

## FACHINFORMATION 03/2017

Stand 12/2017

### Neues Bauvertragsrecht und Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung

Am 28.04.2017 wurde das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung veröffentlicht. Mit diesem Gesetz werden einschlägige Regelungen des Werk- und Kaufvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geändert und erweitert. Dieses Gesetz wird zum 01.01.2018 in Kraft treten und gilt für alle ab diesem Zeitpunkt geschlossenen Verträge. Für Verträge, die bis zum 31.12.2017 geschlossen werden, gilt das aktuell noch gültige Kauf- und Werkvertragsrecht, auch wenn diese Verträge erst nach diesem Zeitpunkt abgewickelt werden.

Nachfolgend werden die wesentlichen Inhalte dieses Gesetzes erläutert:

#### 1. Neuregelungen des Bauvertragsrechts

Das im BGB geregelte Werkvertragsrecht ist im Hinblick auf die vielen möglichen Vertragsgegenstände sehr allgemein gehalten. Die Regelungen des Werkvertrages stellten bisher auf den kurzfristigen Austausch von Leistung und Gegenleistung ab und nicht auf die Durchführung eines längerfristigen und komplexen Bauvorhabens. Wichtige Fragen des Bauvertragsrechts wurden der Gestaltung der Vertragsinhalte durch die Parteien und der Rechtsprechung überlassen. Dadurch wurde eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Abwicklung von Bauverträgen erschwert. Schließlich enthielt das BGB-Werkvertragsrecht keine Verbraucherschutzvorschriften.

Im Rahmen der Bauvertragsrechtsreform wurden daher vier neue Vertragsarten in das Werkvertragsrecht des BGB integriert, deren besondere Regelungen für mehr Rechtssicherheit und Klarheit sorgen sollen. Es handelt sich dabei um folgende Verträge:

- Bauvertrag
- Verbraucherbauvertrag (Bauverträge mit Verbrauchern)
- Architekten- und Ingenieurvertrag und
- Baurägervertrag.

Zur Verdeutlichung die nachfolgende Übersicht zur **Gliederung des Buches 2, Abschnitt 8, Titel 9 des BGB „Werkvertrag und ähnliche Verträge“** vor und nach der Bauvertragsrechtsreform

Stand bis 31.12.2017	Stand ab 01.01.2018
BGB, Buch 2, Abschnitt 8, Titel 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträge“	BGB, Buch 2, Abschnitt 8, Titel 9 „Werkvertrag und ähnliche Verträge“
Untertitel 1 „Werkvertrag“	Untertitel 1 „Werkvertrag“
	Kapitel 1 „Allgemeine Vorschriften“
	Kapitel 2 „Bauvertrag“
	Kapitel 3 „Verbraucherbauvertrag“
	Kapitel 4 „Unabdingbarkeit“
	Untertitel 2 „Architektenvertrag und Ingenieurvertrag“
	Untertitel 3 „Bau trägervertrag“
Untertitel 2 „Reisevertrag“	Untertitel 4 „Reisevertrag“

Die **wichtigsten** durch die Bauvertragsrechtsreform bedingten **Änderungen** des Werkvertragsrechts bzw. **Neuregelungen** des BGB sind:

### 1.1 Änderungen der bestehenden Werkvertragsvorschriften §§ 631 bis 650 BGB

#### Abschlagszahlungen - § 632 a BGB

Bisher konnte der Auftragnehmer Abschlagszahlungen in Höhe des durch die erbrachten Leistungen beim Auftraggeber entstandenen Wertzuwachses verlangen. Dies führte zu Problemen in Fällen, in denen ausgeführte Teilleistungen im Hinblick auf deren Inhalt und die Art des Werkes für den Auftraggeber vor der Beendigung wertlos waren.

Künftig kann der Auftragnehmer von dem Auftraggeber eine Abschlagszahlung in Höhe des **Wertes** der von ihm **erbrachten vertragsmäßigen Leistungen** verlangen. Entfallen ist damit das Kriterium „Wertzuwachs im Vermögen des Auftraggebers“.

Sind die Leistungen nicht vertragsgemäß, dann kann der Auftraggeber die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Entfallen ist damit die bisherige Unterscheidung zwischen „wesentlichen und unwesentlichen Mängeln“, wonach die Abschlagszahlung nur wegen wesentlicher Mängel verweigert werden durfte, nicht dagegen beim Vorliegen unwesentlicher Mängel.

#### Änderungen bei der Abnahme – neuer Absatz 2 des § 640 BGB

Im BGB wird gemäß dem neuen § 640 Abs. 2 BGB auch die **fiktive Abnahme** geregelt. Danach gilt ein Werk (auch ein Bauwerk) auch dann als abgenommen, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach Fertigstellung eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Auftraggeber die Abnahme innerhalb dieser Frist **nicht** verweigert hat. Wenn der Auftraggeber die Abnahme wirksam verweigern will, muss er innerhalb der gesetzten Frist mindestens einen konkreten Mangel rügen. Andernfalls gilt das Werk als abgenommen.

**Wichtig:** Diese Form der Abnahme tritt in Bezug auf einen Verbraucher nur dann ein, wenn er vom Auftragnehmer mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer – unter Angabe von Mängeln – verweigerten Abnahme hingewiesen wurde. Der Hinweis muss zumindest in Textform erfolgen (z.B. Fax; E-Mail; Brief).

## Kündigung aus wichtigem Grund - § 648 a BGB

Die Kündigung aus wichtigem Grund war bisher nur aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung möglich. Nunmehr ist sie im Rahmen des allgemeinen Werkvertragsrechts ausdrücklich geregelt worden. Danach kann sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer den Werkvertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist kündigen. Für die Kündigung von Bauverträgen gilt gemäß § 650 h BGB die Schriftform.

Nach altem Recht war eine Teilkündigung nur für in sich abgeschlossene Leistungen möglich. Das Werkvertragsrecht regelt jetzt explizit das Recht der Vertragsparteien zur Teilkündigung bei abgrenzbaren Teilleistungen

Eingeführt wird die Möglichkeit für die Vertragsparteien, eine **gemeinsame Feststellung des Standes/Zustandes der Leistungen zum Zeitpunkt der Kündigung** einzufordern. Neu ist in diesem Zusammenhang eine Beweislastregelung zu Lasten derjenigen Partei, die bei der Zustandsfeststellung nicht mitwirkt.

**Tip:** Unklar ist jedoch leider, welche Anforderungen an die einseitige Zustandsfeststellung zu stellen sind. Es empfiehlt sich eine möglichst exakte Dokumentation, ggf. auch unter Hinzuziehung eines Sachverständigen.

### Abrechnung des aus wichtigem Grund gekündigten Vertrages:

Bei der Kündigung aus wichtigem Grund erhält der Auftragnehmer nur die erbrachten Leistungen vergütet.

Werklohn für nicht erbrachte Leistungen kann nur als Schadenersatz über § 280 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden; eine Abrechnung über § 648 S. 2 BGB n.F., wonach bei Kündigung des Auftraggebers der Auftragnehmer berechtigt ist, die vereinbarte Vergütung - abzüglich z.B. ersparter Aufwendungen - zu verlangen, ist nicht möglich.

## 1.2 Neuregelung des Bauvertrages - §§ 650 a bis 650 h BGB

Für Bauverträge gelten ergänzend zu den Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 631 – 650 BGB) die §§ 650 a bis 650 h BGB. Der **Begriff des Bauvertrages** wird erstmalig als ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon **definiert**.

Als Bauwerk gilt in diesem Zusammenhang eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache.

Die wichtigsten neuen Regelungen, die speziell für Bauverträge geschaffen wurden, sind:

### **Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Auftraggebers - § 650 b BGB**

Neu geregelt wird, wie mit Änderungswünschen des Auftraggebers nach Abschluss des Werkvertrages umzugehen ist.

Eine Änderung liegt vor,

- Wenn der Auftraggeber z. B. nachträglich neue Nutzungsoptionen eines Bauwerks ermöglicht haben möchte (z.B. zusätzliche Innenwand wird gewünscht) oder
- Wenn z.B. die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Auftraggebers fehlerhaft war und infolge dessen eine Leistung anders ausgeführt werden muss, um ein mangelfreies Werk herzustellen.

Wünscht der Auftraggeber eine Änderung bezüglich des vereinbarten Bauwerkes, ist zwischen den Parteien innerhalb von 30 Tagen nach dem Zugang des Änderungsbegehrens beim Auftragnehmer eine Einigung über die Änderung und über die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anzustreben.

Wenn innerhalb der benannten Frist keine Einigung erzielt wird, kann der Auftraggeber die Änderung anordnen. Die Änderungsanordnung muss in Textform erfolgen (z. B. Fax; E-Mail, Brief). Der Auftragnehmer muss der Anordnung nachkommen.

Bezieht sich die Anordnung auf die Änderung des Werkerfolges (gewünscht werden z. B. neue bis dahin nicht vorgesehene Nutzungsoptionen hinsichtlich des Bauwerkes), muss der Auftragnehmer ihr nur dann nachkommen, wenn die Ausführung für ihn zumutbar ist.

### **Vergütungsanpassung bei Anordnungen des Auftraggebers nach § 650 b Abs. 2 BGB - § 650 c BGB**

§ 650 c BGB regelt die Grundsätze für die Berechnung der zusätzlichen Vergütung bei Anordnungen des Auftraggebers gemäß § 650 b Abs. 2 BGB. Der Auftragnehmer kann für die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendigen Änderungen nur dann eine Vergütung für vermehrten Aufwand verlangen, wenn er das Bauvorhaben nicht geplant hat; wer plant, der trägt auch das Risiko einer unvollständigen oder fehlerhaften Planung.

Neu aufgenommen wurde, dass Mehr- oder Minderleistungen infolge der Anordnung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten, mit Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet werden können.

Alternativ kann der Auftragnehmer für die Berechnung der Nachtragsvergütung auf seine ursprünglichen Einheitspreise bzw. die Ansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen.

Der Auftragnehmer kann für jeden einzelnen Nachtrag entscheiden, ob er den Nachtrag auf Basis der tatsächlichen Kosten oder der Ursprungskalkulation stellt. Innerhalb eines Nachtrages ist er aber dazu verpflichtet, die einmal gewählte Berechnungsmethodik beizubehalten.

Muss der Auftragnehmer für die Umsetzung der Änderungsordnung Planungsleistungen erbringen, erhält er auch für diese Leistungen eine gesonderte Vergütung.

Bei Streit über die Höhe der Nachtragsvergütung kann der Auftragnehmer, vorbehaltlich einer anderslautenden gerichtlichen Entscheidung, 80% der von ihm angebotenen Nachtragsvergütung als Abschlagszahlung fordern.

### **Einstweilige Verfügung - § 650 d BGB**

Eingeführt wird im Zuge der Reform der erleichterte Zugang der Parteien eines Bauvertrages zum Einstweiligen Verfügungsverfahren zur schnellen Klärung streitiger Fragen zum Anordnungsrecht und zur Höhe der Nachtragsvergütung nach Beginn der Bauarbeiten.

### **Sicherungshypothek des Bauunternehmers - § 650 e BGB**

Das Institut der Bauhandwerkersicherungshypothek gilt nunmehr explizit für alle Bauverträge im Sinne des neuen § 650a BGB, d.h. auch für Arbeiten, die z.B. eine Außenanlage betreffen, und ist auch für Forderungen von Architekten und Ingenieuren anwendbar (siehe neuer § 650 g BGB).

### **Bauhandwerkersicherung - § 650 f BGB**

Die Vorschriften über die Bauhandwerkersicherung bleiben im Wesentlichen unverändert. Neu geregelt wird, dass eine Bauhandwerkersicherung nicht von einem Verbraucher gefordert werden kann, mit dem der Auftragnehmer einen Verbraucherbauvertrag (siehe unten §§ 650 i bis 650 o BGB) abgeschlossen hat.

**TIPP:** Die VHV bietet mit der Kautionsversicherung die Bauhandwerkersicherung auch in der Form einer Bürgschaft

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

Die Vorschrift verbessert die Beweisführung für die Verantwortlichkeit für Mängel/Schäden an einer Werkleistung des Auftragnehmers nach Verweigerung der Abnahme.

Verweigert der Auftraggeber die Abnahme unter Angabe von Mängeln, dann hat er auf Verlangen des Auftragnehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustandes des Werkes mitzuwirken. Die Ergebnisse dieser Feststellung sind in einem Protokoll festzuhalten, das mit dem Ausfertigungsdatum zu versehen und von beiden Parteien zu unterzeichnen ist.

Bleibt der Auftraggeber einem vereinbarten bzw. von dem Auftragnehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung unentschuldigt fern, kann der Auftragnehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Der Auftragnehmer hat hiervon ein Protokoll anzufertigen, das mit dem Ausfertigungsdatum versehen und von dem Auftragnehmer unterschrieben dem Auftraggeber zu übermitteln ist. Es empfiehlt sich, die einseitige Zustandsfeststellung mit einem Sachverständigen durchzuführen und ausführlich zu dokumentieren.

Sind in der Zustandsfeststellung offenkundige später festgestellte Mängel nicht aufgeführt, so wird vermutet, dass diese Mängel erst nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Auftraggeber zu vertreten sind, so dass der Auftragnehmer für diese Mängel nicht haftet.

**Wichtig:** Die einseitige Zustandsfeststellung ist dem Auftraggeber in Schriftform, d. h. eigenhändig unterzeichnet durch Namensunterschrift, zu übergeben.

Nach der alten Rechtslage war der Werklohnanspruch des Auftragnehmers bereits nach Abnahme seiner Leistungen fällig. Mit diesem Datum begann auch die Verjährungsfrist.

Im Zuge der Reform stellt der Gesetzgeber erstmals gesonderte Fälligkeitsvoraussetzungen für die Vergütung und die Prüffähigkeit der Schlussrechnung des Auftragnehmers auf.

Danach ist die **Vergütung fällig**, wenn:

- die Abnahme – tatsächlich oder fiktiv - erfolgt ist und
- der Auftragnehmer eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat oder jedenfalls der Auftraggeber binnen 30 Tagen keine begründeten Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der Schlussrechnung erhoben hat.

Die **Verjährung des Werklohnanspruchs** beginnt nunmehr erst mit Zugang der prüffähigen Schlussrechnung beim Auftraggeber. Gleiches gilt, wenn nicht innerhalb von 30 Tagen ab Zugang durch den Auftraggeber begründete Einwendungen gegen die Prüffähigkeit erhoben werden.

## Schriftform für die Kündigung des Bauvertrages - § 650 h BGB

Für die Kündigung des Bauvertrages ist ab dem 01.01.2018 die Schriftform vorgeschrieben. Zuvor konnte die ordentliche (fristgemäße) Kündigung des Bauvertrages formfrei, d. h. auch mündlich erfolgen.

### 1.3 Neuregelung des Verbraucherbauvertrages §§ 650 i bis 650 o BGB

Der Gesetzgeber führt zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Bauverträgen den Vertragstypus des „Verbraucherbauvertrages“ ein.

Verbraucherbauverträge sind Verträge, durch die der Auftragnehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

Verträge zur Errichtung von Anbauten – z. B. einer Garage oder eines Wintergartens – sowie zur Renovierung von Gebäuden, ohne dass es sich dabei um erhebliche Umbauarbeiten handelt, sind dagegen keine Verbraucherbauverträge.

Für Verbraucherbauverträge gelten ergänzend zu den Regelungen über die Werk- und Bauverträge des BGB die Neuregelungen gemäß §§ 650 i bis 650 o BGB.

Die **wichtigsten** dieser **Neuregelungen** sind:

- a) Für Verbraucherbauverträge gilt die **Textform** (§ 650 i Abs. 2 BGB).
- b) Der Auftragnehmer hat dem Verbraucher vor Vertragsabschluss eine **ausführliche Baubeschreibung** (§ 650 j BGB) in Textform zur Verfügung zu stellen, in der die **wesentlichen Eigenschaften des zu errichtenden Bauwerkes** enthalten sind, wie
  - allgemeine Beschreibung des Gebäudes (Haustyp, Bauweise),
  - Art und Umfang der angebotenen Leistung (Planung, Bauleitung, Arbeiten am Grundstück, Baustelleneinrichtung, Ausbaustufe),
  - Gebäudedaten, Pläne mit Raum- und Flächenangaben
  - sowie Ansichten, Grundrisse und Schnitte,
  - ggf. Angaben zum Energie-, Brandschutz- und Schallschutzstandard sowie zur Bauphysik,
  - Angaben zur Beschreibung der Baukonstruktion aller Wesentlichen Gewerke,
  - ggf. Beschreibung des Innenausbaus,
  - ggf. Beschreibung gebäudetechnischer Anlagen,
  - ggf. Angaben zu sonstigen Qualitätsmerkmalen des Gebäudes oder Umbaus,
  - ggf. Beschreibung der Sanitärobjekte, Armaturen, der Elektroanlage, der Installationen, der Informationstechnologie und der Außenanlagen

Dies gilt nicht, wenn der Verbraucher selbst oder ein von ihm Bevollmächtigter die Planungsvorgaben macht.

Die Baubeschreibung muss vor Abschluss des Vertrages übergeben werden und Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks bzw. zur Dauer der Bauausführung beinhalten.

Die Angaben der Baubeschreibung werden – wenn nichts Abweichendes vereinbart wird – Inhalt des späteren Bauvertrages (§§ 650 j und 650 k BGB). Zweifel bei der Auslegung des Vertrages gehen zu Lasten des Auftragnehmers.

- c) Der Verbraucherbauvertrag muss **verbindliche Angaben über den Zeitpunkt der Fertigstellung** der Bauleistungen **oder zur Dauer der Bauausführung** enthalten.
- d) Eingeführt wird das **Recht des Verbrauchers zum Widerruf** von Verbraucherbauverträgen. Der Verbraucher kann den Verbraucherbauvertrag innerhalb einer Frist von 14 Tagen widerrufen. Dies gilt nicht bei Verbraucherbauverträgen, die notariell beurkundet wurden.

Der Auftragnehmer muss den Verbraucher über das **Widerrufsrecht belehren** (§ 650 i i. V. m. § 355 BGB). Die Widerrufsfrist beginnt mit dem Zugang der Belehrung beim Verbraucher in Textform (siehe § 355 Abs. 2 BGB).

Fehlt es an einer ordnungsgemäßen Belehrung, erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Abschluss des Werkvertrages.

**Hinweis:** Das Muster einer Widerrufsbelehrung befindet sich im Anschluss an diese Fachinformation.

Macht der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht gebraucht, schuldet er dem Auftragnehmer lediglich Wertersatz für dessen bis zum Widerruf erbrachten Leistungen.

- e) Verlangt der Auftragnehmer **Abschlagszahlungen**, so dürfen diese 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung (einschließlich aller Nachträge) nicht überschreiten (§ 650 m BGB).
- f) Zur **Absicherung des Verbrauchers** (siehe § 650 m BGB) muss der Auftragnehmer eine Sicherheit in Höhe von 5 % der vereinbarten Vergütung leisten.

Die Sicherheitsleistung kann erfolgen durch entsprechenden Abzug von der 1. Abschlagszahlung oder Stellung einer Garantie oder Bankbürgschaft oder vergleichbarem.

Erhöht sich die Gesamtvergütung durch Nachträge (z.B. infolge einer Anordnung des Verbrauchers) um mehr als 10 %, darf der Verbraucher hiervon weitere 5 % einbehalten.

**TIPP:** Die VHV bietet mit der Kautionsversicherung die Bauhandwerkersicherung auch in der Form einer Bürgschaft

Dem Auftragnehmer ist es untersagt, mit dem Verbraucher durch eine Vereinbarung zu Abschlagszahlungen eine Übersicherung zu seinen Gunsten um mehr als 20 % zu erreichen.

- g) Erstmals formuliert der Gesetzgeber explizit einen **Hausausgabeanspruch von Bauunterlagen** (z.B. Planungsunterlagen; Revisionspläne; Betriebsanleitungen) zu Gunsten des Auftraggebers, der Verbraucher ist (§ 650 n BGB).

Der Auftragnehmer muss dem Verbraucher diejenigen Unterlagen erstellen und herausgeben, die er benötigt, um vor Beginn der Bauarbeiten gegenüber Behörden (z.B. Bauamt) oder Dritten (z.B. Banken) geforderte Nachweise zu erbringen (z.B. Nachweis der Einhaltung des Bauordnungsrechts; Nachweise zur Erlangung von KfW Mitteln).

Diese Pflicht gilt für den Auftragnehmer spiegelbildlich für solche Unterlagen, die spätestens mit der Fertigstellung des Werks vom Verbraucher zur Nachweisführung benötigt werden, dass tatsächlich entsprechend den geforderten Vorgaben ausgeführt wurde

- h) Unwirksamkeit von Vereinbarungen in Verbraucherbauverträgen, die von gesetzlichen Regelungen zum Nachteil der Verbraucher abweichen - § 650 o BGB**

Bei Verbraucherbauverträgen darf von den nachfolgenden Vorschriften nicht zum Nachteil des Verbrauchers – z.B. durch anders lautende vertragliche Vereinbarungen oder AGB - abgewichen werden:

- § 640 Abs. 2 S. 2 BGB (fiktive Abnahme),
- §§ 650i bis 650l BGB (Regelungen über den Verbraucherbaupertrag, die Baubeschreibung, die vorgeschriebenen Inhalte des Verbraucherbaupertrages und das Widerrufsrecht),
- § 650n BGB (Erstellung und Herausgabe von Unterlagen).

#### 1.4 Neuregelung des Architekten- und Ingenieurvertrages §§ 650 p – 650 t BGB

Der Architekten- und Ingenieurvertrag wird **erstmalig** als **eigener Vertragstyp** gesetzlich geregelt. Detaillierte Informationen über die neuen Regelungen zu diesem Vertragstypus können der Fachinformation 04/2017 entnommen werden.

## 1.5 Neuregelung des Bauträgervertrages §§ 650 u – 650 v BGB

Auch der **Bauträgervertrag** wird **erstmalig als eigenständiger Vertragstyp geregelt** und als „Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Auftragnehmers enthält, dem Auftraggeber das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen/übertragen“ definiert.

Auf die Grundstücksübertragung sollen dabei die Vorschriften über den Kaufvertrag, auf die Errichtungs- und Umbaupflichten die Regelungen zum Werkvertrag und eingeschränkt zum Bauvertrag Anwendung finden.

Der Anspruch des Bauträgers auf **Abschlagszahlungen** richtet sich – wie bisher – nach den Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung/MaBV (siehe Hinweis auf Art. 244 Einführungsgesetz zum BGB in § 650 v BGB).

## 2. Änderungen der kaufrechtlichen Mängelhaftung

### 2.1 „Gewerblicher“ Kaufvertrag (B2B) zwischen Kaufleuten/Gewerbebetreibenden

Im sog. Parkettstäbeurteil vom 15.07.2008 hat der Bundesgerichtshof (BGH) festgestellt, dass der Verkäufer / Lieferant von mangelhaften Sachen gemäß § 439 BGB nur die Neulieferung mangelfreier Sachen schuldet. Die durch den Mangel bedingten zusätzlichen Aus- und Einbaukosten muss er dagegen nicht tragen, wenn ihn hinsichtlich der Mängel kein Verschulden trifft. Dies ist z. B. dann gegeben, wenn der Mangel für den Verkäufer/Lieferanten nicht erkennbar war.

In Anbetracht dieser bis zum 31.12.2017 gültigen Rechtslage muss z. B. der Bauhandwerker (Käufer), der bei seinem Auftraggeber zugekaufte mangelhafte Sachen/Erzeugnisse eingebaut hat, die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Sachen regelmäßig selbst tragen (siehe hierzu die Fachinformation 3/2012 und die Interne Mitteilung 9/2011).

#### 2.1.1 Durch den Mangel bedingte zusätzliche Aus- und Einbaukosten trägt ab dem 01.01.2018 der Verkäufer - § 439 Abs. 3 BGB

Die oben beschriebene, für den Bauhandwerker sehr ungünstige Haftungssituation ist durch die Änderung des § 439 BGB behoben worden. Gemäß dem **neuen ab dem 01.01.2018 geltenden § 439 Abs. 3 BGB** ist der Verkäufer einer mangelhaften Sache – und nicht mehr der diese Sache einbauende Handwerker – verschuldensunabhängig verpflichtet, die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu tragen.

Gemäß § 439 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 442 Abs. 1 BGB kann der Käufer seine Ersatzansprüche gegen den Verkäufer wegen Mängel eingebauter Sachen dann nicht geltend machen, wenn er zum Zeitpunkt des Einbaus den Mangel kannte.

#### 2.1.2 Bei einer Lieferkette kann der vom Käufer in Anspruch genommene Verkäufer einer mangelhaften Sache gegen seinen Lieferanten Rückgriff nehmen - § 445 a BGB.

Gesetzlich geregelt wurde ferner der Rückgriff des Verkäufers einer mangelhaften Sache gegen den Lieferanten dieser Sachen bei einer Lieferkette (siehe § 445 a BGB). Danach kann der Verkäufer einer mangelhaften Sache von seinem Lieferanten den Ersatz von Aufwendungen bekommen, die er gemäß § 439 Abs. 2 und 3 BGB im Verhältnis zum Käufer dieser mangelhaften Sachen zu tragen hat. Voraussetzung dafür ist, dass die vom Käufer geltend gemachten Mängel bereits beim Gefahrübergang auf den Verkäufer (z. B. Übergabe der mangelhaften Sache durch den Lieferanten an den Verkäufer) vorhanden waren. Diese Regelungen gelten auch für Ansprüche von weiteren Lieferanten bzw. Käufern in einer Lieferkette gegen die jeweiligen Verkäufer, wenn die ersatzpflichtigen Auftragnehmer als Unternehmer i. S. des § 14 BGB (natürliche oder juristische Person, die ein Rechtsgeschäft im Rahmen ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit abschließt) anzusehen sind.



### **2.1.3 Verjährungsfristen für den Rückgriff gegen den Lieferanten - § 445 b BGB**

Gemäß dem neuen § 445 b Abs. 1 BGB verjähren die Aufwendungsansprüche nach § 445 a BGB zwei Jahre nach Ablieferung. Die Verjährung der Ansprüche des Verkäufers gegen seinen Lieferanten tritt frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Verkäufer die Ansprüche des Käufers erfüllt hat, spätestens 5 Jahre nach der Ablieferung der Sache durch den Lieferanten an den Verkäufer (Verjährungsablaufhemmung).

### **2.2 Kaufvertrag mit einem Verbraucher (Verbrauchsgüterkauf gemäß §§ 474 ff BGB)**

Verbrauchsgüterkäufe sind Kaufverträge zwischen einem Auftragnehmer (Verkäufer) und einem Verbraucher (natürliche Personen, die ein Rechtsgeschäft für private und nicht für gewerbliche Zwecke abschließen – siehe § 13 BGB).

Für Verbrauchsgüterkäufe gelten die Regelungen über den Kaufvertrag gemäß §§ 433 ff BGB, jedoch mit den in §§ 474 bis 479 BGB enthaltenen Ergänzungen/Modifizierungen.

#### **2.2.1 Unverhältnismäßige Nacherfüllung - § 475 Abs. 4 BGB**

Auch bei Verbrauchern ist der Verkäufer einer mangelhaften Sache gemäß § 439 Abs. 3 BGB verpflichtet, z. B. die durch den Mangel bedingten zusätzlichen Aus- und Einbaukosten verschuldensunabhängig zu tragen. Ist die Nacherfüllung bei Kaufverträgen mit Verbrauchern wegen der Höhe der Aufwendungen nach § 439 Abs. 2 oder 3 BGB unverhältnismäßig, dann kann der Auftragnehmer (Verkäufer) unter bestimmten Voraussetzungen den Aufwendungsersatz auf einen angemessenen Betrag beschränken. Dabei sind der Wert der Sache im mangelfreien Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen (§ 475 Abs. 4 BGB).

#### **Beispiel:**

In einem vom EuGH entschiedenen Fall (Urteil vom 16.06.2011, Az. C 65/09) kaufte ein Verbraucher teure Fliesen beim Baumarkt und ließ sie von einem Fliesenleger fachgerecht verlegen. Nach dem Verlegen wurden störende Schattierungen auf diesen Fliesen festgestellt. Der Käufer forderte vom Baumarkt die Lieferung mangelfreier Fliesen und den Ersatz von in Zusammenhang mit der Beschaffung und der Neuverlegung dieser Fliesen zusammenhängenden weiteren Kosten in einer Gesamthöhe von ca. 6.000 EUR. Der EuGH entschied, dass der Verkäufer gegenüber dem Verbraucher nicht nur zur Lieferung mangelfreier Fliesen verpflichtet ist, sondern auch für alle Kosten einzustehen hat, die mit der Beschaffung und dem Austausch der mangelhaften Fliesen entstehen, und zwar unabhängig vom Verschulden. Der Kostenersatz dürfe allerdings – so der EuGH – auf einen „im Verhältnis zu Kaufpreis und Eigenart der Ware angemessenen Betrag“ beschränkt werden.

Aus diesem Grund wurden dem Kläger nur ca. 600 EUR zugesprochen. Begründet wurde dies mit den nur leichten optischen Mängeln der Fliesen. Bei schwerer wiegenden Mängeln würden Verkäufer aber zur Übernahme höherer Kosten verurteilt werden, so das Gericht.

#### **2.2.2 Vorschussrecht des Verbrauchers - § 475 Abs. 6 BGB**

Der Verbraucher kann von dem Auftragnehmer (Verkäufer) für Aufwendungen (z. B. die Aus- und Einbaukosten), die der Auftragnehmer im Rahmen der Nacherfüllung zu tragen hat, Vorschuss verlangen.

#### **2.2.3 Unwirksamkeit von Vereinbarungen in Kaufverträgen mit Verbrauchern, die von gesetzlichen Regelungen zum Nachteil der Verbraucher abweichen - § 476 BGB**

Der Auftragnehmer kann sich gemäß § 476 BGB auf bestimmte vertragliche Vereinbarungen, die den Verbraucher benachteiligen, nicht berufen. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den nachfolgend genannten gesetzlichen Regelungen abweichen:

- §§ 433 bis 435 BGB (Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag, Definition des Sachmangels, Rechtsmangel);
- § 437 BGB (Rechte des Käufers bei Mängeln);

- §§ 439 bis 443 BGB (Nacherfüllung, Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz, Minderung, Kenntnis des Käufers von Mängeln beim Vertragsschluss, Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie);
- § 445 a BGB (Rückgriff des Verkäufers);
- § 445 b BGB (Verjährung von Rückgriffsansprüchen);
- Spezielle Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf gemäß §§ 474 ff BGB;
- Vorschriften hinsichtlich der Verjährung von Mängelrechten gemäß § 437 BGB.

Gemäß § 476 Abs. 3 BGB gelten die o. g. Beschränkungen nicht für etwaige Ausschlüsse oder Beschränkungen des Anspruchs auf Schadensersatz; die Regelungen über die Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in §§ 307 bis 309 BGB, die sich auf Schadensersatzansprüche beziehen, bleiben jedoch davon unberührt.

### 3. Auswirkungen der neuen Regelungen auf die Haftpflichtversicherung

#### 3.1 Auswirkungen der neuen kaufrechtlichen Mängelhaftung

Die neue verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers/Lieferanten mangelhafter Sachen, die vom Käufer eingebaut werden, für die durch den Mangel bedingten zusätzlichen Kosten des Ausbaus dieser Sachen und des Einbaus nachgelieferter mangelfreier Sachen (siehe § 439 Abs. 3 BGB), wirkt sich auf die seinerzeit entwickelte Versicherung von Ein- und Ausbaukosten aus (siehe IM 9/2011). Diese Versicherung wurde für den Bauhandwerker entwickelt, der die mangelhaften Sachen gekauft und bei seinem Kunden eingebaut hat und die durch den Mangel bedingten zusätzlichen Aus- und Einbaukosten selbst tragen muss. Nach der neuen Haftungslage (gemäß § 439 Abs. 3 BGB n. F.) wäre diese Deckung grundsätzlich überflüssig. In der Praxis sind jedoch Fälle denkbar, in denen diese Deckung noch einen Sinn haben könnte, so dass diese Versicherung zunächst bestehen bleibt (siehe hierzu die [Interne Mitteilung 05/2017 \(IM-Nr. überprüfen\)](#), in der der künftige Umgang mit der Versicherung für Aus- und Einbaukosten (Klausel A 907) festgelegt wird.

#### 3.2 Haftpflichtversicherungsrechtliche Relevanz des neuen Bauvertragsrechts

Das aktuell noch geltende Werkvertragsrecht ist sehr allgemein gehalten, weil damit unterschiedliche mögliche Vertragsgegenstände geregelt werden.

Durch die Aufnahme neuer Vertragsformen, wie z. B. der Bauvertrag oder der Verbraucherbauvertrag und neuer auf diese Verträge zugeschnittener und die bestehenden Vorschriften des Werkvertragsrechts ergänzender spezieller Regelungen in das BGB soll der besonderen vertragsrechtlichen Situation bei der Durchführung von Bauvorhaben Rechnung getragen werden.

Das zum 01.01.2018 kommende neue Bauvertragsrecht bringt im Wesentlichen keine echten Neuerungen mit sich, sondern kodifiziert bestimmte Regelungen, die in der Vergangenheit durch die Rechtsprechung bereits aufgestellt und/oder in der Bauvertragspraxis angewendet wurden.

Die neuen Regelungen betreffen vor allem die Vertragsgestaltung im Baubereich einschließlich der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, Abnahme, Sonderkündigungsrechte, Sicherheitsleistungen, Verbraucherschutz etc.. Aus heutigem Verständnis der Neuregelungen beziehen sich diese hauptsächlich auf den im Rahmen einer Haftpflichtversicherung nicht versicherten Erfüllungsbereich des Bauvertrages. Sie berühren dagegen grundsätzlich nicht die im Rahmen der Haftpflichtversicherung versicherten gesetzlichen Ersatzansprüche wegen Schäden Dritter.

**Zur Verdeutlichung ein Beispiel**, das bereits Gegenstand von Anfragen war:

Die Pflicht des Auftragnehmers zur Erstellung einer **detaillierten Baubeschreibung** beim Verbraucherbauvertrag (§§ 650 j und 650 k BGB) ist eine vertragliche Pflicht. Ist die Baubeschreibung lücken- oder fehlerhaft, dann muss sie nachgebessert werden (Erfüllungsbereich). Zweifel bei der Auslegung gehen zu Lasten des Auftragnehmers.

Führen Fehler der Baubeschreibung zu Baumängeln und diese zu Folgeschäden, dann sind die Folgeschäden im Rahmen der Vereinbarungen des BHV-Vertrages – wie bisher auch - versichert, die Mangelbeseitigung selbst dagegen nicht (Erfüllung).

Mögliche Auswirkungen der Neuregelungen auf die Haftpflichtversicherung sind aus heutiger Sicht nicht absehbar. Hier sind die künftigen Erfahrungen in der Praxis abzuwarten. Das Gleiche gilt für einen etwaigen Schadenmehraufwand.

**Anhang: Muster für die Widerrufsbelehrung bei Verbraucherbauverträgen im Sinne des § 650 I BGB  
(gemäß Art. 249 § 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch/EGBGB)**

**Widerrufsrecht**

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

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

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

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

**Folgen des Widerrufs**

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

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

**Gestaltungshinweis:**

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