

## Besonderheiten beim Bau einer Immobilie aus rechtlicher Sicht\*

### I. Vernachlässigung der Planungsphase

Erfahrungsgemäß vernachlässigen Bauherren in der Planungsphase vor Abschluss eines Werkvertrages oftmals wichtige Weichenstellungen in Bezug auf die Vergabeentscheidung, die Vertragsgestaltung und die Bauausführungsphase, durch die spätere Auseinandersetzungen vermieden oder zumindest rechtlich sicherer vorbereitet werden könnten. Folgende kurz erläuterte Fragestellungen sollten bereits in der Planungsphase berücksichtigt werden:

- **Was genau will ich bauen? Welcher Leistungsumfang soll erbracht werden?**

Zukünftige Bauherren sollten sich genauesten Gedanken darüber machen, welche Ausführungs-wünsche in Bezug auf das Bauvorhaben sie tatsächlich umsetzen wollen. Je genauer dies im Vorfeld - bestenfalls in Absprache mit einem Architekten - geklärt wird, desto konkreter kann die Planung und die Bestimmung des sogenannten „*Bausolls*“ erfolgen und spätere Auseinandersetzungen wegen Planungsänderungen, -ergänzungen oder gar -fehlern und über den *Umfang der geschuldeten Leistung* können vermieden werden. Anderenfalls drohen beispielsweise kostenintensive Streitigkeiten über Nachtragsforderungen des Bauunternehmers, Bauzeitenverzögerungen, Mehr- und Minderkosten des Bauherren etc.

- **Mit wem will ich planen?**

- Bestenfalls wird sowohl die Planungs- als auch die spätere Ausführungsphase durch einen Architekten, Ingenieur oder sonstigen Fachmann begleitet. Allerdings lauern bei auch Abschluss eines Architektenvertrages erste Fallstricke. So ist auch hier das genaue Aufgabenfeld des Architekten (z.B. Entwurfsplanung, Genehmigungsplanung, Ausführungsplanung, Vorbereitung der Ausschreibung, Durchführung der Vergabe, Bauüberwachung) genauestens vertraglich festzulegen.
- Dabei ist unbedingt darauf zu achten, dass nicht etwa ein *unzulässiges Pauschalhonorar* vereinbart wird, welches unter den Mindestsätzen der HOAI

liegt, da solche Vereinbarungen regelmäßig unwirksam sind und möglicherweise erhebliche Nachforderungen durch den Architekten geltend gemacht werden können.

- Ferner ist auch bereits im Architektenvertrag auf die Regelung von konkreten *Fristen*, zu denen die jeweiligen Planungs- und sonstigen Leistungen erbracht werden, festzulegen. Ein *gesicherter Planungsvorlauf* ist später auch für die ausführenden Gewerke zur Sicherung der Einhaltung der Fertigstellungstermine unentbehrlich.
- Zudem sollte darauf geachtet werden, dass eine ausreichende *Haftpflichtversicherung* besteht (gegebenenfalls Bescheinigungen oder Nachweise fordern) und in dem Vertrag keine *Haftungsbegrenzungen* oder gar Freistellungen zu Lasten des Bauherren formuliert sind.

- **Mit wem will ich bauen?**

- Bauen ist Vertrauenssache und immer ein Risiko. Auch wenn es letztlich keine absolute Gewähr für eine zuverlässige Durchführung des Bauvorhabens bietet, sollten Informationen des oder der ausführenden Unternehmen, wie beispielsweise *Referenzen*, *Unbedenklichkeits-* oder *Freistellungsbescheinigungen des Finanzamtes und eine Creditreform-Auskunft* eingeholt werden, um so einen Überblick über die Bonität und die Leistungsfähigkeit der Unternehmen zu bekommen.
- In jedem Falle ist gänzlich abzuraten von sogenannten „*Ohne-Rechnung-*“ bzw. *Schwarzgeldabreden*, Beschäftigung von *Schwarzarbeitern* ohne gültige Arbeitsgenehmigung. Hier drohen nicht nur den Bauunternehmen sondern möglicherweise auch den Bauherren empfindliche Nachforderungen und Geldbußen. Zudem sollte auch im Rahmen der späteren Vertragsgestaltung sichergestellt werden, dass die ausführenden Unternehmen ihren Mitarbeitern den tariflichen *Mindestlohn* bezahlen. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass auch hier der Bauherr nachträglich noch in Anspruch genommen wird.
- Auch die Entscheidung, alle *Gewerke einzeln* zu vergeben (z.B. Rohbau, Innenausbau/Trockenbau, Heizung/Lüftung/Sanitär, Maler etc) oder einen *Generalunternehmer (GU)* zu beauftragen muss bedacht werden. Ein GU ist

i.d.R. etwas teurer, übernimmt aber dafür die Koordinierung der Gewerke und Nachunternehmer. Zudem hat der Bauherr nur einen Ansprechpartner und damit auch nur einen Vertrag abzuschließen.

- **Was ist bei der Verwendung von Baugeldern zu beachten?**

Eine Vielzahl von Bauvorhaben wird durch eine grundbuchrechtliche Absicherung in Form von Eintragung einer Grundschuld oder Hypothek zugunsten einer Kreditgebenden Bank finanziert. In diesen Fällen liegt in aller Regel so genanntes „*Baugeld*“ vor. Baugeld unterliegt einer gesonderten, quasi „treuhänderischen“ Bindung nach dem sog. „*Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen*“ (BSG). Nach einer Neuregelung dieses Gesetzes zum Jahresanfang wurde die Verwendungspflicht im Bezug auf Baugelder verschärft. Bauherren dürfen Baugeld nunmehr nur und ausschließlich zur Finanzierung des Bauvorhabens, d. h. vor allem zur Bezahlung der ausführenden Unternehmen verwenden. Nicht zulässig ist es, das Baugeld für andere Zwecke oder gar für ein anderes Bauvorhaben oder private Zwecke zu verwenden. Ein Verstoß gegen die Verwendungspflicht macht den Bauherren schadenersatzpflichtig und unter Umständen sogar in strafrechtlicher Hinsicht haftbar.

## **II. Keine klare Vertragsgestaltung**

Nachfolgend haben wir die aus unserer Sicht wichtigsten Fragestellungen kurz aufgeführt, die bei der Vertragsgestaltung unbedingt berücksichtigt werden müssen und die größten Fallstricke verursachen können:

- **Wie soll das Bausoll bestimmt werden? Mit welcher Vertragsart? Nach BGB oder VOB/B?**

Die Frage nach der Bestimmung der von dem zu beauftragenden Unternehmen geschuldeten Leistung ist ein immer wiederkehrender Streitpunkt im Baurecht. Gerade an dieser Stelle sind bei einer unklaren vertraglichen Regelung Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien geradezu vorprogrammiert.

- In Betracht kommt in aller Regel der Abschluss eines sogenannten *Pauschalvertrages* (Detailpauschalpreis/Globalpauschalpreisvertrag bzw. sog. „*Schlüsselfertigvertrag*“). Oftmals geht der Bauherr davon aus, dass der Bauunternehmer bei Abschluss eines Pauschalvertrages dazu verpflichtet ist, eine *komplette* bzw. „*fix und fertige*“ Leistung zu erbringen und auch Arbeiten auszuführen, die im Vertrag überhaupt nicht benannt sind. Dies ist allerdings nicht immer der Fall, sondern hängt von der konkreten Vertragsgestaltung ab.

Teilweise sind sogenannte „*Komplettheitsklauseln*“ nach der Rechtsprechung zumindest unter dem Gesichtspunkt des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ohnehin unwirksam. Es besteht deshalb die Gefahr, dass der Bauherr von erheblichen Mehrvergütungsansprüchen des Bauunternehmens überrascht wird. Dies kann (bei einer Eigenplanung des Bauherren) nur vermieden werden, wenn die geschuldete Leistung durch die Baubeschreibung, das so genau wie möglich beschrieben wird, im Vertrag der Umgang mit Nachtragsforderungen klar (und wirksam) geregelt werden. Alternativ kann dem ausführenden Unternehmen auch die vollständige Planungsverantwortung und damit auch das sogenannte Planungsrisiko übertragen werden, was aber erfahrungsgemäß nur gegen eine entsprechende Erhöhung des Pauschalpreises erfolgt.

Auch ein Pauschalvertrag sollte immer Regelungen über das sogenannte Mengenermittlungsrisiko, also für den Fall der Ausführung etwaiger Mehr- oder Mindermengen enthalten.

- Alternativ hierzu kommt der Abschluss eines sogenannten *Einheitspreisvertrages* in Betracht. Hier wird in aller Regel nach den tatsächlich ausgeführten Massen und Mengen und den vereinbarten Einheitspreisen abgerechnet. Auch hier besteht allerdings die Gefahr von erheblichen Mehrforderungen des ausführenden Unternehmens, nämlich wenn die tatsächliche zur Ausführung gekommene Menge die ursprünglich in dem Vertrag angesetzten Mengen überschreitet. Auch hier kann der Bauherr nur dadurch vor bösen Überraschungen geschützt werden, wenn sowohl die Planungsunterlagen als auch das sonstige Leistungsprogramm genauestens und so konkret wie möglich durch den Planer beschrieben worden ist, so dass kaum Risiken für sogenannte Mehrmengen bestehen.
- Ob der Bauwerkvertrag nach BGB oder VOB/B abgeschlossen werden soll, kann nicht eindeutig beantwortet werden und hängt auch von der Art des konkreten Bauvorhabens ab. An sich sind die Regelungen der VOB/B auf die baurechtliche Vertragsgestaltung zugeschnitten, während die Werkvertragsregeln des BGB für alle Verträge dieser Art (also auch die Reparatur eines Schuhs) gedacht sind und die Besonderheiten des Bauens nicht ausreichend regeln. Erfahrungsgemäß wird aber in der konkreten Vertragsgestaltung aber auch in erheblichem Umfang von

den Regelungen der VOB/B abgewichen, so dass deren an sich ausgewogenes Regelwerk oftmals zu Lasten einer Vertragspartei ausgehebelt wird.

Sofern aber die Geltung der VOB/B mit einem privaten Bauherren vereinbart werden soll, kann dies nur wirksam geschehen, wenn der Text der VOB/B dem Bauherren auch ausgehändigt bzw. zur Kenntnis gebracht wird. Anderenfalls ist die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag mit einbezogen. Dies kann sich - je nach Fallgestaltung – zu Gunsten oder zu Lasten des Bauherren auswirken.

- **Was ist in Bezug auf die Vergütung zu beachten?**

- In aller Regel sind die vereinbarten Preise Festpreise. Ungeachtet dessen können sich auch die ursprünglich vereinbarten Einheitspreise unter bestimmten Bedingungen verändern. Hierfür enthält an sich die VOB/B, deren Geltung vereinbart werden kann, ausreichende Regelungen.

Oftmals versuchen aber Bauunternehmen bei zumindest erheblichen *Material- oder Lohnpreissteigerungen*, diese Kosten auf den Bauherren abzuwälzen, dies ist nicht immer zulässig, führt aber in der Regel zu Auseinandersetzungen, die nicht selten in einem Rechtsstreit enden. Insoweit kann Klarheit durch Vereinbarung einer (wirksamen) sogenannten *Preisbindungsklausel* geschaffen werden, wodurch der Unternehmer auch im Falle von Material- oder Lohnpreiserhöhungen an dem ursprünglich vereinbarten Einheitspreis gebunden bleibt.

- Im Übrigen sollte für Abschlagszahlungen oder bei Vereinbarung eines Zahlungsplanes darauf geachtet werden, dass die zu leistenden Beträge dem Wert des *erbrachten Leistungsstandes entsprechen*, also keine Vorauszahlungen geleistet werden. Dies ist allenfalls gegen Stellung einer sogenannten Vorauszahlungsbürgschaft zu empfehlen.

- **Welche Sicherheiten sollten vereinbart werden?**

- In jedem Falle ist zu empfehlen, von dem Bauunternehmen eine sogenannte *Vertragserfüllungsbürgschaft* zu verlangen. Diese gilt in aller Regel bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens, das heißt bis zur Abnahmeerklärung.

- Darüber hinaus ist in jedem Falle zu empfehlen, sich eine *Gewährleistungsbürgschaft* stellen zu lassen. Hierdurch werden Gewährleistungsansprüche des Bauherren für die Dauer der Gewährleistungszeit gesichert. Ohne eine gesonderte Regelung sind solche Bürgschaften zumindest nach der VOB/B aber bereits nach zwei Jahren, also in der Regel lange vor Ablauf der Gewährleistungszeit zurückzugeben. Die Bauherren sollten also darauf achten, dass die Bürgschaft tatsächlich für die Dauer der Gewährleistungszeit gilt und keinen sonstigen Einschränkungen unterliegt. Der Bürgschaftstext ist genauestens zu lesen und zu prüfen. Gegebenenfalls muss die Bürgschaft zurückgewiesen und die Ausstellung einer neuen Bürgschaft verlangt werden. Bedenklich ist in diesem Zusammenhang die oftmals von Banken verwendete Klausel, dass die Bürgschaft nur im Falle der Erklärung einer „mängelfreien Abnahme“ gilt. In der Praxis gibt es so gut wie nie eine mängelfreie Abnahme, mit der Folge, dass die Bürgschaft für den Bauherren quasi wertlos ist.
  
- Im Gegenzug verlangen Bauunternehmen oftmals im Rahmen der Vertragsgestaltung oder kurz nach Vertragsunterzeichnung die Stellung einer Zahlungsbürgschaft durch den Bauherren gemäß § 648a BGB (sog. Bauhandwerkersicherungsbürgschaft). Diese Regelung ist unabdingbar und kann nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Sofern der Bauherr die geforderte Bürgschaft also nicht stellt, ist der Unternehmer berechtigt, die Arbeiten einzustellen und u.U. sogar den Vertrag zu kündigen. Aber: Die Regelung gilt nicht für private Bauherren. Dem Sicherungsverlangen des Unternehmens muss in diesem Fall also nicht nachgegeben werden.

- **Was muss in Bezug auf die Bauzeit beachtet werden?**

Die in dem Vertrag vereinbarte Bauzeit wird erfahrungsgemäß in der Praxis nur selten eingehalten. Es stellt sich also die Frage, welche Ansprüche der Bauherr gegen den Bauunternehmer im Falle der Fristenüberschreitung hat beziehungsweise welche Druckmittel er ausüben kann, um den Bauunternehmer zur Beschleunigung oder zur Einhaltung der Bauzeit zu bewegen.

Hier bietet es sich in aller Regel an, eine *Vertragsstrafenklausel* zu vereinbaren. Dies setzt allerdings wieder voraus, dass überhaupt *verbindliche Fristen* vereinbart werden. Hierzu zählen in aller Regel der Anfangs- und Endtermin. Es besteht aber auch die Möglichkeit, verbindliche Zwischenfristen zu vereinbaren. Auch diese können Vertragsstrafen bewehrt sein, aber eben nur dann, wenn deren Verbindlichkeit ausdrücklich vereinbart worden ist.

### III. Versäumnisse bei der Bauausführung?

- **Welche Dokumentationen sind vorzunehmen?**

Grundsätzlich gilt hier, dass ein lückenloser Schriftverkehr zu Dokumentations- und Beweis Zwecken zu führen ist. Oftmals werden auf dem Bau mündliche Absprachen getroffen, an die sich später keiner erinnern kann oder will. Bestenfalls wird der Schriftverkehr von dem bauleitenden Architekten oder aber von einem sonstigen rechtlich geschulten Mitarbeiter bzw. - zumindest in kritischen Situationen – von einem Anwalt, übernommen. Sollte es doch zu mündlichen Absprachen kommen, sind diese unbedingt nachträglich schriftlich zu bestätigen.

- **Was ist bei Mängeln zu berücksichtigen?**

- Auch hier gilt entsprechendes. Insbesondere sind Mängel *schriftlich* zu rügen. Zu einer formell wirksamen beziehungsweise rechtlich erheblichen Mängelrüge gehört, dass der Mangel so *konkret* wie möglich geschildert wird, so dass der Unternehmer in die Lage versetzt wird, die Mängelrüge auch tatsächlich zu überprüfen. Zudem müssen *Fristen* gesetzt werden. Schließlich ist zumindest im Stadium vor Abnahme bei einem VOB/B Vertrag unter Umständen auch eine sogenannte *Ablehnungs-* bzw. *Kündigungsandrohung*, wenn diese rechtliche Konsequenz tatsächlich gewünscht ist. Ohne die Einhaltung dieser formellen Voraussetzungen besteht die Gefahr, dass keine wirksamen Mängelrügen erhoben wurden und mithin auch die Gewährleistungsansprüche nicht gesichert sind.
- Darüber hinaus ist auch an eine ausreichende Beweissicherung zu denken und insbesondere für den Fall, dass der Unternehmer die Mängel bestreitet und auf den Mängeln möglicher Weise weiter gebaut werden soll, also zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr klar und deutlich erkennbar oder nur unter erschwerten Bedingungen überprüfbar wird, ob die Mängel seinerzeit tatsächlich bestanden haben. Insoweit bieten sich neben der schriftlichen Dokumentation und der Begutachtung durch Zeugen auch Fotos und die Einholung eines Sachverständigengutachtens an. Auch die Durchführung eines sogenannten selbständigen Beweisverfahrens kommt in Betracht, ist aber in aller Regel erfahrungsgemäß mit erheblichen Zeitverzögerungen verbunden.

- **Was ist bei Nachtragsforderungen zu berücksichtigen?**

Auch hier gilt entsprechendes. Die Nachtragsforderungen sind in jedem Falle unter Berücksichtigung der vertraglichen Regelungen (Bausoll!) zu prüfen und – je nach Sach- und Rechtslage – zu beantworten. Berechtigte Nachtragsforderungen dürfen nicht übergangen werden, denn insoweit besteht die Gefahr, dass der Unternehmer – zu Recht – von seinem Leistungsverweigerungsrecht oder aber sogar von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht. Wenn der Nachtrag unberechtigt ist, sollte dies schriftlich klagestellt werden. Auch insoweit ist die Betreuung durch einen geschulten Architekten oder Bauleiter beziehungsweise in kritischen Situationen durch einen Rechtsanwalt sinnvoll und empfehlenswert.

- **Was ist bei Behinderungsanzeigen/Bauzeitenverzögerung zu beachten?**

Zur Sicherung von Verzugs- bzw. Vertragsstrafenansprüchen, die in der Regel nur bei Verschulden des Bauunternehmens bestehen, ist darauf zu achten, den Bauunternehmen bei Überschreitung von Zwischen- oder Endterminen durch einen entsprechenden Schriftverkehr beweisbar in Verzug zu setzen.

Sofern der Bauunternehmer selbst Behinderungen anzeigt, muss auch hierzu – je nach Sach- und Rechtslage – schriftlich Stellung genommen werden.

#### **IV. Versäumnisse bei der Beendigung des Bauvorhabens**

- **Was muss bei der Abnahme berücksichtigt werden?**

- Die *Abnahme* darf von dem Bauherren nur bei Vorliegen wesentlicher Mängel verweigert werden. Anderenfalls kommt der Bauherr mit der Abnahmeerklärung in Verzug und trägt eventuelle Mehrkosten des Bauunternehmers. Aber: Auch eine Abnahme unter Vorbehalt der Mangelbeseitigung ist eine Abnahme.
- Wird das Bauvorhaben trotz fehlender ausdrücklicher Abnahme in Benutzung genommen, z.B. bezogen, kann hierin eine konkludente bzw. schlüssige Abnahme liegen, es sei denn die Abnahme wird ausdrücklich wegen wesentlicher Mängel verweigert
- Im Rahmen der Abnahme sollte darauf geachtet werden, sich etwaige *Vertragsstrafenansprüche ausdrücklich vorzubehalten*.
- Erkannte Mängel- oder Restleistungen sollten schriftlich *protokolliert* werden. Der Bauunternehmer sollte zur Beseitigung dieser Mängel innerhalb einer Frist bereits mit der Übersendung des Abnahmeprotokolls aufgefordert werden.

- **Was muss bei der Endabrechnung berücksichtigt werden?**

- Die *Schlussrechnung* (nebst evtl. Aufmaßen) ist gewissenhaft zu prüfen, bestenfalls durch den Architekten oder Bauleiter. Sämtliche vertraglichen Abzüge sind vorzunehmen und etwaige Gegenforderungen und Zurückbehaltungsrechte zu berücksichtigen.
- Sofern die Stellung einer Gewährleistungsbürgschaft vereinbart ist, muss diese eingefordert werden. Anderenfalls darf der Sicherheitseinbehalt nicht zur Auszahlung kommen.

- **Was muss während der Gewährleistungszeit berücksichtigt werden?**

- Während der Gewährleistungszeit auftretende Mängel sind zu dokumentieren und gegenüber dem Bauunternehmen schriftlich zu rügen.
- Es empfiehlt sich, kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfrist eine Begehung zur Mangelfeststellung vor zu nehmen, um etwaige Mängel noch rechtzeitig und verjährungshemmend geltend machen zu können.
- Hinsichtlich der Verjährung ist vor allem darauf zu achten, dass eine etwaig gestellte Bürgschaft möglicherweise u. U. schon vor Ablauf der sonstigen Gewährleistungsansprüche verjähren kann, beispielsweise bei Bestehen geldwerter Mangelansprüche. Dies sollte bestenfalls von einem Rechtskundigen geprüft werden. Es besteht sonst die Gefahr, dass Gewährleistungsansprüche weder gegenüber dem möglicherweise insolventen Bauunternehmen noch gegenüber dem Bürgen durchgesetzt werden können.

Thorsten Krull

Rechtsanwalt

**R K K M**

**Rechtsanwälte Fachanwälte Steuerberater**

**Berlin Hamburg Dresden Brandenburg**

**Knaackstraße 22/24 10405 Berlin**

**[www.rkkm.de](http://www.rkkm.de)**

**+49 30 4848 82-0**

---

\*diese Checkliste erhebt nicht den Anspruch der Vollständigkeit im Zusammenhang mit möglichen Problemen beim Bau einer Immobilie und kann eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen.