



**VBH Deutschland GmbH**

***VBH Technikforum***

**Kamen, 07.02.2018**

**Rechtsanwalt Prof. Christian Niemöller**

**SMNG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH**

Königsberger Straße 2  
60487 Frankfurt am Main

Hohenzollernring 79-83  
50672 Köln



**2. Was kommt? Was ist?**

**– Das neue Bauvertragsrecht –**

## Wichtige Neuerungen - Übersicht

### Reform des Bauvertragsrechts (seit 01.01.2018)

- **Allgemeine** Regelungen zum Werkvertrag (§ § 631-650 BGB)
- Regelungen zum **Bauvertrag** (§ § 650a-650h BGB)
- Regelungen zum **Verbraucherbauvertrag** (§ § 650i-650o BGB)
- Regelungen zum **Architekten-/Ingenieurvertrag** (§ § 650p-650t BGB)
- Regelungen zum **Bauträgervertrag** (§ § 650u-650v BGB)
- Änderung im Kaufrecht (Lieferantenregress **Aus- und Einbaukosten**, § 439 Abs. 3 BGB)
- Daneben weiterhin VOB/B bzw. HOAI

## Vertragstypen – seit dem 01.01.2018

Kaufvertrag (§ § 433 ff BGB)

Bauvertrag (§ § 650a ff BGB)

Architekten- und  
Ingenieurvertrag (§ § 650p ff BGB)

Werkvertrag (§ § 631 ff BGB)

Verbraucherbauvertrag  
(§ § 650i ff BGB)

Bauträgervertrag (§ § 650u ff BGB)

## Begriff des „Bauvertrags“ ( § 650a BGB)

### § 650a BGB Bauvertrag

- Ein **Bauvertrag** ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon ( § 650a Abs. 1 BGB).
- 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 ( § 650a Abs. 2 BGB).

## § 650a BGB Bauvertrag - „Instandhaltung“ – „wesentliche Bedeutung“ -

➤ „**Instandhaltung**“ -> „Arbeiten, die zur Erhaltung des Soll-Zustandes des Bauwerks dienen.“ (BT Drucksache 18/8486 S. 53)

➤ **Instandhaltungsarbeiten**, „die für Konstruktion, 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.“ (BT Drucksache 18/8486 S. 53)

➤ „Erfasst werden z.B. Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege- und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen.“ (BT Drucksache 18/8486 S. 53)

➤ **Prüfung des Einzelfalls geboten!**

Nachträge nach neuem Recht

## Nachträge und Nachtragsvergütung – Stand bis zum 31.12.2017

- Keine gesetzlichen Regelungen für Bauverträge
- **§ 1 Abs. 3 VOB/B:** Anordnungsrecht des AG bzgl. Änderungen des Bauentwurfs  
Folge: Vergütungsanpassung nach **§ 2 Abs. 5 VOB/B** („neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten“)
- **§ 1 Abs. 4 VOB/B:** Anordnungsrecht des AG bzgl. erforderlicher Zusatzleistungen  
Folge: Anspruch des AN auf besondere Vergütung nach **§ 2 Abs. 6 VOB/B** („nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung“)

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

### **§ 650b BGB Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers**

*(1) 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. 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. (...)*

*(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. (...)*

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

### § 650c BGB 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.(...)*

(...)

(...)

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

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

(...)

*(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.*

(...)

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

### § 650d BGB 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.*

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

Gesetzliches Anordnungsrecht des AG, § 650b BGB

AG verlangt:

(1) Änderung des vereinbarten Werkerfolgs

(2) Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs **notwendig** ist

Folge: Vertragsparteien streben **Einvernehmen** über die Änderung und die Mehr- oder Mindervergütung an.

AN ist verpflichtet, ein Nachtragsangebot zu erstellen. Im Falle von (1) nur dann, wenn ihm die **Ausführung der Änderung zumutbar** ist. Beweislast des AN, wenn er eine Unzumutbarkeit auf betriebsinterne Vorgänge stützen will.

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

### Gesetzliches Anordnungsrecht des AG, § 650b BGB

- Bei Planungsverantwortung des AG:  
AN ist nur dann zur Erstellung eines Nachtragsangebots verpflichtet, wenn der AG dem AN die erforderliche Planung zur Verfügung gestellt hat.
- Keine Einigung binnen 30 Tagen ab Änderungsbegehren des AG:
  - AG kann die Änderung **in Textform anordnen**
  - AN muss der Anordnung nachkommen (Änderung des Werkerfolgs jedoch nur, wenn ihm die Ausführung **zumutbar** ist)

## Anordnung der Änderung *in Textform*

- Nach § 126b BGB gilt: *„Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden.(...)“*
- Die Voraussetzungen des § 126b BGB erfüllen derzeit „Papier, USB-Stick, CD-ROM, Speicherkarten, Festplatten, E-Mails sowie ein Computerox“ (vgl. Ellenberger, in Palandt; BGB; 75. Auflage 2016; § 126b Rnr. 3).
- Wichtigster Anwendungsfall der Textform ist die auf einem Rechner abrufbare E-Mail (**Vorsicht!**: Zugangsnachweis bei Übermittlung einer Anordnung ausschließlich per E-Mail kann misslingen).
- Formerfordernis hat klarstellende Funktion und soll insbesondere der besseren Beweisbarkeit der Anordnung dienen.
- Falls die Anordnung nicht in der vorgeschriebenen Form erfolgt, ist sie nichtig; Ähnliches gilt, wenn der Zugang der Anordnung per E-Mail nicht nachgewiesen werden kann.



## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

### Vergütungsanpassung bei Anordnungen, § 650c BGB

- Grundlage: tatsächlich erforderliche Kosten mit angemessenen Zuschlägen für AGK, W+G
- Wenn AN auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage übernommen hat: Keine Mehrvergütung für notwendige Änderungen. (Frage: Werk- und Montageplanung?)
- Rückgriff des AN auf seine Urkalkulation ist möglich (aber wohl nicht zwingend).

### Zum Rückgriff des Auftragnehmers auf seine Urkalkulation ( § 650c Abs. 2 BGB)

*Kniffka* sieht für den Unternehmer ein Wahlrecht dahingehend, ob er Nachträge auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen will.

Der Unternehmer könne das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben („Vergütung für den Nachtrag“).

Je nachdem wie er sich entschieden hat, habe er konsequent entweder die Urkalkulation fortzuschreiben oder die tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten für die nachträglich angeordnete Leistung darzulegen (*Kniffka*; Das neue Bauvertragsrecht; Mai 2017).

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

**Vergütungsanpassung bei Anordnungen, § 650c BGB**

Wenn keine Einigung über die Höhe der Nachtragsvergütung erzielt wird: AN kann **AZ iHv 80%** der Höhe seines Nachtragsangebotes fordern.

Durchsetzbar im Wege der **einstweiligen Verfügung** (§ 650d BGB).

Erhält der AN auf diesem Wege mehr als ihm zusteht: **Verzinsung** ab Geldeingang iHv 5 bzw. 9 %-Pkt. über Basiszinssatz

## Nachträge und Nachtragsvergütung – seit dem 01.01.2018

**Gesetzliches Anordnungsrecht des AG (§ 650b BGB) und einstweilige Verfügung (§ 650d BGB)**

- Bei Streitigkeiten über die Anordnung oder die Höhe der Nachtragsvergütung:
- Möglichkeit der gerichtlichen Entscheidung durch **einstweilige Verfügung**, § 650d BGB !
- Hierzu Rodemann, in: Franke/Kemper u.a., VOB-Kommentar, 6. Aufl. 2017:
  - *„Im Übrigen ist der gesetzgeberische Gedanke, hoch komplexe Nachtragsstreitigkeiten könnten sinnvoll im Einstweiligen Verfügungsverfahren erledigt werden, fernliegend.“*


 II

## Einstweilige Verfügung - Grundsätzliches

- Der einstweilige Rechtsschutz ist eine Ausprägung der Garantie des effektiven Rechtsschutzes.
- Die einstweilige Verfügung dient dem *vorläufigen* Rechtsschutz.
- Ein Individualanspruch wird gesichert.
- Ein streitiges Rechtsverhältnis wird einstweilig geregelt.
- **Abschließende** Klärung des Streitsachverhaltes im ggf. anschließenden Hauptsacheverfahren.

## Einstweilige Verfügung - Schaubild





## Glaubhaftmachung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes

- *Versicherung an Eides statt* ist das typische Mittel zur Glaubhaftmachung bei Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.
- Beispiel: Versicherung an Eides statt, dass ein Nachtragsanspruch dem Grunde wie der Höhe nach besteht.
- **§ 156 Strafgesetzbuch** (Falsche Versicherung an Eides Statt): „*Wer vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eides Statt zuständigen Behörde eine solche Versicherung falsch abgibt oder unter Berufung auf eine solche Versicherung falsch aussagt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*“

Abnahme und Zustandsfeststellung



## Abnahme und Zustandsfeststellung – Stand bis zum 31.12.2017

- Regelungen zur Abnahme unter **§ § 640 BGB, 12 VOB/B**.
- **§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB**: Abnahmefiktion nach Fristsetzung.  
Folge: Abnahmewirkung, sofern AG zur Abnahme verpflichtet war (Beweislast AN).
- Keine **gesetzlichen** Regelungen für Zustandsfeststellung.
- **§ 4 Abs. 10 VOB/B**: Zustandsfeststellung auf Verlangen bei Leistungen, die durch weitere Arbeiten der Feststellung und Prüfung entzogen werden. Folge: Keine Abnahmewirkung.



## Abnahme – Stand bis zum 31.12.2017

### **§ 640 Abs. 1 BGB Abnahme:**

*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.*

### **§ 12 Abs. 1 VOB/B Abnahme:**

*Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.*



## Zustandsfeststellung – Stand bis zum 31.12.2017

### **§ 4 Abs. 10 VOB/B Zustandsfeststellung:**

*Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.*



## Abnahme – seit dem 01.01.2018

### **§ 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.*

*(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.*



## Zustandsfeststellung – seit dem 01.01.2018

### § 650g BGB Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung

(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.*



## Der Weg zur Abnahme – seit dem 01.01.2018

### Leistung ist fertiggestellt - Abnahmeverlangen des AN

(AG ist verpflichtet das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen)

### Reaktion AG:

AG nimmt die ausgeführte Leistung ab





## Der Weg zur Abnahme – seit dem 01.01.2018

### Reaktion AG:

**-AG verweigert die Abnahme unter Angabe von mindestens einem Mangel**

-> „neue Spielregeln“: Zustandsfeststellung gem. § 650g BGB

## Zustandsfeststellung – seit dem 01.01.2018

AG verweigert Abnahme unter Angabe von Mängeln: Auf Verlangen des AN findet eine gemeinsame Zustandsfeststellung statt (Unterschrift beider!)

Kommt AG nicht zum vereinbarten oder vom AN angesetzten Termin: AN kann idR Zustandsfeststellung allein durchführen.

**Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme, § 650g BGB**

Offenkundige Mängel, die nicht in der Zustandsfeststellung aufgeführt sind, gelten idR als nachträglich entstanden und vom AG zu vertreten!

Ausnahme: Dies gilt nicht für Mängel, die nicht vom AG verursacht worden sein können.

## Zustandsfeststellung – seit dem 01.01.2018

- Die Zustandsfeststellung soll die Abnahme **nicht** ersetzen und hat auch **keine** sonstigen Ausschlusswirkungen.
- Sie dient „lediglich“ der Dokumentation des Zustands des Werks, z.B. um späterem Streit vorzubeugen.

## Zustandsfeststellung – seit dem 01.01.2018

### Das bedeutet:

- Der Auftragnehmer ist berechtigt, ggf. die Zustandsfeststellung **allein** durchzuführen.
- Die Zustandsfeststellung kann eine **gesetzliche Vermutung** bewirken, dass darin nicht aufgeführte (offenkundige) Mängel erst nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Auftraggeber zu vertreten sind .

S|M|N|G  
Rechtsanwalts-Gesellschaft

---

**Neues Bauvertragsrecht und VOB/B**

---

S|M|N|G  
Rechtsanwalts-Gesellschaft

---

**Reformiertes Bauvertragsrecht und VOB**

Ministerialdirektorin Monika Thomas (Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit); Erlass vom 18.05.2017:

*„Ich weise darauf hin, dass im Bundeshochbau weiterhin die VOB/B als vertragliche Grundlage zu vereinbaren ist.*

*Um die Rechtssicherheit der im Bundeshochbau geschlossenen Verträge zu erhöhen, wird derzeit das Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB), insbesondere die Zusätzlichen Vertragsbedingungen, auf seine VOB/B-Konformität überprüft.“*

---



## Änderungen der VOB – Folie 1

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat beschlossen, die VOB/B unter Einbeziehung des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts weiterzuentwickeln.

Um der öffentlichen Hand und der Bauwirtschaft auch künftig vollständige und ausgewogene Regelungen für den Bauvertrag zur Verfügung zu stellen, beabsichtigt der DVA die VOB/B fortzuschreiben und dabei die Überlegungen des Gesetzgebers zur Einführung eines Bauvertragsrechts in das BGB zu berücksichtigen.

(Forum Vergabe im Juni 2017)



## Änderungen der VOB – Folie 2

### **29. Mitgliederversammlung des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses vom 13.11.2017**

- Im Mai 2018 soll entschieden werden, ob bereits im Jahr 2018 „neue“ Regularien bzgl. der VOB/A und der VOB/B herausgegeben werden.
- Die weiteren Entwicklungen zum reformierten Bauvertragsrecht sollen beobachtet und abgewartet werden.
- Die Weiterentwicklung der VOB/B soll im Jahr 2018 ergänzend intensiv vom DVA beraten werden.
- Die Arbeit des DVA soll sich im Jahr 2018 auf weitere Überarbeitung der VOB/C konzentrieren.