutung. Für den Besteller ist zu berücksichtigen, dass ein Wechsel des Vertragspartners bei laufendem Vertrag nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden sein kann.
- **Unzumutbarkeit** bezieht sich auf technische Möglichkeiten, Ausstattung und Qualifikation des Betriebs des Unternehmers und betriebsinterne Vorgänge (hierfür Unternehmer beweislbelastet; **im Übrigen ist Besteller für die Zumutbarkeit beweislbelastet!**)



Ist der Besteller berechtigt, bauzeitliche Anordnungen zu treffen?

- Die ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehene Regelung zu bauzeitlichen Anordnungen ist in das Gesetz im Ergebnis nicht aufgenommen worden.
- Bereits im Rahmen der Anwendung der VOB/B war ungeklärt, ob der Auftraggeber bauzeitliche Anordnungen treffen konnte.
- Die Frage bleibt auch mit dem neuen BGB unbeantwortet.
- Beschleunigungsanordnungen bleiben daher fraglich und werden unter Berücksichtigung der gesetzlichen Neuregelung überwiegend am Zumutbarkeitskriterium scheitern.

Wie geht es nach der Erstellung des Angebotes weiter?

- Die Parteien können sich **einigen**. Die gesetzliche Regelung zielt darauf ab, den Vertragsparteien zu einer Einigung über die Ausführung von geänderten Leistungen und deren Vergütung zu verhelfen.
- **Scheitert** eine Einigung, kommt das eigentliche Anordnungsrecht des Bestellers zum Tragen:

§ 650b Abs. 2 BGB – eigentliches Anordnungsrecht

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



- **Problem 1:** keine 30 Tage abgewartet
 - Wartet der Besteller keine 30 Tage ab, besteht kein Änderungsrecht. Fraglich ist, ob der Besteller bereits vor dem Ablauf der 30 Tage anordnungsberechtigt ist, wenn feststeht, dass ein Einvernehmen definitiv nicht erzielt werden kann.
- **Problem 2:** Unternehmer unterbreitet kein Angebot
 - Unternehmer verhindert durch seine Untätigkeit die Verhandlungen. Trotzdem muss Besteller 30 Tage zuwarten, um einseitige Anordnung auszusprechen.
- **Problem 3:** Besteller übergibt keine Planung
 - Trägt der Besteller die Planungsverantwortung und liefert er die Planung nicht, ist gesetzliche Konsequenz, dass auch hier die 30 Tage abzuwarten sind. Problematisch ist allerdings, dass der Unternehmer keine Möglichkeit hatte, ein Angebot zu erstellen. Unternehmer kann die Ausführung aber verweigern.



Ist die Anordnung an eine bestimmte Form gebunden?

- = **Textform** (§ 126b BGB)
- § 126b BGB: Lesbarkeit, Nennung der Person des Erklärenden, abgegeben auf einem dauerhaften Datenträger
- z.B. Schreiben, Fax, E-Mail, SMS
- **Mündliche** Anordnung ist somit nicht ausreichend.
 - Hintergrund: Die Anordnung und ihr Inhalt sollen besser beweisbar sein, der Besteller soll vor übereilten Schritten geschützt werden (BT-Drucks. 18/11437, S. 47).
- Wird die Textform nicht eingehalten, ist die Anordnung nach § 125 BGB **nichtig**.

Exkurs: Auswirkungen der Neuregelung auf die VOB/B

- § 650b BGB unterscheidet sich von § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B.
- § 650b erfordert:
 - Keine Einigung zwischen den Parteien über die Vergütungsanpassung innerhalb von 30 Tagen
 - Anordnung in Textform
 - Zumutbarkeit bei gewillkürter Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB
- Änderungsrecht nach VOB/B ist **unbedingt** und **formlos** möglich. Nach § 1 Abs. 4 VOB/B kann der Unternehmer die Leistungsänderung nur verweigern, wenn sein Betrieb darauf nicht eingerichtet ist. Weitere Zumutbarkeitserwägungen spielen keine Rolle. Entscheidend ist aber, dass sich die Zurückweisungsmöglichkeit in der VOB/B anders als im BGB auf notwendige Änderungen bezieht.



- **Problem:** Halten § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle noch stand?
 - Dies wird durch die **Rechtsprechung** zu entscheiden sein.
 - Kniffka hält § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B weiterhin für wirksam (BauR 2007, 1794 ff.)
 - Begründung ist insbesondere, dass es bislang die Möglichkeit der Anordnung nicht gab und sich das Gesetz gewissermaßen „auf die VOB/B zubewegt“ hat. Schließlich sei die Abweichung der VOB/B vom bisherigen Werkvertragsrecht noch stärker gewesen und führte nach der h.M. auch nicht zur Unwirksamkeit.
 - Teilweise wird dies auch anders gesehen (IBR 2018, 5).



4. Nachtragsvergütung - § 650c BGB

- Da das BGB bislang ein Anordnungsrecht nicht gesetzlich normierte, war auch die hiermit verbundene Folge der **Vergütungsanpassung** nicht geregelt.
- § 650c BGB normiert nun die Vergütungsfolge in Folge einer Vertragsänderung und knüpft insofern an das Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b BGB an.
- Gemeinsam mit § 650b bildet § 650c den Kern der neuen Bestimmungen.



§ 650c Abs. 1 BGB

„Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 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 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.“

- Ausgangspunkt der Vergütungsanpassung sind die **tatsächlichen Kosten = die durch die Leistungsänderung bedingten Mehr- und Minderkosten**
- Angemessene Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn; BGK gesetzlich nicht vorgesehen, weil diese nach Durchführung des Bauvorhabens genau abgerechnet werden können.



- Die Höhe der Vergütung für den infolge einer Anordnung vermehrten oder verminderten Aufwand bemisst sich nach den **tatsächlich erforderlichen Kosten** mit angemessenen Zuschlägen für AGK, Wagnis und Gewinn.
- „Tatsächlich erforderlich“ bedeutet **nicht** „üblich“ iSd § 632 BGB. Sondern es geht um die Kosten, die der Werkunternehmer zur Erbringung der Leistung **tatsächlich aufwenden** muss, d.h. die Kosten müssen tatsächlich entstehen. Die tatsächlich erforderlichen Kosten können unter und über den tatsächlichen Kosten liegen, d.h. die **Schwelle der Erforderlichkeit** darf **nicht überschritten** werden.
 - Beispiel: Der Werkunternehmer hat bereits einen NU mit bestimmten Preisen vertraglich gebunden. Die Preise des NU liegen über den marktüblichen Preisen. Die für den NU aufzuwendenden Kosten sind daher erforderlich.
 - Grenze: unwirtschaftliche Einkaufspreise



§ 650c Abs. 2 BGB

„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 Abs. 1 entspricht.“

- Abs. 2 gibt dem Unternehmer die Möglichkeit, für die Vergütungsermittlung auf die Urkalkulation zurückzugreifen.
- Die Preisermittlung soll praktikabel, also möglichst einfach und zugleich möglichst richtig sein (BT-Drucks. 18/8486, S. 56).
- **Widerlegbare Vermutung**, dass die Urkalkulation den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Besteller kann dies widerlegen; ihn trifft die **Beweislast**.



- Die **Urkalkulation** muss vereinbarungsgemäß hinterlegt sein.
 - Die Hinterlegung der Urkalkulation muss **vertraglich vereinbart** sein.
 - Der AN muss die Urkalkulation außerhalb seines Machtbereiches **tatsächlich** hinterlegen.
 - Der Zeitpunkt der Vereinbarung zur Hinterlegung der Urkalkulation ist gesetzlich nicht bestimmt. Sie kann insofern auch noch nach Abschluss des Bauvertrages und nach Beginn des Bauvorhabens getroffen werden.
 - Der AN kann nur für die nach der vereinbarungsgemäßen Hinterlegung begehrten Leistungsänderungen auf die Urkalkulation zurückgreifen. Es besteht keine Berechtigung, die Urkalkulation nachzureichen bzw. die hinterlegte Kalkulation nachträglich weiter aufzuschlüsseln.



§ 650c Abs. 3 BGB

„Bei der Berechnung von vereinbarten oder gem. § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach Abnahme des Werks fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.“



In welcher Höhe kann der Unternehmer Vergütung verlangen, wenn Streit hinsichtlich der Änderung und der sich hieraus ergebenden Vergütung besteht?

- Erzielen die Parteien über die Änderung und die sich daraus ergebende Vergütung **kein Einvernehmen**, ist offen, in welcher Höhe dem Unternehmer ein Vergütungsanspruch zusteht.
- Der Unternehmer soll in einem solchen Fall aber **Abschlagszahlungen** auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten oder im Wege der Preisfortschreibung verlangen können.



In welcher Höhe kann der Unternehmer Vergütung verlangen, wenn Streit hinsichtlich der Änderung und der sich hieraus ergebenden Vergütung besteht?

Abschlagszahlungen:

- Pauschal kann der Unternehmer dabei **80 %** ansetzen.
- Die 80-Prozent-Regelung betrifft die vorläufige preisliche Bewertung der Nachtragsleistungen.
- Ob dem Unternehmer eine Abschlagszahlung dem Grunde nach zusteht, richtet sich nach **§ 632a BGB**. Eine Vergütung aus vollen 80 % kann der Unternehmer daher nur verlangen, wenn er den Nachtrag vollständig abgearbeitet hat.
- War die Bewertung der Nachtragsleistungen mit 80 % des Angebots zu hoch, ist der Unternehmer **überzahlt** und hat die Differenz **verzinst** an den Besteller zurückzuerstatten.



- Der Anspruch des Unternehmers auf pauschalisierte Abschlagszahlung in Höhe von 80 % des Mehrvergütungsangebots, soll das **Risiko** ausgleichen, dass der Unternehmer die infolge der Änderung geschuldete Mehrleistung zunächst **ohne Vergütung** erbringt und eine Klärung der Mehrvergütung erst im Zusammenhang mit der Schlussrechnung erfolgt.
- *„Um zu gewährleisten, dass jedenfalls ein Teil der geschuldeten Mehrvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen berücksichtigt wird, sieht § 650c Abs. 3 BGB eine **vorläufige Pauschalierung** vor. [...] Auf diese Weise erhält der Unternehmer während der Ausführung einen leicht zu begründenden vorläufigen Mehrvergütungsanspruch. Hält der Besteller ihn für überhöht, muss er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen.“ (BT-Drucks. 18/8486, S. 57).*



- Wählt der Unternehmer den Weg über die 80%-Regelung, wird die **Höhe der Mehrvergütung als „richtig“ vermutet.**
- Der Besteller kann die Vermutung nur auf gerichtlichem Wege – mittels **einstweiliger Verfügung** – widerlegen. Erwirkt der Besteller eine anderslautende gerichtliche Entscheidung, entfällt die Vermutungswirkung für die Zukunft.
- Bereits geleistete Zahlungen sind dann **verzinst** (9 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz) ab Eingang beim Unternehmer **zurückzugewähren.**
- Die Zinspflicht soll insbesondere **ausufernden, überhöhten Angeboten und Preisspekulationen** vorbeugen.



Im Ergebnis:

- Berechnet der Unternehmer die Höhe der Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 1 oder 2 BGB, kann er 100 % der für die Ausführung erbrachten Leistung abrechnen.
- Berechnet der Unternehmer nach § 650c Abs. 3 BGB, kann er nur 80 Prozent der in einem gemäß § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB erstellten Angebot genannten Mehrforderung ansetzen.
- § 650c Abs. 3 bedeutet für den Unternehmer zwar rasche **Liquidität**, allerdings besteht die **Gefahr der Überzahlung mit der Folge der verzinster Rückzahlung**.
- § 650c Abs. 3 BGB schafft für Unternehmer einen Anreiz seiner Verpflichtung zur Erstellung eines Angebots nachzukommen. Ohne entsprechendes Angebot besteht keine Grundlage, nach der die Berechnung nach § 650c Abs. 3 BGB vorgenommen werden kann.



- Wichtig: Der vorläufige Zahlungsanspruch setzt voraus, dass dem Grunde nach eine angeordnete Änderung der vertraglichen Leistung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 BGB betroffen ist.

War die „angeordnete“ Leistung bereits vom **ursprünglichen Vertragsinhalt** umfasst, liegt ein gesetzlicher Änderungsstatbestand nicht vor und auch die 80 %-Regelung gilt nicht!



Besteht eine Abwehrmöglichkeit des Bestellers gegen überhöhte Abschlagsforderungen nach § 650c Abs. 3 BGB?

Der Besteller kann eine **gerichtliche Entscheidung** herbeiführen. Dies kann auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ohne Darlegung des Verfügungsgrundes nach § 650d BGB erfolgen.

In diesem Verfahren muss der Besteller eine **eigene Nachtragsberechnung** aufstellen, die zeigt, dass der Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers nach § 650c Abs. 1 BGB niedriger ist als der vom Unternehmer geforderte Betrag.



Exkurs: Auswirkungen der Neuregelungen auf die VOB/B

Halten die VOB/B-Regelungen (§ 2 Abs. 5, 6 und 7 VOB/B) einer Inhaltskontrolle noch stand, wenn sich mit dem Bauvertragsgesetz das gesetzliche Leitbild geändert hat?

- VOB/B und Neuregelungen im BGB gehen von unterschiedlichen Berechnungsmodellen aus.
- Nach § 650c Abs. 1 sind die tatsächlich erforderlichen Kosten maßgeblich. Der Unternehmer kann zwar auf seine Urkalkulation zurückgreifen. Deren Richtigkeit wird aber nur widerleglich vermutet.
- Aufgrund der unterschiedlichen Ansätze kann vertreten werden, dass die Regelungen der VOB/B der Inhaltskontrolle nicht mehr standhalten.
- Kniffka vertritt demgegenüber die Auffassung, dass VOB-Regeln auslegungsbedürftig bleiben und sich damit eine Preisfortschreibung auf der Grundlage des tatsächlichen Vergütungsniveaus, wobei die Kalkulation nur Hilfsmittel ist, ergebe.



5. Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme – § 650g BGB

- Die Abnahme ist für den Unternehmer von **zentraler Bedeutung**, da mit ihr weitreichende Folgen verbunden sind (Beginn der Gewährleistung, Gefahrübergang, etc.).
- Der Besteller ist **nach § 640 BGB zur Abnahme verpflichtet**, oftmals hat der Besteller hieran jedoch kein Interesse und er nimmt das Werk nicht ab. Auch vereitelt der Besteller die Fiktion der Abnahme.

Was kann der Unternehmer in diesem Fall tun?

Der Unternehmer kann nach § 650g BGB eine gemeinsame Zustandsfeststellung verlangen und diese bei Nichtanwesenheit des Bestellers sogar alleine vornehmen.



§ 650g Abs. 1 und 2 BGB

„(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.“



- Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung ist, dass die **Gefahrtragung nach § 644 BGB** für den Unternehmer im Falle der Abnahmeverweigerung durch den Besteller entschärft werden soll.
- Der Zustandsfeststellung kommt **keine Abnahmewirkung** zu.
- Unternehmer kann die Zustandsfeststellung **einseitig** vornehmen, wenn der Besteller trotz Fristsetzung verschuldet nicht mitwirkt.
- Regelfall soll allerdings ein **gemeinsames Dokument** auf Papier oder elektronisch sein, welches von den Parteien unterzeichnet wird.
- Die Kosten, die der Partei durch die Zustandsfeststellung entstehen, sind grundsätzlich von jeder Partei selbst zu tragen.



- **Rechtfolge** ist, dass bei **offenkundigen Mängeln**, die in der Zustandsfeststellung nicht aufgeführt werden, grundsätzlich vermutet wird, sie seien nach der Feststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten.
- Der Besteller kann die **Vermutung widerlegen**, indem er nachweist, dass er den Mangel nicht zu vertreten hat.
- Enthält die Zustandsfeststellung ein **Aufmaß**, kann auch diesem Rechtswirkungen zukommen. So handelt es sich bei einem gemeinsamen Aufmaß um ein deklaratorisches Anerkenntnis der festgestellten Massen.



- **Problem:** Kann der Unternehmer eine einseitige Zustandsfeststellung vornehmen, wenn die Bauvertragsparteien eine gemeinsame Zustandsfeststellung treffen wollten, aber keine Einigung über den Zustand erzielen konnten?
 - Diesen Fall sieht das Gesetz nicht vor.
 - Nach dem Wortlaut und auch der Gesetzesbegründung soll in diesem Fall eine einseitige Zustandsfeststellung nicht möglich sein.
 - In der baurechtlichen Literatur werden zu dieser Problematik auch andere Meinungen vertreten. Diese Frage wird die Rechtsprechung beantworten müssen.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Frank Häberer LL.M.
Otto-Schill-Straße 4
04109 Leipzig
Tel: 0341 / 149 53 3
Fax: 0341 / 149 53 45
E-Mail: fh@franz-haeberer.de