

# 10-Punkte-Plan zum Bauvertrag nach neuem Bauvertragsrecht

*Berlin, 30. Januar 2018.* Seit dem 1. Januar gilt das neue Bauvertragsrecht, das erstmals auf die Besonderheiten des Bauens eingeht. Vor diesem Hintergrund haben wir unseren „10-Punkte-Plan zum ‚perfekten‘ Bauvertrag“ aktualisiert. Der Leitfaden soll dazu dienen, die typischen bauvertraglichen Risiken durch möglichst konkrete Formulierung der bauvertraglichen Vereinbarungen zu minimieren. Die Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht (ARGE Baurecht) im Deutschen Anwaltverein möchte damit allen Baubeteiligten einen möglichst störungsfreien Bauablauf ermöglichen.

## 1. Vertragspartner

Am Anfang eines Bauvorhabens stehen unverändert die Bauherren, die entscheiden müssen, ob sie Planungs- und Bauleistungen an einen oder mehrere Partner vergeben wollen. Der „Klassiker“ ist es, Architekt und Bauunternehmen getrennt zu beauftragen. Dabei können alle Bauleistungen an einen sogenannten Generalunternehmer oder als Einzelgewerke an verschiedene Bauunternehmer vergeben werden. Die Entscheidung erfährt allerdings für den Verbraucher als Bauherrn neue Brisanz: Dem Verbraucher kommt nur dann die Schutzwirkung des seit dem 1. Januar 2018 gesondert geregelten Verbraucherbauvertragsrechts zu Gute, wenn er die Bauleistungen sozusagen aus einer Hand bezieht. Denn das Verbraucherbauvertragsrecht findet nur dann Anwendung, wenn Verträge über die Errichtung eines kompletten Bauvorhabens oder erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude geschlossen werden. Bauherren können sich auch für einen so genannten Generalübernehmer entscheiden, der Planungs- und Bauleistung gemeinsam erbringt. Eine weitere Option ist die Beauftragung eines Bauträgers, der neben Planung und Bau auch noch den Grundstückserwerb regelt. Mit der Trennung von Bau- und Planungsleistungen sind Bauherren etwas näher, mit Generalübernehmer oder Bauträger etwas weiter weg vom Geschehen. Wichtiger als diese Varianten sind die Vertragspartner. „Hier empfehlen wir eine kritische Prüfung“, sagt Dr. Birgit Franz, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht und Mitglied im Vorstand der ARGE Baurecht. „Dazu gehört es, die Rechtsform der beteiligten Unternehmen, deren Referenzen oder auch die finanzielle Leistungsfähigkeit unter die Lupe zu nehmen, um den richtigen Partner für das geplante Bauvorhaben zu finden“, erläutert Franz.

## 2. Leistungsbeschreibung

Die Beschreibung der zu erbringenden Bauleistungen ist und bleibt das Kernstück des Bauvertrags. Hierbei ist der Gefahr zu begegnen, dass die Planung nicht alle zur Herstellung eines funktionsfähigen Objekts notwendigen Leistungen berücksichtigt. Die Leistungsbeschreibungen können detailliert oder funktional erfolgen. Werden die Leistung detailliert beschrieben, sollten alle Einzelleistungen exakt, zweifelsfrei und vollständig fixiert werden. Auch Baunebenleistungen wie etwa die Absicherung der Baustelle oder der Anschluss an die Wasserversorgung gehören dazu. „Was die detaillierte Leistungsbeschreibung nicht beinhaltet, kostet im Nachhinein extra“, betont Franz. „Oftmals müssen im Bauablauf Leistungen erbracht werden, die weder beschrieben noch kalkuliert waren. Diese so genannten Nachtragsleistungen treiben Bauzeit und Kosten in die Höhe.“

Das Bauvertragsrecht regelt nunmehr die Rechte des Bestellers eine Änderung der Vertragsleistung zu begehren und diese anzuordnen, wenn die Parteien innerhalb von 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens keine Einigung über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung erzielt haben. Von dem Anordnungsrecht sind nur solche Leistungen ausgenommen, die zur Erreichung des Werkerfolgs nicht notwendig und darüber hinaus dem Bauunternehmer nicht zumutbar sind, so beispielsweise die Änderung des Bodenbelags von Teppichboden zu Terrazzo. Das Bauvorhaben kann auch mit dem ursprünglich geplanten Teppichboden funktionsfähig hergestellt werden. Zumutbar ist die Leistungen dem Unternehmer deshalb nicht, weil er auf die Verlegung von Terrazzo – anders als von Teppichboden – nicht eingerichtet ist und hiermit eine Spezialfirma als Nachunternehmer beauftragen müsste. „Mit einer qualifizierten, abgeschlossenen Planung und einem auf dieser Grundlage erstellten vollständigen und präzisen Leistungsverzeichnis, lässt sich“, so Franz, „das Risiko der Leistungsänderungen minimieren“.

Alternativ kann der Bauherr die Leistungen funktional beschreiben, zum Beispiel „ein 3-Sterne-Hotel, schlüsselfertig“. In diesem Fall sind von der vereinbarten Vergütung alle Leistungen umfasst, die erforderlich sind, um das Objekt funktionsfähig innerhalb der vorgegebenen Qualitätsanforderungen herzustellen. Damit gibt der Bauherr die Planung insoweit in die Hände des Bauunternehmers, als dieser die Verantwortung der Ausführung innerhalb der vorgegebenen Anforderungen trägt.

Eine Besonderheit gilt seit dem 1. Januar 2018 jedoch wiederum für den Verbraucher: Zum einen ist der Unternehmer gesetzlich verpflichtet, dem Verbraucher

vorvertraglich eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen, deren Inhalte Vertragsinhalt werden, sofern die Vertragsparteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren. Zweifel bei der Auslegung des Vertrags bezüglich des vom Unternehmer geschuldeten Leistungsinhalts gehen hierbei grundsätzlich zu dessen Lasten. Darüber hinaus muss der Unternehmer, soweit die Planung nicht vom Besteller kommt, diejenigen Planungsunterlagen erstellen und dem Verbraucher herausgeben, die dieser benötigt, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, dass die Leistung unter Einhaltung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausgeführt werden wird bzw. ausgeführt worden ist. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Einhaltung von Bedingungen, die einem Dritten, beispielsweise einem Darlehensgeber, gegenüber nachzuweisen sind.

### **3. Vergütung**

Die Vergütung kann entweder in Form eines Einheitspreis- oder eines Pauschalpreisvertrags geregelt werden. Voraussetzung für die Preis-pro-Einheit-Variante ist ein detailliertes Leistungsverzeichnis. Fehlt dieses, kommt nur eine Pauschalpreisvereinbarung in Betracht. „Mit einer Pauschalpreisvereinbarung überträgt der Bauherr dem Bauunternehmer das Mengenrisiko. Eine Anpassung der Preise kann nur dann verlangt werden, wenn die Mengen sich gegenüber den bei Vertragsschluss zu Grunde gelegten Annahmen gravierend ändern“, so Franz. Im Zuge eines Einheitspreisvertrags werden die erbrachten Leistungen zu einem pro Einheit (z. B. Gewicht oder Stück) vereinbarten Preis nach den tatsächlich erbrachten Mengen abgerechnet. Wichtig: Bauherren sollten darauf achten, dass der vereinbarte Einheitspreis nicht nur für die vertraglich vereinbarte Bauzeit sondern einen angemessenen Zeitraum darüber hinaus gültig bleibt, um Preiserhöhungen im Falle der Bauzeitüberschreitung zu vermeiden.

### **4. Vertragsbedingungen**

Für Werkverträge gelten zunächst einmal die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und damit seit dem 1. Januar 2018 neben dem Werkvertragsrecht ergänzend die Spezialregelungen des Bauvertragsrechts und gegebenenfalls die ergänzenden Vorschriften des Verbrauchervertragsrechts. Der Verbrauchervertrag enthält Schutzvorschriften vor dem Hintergrund, dass der Verbraucher eine natürliche Person ist, welche den Bauvertrag zu privaten Zwecken schließt. Dazu gehören die oben genannten Vorgaben zur Vorlage einer Baubeschreibung und der Erstellung und Herausgabe von Unterlagen. Daneben bedarf der Verbrauchervertrag der Textform, d. h. er muss lesbar und speicherbar abgeschlossen werden. Auch kann der Verbrauchervertrag vom Verbraucher binnen 14 Tagen ab Vertragsschluss und Belehrung über das Widerrufsrecht widerrufen werden kann. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Bauvertrag

notariell beurkundet wird. Denn das Beurkundungsgesetz sieht eine Frist von zwei Wochen für die Prüfung des Vertragsentwurfs vor. Die Vorschriften des Verbraucherbauvertrags sind als zwingendes Recht ausgestaltet. Hiervon kann auch durch Individualvereinbarungen nicht abgewichen werden. Eine Ausnahme hiervon gilt lediglich für die nachfolgend noch zu erörternde Beschränkung der Abschlagszahlungen und die Verpflichtung des Unternehmers zur Leistung einer Sicherheit im Falle der Forderung von Abschlagszahlungen. Auch diesbezüglich sieht das Gesetz jedoch eine Beschränkung der Abweichungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vor. Im Übrigen können in Bauverträgen vom Gesetz abweichende Vereinbarungen getroffen werden – diese allerdings nicht unbegrenzt. „Insbesondere wenn ein Partner Vertragsklauseln ohne Einflussmöglichkeit des Bauherren vorformuliert, ist Vorsicht geboten“, so Franz. „Solche Inhalte sollten genauestens geprüft werden, da sie die rechtlichen Grundlagen des Vertrags verändern und unter Umständen unwirksam sein können“.

An dieser Stelle müssen Vertragspartner auch entscheiden, ob die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) in den Bauvertrag einbezogen werden soll. Die VOB/B wurde ursprünglich für Bauvorhaben der öffentlichen Hand konzipiert, wird aber zwischenzeitlich regelmäßig für komplexere Bauvorhaben und im unternehmerischen Geschäftsverkehr vereinbart. Ein zwingendes Bedürfnis die VOB/B zu vereinbaren, da nur diese konkret auf Bauleistungen zugeschnitten war, besteht mit Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts nicht mehr. Denn es beinhaltet nunmehr etwa Rechte des Bauherrn zur Anordnung geänderter Leistungen. „Eine Entscheidung, ob die VOB/B vereinbart werden soll oder nicht, wird daher zukünftig in erster Linie im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu treffen sein“, so Franz. „Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass die Rechte des Bestellers zur Anordnung von geänderten Leistungen und insbesondere zu der hierfür zu entrichtenden Vergütung von den Regelungen der VOB/B erheblich abweichen.“

Insoweit erfolgt ein Paradigmenwechsel von der Ermittlung der gesonderten Vergütung auf Basis der Preisermittlungsgrundlagen des Hauptvertrages zu einer Berechnung anhand der tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten. Darüber hinaus enthält das Gesetz eine Regelung, wonach der Unternehmer unter erleichterten Voraussetzungen eine Abschlagszahlung in Höhe von 80 Prozent der Vergütung für geänderte Leistungen verlangen kann. Allerdings ist dem unternehmerischen Geschäftsverkehr dringend zu empfehlen, im Falle der Entscheidung für die VOB/B diese unverändert als Ganzes zu vereinbaren. Kommen nur einzelne VOB/B-Vorschriften zum Einsatz, muss nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch im geschäftlichen Kontext eine Klauselkontrolle

erfolgen. In diesem Fall ist es außerordentlich fraglich, ob insbesondere die Regelungen der VOB/B zu den Leistungsänderungen und der entsprechenden Anpassung der Vergütung einer Inhaltkontrolle anhand des neuen Bauvertragsrechts noch standhalten und wirksam vereinbart werden können.

## **5. Fristen**

Bauzeitverzögerungen großer Vorhaben in Deutschland sind immer wieder in den Medien. Sie spielen auch bei deutlich kleineren Projekten eine große Rolle. Daher sollten in einem Bauvertrag alle Fristen genau festgelegt sein. „Wesentlich sind hier Ausführungsbeginn und Fertigstellung sowie eventuelle Zwischentermine des Bauvorhabens“, so Franz. Dazu gehört auch die Regelung der Konsequenzen, wenn Fristen nicht eingehalten werden (s. 6.). Für den Verbraucherbauvertrag sieht das Gesetz seit dem 1. Januar 2018 ausdrücklich vor, dass dieser verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks, jedenfalls aber zur Dauer der Bauausführung enthalten muss.

## **6. Vertragsstrafen**

Halten Auftragnehmer vereinbarte Fristen nicht ein, kommen im Bauvertrag festgelegte Vertragsstrafen zum Tragen. „Hier haben Bauherren nur sehr begrenzten Spielraum. Laut aktueller Rechtsprechung dürfen für die schuldhafte Überschreitung der Fertigstellungsfrist nur 0,15 Prozent pro überschrittenen Arbeitstag maximal jedoch 5 Prozent der Nettoauftragssumme als Vertragsstrafe beansprucht werden“, schränkt Franz ein. Als effektiver Anreiz für die Einhaltung vereinbarter Fristen bieten sich auch positive Bonusregelungen an, so dass der Unternehmer für die rechtzeitige Leistungserbringung eine zusätzliche Vergütung erhält.

## **7. Abschlagszahlungen**

Ein solider Bauvertrag sollte die Zahlungsmodalitäten und hier insbesondere die Leistung von Abschlagszahlungen konkret regeln. Üblich sind vom Baufortschritt abhängige Abschlagszahlungen plus Schlusszahlung nach Bauabnahme. Hier wurde das Gesetz mit dem Bauvertragsrecht dahingehend geändert, dass die Höhe der Abschlagszahlung nicht mehr nach der Werterhöhung des Grundstücks sondern nach dem Vertragswert der vertragsgerecht erbrachten Bauleistung ermittelt auf Basis der vereinbarten Vergütung zu bemessen ist. Eine Sonderregelung gilt wiederum für den Verbraucher: Abschlagszahlungen können hier nur in Höhe von 90 Prozent des Werts der erbrachten Leistung beansprucht werden. Darüber hinaus ist der Unternehmer im Falle der Forderung von Abschlagszahlungen verpflichtet, dem Besteller eine Sicherheit für die rechtzeitige, ordnungsgemäße Herstellung des Werks in Höhe von 5 Prozent der vereinbarten Gesamt-

vergütung zu leisten. Die Regelungen sind auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nur in gesetzlich geregelten Grenzen abdingbar. So kann keine Abschlagszahlung verlangt werden, die wesentlich höher ist, als 90 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung. Eine Sicherheitsleistung in geringerer Höhe als 5 Prozent kann nicht vereinbart werden.

### **8. Abnahme**

End- und Zwischenabnahmen sind wesentliche Eckpunkte der Bauabwicklung. Im Bauvertrag sollte geregelt sein, dass Abnahmen förmlich erfolgen müssen. Zudem sollte jede Abnahme inklusive aller festgestellten Mängel schriftlich protokolliert werden. „Die Abnahme der vom Unternehmer erbrachten Leistungen bezeichnen wir gerne als ‚Dreh- und Angelpunkt‘ des Werkvertrags“, sagt Franz. „Da sie unter anderem die Fälligkeit der Vergütung sowie den Beginn der Gewährleistungsfristen auslöst.“ Aufgrund der herausragenden Bedeutung der Abnahmen sollten Bauherren erwägen, sich von einem bausachkundigen Berater begleiten zu lassen.

### **9. Sicherheiten**

Die Vereinbarung über Sicherheitsleistungen bezieht sich auf die Vertragserfüllung und die Gewährleistungsphase. In der Praxis vereinbaren die Parteien einen Einbehalt in Höhe von 10 Prozent der Vertragssumme für die Vertragserfüllung und in Höhe von 5 Prozent für die Gewährleistung. Die Einbehalte können durch Bürgschaften abgelöst werden. Im Verbraucherbauvertrag ist – wie vorstehend unter Ziffer 7 dargelegt – die Leistung einer Sicherheit für die rechtzeitige, ordnungsgemäße Herstellung des Werks in Höhe von 5 Prozent der vereinbarten Gesamtvergütung in dem Falle zwingend, in dem der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangt.

### **10. Gewährleistung**

Bauunternehmen schulden die mangelfreie Erbringung der vereinbarten Leistung. Da Mängel an einem Bauvorhaben häufig erst lange nach der Fertigstellung der Leistungen zu Tage treten, sieht das BGB für bauwerksbezogene Leistungen eine gesetzliche Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vor. Die VOB/B hingegen differenziert je nach Art der erbrachten Bauleistung zwischen zwei und maximal vier Jahren, lässt jedoch auch abweichende Vereinbarungen zu. „Bei der Verlängerung der Gewährleistungsfristen ist Vorsicht geboten, da zu lange Gewährleistungszeiträume eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers darstellen und daher unwirksam sein können“, so Franz.

### **Über die ARGE Baurecht**

Die Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht im Deutschen Anwaltverein ist der größte Berufsverband von baurechtlich spezialisierten Rechtsanwälten in Deutschland und Europa. Sie unterstützt die anwaltliche Fortbildung und fördert berufspolitische und wirtschaftliche Interessen ihrer rund 2.800 Mitglieder. Von deren spezifischen Leistungen profitieren Investoren, öffentliche Auftraggeber, Bauunternehmen, Architekten, Ingenieure, private Bauherren und andere Interessengruppen. Zudem stellt die ARGE Baurecht die Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau) bereit, um Konfliktfälle am Bau schnell und fundiert zu lösen.

Weitere Informationen unter [www.arge-baurecht.com](http://www.arge-baurecht.com)