

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## VERSCHULDENSUNABHÄNGIGER ANSPRUCH AUF ERSTATTUNG DER EIN- UND AUSBAUKOSTEN GEGEN DEN LIEFERANTEN MANGELHAFTEN MATERIALS, § 439 BGB n.F.

### Musterfall:

Der Auftragnehmer verlegt Wand- als Bodenfliesen in einem Bürogebäude. Er wendet nicht das Buttering-Floating-Verfahren an, wie aber geschuldet. Die Fliesen zeigen nach einer Liegezeit von zwei Jahren Krakeleerisse, die auf einen Materialfehler zurückzuführen sind. Der Auftraggeber rügt diesen Mangel. Der Auftragnehmer bessert nach. Kann der Auftragnehmer die Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten von seinem Lieferanten verlangen?



Kostenerstattungsanspruch nun auch in der Lieferantenkette

### Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

Für Verbraucher gilt schon nach bisheriger Rechtslage, dass sie gegen den Lieferanten neben dem Anspruch auf Lieferung mangelfreier Baumaterialien auch einen Anspruch auf Erstattung der Kosten haben, die ihnen durch den Ausbau des alten bzw. den Einbau des neuen Materials entstehen. Im unternehmerischen Rechtsverkehr galt dies bislang nur, wenn dem Lieferanten ein Verschulden an der Lieferung mangelhafter Materialien vorgeworfen werden konnte. Das neue Kaufrecht schließt diese Gerechtigkeitslücke für den Unternehmer. Voraussetzung ist allerdings, dass das Material seiner Art und seinem Verwendungszweck entsprechend eingebaut worden ist. Ferner besteht der Kostenerstattungsanspruch nur dann, wenn der Handwerker das Material nicht in Kenntnis der Mangelhaftigkeit eingebaut hat.

Auch der Lieferant des Materials kann nach § 445a BGB n.F. den gegen ihn geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch an seinen Vorlieferanten „durchreichen“. Dabei muss er allerdings die kurze Verjährungsfrist des § 445b BGB n.F. beachten.

Im Musterfall hätte der Lieferant die Ein- und Ausbaurkosten nicht erstatten müssen, weil die Fliesen nicht ihrem Verwendungszweck entsprechend eingebaut worden waren. Darauf, ob sich der Auftragnehmer bei der Geltendmachung seines Kostenerstattungsanspruches wegen seines handwerklichen Fehlers einen Mitverschuldensanteil von 50 % hätte anrechnen lassen müssen, kommt es nicht mehr an.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## NEUE ABNAHMEFIKTION TROTZ VORLIEGENS WESENTLICHER MÄNGEL, § 640 ABS. 2 BGB n.F.



Paradigmenwechsel bei der Abnahmefiktion

### Musterfall

Der Auftragnehmer verlangt Restwerklohn i.H.v. 120.000,00 €. In dieser Höhe hat der Auftraggeber eine Vertragsstrafe von der Schlussrechnung abgezogen. Zuvor hatte der Auftragnehmer zur Abnahme binnen einer angemessenen Frist aufgefordert. Der Auftraggeber verweigert die Abnahme ohne Begründung. Gegen die vom Auftragnehmer erhobene Werklohnklage verteidigt sich der Auftraggeber damit, dass der Werkleistung wesentliche Mängel anhaften (die tatsächlich vorliegen), sodass keine Abnahme und keine Fälligkeit vorlägen. Die Beseitigung der Mängel erfordert Kosten von 20.000,00 €. Hat die Werklohnklage Erfolg?

### Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

Eine Vertragsstrafe kann, soweit die Parteien keine anderweitige Regelung getroffen haben, nur dann vom Werklohn abgezogen werden, wenn der Auftraggeber sich ihre Geltendmachung anlässlich der Abnahme vorbehalten hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Abnahmeerklärung in mündlicher oder schriftlicher Form vorliegt, sich aus den Umständen der Vertragsabwicklung oder einer Fiktion (z.B. § 12 Abs. 5 VOB/B) ergibt. Eine Abnahmefiktion, bei der der Abnahmewille bei Vorliegen bestimmter Anknüpfungstatsachen unterstellt wird, erforderte in den bisher bekannten Konstellationen allerdings die Abnahmereife, also eine Leistung, die keine wesentlichen Mängel aufweist. Dies ändert sich für am 01.01.2018 abgeschlossene Bauverträge - auch für solche, für die die VOB/B vereinbart worden ist. Der neue § 640 Abs. 2 BGB geht von einer Abnahme aus, wenn der Auftraggeber die Abnahme verweigert, ohne dies mit mindestens einem konkreten Mangelvorwurf zu begründen. Noch ungeklärt ist, ob von einer Abnahmewirkung auch dann auszugehen ist, wenn sich die konkret erhobenen Mangelvorwürfe im Nachhinein nicht bestätigen, was wohl anzunehmen ist.

Von der neu eingeführten Abnahmefiktion unberührt bleibt das Eintreten der Abnahmewirkungen, wenn die Abnahme unberechtigt vom Auftraggeber verweigert worden ist, weil der Leistung keine wesentlichen Mängel anhaften.

Da der Auftraggeber im Beispielfall keinen Mangel konkret gerügt hat, ist von einer Abnahme auszugehen. Weil anlässlich der Abnahmeverweigerung der Vertragsstrafenvorbehalt nicht vom Auftraggeber erklärt worden ist, ist dieser verwirkt. Bis zur Beseitigung der Mängel kann der Auftraggeber aber die doppelten Mangelbeseitigungskosten von der Werklohnforderung in Abzug bringen. Die Klage hätte in Höhe von 80.000,00 € unbedingten Erfolg. 40.000,00 € wären Zug um Zug gegen die Mangelbeseitigungsleistung zu bezahlen.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## VERMUTUNG FÜR DIE RICHTIGKEIT EINES EINSEITIGEN AUFMAßES NACH KÜNDIGUNG, § 648a ABS. 4 BGB n.F.

### Musterfall:

Der Auftragnehmer beleidigt den Auftraggeber. Nach Ablauf von vier Wochen kündigt der Auftraggeber den Bauvertrag, der sich auf den Einbau der Heizungsanlage in einem Einfamilienhaus bezieht. Der Auftragnehmer wendet die Unwirksamkeit der Kündigung aus wichtigem Grund ein, fordert zu einer gemeinsamen Leistungsstandfeststellung auf und bestimmt für diese einen Termin binnen angemessener Frist. Der Auftraggeber wird in einen Unfall verwickelt, erscheint nicht zum Termin und kommt auch nach seiner Genesung nicht mehr auf den Vorgang zurück. Der Auftragnehmer nimmt allein vor Ort ein Aufmaß. Der Auftraggeber lässt die Heizungsanlage durch einen anderen Heizungsbauer fertig stellen. Der Auftragnehmer klagt Werklohn für die nicht erbrachten Leistungen ein und verweist auf das von ihm genommene Aufmaß, das seine Schlussrechnung stützt. Der Auftraggeber meint, der Auftragnehmer sei überzahlt, was tatsächlich zutrifft. Der Umfang der vom Auftragnehmer erbrachten Arbeiten ist im Prozess nicht mehr rekonstruierbar. Dringt der Auftragnehmer mit seiner Werklohnklage durch?



Fehlende Mitwirkung an einer gemeinsamen Leistungsstandfeststellung kann unangenehme Folgen haben

### Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

Für die Parteien eines Bauvertrages war auch nach der bisherigen Rechtsprechung eine Kündigung des Bauvertragsverhältnisses aus wichtigem Grund möglich. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn einer der Parteien die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht mehr zumutbar ist. Nun ist diese Kündigungsmöglichkeit im neuen § 648a BGB gesetzlich geregelt. Das Kündigungsrecht muss innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt ausgeübt werden, in dem der Kündigungsberechtigte vom Kündigungsgrund Kenntnis erhalten hat. Andernfalls ist der Kündigungsgrund „verbraucht“.

Neu ist eine Regelung zur gemeinsamen Leistungsstandfeststellung nach einer Kündigung. Diese Regelung soll helfen, Streit über die Abrechnungsgrundlagen eines gekündigten Bauvertrages zu vermeiden. Wenn eine der Parteien an einer vereinbarten oder binnen einer angemessenen Frist bestimmten Leistungsstandfeststellung nicht mitwirkt, wird das vom Auftragnehmer erstellte einseitige Aufmaß als richtig unterstellt. Dies gilt nicht, wenn das Nichterscheinen entschuldigt werden kann und der Vertragspartner über die Umstände der Säumnis unverzüglich unterrichtet wird. Die nicht zum Termin erschienene Partei kann die Vermutung für die Richtigkeit des einseitig genommenen Aufmaßes widerlegen. Diese Regelung dürfte auch bei einer freien Kündigung und im Geltungsbereich von VOB/B-Verträgen gelten.

Weil der Auftragnehmer sich auf sein Aufmaß berufen kann und der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Richtigkeit seiner Behauptung zu beweisen, gewinnt der Auftragnehmer den Werklohnprozess.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## RECHT ZUR ANORDNUNG VON LEISTUNGEN, DIE FÜR DAS ERREICHEN DES WERKERFOLGES ERFORDERLICH SIND, § 650b BGB n.F.

### Musterfall:

Der Auftraggeber hat den Auftragnehmer mit der Errichtung eines Mehrfamilienhauses ohne Keller beauftragt. Die VOB/B ist nicht vereinbart. Nach Abschluss des Vertrages und vor Beginn der Arbeiten ordnet der Auftraggeber am 01.02.2018 eine Unterkellerung an. Der Auftragnehmer ist in Zeitdruck, weil er sich schon auf anderen Baustellen im Verzug befindet. Er möchte die Arbeiten daher nicht ausführen. Der Auftraggeber überreicht die zugehörige Planung und fordert den Auftragnehmer auf, ein Angebot vorzulegen und die Arbeiten schnellstmöglich zu beginnen. Der Auftragnehmer weigert sich. Daraufhin kündigt der Auftraggeber und macht die Mehrkosten geltend, die ihm entstanden sind, weil er den Bau durch einen teureren Drittunternehmer hat fertig stellen lassen. Der Auftragnehmer macht den Werklohn für die gekündigten Leistungen geltend. Wer bekommt Recht?



Leistungsanordnungsrecht nun auch im BGB-Vertrag

### Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

Wie in der VOB/B hat der Auftraggeber nun auch in ab dem 01.01.2018 geschlossenen BGB-Bauverträgen ein Recht, den Leistungsgegenstand ändern zu können.

Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen einem Begehren, das sich auf die Änderung des Werkerfolges bezieht und einer Änderung, die erforderlich ist, um den vereinbarten Werkerfolg erreichen zu können. Änderungen, die den vereinbarten Werkerfolg betreffen, z.B. eine Änderung der Fassadenverkleidung, der Dachform oder der Fensteranordnung, können vom Auftraggeber nur angeordnet werden, wenn diese Leistungsänderung für den Auftragnehmer zumutbar ist. Eine Änderung des Werkerfolges kann teilweise auch vorliegen, wenn der Herstellungsprozess selbst als Erfolg der Werkleistung geschuldet ist und später geändert werden soll. Die Zumutbarkeit muss vom Auftraggeber bewiesen werden. Lediglich die Umstände, die gegen die Zumutbarkeit sprechen und in der betrieblichen Organisation des Auftragnehmers begründet sind, muss der Auftragnehmer beweisen.

Weil der Kellerbau für den Auftragnehmer nicht zumutbar war, wenn der terminliche Ablauf des Vorhabens durch ihn stark gestört wird - etwa die Nachunternehmer durch die zeitliche Verzögerung nicht mehr zur Verfügung stehen, konnte kein Leistungsanordnungsrecht des Auftraggebers entstehen. Die Kündigung des Auftraggebers im Beispielsfall erfolgte daher „frei“, weil ohne wichtigen Grund. Der Auftragnehmer kann unter diesen Umständen Werklohn für die nicht erbrachten Leistungen geltend machen, wobei er sich die ersparten Aufwendungen in Abzug bringen lassen muss.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## VERHANDLUNGSPFLICHT VOR ERSTARKUNG DES ANORDNUNGSRECHTES, § 650b ABS. 2 BGB n.F.



Kein Anordnungsrecht ohne Verhandlung

### Musterfall:

Der Auftraggeber ordnet am 02.02.2018 dem Rohbauunternehmen den Einbau einer Dämmung mit einem höheren Dämmwert an, ohne die eine Kältebrücke im Deckenrandbereich zu erwarten und der Energiestandard nicht zu erreichen ist. Ausgeschrieben war eine Dämmung mit einem schlechteren Dämmwert, die der Auftragnehmer auch schon bestellt hatte. Der Auftragnehmer legt am 15.02.2018 ein Nachtragsangebot vor, das dem Auftraggeber viel zu hoch erscheint. Der Auftraggeber fordert den Auftragnehmer mündlich auf, die Dämmung zu tauschen. Er setzt dem Auftragnehmer einer Frist zur Aufnahme der Nachtragsarbeiten und kündigt nach Ablauf der Frist am 25.02.2018 den Bauvertrag. Der Auftragnehmer macht Werklohn für die nach der Kündigung nicht mehr erbrachten Leistungen geltend - zu Recht?

### Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

Sofern die Änderung des Werkerfolges für den Auftragnehmer zumutbar ist oder das Änderungsbegehren sich auf eine Änderung bezieht, die erforderlich ist, um den unveränderten Werkerfolg erreichen zu können, entsteht das Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers nicht sofort. Vielmehr hat der Auftraggeber eine Planung für die Änderung vorzulegen, auf deren Grundlage der Auftragnehmer ein Angebot unterbreiten soll. § 650b Abs. 2 VOB/B sieht ferner vor, dass die Parteien daran anschließend versuchen, Einvernehmen über die Änderungsanordnung und den Nachtragspreis zu erzielen. Die Notwendigkeit für eine Planung durch den Auftraggeber und ein Nachtragsangebot des Unternehmers entfallen, wenn der Auftragnehmer das Planungsrisiko übernommen hat.

Erst nach Ablauf einer Frist von 30 Kalendertagen ab Zugang des Änderungsbegehrens beim Auftragnehmer entsteht ein Leistungsanordnungsrecht des Auftraggebers, wenn die Parteien sich nicht früher einigen konnten. Das gilt auch in den Fällen, in denen der Auftragnehmer das Planungsrisiko übernommen hat und daher weder eine Planung vom Auftraggeber, noch ein Angebot des Auftragnehmers vorgelegt werden müssen. Die Leistungsänderungsanordnung ist in Textform zu erklären.

Der Auftragnehmer war im Musterfall nicht verpflichtet, die Leistungsänderungsanordnung umzusetzen, weil ein Anordnungsrecht erst nach Ablauf der 30-Tage-Frist entsteht. Auch eine Leistungsänderungsanordnung in Textform lag noch nicht vor. Ein Leistungsverzug, auf den eine Kündigung aus wichtigem Grund gestützt werden hätte können, war noch nicht gegeben. Die Kündigung erfolgte ohne wichtigen Grund und damit frei. Die Werklohnklage des Auftragnehmers hat Erfolg.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbBGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

## ANSPRUCH AUF ZAHLUNG VON 80 % DES STREITIG GEBLIEBENEN NACHTRAGSANGEBOTES, § 650c ABS. 3 BGB n.F.

### Musterfall:

Der Auftraggeber ordnet nach Ablauf der 30-Tage-Frist mit rechtzeitigem Vorlauf an, die Wände des Erdgeschosses in Sichtbetonqualität auszuführen, was zuvor nicht vorgesehen war. Die Parteien hatten sich nicht auf einen Nachtragspreis verständigen können. Nach dem Ausschalen der Erdgeschosswände rechnet der Auftragnehmer 80 % seines Nachtragsangebotes im Rahmen seiner nächsten Abschlagsrechnung ab. Der Sichtbeton ist nicht makellos geworden. Für das Schließen von Lunkern und Poren entsteht ein Aufwand von 20 % des Nachtragspreises. Der Auftraggeber hält die Abschlagsrechnung im Hinblick auf die Nachtragsleistung für überhöht und beruft sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Mängel. Er zahlt 40 % des Nachtragsangebotes. Der Auftragnehmer mahnt unter Fristsetzung und Kündigungsandrohung die Zahlung an und kündigt nach fruchtlosem Ablauf der Frist. Er verlangt als Schadenersatz den Werklohn für die noch nicht erbrachten Leistungen unter Abzug des ersparten Aufwandes.



Gesetzgeber liefert weiteres Instrument zur Liquiditätssicherung

### Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

Nach § 650c Abs. 3 BGB hat der Auftragnehmer nach Ausführung der Nachtragsleistung Anspruch auf Zahlung von 80 % des im Nachtragsangebot ausgewiesenen Werklohns, über den sich die Parteien innerhalb der 30-Tage-Frist nicht verständigen konnten. Ob das Nachtragsangebot wesentlich überhöht ist, spielt zu diesem Zeitpunkt keine Rolle. Eine als Reaktion auf die 80 %-Regelung geleistete Zahlung ist jedoch ab ihrem Eingang beim Auftragnehmer zu verzinsen, wenn das Nachtragsangebot überhöht war. Der Auftraggeber hat auch die Möglichkeit, das Gericht anzurufen, um im Rahmen einer Eilentscheidung klären zu lassen, ob die Abschlagsforderung überhöht ist.

Der Auftraggeber hat diese Möglichkeit im Musterfall nicht genutzt. Daher war er grundsätzlich verpflichtet, 80 % des Nachtragsangebotes im Rahmen einer Abschlagszahlung zu leisten. Allerdings sind Mängel, die der Nachtragsleistung anhaften, zu berücksichtigen. Der Auftraggeber kann die verdoppelten Mangelbeseitigungskosten von der Abschlagsrechnung in Abzug bringen. Weil nach Abzug der doppelten Mangelbeseitigungskosten kein Nachtragswerklohn mehr verblieben war, bestand kein offener Werklohn mehr, sodass sich der Auftraggeber nicht im Zahlungsverzug befand und die Kündigung zu Unrecht erfolgte. Nicht der Auftraggeber, sondern der Auftragnehmer schuldet Schadenersatz.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbBGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

## BEWEISLASTUMKEHR NACH EINSEITIGER ZUSTANDSFESTSTELLUNG BEI ABNAHMEVERWEIGERUNG; § 650g ABS. 2 BGB n.F.

### Musterfall:

Der Auftraggeber verweigert die Abnahme der Fensterbauarbeiten fernmündlich unter Angabe von Mängeln am 20.05.2018. Daraufhin fordert der Auftragnehmer den Auftraggeber auf, am 27.05.2018 vor Ort gemeinsam den Zustand der Fensterbauarbeiten festzustellen. Der Auftraggeber erscheint zu diesem Termin nicht. Der Auftragnehmer fertigt ein genaues Protokoll von der Besichtigung, die er nun allein durchführt, datiert, unterzeichnet und sendet es unverzüglich an den Auftraggeber. In diesem Protokoll werden keine Mängel der Fenster festgehalten. Drei Wochen nach Zugang des Protokolls begibt sich der Auftraggeber auf die Baustelle und stellt fest, dass ein Drittel der Fenster durch Steinwürfe gesprungen sind oder deutlich sichtbare Brandspuren von Flexarbeiten aufweisen. Der Auftraggeber fordert den Auftragnehmer auf, unentgeltlich neue Gläser einzusetzen, da so keine Abnahmereife bestehe. Es kann nicht mehr rekonstruiert werden, ab wann die Fensterschäden eingetreten sind. Muss der Auftragnehmer neue Gläser liefern?



Neuer Anknüpfungspunkt für den Gefahrenübergang

### Die Rechtslage für aber dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

Bei einer unberechtigten Abnahmeverweigerung (Fertigstellung und kein Vorliegen wesentlicher Mängel) treten die Abnahmewirkungen zwar zum Zeitpunkt der Abnahmeverweigerung ein. Im Streitfall muss der Auftragnehmer die Freiheit von wesentlichen Mängeln zum fraglichen Zeitpunkt jedoch beweisen. Bis z.B. der Sachverständige in einem gerichtlichen Verfahren den ersten Ortstermin anberaumt hat, um sein Gutachten zur Abnahmereife fertigen zu können, vergehen Monate bis Jahre. Bis dahin kann die zunächst mangelfrei erbrachte Leistung beschädigt worden sein. Um dem Auftragnehmer in dieser Situation unter die Arme zu greifen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, eine qualitative Zustandsfeststellung verlangen zu können. Es wird vermutet, dass die anlässlich einer gemeinsamen Zustandsfeststellung nicht aufgenommenen offensichtlichen Mängel zum Zeitpunkt des Abnahmebegehrens nicht vorlagen. Diese Vermutung kann vom Auftraggeber widerlegt werden und gilt nicht für Mängel, die (technisch-physikalisch) nur vom Auftragnehmer verursacht worden sein können. Wenn der Auftraggeber nicht an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung mitwirkt, kann der Auftragnehmer diese Vermutungswirkung auch einseitig herstellen. Erscheint der Auftraggeber nicht zum vereinbarten oder zu einem mit angemessener Frist bestimmten Termin für die Zustandsfeststellung, kann der Auftragnehmer die Zustandsfeststellung selbst fertigen, datieren, unterzeichnen und sie dem Auftraggeber zusenden.

Im Musterfall muss der Auftragnehmer keine neuen Gläser liefern, wenn die Leistungen des Fensterbauers im Übrigen abnahmereif waren. Der Auftragnehmer kann sich auf die Vermutung stützen, dass die Fenster am 20.05.2018 mangelfrei waren.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## ANSPRUCH AUF SICHERHEIT AUCH BEI EINZELLEISTUNGEN FÜR DEN BAU EINES EINFAMILIENHAUSES, § 650f ABS. 6 BGB n.F.

### Musterfall:

Der Elektriker, der von einem privaten Bauherrn den Auftrag erhalten hat, die komplette Elektroinstallation für den Neubau eines Einfamilienhauses zu übernehmen, hat den Eindruck, dass sich der Bauherr in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Er errechnet den zu diesem Zeitpunkt offenen Werklohn, in dem auch ein 80 %-Abschlag - gemessen an der Höhe des Nachtragsangebotes - für eine Nachtragsleistung enthalten ist und macht eine Sicherheit nach § 650f BGB geltend (§ 648a BGB a.F.). Der Auftraggeber erklärt, er schulde diese Sicherheit nicht, weil in dieser Höhe kein offener Werklohn bestünde. Der Auftragnehmer hat Interesse an der Abwicklung des Auftrages und klagt die Sicherheit ein.



Ausweitung des Anspruchs auf Werklohnsicherheit

### Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:

In bis zum 31.12.2017 geschlossenen Verträgen hatte der Handwerker, der für einen Neubau eines Einfamilienhauses Leistungen aus einem Einzelgewerk erbrachte, keinen Anspruch auf Übergabe einer Sicherheit für den offenen Werklohnanspruch nach § 648a BGB. Der private Auftraggeber eines Einfamilienhauses war vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausdrücklich ausgenommen (§ 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB a.F.).

Der ab dem 01.01.2018 geltende § 650f BGB ändert dies. Nur dann, wenn der Bauherr die Handwerkerleistungen „aus einer Hand“ entgegennimmt, z.B. der eines Generalunternehmers, besteht kein Sicherungsanspruch.

Um den Anspruch auf Sicherheit vor Gericht durchsetzen zu können, muss der Auftragnehmer nachweisen, in welcher Höhe er offene Werklohnansprüche besitzt. Zeitraubend konnte dies insbesondere bei streitigen Nachtragsleistungen sein, wenn Grund und Höhe des Nachtrages bewiesen werden mussten. Da der Auftragnehmer nach § 650c Abs. 3 BGB einen Anspruch auf eine Abschlagszahlung in Höhe von 80 % seines Nachtragsangebotes hat, kann in dieser Höhe der zu besichernde Werklohnanspruch leicht beziffert werden.

Im Musterfall hat der Auftragnehmer Anspruch auf die begehrte Sicherheit.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbBGoethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de

## PREISBILDUNG FÜR DIE LEISTUNGSÄNDERUNG ANHAND DER KOSTENDIFFERENZ, § 650c BGB n.F.

### Musterfall:

Der Auftraggeber ordnet dem Auftragnehmer an, nun auch das Kellergeschoss mit einer Fußbodenheizung auszustatten, weil ihm die Einheitspreise aus dem Vertragsleistungsverzeichnis besonders günstig vorkommen. Tatsächlich hat sich der Auftragnehmer wegen einer unerwarteten Materialverknappung verkalkuliert und damit ein Unterangebot abgegeben. Der Auftragnehmer hat genügend Zeit und möchte die zusätzlichen Leistungen ausführen. Er unterbreitet ein Nachtragsangebot, indem er die Kosten vergleicht, die ihm bei einer Ausführung der ursprünglichen Leistung entstanden wären und die ihm für die geänderte Leistung entstehen werden. Diese Kostendifferenz versieht er mit üblichen Gewinn- und Deckungskostenzuschlägen und mit einer Pauschale für die Baustellengemeinkosten. Der Auftraggeber meint, der Auftragnehmer müsste sich an seinen (unterkalkulierten) Preisen aus dem Hauptleistungsverzeichnis auch für die geänderte Leistung festhalten lassen. Wer hat Recht?



Neue Wege bei der Ermittlung des Nachtragspreises

### Die Rechtslage bei ab dem 01.01.2018 geschlossenen Verträgen:

Der Gesetzgeber hat sich für die Nachtragspreisbildung in BGB-Verträgen von dem Modell der VOB/B gelöst. Die VOB/B sieht eine Herleitung des Nachtragspreises aus der Urkalkulation vor. Nach Maßgabe des § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB ist der Mehrpreis zukünftig allein durch einen Vergleich der Kosten der Leistung vor und nach der Leistungsänderung zu ermitteln. Auf die kalkulierten Vertragspreise kommt es zunächst nicht an. Allerdings besteht die Möglichkeit, dass die Parteien gemeinsam eine Urkalkulation des Auftragnehmers hinterlegen. Es wird in diesem Fall vermutet, dass die in dieser Urkalkulation hinterlegten Kosten die tatsächlichen Kosten der Leistung vor der Leistungsänderungsanordnung des Auftraggebers darstellen (§ 650c Abs. 2 BGB). Im Übrigen bleibt es auch bei Vorliegen einer gemeinsam hinterlegten Urkalkulation bei der Ermittlung der Kostendifferenz. Auf die Kostendifferenz sind Gewinnanteile und Deckungskosten aufzuschlagen. Darüber, auf welcher Grundlage die Höhe der Zuschläge zu ermitteln ist, herrscht im Anwendungsbereich des § 650c Abs. 1 BGB keine Klarheit. Der Gesetzgeber spricht lediglich von angemessenen Zuschlägen. Sofern eine gemeinsam hinterlegte Urkalkulation existiert (§ 650c Abs. 2 BGB), können die Zuschläge aus dieser entnommen werden. Der Auftragnehmer kann wählen, ob er den Nachtragspreis aus § 650c Abs. 1 BGB oder § 650c Abs. 2 BGB entwickelt, sofern eine Urkalkulation gemeinsam hinterlegt wurde.

Damit ist die Preisermittlung des Auftragnehmers im Musterfall bis auf eine Besonderheit zutreffend. Die Baustellengemeinkosten sind nicht als pauschaler Zuschlag zu berücksichtigen. Die Baustellengemeinkosten sind im Rahmen des Vergleichs der Herstellkosten zu betrachten. Wenn die geänderte Leistung auch eine Veränderung der Kosten für die Baustelleneinrichtung mit sich bringt, ist die Differenz aus diesem Kostenvergleich mit den Zuschlägen für Gewinn und die Allgemeinen Geschäftskosten zu versehen.

RECHTSANWÄLTE

MUFFLER KITTLER KRIEGER  
HAHNE PartmbB

Goethestr. 25a  
80336 München  
Tel.: +49 89 5 50 89 45-0  
muenchen@mlk-partner.de



## NEUE ZIELFINDUNGSPHASE IM ARCHITEKTEN- UND INGENIEUR- VERTRAG, § 650p BGB

### **Musterfall:**

Der Käufer eines Baugrundstücks zieht einen Architekten hinzu und beauftragt diesen damit, Vorschläge für ein Haus zu erarbeiten. Der Architekt erarbeitet daraufhin wesentliche Planungsziele, wie Gestaltungs- und Beschaffenheitsmerkmale, Quantitäten und Kosten des Bauvorhabens. Er legt Pläne vor sowie eine Kosteneinschätzung und bittet den Auftraggeber um eine Zustimmung zu diesen Planungsgrundlagen. Der Auftraggeber äußert sich binnen der ihm vom Architekten gesetzten Frist von drei Wochen nicht. Daraufhin kündigt der Architekt den Vertrag und rechnet die von ihm erbrachten Grundleistungen nach Maßgabe der HOAI ab. Der Auftraggeber verweigert die Zahlung mit dem Hinweis darauf, dass der Architekt lediglich Akquiseleistungen erbracht habe, die erst die Grundlage für die Entscheidung über die Erteilung eines Planungsauftrages hätte sein sollen - zu Recht?



Stärkung der Position der Architekten und Ingenieure

### **Die Rechtslage für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge:**

Der Gesetzgeber hat in § 650p BGB erstmalig den Vertragstyp eines Architekten- und Ingenieurvertrages gefasst, ohne diesen umfassend zu regeln. Das neue Recht sieht einen zweistufigen Vertrag vor in den Fällen, in denen die wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele noch nicht hinreichend feststehen. In einem solchen Fall hat der Unternehmer eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen und diese dem Besteller mit einer Kostenschätzung zur Zustimmung vorzulegen (§ 650p Abs. 2 BGB). Erst wenn auf Grundlage dieser Vorschläge ein Einvernehmen der Parteien hergestellt wird, kommt ein Vertrag im vertrauten Fahrwasser eines Architekten- bzw. Ingenieurvertrages mit der Abarbeitung der Leistungsphasen 1 - 9 zustande (§ 650p Abs. 1 BGB).

Wenn eine Einigung der Parteien auf die vom Unternehmer erarbeiteten wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele nicht zustande kommt, sieht das Gesetz ein Kündigungsrecht des Bestellers vor (§ 650r Abs. 1 BGB). Es erlischt zwei Wochen nach Vorlage der Unterlagen; bei einem Verbraucher jedoch nur dann, wenn der Unternehmer ihn bei der Vorlage der Unterlagen in Textform über das Kündigungsrecht sowie die Frist, in der es ausgeübt werden kann und die Rechtsfolgen der Kündigung unterrichtet hat. Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung nach § 650p Abs. 2 Satz 2 BGB setzen. Wenn die Zustimmung verweigert oder nicht innerhalb der gesetzten Frist erklärt wird, kann auch der Unternehmer den Vertrag kündigen (§ 650r Abs. 2 BGB). Er ist in diesem Fall berechtigt, die Vergütung zu verlangen, die auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt. Soweit die Unternehmerleistungen von der HOAI erfasst waren, ist der Unternehmer berechtigt, die Mindestsätze der HOAI abzurechnen. Im Musterfall erhält der Architekt Recht.