

Goetz Michaelis  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Baurecht und Architektenrecht  
Schlichter und Schiedsrichter für Baustreitigkeiten (SO Bau)  
Lehrbeauftragter für privates Baurecht  
Referent für Architektenrecht und Baurecht  
Mitglied Arbeitsgemeinschaft Baurecht und Mitglied Deutscher Baugerichtstag

ANWALTSKANZLEI MICHAELIS,  
Konrad-Adenauer-Str. 19,  
59368 Werne

Tel. 02389-9782810  
Fax 02389-9782811  
Email [anwaltmichaelis@versanet.de](mailto:anwaltmichaelis@versanet.de)  
Homepage: [www.anwaltmichaelis.de](http://www.anwaltmichaelis.de)

**Kalksandstein Bauseminar 2019**  
**29.01.2019 in Rostock**  
**30.01.2019 in Berlin**  
**31.01.2019 in Dresden**

**„Das neue Bauvertragsrecht und seine  
Konsequenzen für die Baupraxis“**

## Inhaltsverzeichnis

### Das neue Bauvertragsrecht und seine Konsequenzen für die Baupraxis

	Seite
I. Einleitung	1
II. Überblick über Änderungen	1
1.) Ab wann gilt das neue Bauvertragsrecht?	1-2
2.) Werkvertrag; Bauvertrag; Verbraucherbauvertrag	2
a) Bauvertrag gemäß § 650 a BGB	2-3
b) Verbraucherbauvertrag	3-4
3.) Anordnungsrecht des Auftraggebers	4-6
4.) Prüfbare Schlussrechnung beim BGB-Bauvertrag	6-7
5.) Kündigung aus wichtigem Grund	7
6.) Abnahmefiktion	8
7.) Neue gesetzliche Regelungen für Architekten und Ingenieure	9-10
8.) Baurägervertrag gemäß § 650 f. BGB	10
9.) Bauhandwerkersicherheit	10-12
10.) Kaufrechtliche Regelungen	12

# **Das neue Bauvertragsrecht und seine Konsequenzen für die Baupraxis**

## **I. Einleitung**

Nachfolgend wird ein Kurzüberblick über die wesentlichen Neuregelungen im Bauvertragsrecht zusammengestellt. Da das Gesetz erst am 01.01.2018 in Kraft getreten ist, existiert hierzu zwangsläufig noch keine Rechtsprechung, sodass auch noch nicht abschließend prognostiziert werden kann, ob und wenn ja in welchem Umfang bezüglich einzelner Regelungen durch die Rechtsprechung Änderungen oder Modifizierungen vorgenommen werden. Diverse Autoren von Richtern über Bauanwälte bis hin zu Sachverständige u.a. haben sich bereits mit den Neuregelungen befasst und verschiedene Stellungnahmen hierzu abgegeben, die dann jedoch letztendlich erst von den Gerichten und der Rechtsprechung im Falle von Rechtsstreitigkeiten überprüft werden.

## **II. Überblick über Änderungen**

### **1.) Ab wann gilt das neue Bauvertragsrecht?**

Da das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes“ am 01.01.2018 in Kraft getreten ist, gilt grundsätzlich eine Stichtagsregelung.

Für „Altverträge“, die vor dem 01.01.2018 geschlossen worden sind, gilt nach wie vor das alte BGB-Werkvertragsrecht.

Für BGB-Werkverträge, die ab dem 01.01.2018 geschlossen werden, gilt demgegenüber das neue Bauvertragsrecht.

Bei „Stufenverträgen“, die mithin bereits im vergangenen Jahr abgeschlossen worden sind, bezüglich derer aber eine „stufenweise Beauftragung“ einzelner Leistungen erfolgt, kommt es im Hinblick auf das Stichtagsprinzip darauf an, wann der Auftrag erteilt worden ist, nämlich vor dem 31.12.2017 oder ab dem 01.01.2018.

Wichtig ist weiterhin zu wissen, dass die Werkvertragsregelungen nach dem neuen Bauvertragsrecht sich zunächst nur auf BGB-Werkverträge beziehen, während insbesondere bei einer wirksamen Einbeziehung der VOB/B nach wie vor die VOB/B Anwendung findet. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die VOB/B faktisch mit privaten Bauherrn/Verbrauchern kaum noch wirksam vereinbart werden kann, weil nicht nur die Übergabe des Textes der VOB/B Grundvoraussetzung für die wirksame Einbeziehung der VOB/B ist, sondern eine sogenannte isolierte Inhaltskontrolle bei Verträgen mit privaten Bauherrn im Hinblick auf die VOB/B eingreift unabhängig davon, ob sie als Ganzes vereinbart worden ist oder aber mit Änderungen.

Bei Verträgen „unter Profis“ ist der sicherste Wege, dass die VOB/B als Ganzes ohne Einschränkungen vereinbart wird, um Risiken einer isolierten Inhaltskontrolle einerseits, sowie Verstöße gegen das neue Bauvertragsrecht andererseits zu vermeiden. Sofern in der VOB/B sogenannte „Öffnungsklauseln“ vorgesehen sind, ist strittig, ob die VOB/B als Ganzes gilt, wenn von diesen Öffnungsregelungen Gebrauch gemacht wird wie z.B. 5 Jahre Gewährleistung statt 4 Jahre Gewährleistung oder ausdrückliche Vereinbarung einer förmlichen Abnahme u.a..

## **2.) Werkvertrag; Bauvertrag; Verbraucherbauvertrag**

### **a) Bauvertrag gemäß § 650 a BGB**

Der Bauvertrag wurde bislang im BGB nicht definiert. Dies ist erstmalig in der Regelung des § 650 a BGB nunmehr geschehen.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 650 a ff. BGB, mithin der spezifischen bauvertraglichen Regelungen, hängt zukünftig davon ab, dass die Voraussetzungen des § 650 a BGB einschlägig sind.

Es existiert nunmehr eine genaue Definition des Begriffs des Bauvertrags in § 650 a BGB. Dieser umfasst die Herstellung/Wiederherstellung/Beseitigung und Umbau von Arbeiten.

Nach dem Wortlaut könnten somit auch kleinste Reparaturarbeiten zur Annahme eines Bauvertrages führen mit den sich daran anschließenden Konsequenzen. Dies ist jedoch zweifelhaft nach der Literatur. Dort wird verlangt, dass die Arbeiten zumindest

einen erheblichen Umfang ausmachen und nicht nur kleine Teile des Bauwerks betreffen, da der Gesetzgeber vor allem komplexere auf eine längere Erfüllungszeit angelegte Verträge als Bauverträge qualifizieren wollte.

In § 650 a Abs. 2 BGB ist im übrigen definiert worden, unter welchen Voraussetzungen auch Instandhaltungsmaßnahmen als Bauvertrag zu klassifizieren sind. Hierunter sollen nur solche Instandhaltungsarbeiten fallen, die für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind.

Liegt kein „Bauvertrag“ vor, gelten nur die allgemeinen werkvertraglichen Regelungen.

## **b) Verbraucherbauvertrag**

Der Verbraucherbauvertrag war bislang im Gesetz nicht geregelt. Durch die Einführung der §§ 650 i ff. BGB wollte der Gesetzgeber dem Schutzbedürfnis des Verbrauchers Rechnung tragen und hat eine Reihe von Schutzvorschriften zu Gunsten des Verbrauchers im Gesetz normiert.

Liegt ein Verbraucherbauvertrag vor, gelten spezielle Regelungen wie z.B.:

- Der Unternehmer muss den Verbraucher über Vertragsleistungen, die er erbringt, unterrichten gemäß § 650 j BGB.
- Die Angaben der vorvertraglich zur Verfügung gestellten Baubeschreibung in Bezug auf die Bauausführung werden Inhalt des Bauvertrages gemäß § 650 k BGB.
- Dem Verbraucher steht gemäß § 355 BGB ein Widerrufsrecht zu, über das sich der Unternehmer informieren muss gemäß § 650 l BGB.
- Der Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlung und die Möglichkeit zur Vereinbarung von Erfüllungssicherheiten zu Lasten des Verbrauchers ist gemäß § 650 m BGB begrenzt.
- Der Verbraucher schuldet keine Sicherheitsleistung gemäß § 650 f BGB.

- Der Unternehmer hat dem Verbraucher die Unterlagen zu übergeben, die dieser für den Nachweis gegenüber Behörden benötigt gemäß § 650 n BGB.
- Verlangt der Unternehmer Abschlagszahlungen nach § 632 a BGB, darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nicht übersteigen gemäß § 650 m Abs. 1 BGB. Diese Regelung kann im gewissen Umfange abbedungen werden aber nur in individualvertraglichen Regelungen. In allgemeinen Geschäftsbedingungen muss sich eine entsprechende Klausel an § 309 Nr. 15 BGB messen lassen.
- Gemäß § 650 m Abs. 2 BGB muss dem Verbraucher bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung geleistet werden, die gegebenenfalls noch zu erhöhen ist bei Anordnungen des Verbraucherauftraggebers. Diese Schutzvorschrift ist unter gewissen Voraussetzungen zum Nachteil des Verbrauchers abdingbar.
- Mit Fertigstellung sind dem Verbraucher-Auftraggeber öffentlich rechtlich relevante Unterlagen zu übergeben und auch bauwerksbezogene Unterlagen gemäß § 650 n BGB.

Gemäß § 650 i Abs. 3 BGB werden die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts gemäß §§ 631 ff. BGB durch die Regelungen des Verbraucherbauvertragsrechts lediglich ergänzt, sodass diese auch weiterhin anwendbar bleiben. Auch die Vorschriften über das Bauvertragsrecht gemäß §§ 650 a ff. BGB sind bei Verbraucherbauverträgen grundsätzlich anwendbar.

### **3.) Anordnungsrecht des Auftraggebers**

Bisher sah das Werkvertragsrecht des BGB – anders als in der VOB/B gemäß §§ 1 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B – kein Anordnungsrecht zu Gunsten des Auftraggebers vor.

Im neuen Bauvertragsrecht ist nunmehr erstmalig ein Anordnungsrecht für den Bauherrn verankert. Dabei wird anders als in der VOB/B nicht zwischen geänderten

und zusätzlichen Leistungen, sondern zwischen Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs und Änderungen zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs differenziert. Hierunter fallen auch zusätzliche Leistungen.

Verlangt der Auftraggeber eine Änderung, sollen die Parteien Einvernehmen über die Änderung und die in Folge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben. Das Anordnungsrecht des Auftraggebers entsteht mithin nicht unmittelbar. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, einer Anordnung zur Änderung des Werkerfolgs nachzukommen, wenn die Ausführung für ihn zumutbar ist. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Der Auftraggeber ist erst dann zur Anordnung einer Änderung berechtigt, wenn die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Auftragnehmer keine Einigung erzielen. Die Anordnung muss in Textform erfolgen. Mündliche Anordnungen sind ausgeschlossen. Erfolgt nach Ablauf von 30 Tagen eine Anordnung, muss der Auftragnehmer dieser nachkommen, sofern die Leistung nicht unzumutbar ist. Das Gesetz nimmt ausdrücklich in Kauf, dass eine Einigung über die Mehr- oder Mindervergütung ohne ein Angebot erfolgen soll, da der Auftragnehmer selbst ein Interesse daran haben wird, sein Angebot möglichst zeitnah zu legen, da es sich um eine Nebenpflicht handelt und er nur auf der Basis eines Angebots 80 % der Vergütung im Wege der Abschlagszahlung beanspruchen kann.

Die Höhe der Vergütung für den in Folge einer Anordnung des Auftraggebers vermehrten oder verminderten Aufwand bemisst sich nunmehr nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn. Damit sollen Spekulationen eingedämmt und Anreiz für eine möglichst korrekte Ausschreibung geschaffen werden. Der Auftragnehmer soll nicht an nicht auskömmliche Preise gebunden sein, aber auch keine überhöhten Preise beanspruchen dürfen. Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auch die Ansätze in einer Urkalkulation zurückgreifen.

Haben die Parteien Vorauszahlungen vereinbart oder macht der Auftragnehmer Ansprüche auf Abschlagszahlungen nach § 632 a BGB geltend, so hat der Auftragnehmer ein Wahlrecht, die volle, erbrachte geänderte Leistung anzusetzen oder auf Basis des Angebots 80 % zur Abrechnung zu bringen. Wählt der Auftragnehmer den Weg über die 80 %-Regelung, so wird die Höhe der Mehrvergütung als „richtig“ vermutet. Der Auftraggeber kann der Vermutungswirkung nur im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 650 d BGB entgegenreten. Die 80 %-Vermutung

entbindet den Auftragnehmer jedoch nicht, ein geeignetes und § 650 b Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechendes Angebot abzugeben. Tut er dies nämlich nicht, läuft der Auftragnehmer Gefahr, sich schadensersatzpflichtig zu machen; vielmehr kann der Auftraggeber im Falle der Leistungseinstellung des Auftragnehmers wegen Nichtzahlung der Abschlagsrechnung eine Kündigung aus wichtigem Grund aussprechen. Mithin sollte der Auftragnehmer unbedingt die Vorgaben des § 650 c Abs. 1 und 2 BGB einhalten.

§ 650 d BGB gibt den Parteien durch eine Erleichterung der Glaubhaftmachung die Möglichkeit, Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß § 650 b BGB einerseits oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650 c BGB im einstweiligen Verfahren vorläufig gerichtlich klären zu lassen. Besteht die Befürchtung, dass die Gegenseite einen Antrag auf eine einstweilige Verfügung stellen wird, kann sich der potentielle Antragsgegner mit einer sogenannten Schutzschrift gegen deren Erlass ohne Anhörung schützen.

Der Auftragnehmer sollte genau überlegen, ob ein Leistungsantrag gegebenenfalls auf Basis der 80 %-Vergütung Erfolg verspricht, da dieser einen positiven Saldo aus den bis dahin gestellten Abschlagsrechnungen erfordert und nicht, dass 80 % eines Angebots geltend gemacht werden. Vielmehr muss ein Abrechnungssaldo dargelegt werden, gegen das der Auftraggeber z.B. Zurückbehaltungsrechte geltend machen kann.

#### **4.) Prüfbare Schlussrechnung beim BGB-Bauvertrag**

Nach dem bisherigen BGB-Werkvertragsrecht war die Fälligkeit der Vergütung allein von der Abnahme des Werks abhängig anders als beim VOB-Vertrag und einem Architektenvertrag, bei denen stets auch die Stellung einer prüffähigen Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung war neben der Abnahme und ist.

Mithin begann auch unabhängig von der Vorlage einer Schlussrechnung beim BGB-Vertrag nach altem Recht die 3-jährige Verjährungsfrist bezüglich der Werklohnforderung mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden war bezogen auf die Abnahme zu laufen.



Gemäß § 650 g Abs. 4 BGB wird nunmehr in das neue Bauvertragsrecht der Gedanke der VOB- und Architektenverträge übernommen.

Fälligkeitsvoraussetzung ist mithin nunmehr, dass nicht nur eine Abnahme erfolgt, sondern auch eine prüffähige Schlussrechnung vorgelegt wird durch den Auftragnehmer.

## **5.) Kündigung aus wichtigem Grund**

Eine Kündigung aus wichtigem Grund war bisher im Werkvertragsrecht nicht geregelt worden. Die Rechtsprechung hatte jedoch auch bisher schon solche Kündigungen zugelassen.

Gemäß § 648 a Abs. 1 BGB gilt nunmehr, dass unter den dortigen Voraussetzungen eine Kündigung aus wichtigem Grund erfolgen kann.

Gemäß § 648 a Abs. 2 BGB ist auch eine Teilkündigung möglich, sofern sie sich auf einen abgrenzbaren Teil des geschuldeten Werks bezieht.

Nach der Kündigung kann jede Partei von der anderen Partei verlangen, dass eine Feststellung des Ist-Zustands erwirkt wird gemäß § 648 a Abs. 4 BGB. Sofern eine Kündigung aus wichtigem Grund erfolgt ist, ist der Auftragnehmer nur berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt gemäß § 648 a Abs. 5 und 6 BGB.

Die Kündigung ist schriftlich zu erklären gemäß § 650 h BGB.

Die Kündigung sollte jedoch nur das allerletzte Mittel für Auftraggeber und/oder Auftragnehmer sein, da die Risiken für beide Parteien extrem hoch sind.

Liegt nämlich kein wichtiger Grund zur Kündigung vor, liegt nur eine sogenannte ordentliche Kündigung vor, die für den Auftraggeber zwar zulässig ist, jedoch mit erheblichen Risiken im Hinblick auf die Vergütung zu Gunsten des Auftragnehmers verbunden ist. Der Auftragnehmer darf grundsätzlich nicht ordentlich kündigen das heißt ohne wichtigen Grund.

## 6.) Abnahmefiktion

Gemäß § 640 Abs. 2 BGB kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach Fertigstellung eine angemessene Frist z.B. von 12 Werktagen zur Abnahme setzen.

Fertiggestellt ist das Werk, wenn die Leistungen erbracht sind und im Wesentlichen als fertig angesehen werden kann.

Der Auftraggeber kann die Abnahme unter Angabe zumindest eines Mangels verweigern, anderenfalls gilt das Werk als abgenommen. Dadurch soll eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme ausgeschlossen werden. Allerdings ist die Angabe eines Mangelsymptoms ausreichend. Es ist insbesondere unerheblich, ob es sich um einen wesentlichen oder unwesentlichen Mangel handelt.

Reagiert der Auftraggeber nicht auf das Abnahmeverlangen oder verweigert er dieses, ohne ein Mangelsymptom anzuzeigen, so liegt hierin eine Abnahme, selbst wenn wesentliche Mängel noch vorhanden sind.

Ist der Auftraggeber jedoch Verbraucher, muss er von dem Auftragnehmer in der Aufforderung zur Abgabe auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängel verweigerten Abnahme ausdrücklich hingewiesen werden und zwar dies nachweisbar.

Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe eines Mangels, so kann der Auftragnehmer eine gemeinsame Zustandsfeststellung verlangen. In dieser Zustandsfeststellung sollte protokolliert werden, welche Leistungen überprüft wurden und in welchem Zustand sie sich befunden haben. Ist eine Vertragspartei mit dem Inhalt der Zustandsfeststellung nicht einverstanden, sollte ein entsprechender Vermerk in das Protokoll aufgenommen werden.

Bleibt der Auftraggeber einem vereinbarten oder bestimmten Tag der Zustandsfeststellung fern, so kann die Zustandsfeststellung auch einseitig erfolgen.

## 7.) **Neue gesetzliche Regelungen für Architekten und Ingenieure**

Architekten- und Ingenieurverträge wurden zwar vom Bundesgerichtshof bislang schon als Werkverträge qualifiziert; ein gesondertes, eigenes gesetzliches Architekten- und Ingenieurvertragsrecht existierte jedoch bisher nicht. Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) betrifft nur das sogenannte Preisrecht, jedoch nicht die vertraglichen Regelungen.

In den §§ 650 p ff. BGB, wurde nunmehr erstmals ein eigenes Architekten- und Ingenieurvertragsrecht geschaffen. Auf dieses Werkvertragsrecht sind die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts anwendbar und spezielle Regelungen gesondert zu berücksichtigen.

Leistungsziel und Leistungsumfang sollten daher im Vertrag von Architekten und Ingenieure nunmehr präzise geregelt werden.

Exemplarisch gibt es eine sogenannte Zielfindungsphase, wonach Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung dem Bauherrn vorzulegen sind. Erteilt der Auftraggeber seine Zustimmung, wird der vom Planer geschuldete Erfolg durch die Kosteneinschätzung bestimmt. Das planende Bauwerk wird mithin konkretisiert. An diese Entscheidung ist der Auftraggeber gebunden.

Die Regelung der Zielfindungsphase ist mit einem Kündigungsrecht verbunden gemäß § 650 r BGB.

Bei der Kosteneinschätzung muss der Planer beachten, dass er nur einen Kostenrahmen angibt und darauf hinweisen, dass die Kosteneinschätzung zwangsläufig vorläufig ist, da er ansonsten Gefahr läuft, dass der von ihm genannte Betrag als vertraglich vereinbarte Kostenobergrenze eingeordnet und er im Falle der Kostenüberschreitung sich schadensersatzpflichtig macht.

Nach der Zielfindungsphase hat der Besteller ein Sonderkündigungsrecht, woran sich eine Abrechnung zu Gunsten des Architekten anschließt gemäß § 650 r Abs. 3 BGB.

Weiterhin kann eine Abnahme bereits nach der Leistungsphase 8 der HOAI verlangt werden also nach der Bauüberwachung.

Liegen Überwachungs- und Ausführungsfehler vor, muss sich der Auftraggeber zunächst an den Bauunternehmer halten gemäß § 650 p BGB. Hierfür reicht jedoch eine Mängelanzeige.

Planungsfehler sind nach wie vor haftungsmindernd zu berücksichtigen.

## **8.) Baurägervertrag gemäß § 650 f. BGB**

Bisher war der Baurägervertrag im Wesentlichen durch die Rechtsprechung geregelt worden.

Nunmehr gibt es eine gesetzliche Grundlage in §§ 650 u ff. BGB. Dort wird auf verschiedene Regelungen verwiesen, die auch für den Bauräger gelten. Allerdings wird allgemein die Neuregelung des Baurägerrechts als verfehlt angesehen, weil wesentliche Gesichtspunkte wie die Nachzüglerproblematik u.a. nicht geklärt worden sind.

## **9.) Bauhandwerkersicherheit**

Das sehr scharfe Schwert zu Gunsten der Auftragnehmer gegenüber Auftraggebern im Hinblick auf die Bauhandwerkersicherung gemäß § 648 a BGB (alte Fassung) wurde erweitert.

Nach wie vor stellt die Bauhandwerkersicherung für den Auftragnehmer das stärkste und effektivste Druckmittel gegenüber dem Auftraggeber dar, wenn dieser keine Zahlungen leistet oder Mängel behauptet u.a..

Zu berücksichtigen ist, dass grundsätzlich Streitfälle den Auftragnehmer nicht berechtigen, z.B. die Arbeiten einzustellen. In der VOB/B ist dies in § 18 Abs. 5 VOB/B ausdrücklich geregelt, gilt jedoch auch für BGB-Werkverträge.

Ein Recht zur Arbeitseinstellung besteht grundsätzlich nur

- bei konkreter Gefahr für Leib und Leben,
- sofern ein berechtigter Nachtrag grundlos abgelehnt wird,

- sofern eine fällige Zahlung trotz Fristsetzung nicht geleistet wird oder aber
- in den Fällen, in denen eine Bauhandwerkersicherung verlangt, jedoch vom Auftraggeber nicht gestellt wurde.

Dabei ist zu berücksichtigen bereits nach der alten Rechtslage, dass Einwendungen grundsätzlich unerheblich sind, mithin der Auftraggeber nicht damit gehört wird, dass z.B. Mängel vorliegen oder Forderungen nicht fällig sind.

Leistet der Auftraggeber die Bauhandwerkersicherung nicht innerhalb der Frist von z.B. 7 bis 10 Tagen, kann der Auftragnehmer die Arbeiten

- sofort einstellen,
- den Vertrag kündigen und
- die Sicherheit auch einklagen.

Dies alles galt bisher schon über den § 648 a BGB (alte Fassung).

Ein Anspruch auf Gestellung einer Bauhandwerkersicherung wurde nach altem Recht nur als unzulässig angesehen, wenn es sich bei dem Auftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber gehandelt hat oder aber bei Einfamilienhäusern mit oder ohne Einliegerwohnung.

Gemäß § 650 f. Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB wird nunmehr klargestellt, dass von Verbrauchern eine entsprechende Bauhandwerkersicherung nicht per Gesetz verlangt werden kann, allerdings nur dann, wenn ein echter Verbraucherbauvertrag gemäß § 650 i BGB oder ein Bauträgervertrag gemäß § 650 u BGB vorhanden ist. Der Ausschluss des gesetzlichen Sicherungsrechts des Auftragnehmers in Verträgen mit Verbrauchern ist also keineswegs mehr wie bisher für Einfamilienhäuser oder andere ähnliche Bauvorhaben beschränkt, sondern knüpft nur noch daran an, ob ein Verbraucherbauvertrag oder ein Bauträgervertrag vorliegt. Demgemäß können Auftragnehmer als Vertragspartner von Verbrauchern nunmehr anders als nach der alten Rechtslage per Gesetz auch ohne vertragliche Vereinbarung die Sicherheit gemäß § 650 f BGB verlangen, wenn die Verträge mit dem Verbraucher eben kein Verbraucherbauvertrag oder kein Bauträgervertrag sind. Dies betrifft insbesondere Verträge über Baumaßnahmen, die keine Neubauten oder Umbauten im erheblichen Umfang betreffen oder auch bei Verträgen über Abbrucharbeiten und Außenanlagen, sodass eine erhebliche Haftungserweiterung für Auftraggeber, umgekehrt eine

erhebliche Verbesserung zur Anforderung einer Bauhandwerkersicherheit für Auftragnehmer durch die Neuregelung erfolgt ist.

## **10.) Kaufrechtliche Regelungen**

Nach dem neuen Bauvertragsrecht muss der Verkäufer auch bei Vorliegen eines Mangels an der Kaufsache die Aus- und Einbaukosten ersetzen und nicht nur wie bisher die reinen Materialkosten gemäß § 439 Abs. 3 BGB.

Im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist zu berücksichtigen, dass der Käufer seiner Prüf- und Rügepflicht gemäß § 377 HGB nachkommen muss. Mithin muss das Material sofort bei Anlieferung auf Mängel hin überprüft und im Zweifel gerügt werden innerhalb von ca. 2 bis maximal 3 Tagen, weil anderenfalls die Leistung als genehmigt gilt.

Ein Ausschluss des § 439 Abs. 3 BGB zu Gunsten des Verkäufers in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist sowohl gegenüber einem Verbraucher, als auch gegenüber einem Unternehmer unzulässig.

Nach der Neuregelung des § 445 a Abs. 3 BGB können auch bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern Regressansprüche weitergegeben werden in der „Lieferkette“.

Danach sind weiterhin erfolglose Fristsetzungen als Voraussetzung für Schadensersatz, Rücktritt oder Minderung innerhalb der Lieferkette entbehrlich, sofern der Schuldner Unternehmer ist und der jeweilige Gläubiger die Sache von seinem Abnehmer zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat. Verlangt der Verkäufer von seinem Lieferanten jedoch die Nachbesserung der Sache, muss er ihm weiterhin eine Frist zur Nachbesserung setzen.

Die Ersatzansprüche verjähren weiterhin gemäß § 445 a Abs. 1 BGB in zwei Jahren.