

Rundschreiben 06/2018

Thema: Bauvertragsreform 2018 – Anordnungsrecht, Vergütungsanpassung – Teil IV / Baurecht

1. Einleitung

Die bisherige Rechtslage war dadurch gekennzeichnet, dass nach dem Werkvertragsrecht des BGB es kein gesetzlich normiertes einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers gab. Ebenfalls ungerregelt war die Frage der Vergütungsanpassung, was wiederum Folge des fehlenden Anordnungsrechtes war. Der in der Baupraxis weit verbreitete Begriff des „Nachtrags“ erschien noch nicht einmal im Text des Gesetzes. Aufgrund dieses „Konsensualprinzips“ des BGB´s fehlte dem Auftraggeber ein flexibles Instrument, um einseitig den Erfolg des Werkes oder allgemein Änderungen vornehmen zu können, die den Auftragnehmer verpflichten. Die Parteien hatten sich insoweit zu einigen.

Dieses „Konsensualprinzip“ ist für den Bauvertrag ein untaugliches Instrument. Selten wird etwas so gebaut, wie es auch ursprünglich geplant war. Änderungen sind dem Bauen quasi immanent. Diese Lücke wurde in der Baupraxis durch Einbeziehung der VOB/B geschlossen. Im Gegensatz zum gesetzlichen Werkvertragsrecht verfügt der Auftraggeber hier über ein einseitiges Anordnungsrecht in § 1 Abs. 3 VOB/B (geänderte Leistung) und in § 1 Abs. 4 VOB/B (zusätzliche Leistungen). Korrespondierend zu diesem Anordnungsrecht des Auftraggebers verfügt die VOB/B über entsprechende Regelungen zur Anpassung der Vergütung in § 2 Abs. 5 VOB/B (geänderte Leistung) und in § 2 Abs. 6 VOB/B (zusätzliche Leistung).

Die Situation stellt sich vereinfacht ausgedrückt wie folgt dar:

BGB	VOB/B
Konsensualprinzip	Anordnungsrecht des AG
-	§§ 1 Abs. 3, 4 VOB/B

2. Die neue Rechtslage im BGB

Der Gesetzgeber hat mit den Regelungen in § 650b BGB, § 650c BGB sowie zusätzlich § 650d BGB eine grundsätzliche Änderung der bisherigen Systematik durchgeführt. Es handelt sich quasi um das „Kernstück“ der Baurechtsreform.

Die Regelungen über ein Anordnungsrecht des Auftraggebers, die sich daraus ergebende Vergütungsanpassung und die Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes, versuchen die bisherige Lücke zu schließen und ein praxistaugliches Instrument für den Bauvertrag zu schaffen. Erstmals wird dem Auftraggeber im Gegensatz zum allgemeinen Werkvertragsrecht im Bauvertrag die Möglichkeit eingeräumt, einseitig den Vertrag und die in ihm geregelten beiderseitigen Hauptleistungspflichten zu ändern. Insofern nähert sich das Gesetz der VOB/B an, ohne aber identische Regelungen zu schaffen. Dabei ist nicht zu verkennen, dass das einseitige

Anordnungsrecht des Auftraggebers und die automatische Vergütungsanpassung auf Basis einer Urkalkulation gerade in letzter Zeit starker Kritik ausgesetzt waren. Die gesetzliche Neuregelung dürfte die jahrzehntelange Auffassung stützen, dass die Regelungen der VOB/B wirksam sind.

Die neue Rechtslage kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden:

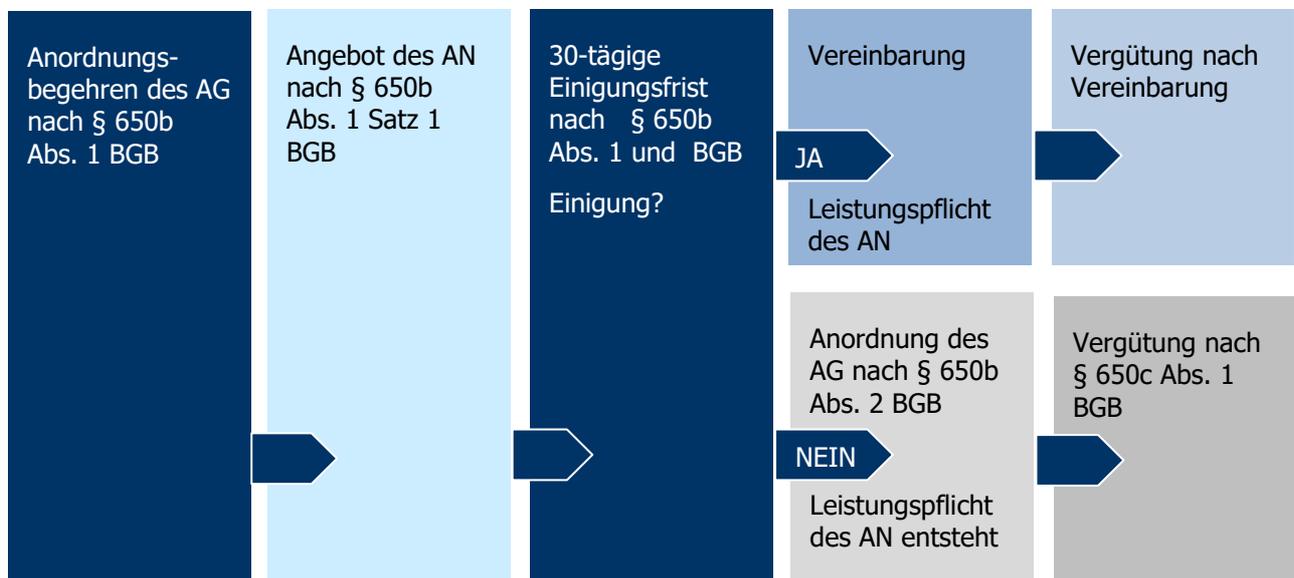
BGB		VOB/B
Werkvertrag § 631 BGB	Bauvertrag § 650a BGB	Werk-/Bauvertrag
Konsensualprinzip	Anordnungsrecht des AG	Anordnungsrecht des AG
-	§ 650b BGB	§§ 1 Abs. 3, 4 VOB/B

Der vorstehenden Tabelle kann entnommen werden, dass das Neuordnungrecht nur für den Bauvertrag nach § 650a BGB gilt, so dass es nach wie vor Werkverträge rund um den Bau geben wird, die ohne dieses neue Instrumentarium auskommen müssen, wenn die Voraussetzungen des Bauvertrags nach § 650a BGB nicht erfüllt sind. Das Konsensualprinzip ist damit im Werkvertragsrecht nicht gänzlich aufgehoben, sondern lediglich partiell in einem weit verbreiteten und wichtigen Sektor bei Bauverträgen im Sinne des § 650a BGB

2.1. Anordnungsrecht nach BGB

2.1.1. Regelung des Anordnungsrechts

Das Anordnungsrecht des Auftraggebers ist in § 650b BGB geregelt. Es enthält ein abgestuftes System zur Durchsetzung des Anordnungsrechtes. Dabei baut der Gesetzgeber auf die Kooperationspflichten der am Bau Beteiligten auf, gibt ihnen zunächst die Möglichkeit zur einvernehmlichen Lösung. Sofern diese nicht innerhalb eines bestimmten Zeitfensters erzielt wird, wird dem Auftraggeber ein Anordnungsrecht gegenüber dem Auftragnehmer eingeräumt.



Die Vorschrift des § 650b BGB gliedert sich in zwei Absätze. Abs. 1 regelt die vereinbarte Änderung von Leistung, Abs. 2 das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers.

Die Struktur des Anordnungsrechtes des Auftraggebers nach BGB lässt sich am besten tabellarisch erfassen:

Anordnungsrecht des AG nach BGB	
Begehren AG auf Änderung des vereinbarten Werkerfolgs	Begehren AG auf Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist
§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB	§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB
Parteien streben Einvernehmen an	Parteien streben Einvernehmen an
Pflicht AN Angebot zu erstellen über Mehrleistung oder Minderleistung	Pflicht AN Angebot zu erstellen über Mehrleistung oder Minderleistung
Ausnahme für Pflicht: Unzumutbarkeit für AN (Unzumutbarkeit für betriebsinterne Vorgänge, Beweislast AN)	Ausnahme für Pflicht: Unzumutbarkeit für AN nur nach § 275 BGB (Interessenabwägung)
Ausnahme für Pflicht: AG muss, wenn Verantwortung für Planung bei ihm, zunächst - erforderliche Planung erstellen - Planung AN zur Verfügung stellen	Ausnahme für Pflicht: AG muss, wenn Verantwortung für Planung bei ihm, zunächst - erforderliche Planung erstellen - Planung AN zur Verfügung stellen
Keine Einigung binnen 30 Tagen ab Zugang Änderungsbegehren	Keine Einigung binnen 30 Tagen ab Zugang Änderungsbegehren
Anordnung des AG in Textform	Anordnung des AG in Textform
Pflicht des AN der Anordnung nachzukommen	Pflicht des AN der Anordnung nachzukommen
Ausnahme für Pflicht: Zumutbarkeit	-

Das Anordnungsrecht des Auftraggebers wird ausgelöst durch ein Begehren des Auftraggebers, also die Äußerung eines Wunsches gegenüber dem Auftragnehmer. Dabei ist zu differenzieren, worauf sich dieser Wunsch richtet.

Das Begehren des Auftraggebers auf Änderung des vereinbarten Werkerfolgs ist in § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB geregelt.

Das Begehren des Auftraggebers auf Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, ist in § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB geregelt.

Diese Unterscheidung ist wichtig, da dies eine Weichenstellung dahingehend bedeutet, ob und inwieweit der Auftragnehmer verpflichtet werden kann, diesem Begehren zu folgen, so dass das Begehren letztendlich in einem Anordnungsrecht des Auftraggebers mündet.

Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, da die erste Alternative einer Änderung des vereinbarten Werkerfolgs sehr weit gefasst ist, dass der Auftragnehmer zu seinem Schutz weitgehend Einwendungen hinsichtlich der Zumutbarkeit dieses Begehrens erheben kann. Dies führt dann dazu, dass der Auftragnehmer nicht verpflichtet ist, ein Angebot zu unterbreiten bzw. ein Anordnungsrecht des Auftraggebers ausgeschlossen ist.

Bei der zweiten Alternative, wenn das Begehren des Auftraggebers auf die Erreichung des ursprünglich vereinbarten Werkerfolgs abzielt und insoweit notwendig ist, soll der Auftraggeber sein Anordnungsrecht leichter durchsetzen können. Die Einwendungen des Auftragnehmers, die Unzumutbarkeit einzuwenden, sind hier beschränkt.

Diese Differenzierung erscheint auch geboten zu sein, wird aber in der Praxis zu zahlreichen Abgrenzungsfragen führen. Auslegungsschwierigkeiten sind absehbar, da es entscheidend darauf ankommt, wie man den vertraglichen Werkerfolg im konkreten Vertragsverhältnis definiert. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll der Auftragnehmer leichter durch Anordnungen verpflichtet werden können, wenn die geänderte Leistung zum ursprünglichen Werkerfolg gehört, so dass sich grundsätzlich der Auftragnehmer eigentlich darauf eingerichtet haben muss, diesen Erfolg auch zu erreichen. Anders ist die Situation, wenn der Auftraggeber den Erfolg neu definiert oder ändert. In dieser Situation muss der Auftragnehmer nicht damit rechnen, derartige Leistungen auch ausführen zu müssen. Dementsprechend wurde das System der Zumutbarkeit entsprechend diesen verschiedenen Alternativen abgestuft.

Die Tabelle zeigt, dass das Anordnungsrecht, das am Ende der verschiedenen Phasen steht, in der Baupraxis nicht unproblematisch sein wird. Das „Streben nach Einigung“ und die Frist von 30 Tagen werden vermutlich in vielen Fällen nicht realitätsnah sein. Andererseits ist trotz dieser Kritik festzuhalten, dass diese Situation gegenüber der ursprünglichen Situation, die keinerlei Anordnungsrecht kannte, sicherlich eine Verbesserung darstellt, auch im Hinblick auf die VOB/B, die in diesen Bereichen insofern einer isolierten Inhaltskontrolle eher standhalten wird. Es ist aber nicht zu verkennen, dass das BGB gegenüber der VOB/B einen eigenen Weg geht. Die Regelungen sind trotz der Einführung eines Anordnungsrechtes nicht identisch!

Das Gesetz sieht zunächst vor, dass der Auftraggeber ein entsprechendes Begehren an den Auftragnehmer richtet. Dieses Begehren ist an keine bestimmte Form gebunden.

Tipp an Auftraggeber:

Dem Auftraggeber ist zu empfehlen, sein Begehren beweisbar zu dokumentieren, da ansonsten die Gefahr besteht, dass der Auftragnehmer später ein derartiges Begehren abstreitet. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer späteren Anordnung, die voraussetzt, dass eine Frist von 30 Tagen ab Zugang des Begehrens abgelaufen ist, kann nur überwacht werden, wenn auch das Begehren zeitlich beweisbar dokumentiert wurde.

Der Gesetzgeber appelliert an die Parteien, sich nach dem Begehren Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anzustreben. Dies ist Ausdruck des „Kooperationsgedankens“ im Werkvertragsrecht und besonders im Bauvertragsrecht.

Da sich aber ein Einvernehmen einseitig nicht erzwingen lässt, ist letztlich diese Phase auch zeitlich beschränkt, in dem, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen gegeben sind, dem Auftraggeber dann auch ein Anordnungsrecht eingeräumt wird.

Das Begehren des Auftraggebers löst bereits eine Pflicht des Auftragnehmers aus, ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu erstellen, vgl. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB.

Diese Pflicht des Auftragnehmers kennt nach dem Gesetz Ausnahmen, wobei zu differenzieren ist, auf welche der beiden Alternativen das Begehren des Auftraggebers gerichtet ist.

2.1.2. Probleme der Neuregelung

Fraglich ist bereits die Abgrenzung zwischen den beiden Alternativen des § 650b Abs. 1 BGB. Es wurde bereits ausgeführt, dass das Anordnungsrecht nach BGB nicht identisch ist mit dem Anordnungsrecht nach VOB/B.

Der Gesetzgeber hat dem Auftraggeber ein großzügigeres Anordnungsrecht eingeräumt, als nach VOB/B.

Die Alternative 1 des § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB erlaubt es, dem Auftraggeber auch andere Leistungen, die nicht notwendig sind, zu beauftragen. Die VOB/B verlangt in § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B eine Zustimmung des Auftragnehmers. Nach dem Gesetz ist der Auftragnehmer nur über das Zumutbarkeitskriterium geschützt. Das Anordnungsrecht nach BGB ist diesbezüglich also weiter als bei der VOB/B gefasst.

Anordnungsrecht: Vergleich zur VOB/B	
<p>- § 1 Abs. 4 VOB/B <i>„Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.“</i></p>	<p>- § 650b Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB <i>„Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.“</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> - Angeordnete erforderliche Leistungen sind auszuführen; andere Leistungen nur mit Zustimmung - Ausnahme: Betrieb ist nicht auf die Leistungen eingerichtet 	<ul style="list-style-type: none"> - Angeordnete Leistungen sind grundsätzlich auszuführen - bei Änderungen des Werkerfolges jedoch Zumutbarkeitsgrenze - Bei Änderungen, die zur Erreichung des Werkerfolges notwendig sind, lediglich Grenze der Unmöglichkeit nach § 275 BGB

Fraglich ist weiterhin die Reichweite des vereinbarten Werkerfolges. Es stellt sich auch hier die schillernde Frage, ähnlich wie in der VOB/B, ob hierzu Baumstände und insbesondere die Bauzeit zählen. Im Referentenentwurf waren Art der Ausführung der Bauleistung und die Bauzeit noch in § 650b Abs. 2 Satz 3 E erwähnt, was nun in der Endfassung des Gesetzes weggefallen ist¹. Dies bedeutet Konfliktpotential für die Parteien. Die Rechtsprechung bleibt abzuwarten. Allerdings dürfte die Tatsache, dass die Formulierung zunächst vorgesehen war und dann letztlich nicht in den Text des BGB aufgenommen wurde, eher dafür sprechen, dass die „Art der Ausführung“ der Bauleistung (= Baumstände) und die „Bauzeit“ nicht zum vereinbarten Werkerfolg zählen, insoweit also kein Anordnungsrecht besteht.

Fragwürdig ist auch der vom Gesetzgeber vorgesehene Zeitraum von 30 Tagen, der Voraussetzung ist für ein Anordnungsrecht des Auftraggebers. Dieser Zeitraum erscheint für die in der Baupraxis vorherrschenden Bauabläufe realitätsfremd zu sein. Einerseits ist zu begrüßen, dass überhaupt ein Anordnungsrecht eingeräumt wurde, andererseits möchte der Gesetzgeber den Parteien auch die Möglichkeit einer Lösung schaffen, ohne dass der Auftraggeber sofort sein Anordnungsrecht durchsetzen kann. Dies benötigt sicherlich Zeit. Allerdings provoziert die Regelung dazu, dass Auftragnehmer diesen Zeitraum taktisch nutzen, um den Auftraggeber unter Druck zu setzen.

Ein Problem besteht bereits darin, dass Auftraggeber es vermutlich häufig versäumen werden, ihr Begehren einschließlich des Zugangs beweisbar zu dokumentieren. Im Streitfall kann der Auftragnehmer das Begehren, sei es den Inhalt oder den Zugang, abstreiten. Im Gegensatz zum Anordnungsrecht selbst, das die Textform erfordert, wird für das Begehren keinerlei Formerfordernis vorgesehen.

¹ Vgl. Referentenentwurf, 12, 57

Fraglich erscheint auch das Verhältnis zwischen Auftraggeber, Auftragnehmer und eingeschalteten Architekten und Ingenieuren. Der Gesetzgeber hat vorgesehen, wenn der Auftraggeber die Planungsverantwortung hat, dass der Auftraggeber zunächst eine geänderte Planung vorzulegen hat, damit der Auftragnehmer überhaupt verpflichtet ist, ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung vorzulegen; vgl. § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB. In den neuen Regelungen zum Architekten- und Ingenieurvertrag wird in § 650q Abs. 1 BGB auf die Regelung des § 650b BGB im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Architekt/Ingenieur verwiesen. Dies bedeutet allerdings, dass, damit der Auftraggeber überhaupt dem Auftragnehmer die geforderte Planung vorlegen kann, er seinerseits bereits seinem von ihm beauftragten Architekten/Ingenieur 30 Tage einräumen muss, damit dieser darüber entscheidet, ob er diese Planung zu machen hat oder nicht.

Hier liegen Wertungswidersprüche auf der Hand, da vermutlich der Auftraggeber, wenn der Architekt/Ingenieur diesen Zeitraum ausschöpft, nicht in der Lage sein wird, dem Auftragnehmer die entsprechende Planung innerhalb des Zeitfensters von 30 Tagen vorzulegen. Ohne diese Planung ist aber der Auftragnehmer im Verhältnis zum Auftraggeber nicht verpflichtet, ein Angebot für die Minder- oder Mehrvergütung vorzulegen.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob der Gesetzgeber bedacht hat, dass diese Zeitabläufe nicht aufeinander abgestimmt sind. Die Vorlage der Planung ist Voraussetzung lediglich für das Angebot des Auftragnehmers, nicht aber für das Anordnungsrecht des Auftraggebers selbst. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber nach Ablauf der 30 Tage ab Zugang des Begehrens gegenüber dem Auftragnehmer, gegenüber dem Auftragnehmer eine Anordnung treffen kann. In diesem Zeitpunkt kann es aber sein, dass noch gar kein Angebot des Auftragnehmers vorliegt, da dieser nicht verpflichtet war, dieses Angebot zu erstellen, weil die Planung fehlt.

Es sind eine Vielzahl von Konstellationen denkbar, die Konfliktpotential bergen. Es könnte sein, dass der Auftragnehmer schlichtweg ein „Blindangebot“ unterbreitet, auch wenn die Planung noch nicht vorliegt. Dann muss der Auftraggeber entscheiden, ob er dieses Angebot akzeptiert oder nicht. Fakt ist, dass er unter zeitlichen Druck gerät, da ein Baustopp droht bzw. die sehr lange 30-Tagesfrist am Bau eventuell Mehrkosten produziert, als der streitgegenständliche Nachtrag selbst.

Fraglich ist die Situation aber nicht nur in dieser Konstellation Auftraggeber und Planer, ähnliche Probleme begegnen auch in der Nachunternehmerkette. Es ist häufig so, dass zwar der Auftraggeber gegenüber seinem Auftragnehmer eine entsprechende Anordnung treffen kann, umgekehrt aber der Auftragnehmer kein Angebot seinem Auftraggeber vorlegen kann, da er seinerseits auf ein Angebot seines Nachunternehmers angewiesen ist. Diesem wird aber bei Geltung des gesetzlichen Werkvertragsrechts ebenfalls die 30-Tagesfrist eingeräumt, so dass unklar ist, wie der Auftragnehmer gegenüber seinem Auftraggeber die Pflicht zur Abgabe des Angebots für Mehr- und Minderleistungen fristgerecht erfüllen soll, wenn sein eigener Nachunternehmer noch gar nicht verpflichtet werden kann.

Es zeichnet sich bereits durch die gesetzliche Regelung ab, dass „gut gemeint“ nicht automatisch bedeutet, „gut gemacht“. Das Konfliktpotential liegt auf der Hand, die Rechtsprechung wird sich zu diesen Fragestellungen positionieren müssen. Die Regelungen erscheinen wenig praxistauglich. Das System funktioniert dann gut, wenn die Parteien kooperieren. Allerdings kann der Gesetzgeber, wenn er eine 30tägige Verhandlungsphase einräumt, nicht erwarten, dass dann die am Bau Beteiligten dies auch umsetzen können, wenn sie dies überhaupt wollen.

Fraglich ist auch, was der Gesetzgeber unter dem Begriff „Planung“ verstehen möchte. Handelt es sich dabei klassisch um Pläne im Sinne von Zeichnungen oder auch um geänderte Leistungsverzeichnisse? Auch hier lässt das Gesetz Konturen vermissen, die Auslegung derartiger „unbestimmter Rechtsbegriffe“ lädt zum Streit ein. Dabei wird zusätzliches Konfliktpotential geschaffen, über das eigentliche Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hinaus, im Verhältnis zu Architekten und Ingenieuren bzw. in der Nachunternehmerkette.

Fraglich ist auch, wie der Auftragnehmer das Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB zu kalkulieren hat. Der Gesetzgeber macht hierzu keine zwingenden Vorgaben. Vermutlich wird man auf die vom Gesetzgeber nachfolgende vorgenommenen Vorschriften zu § 650c BGB abstellen müssen. Dies bedeutet, dass das Angebot sich entweder an den tatsächlich erforderlichen Kosten (§ 650c Abs. 1 Satz 1 BGB) oder an der vereinbart hinterlegten Urkalkulation nach § 650c Abs. 2 BGB zu orientieren hat.

Fraglich ist auch, welche Konsequenzen es hat, wenn der Auftragnehmer entgegen seiner Pflicht, gar kein Angebot vorlegt. Eine ausdrückliche Sanktion sieht das Gesetz hierfür nicht vor.

Tipps an Auftragnehmer:

Dem Auftragnehmer ist zu empfehlen, beweisbar zu dokumentieren, wenn er ein Angebot unterbreitet hat. Das Angebot sollte sich an die beiden Alternativen des § 650c BGB orientieren.

Fraglich ist auch, was der Gesetzgeber im einzelnen unter der „Zumutbarkeit“ versteht.

Es ist zunächst zu unterscheiden, worauf sich das Begehren richtet.

Im Falle der Alternative 1, d. h. im Falle einer Änderung des vereinbarten Werkerfolges, steht dem Auftragnehmer eher eine Einwendung zu, als wenn der Auftragnehmer lediglich – wenn auch geändert – verpflichtet wird, den ursprünglichen Werkerfolg herbeizuführen.

Dem Referentenentwurf ist zumindest zu entnehmen, welche Vorstellungen den Gesetzgeber geleitet haben².

Mögliche Kriterien einer Unzumutbarkeit sind:

- die technischen Möglichkeiten,
- die Ausstattung,
- die Qualifikation des Auftragnehmers,
- Kollision mit anderen Aufträgen.

Im Falle der Alternative 2, d. h. das Begehren ist gerichtet auf den ursprünglichen Erfolg, gibt es keine ausdrücklich im Gesetz erwähnte Einwendung in Bezug auf die Zumutbarkeit. Der Auftragnehmer ist allerdings hier nicht gänzlich schutzlos.

Gegenüber Anordnungen des Auftraggebers nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB kann sich der Auftragnehmer nur auf die gesetzliche Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB berufen³. Dies bedeutet eine Interessensabwägung, was den Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber strukturell schwächer stellt, als die ausdrücklich

² Vgl. Referentenentwurf, 56

³ Vgl. Referentenentwurf, 57

geregelt. Zumutbarkeitsschwelle im Parallellfall der Änderung des ursprünglich vereinbarten Werkerfolgs.

Gem. § 650b Abs. 1 Satz 3 BGB ist der Auftragnehmer im Rahmen der Zumutbarkeit beweisbelastet für die betriebsinternen Vorgänge, die die Unzumutbarkeit begründen. Demzufolge dürfte im Umkehrschluss für andere als betriebsinterne Vorgänge, die Beweislast beim Auftraggeber liegen.

Fraglich ist, was geschieht, wenn sich die Parteien nur über die Änderung, nicht aber über die sich hieraus ergebende Anpassung der Vergütung einigen.

Gem. dem Wortlaut dürfte hier § 650c Abs. 3 BGB einschlägig sein, nicht § 650b Abs. 2 BGB.

2.1.3. Bewertung

Im Ergebnis ist die Neuregelung des BGB ein Schritt in die richtige „Richtung“. Allerdings erscheint die „Feinjustierung“ wenig gelungen. Streitpotential wurde unnötig geschaffen. Ein weiteres Problem ist, dass das Nachtragssystem des BGB erheblich vom Nachtragssystem der VOB/B abweicht, so dass die Gefahr besteht, dass bei einem Verlust der Privilegierung durch eine unbedachte Abweichung von der VOB/B die Parteien sich bei Nachträgen überraschend am BGB-System orientieren müssen. Es wird derzeit überwiegend vertreten, dass die Regelungen des §§ 1, 2 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht standhalten.

2.2. Vergütungsanpassung nach BGB

2.2.1 Regelung der Vergütungsanpassung

Der Gesetzgeber hat in § 650c BGB abweichend von der VOB/B zwei alternative Möglichkeiten geregelt, wie der Auftragnehmer seinen Anspruch auf Mehrvergütung berechnen kann. Dies ist in § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB geregelt. In § 650c Abs. 3 BGB befasst sich das Gesetz mit der Fälligkeit der Mehrvergütung.

Die beiden Alternativen lassen sich tabellarisch wie folgt darstellen:

Anspruch AN auf Vergütung	
§ 650c Abs. 1 BGB	§ 650c Abs. 2 BGB
tatsächlich erforderliche Kosten + angemessene Zuschläge für AGK, Wagnis, Gewinn	Urkalkulation, wenn vereinbarungsgemäß hinterlegt, widerlegbare Vermutung für Angemessenheit des Preises
Kein Anspruch im Fall § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB für vermehrten Aufwand, wenn Planung beim AN	Kein Anspruch im Fall § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB für vermehrten Aufwand, wenn Planung beim AN

Der Tabelle lässt sich entnehmen, dass die Vergütung einerseits nach den **tatsächlichen erforderlichen Kosten** mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten (AGK) sowie für Wagnis und Gewinn (WuG) abgerechnet werden können.

§ 650c Abs. 1 Satz 2 BGB schränkt den Anspruch des Auftragnehmers ein, wenn die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage Bestandteil der Leistungspflicht des Auftragnehmers ist und die Änderung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist.

Gem. § 650c Abs. 2 BGB kann der Auftragnehmer auch auf Grundlage einer vereinbarungsgemäß hinterlegten **Urkalkulation** abrechnen, vgl. § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB. In § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB ist die Vermutung enthalten, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 BGB entspricht.

Vergütungsanpassung: Vergleich zur VOB/B	
VOB/B	§ 650c BGB
<ul style="list-style-type: none"> - § 2 Abs. 6 VOB/B <i>„Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung [...]“</i> <i>Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung [...]“</i> - Preisfortschreibung auf der Grundlage des Vertragspreisniveaus (Basis Urkalkulation) 	<ul style="list-style-type: none"> - § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB <i>„Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.“</i> - § 650c Abs. 2 BGB <i>„Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.“</i>

Sofern sich die Parteien nicht über die Höhe der Mehrvergütung geeinigt haben und es hierüber auch keine anderslautende gerichtliche Entscheidung gibt, kann der Auftragnehmer im Rahmen einer Abschlagsforderung (gleichgültig, ob vereinbart oder auf § 632a BGB gestützt) **in Höhe von 80 %** der Mehrvergütung, wie sie in einem Angebot, das der Auftragnehmer gem. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB vorgelegt hat, enthalten ist, ansetzen, vgl. § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB.

Sofern der Auftragnehmer gem. § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB vorgeht und keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht, ist die nach § 650c Abs. 1 und 2 BGB geschuldete Mehrvergütung gem. § 650c Abs. 3 Satz 2 BGB erst nach der Abnahme des Werkes fällig.

In § 650c Abs. 3 Satz 3 BGB wird ein Rückgewähranspruch des Auftraggebers geregelt, falls insoweit eine Zahlung nach § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB, die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigt, geregelt. Der Anspruch ist ab Eingang der Zahlung beim

Auftragnehmer zu verzinsen. Hinsichtlich der Verzinsung wird auf die Bestimmungen der §§ 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 289 Satz 1 BGB verwiesen.

2.2.2 Probleme der Neuregelung

Fraglich ist, wie die tatsächlich erforderlichen Kosten ermittelt werden. Sind die kalkulierten oder die tatsächlichen Kosten der ursprünglichen Leistung maßgebend? Ausführungen finden sich nur im Regierungsentwurf. Heißt es:

„Bei der Ermittlung des veränderten Aufwands nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären und den Istkosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu binden. Die Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.“⁴

Eingeschränkt werden die so ermittelten Kosten durch die Formulierung „**erforderlichen**“ Kosten. Damit sollen unwirtschaftliche Verhaltensweisen den Auftragnehmers nicht erstattungsfähig sein. Auch an dieser Stelle zeichnet sich Konfliktpotential ab.

Fraglich ist auch, was der Gesetzgeber unter den **angemessenen** Zuschlägen für AGK und WuG versteht. Nach dem Regierungsentwurf soll dabei allerdings nicht für die Angemessenheit auf die vom Auftragnehmer in der Urkalkulation angesetzten Zuschläge abgestellt werden⁵.

Fraglich ist auch der Verlust eines Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers, wenn seine Leistungspflicht nach § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB auch die Planung umfasst und eine Änderung erforderlich ist, damit der vertraglich vereinbarte Werkerfolg erreicht wird. Man denke in diesem Zusammenhang nur an „Sowiesokosten“, die bei wortgetreuer Auslegung der gesetzlichen Vorschrift dann nicht erstattungsfähig wären.

Fraglich ist auch, wie mit Minderkosten umzugehen ist. Der Gesetzestext beschäftigt sich lediglich mit Mehrkosten. Auch zu diesem Themenkreis schweigt sich das Gesetz aus.

Gem. § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB kann der Auftragnehmer auch auf Basis der Urkalkulation abrechnen. Voraussetzung ist gem. dem Wortlaut allerdings, dass die Urkalkulation vereinbarungsgemäß hinterlegt wurde. Fehlt eine entsprechende vertragliche Regelung, kann auf diese Vorschrift nicht zurückgegriffen werden.

Tipps an Auftraggeber:

Auftraggeber, die eine Abrechnung nach Kalkulation verhindern wollen, können dies einfach dadurch erreichen, in dem sie im Bauvertrag keine Regelungen aufnehmen bezüglich einer hinterlegten Urkalkulation.

Fraglich ist, in welcher Form die Urkalkulation zu hinterlegen ist. Das Gesetz schweigt sich auch hierzu aus. In der Begründung des Gesetzes heißt es lediglich, dass die Vermutungswirkung nur eingreifen kann, wenn die Urkalkulation „ausreichend aufgeschlüsselt“ ist⁶. Darin erschöpft sich die Auskunft des Gesetzes. Auch hier ist wieder Konfliktpotential vorhanden.

⁴ BT-Drs. 18/8486, 56

⁵ Vgl. BT-Drs. 18/8486, 56

⁶ Vgl. BT-Drs. 18/8486, 56

Fraglich ist auch, was der Gesetzgeber mit dieser Trennung der beiden Berechnungsmethoden beabsichtigt, wenn er andererseits in § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB eine Vermutung regelt, wonach eine auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht. Diese Vermutung soll allerdings widerleglich sein. Es werden damit letztlich die verschiedenen Berechnungsmethoden vermengt, da dann im Rahmen der zweiten Berechnungsvariante so getan wird, als entspreche dieser der ursprünglichen Variante.

Fraglich ist auch, wie berechnet werden soll, wenn die Vermutung widerlegt wird. Kann der Auftragnehmer den Nachtrag dann immer noch auf Basis der Urkalkulation abrechnen?

Im Ergebnis ist kritisch anzumerken, dass in diesem Bereich, obwohl eines der zentralen Themen der Baurechtsreform, der Gesetzgeber keine klaren Regelungen getroffen hat. Es ist ersichtlich, dass damit erhebliches Konfliktpotential provoziert wird. Es wäre vermutlich einfacher gewesen, schlichtweg auf eine Urkalkulation abzustellen oder deren Hinterlegung verpflichtend vorzusehen. In diesem Zusammenhang erscheinen die Regelungen der VOB/B, trotz der zuletzt geübten Kritik in der Literatur an den Bestimmungen der §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B transparenter zu sein.

Fraglich ist auch die Regelung des Gesetzgebers zur 80 %-Regelung bezüglich der Angebotssumme. Der Auftraggeber wird verpflichtet, in Höhe von 80 % der Angebotssumme eine Abschlagsrechnung des Auftragnehmers zu bezahlen. Regelungen, wie dieses Angebot auszugestalten ist, fehlen. Der Auftraggeber wird letztendlich auf einen Rückforderungsanspruch verwiesen, den er hat, wenn sich dann herausstellt, dass das Angebot überzogen ist.

Damit trägt der Auftraggeber das Risiko eines Zahlungsausfalls, wenn der Auftragnehmer nicht mehr liquide ist.

Der Auftraggeber kann diese Situation nur dadurch umgehen, in dem er eine gerichtliche Entscheidung herbeiführt. In diesem Zusammenhang dürfte der einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB Bedeutung zukommen, allerdings stellt sich auch hier die Frage, wie diese komplexen Fragen im Rahmen eines derartigen Verfahrens kurzfristig gelöst werden sollen.

Fraglich bzw. zumindest unglücklich formuliert ist auch § 650c Abs. 3 Satz 2 BGB. Nach dem Wortlaut scheint es so zu sein, dass der Auftragnehmer seine Abschlagsforderung erst durchsetzen kann, wenn die Abnahme erfolgt ist. Dies widerspricht aber dem Sinn und Zweck einer Abschlagsrechnung, die grundsätzlich vor Abnahmereife gestellt wird. Klarheit bringt insoweit der Regierungsentwurf:

„Kommt die vorläufige Berechnung der Abschläge nach der 80 %-Regel zur Anwendung, erfolgt die genaue Berechnung der Mehrvergütung erst in der Schlussrechnung. Der Anspruch des Unternehmers auf die nach den Abs. 1 und 2 berechnete Mehrvergütung wird dann erst nach der Abnahme des Werkes fällig (Satz 2).“⁷

Es geht damit bei der hier vorliegenden Fälligkeitsregelung nur um den Teil der Mehrvergütung, der die 80 %-Regelung des Angebots übersteigt. Folglich kann der Auftragnehmer den Teil, der über die 80 %-Schwelle des Angebots hinausgeht, erst nach Abnahme und mit der Schlussrechnung fällig stellen.

⁷ Vgl. BT-Drs. 18/8486, 57

Tipp an Auftraggeber:

Auftraggebern ist zu empfehlen, kurzfristig eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, um einer überhöhten Zahlung vorzubeugen. Ansonsten droht die Gefahr, einen Rückgewähranspruch einklagen zu müssen.

§ 650c Abs. 3 BGB

- keine Einigung über Höhe der Vergütung
- keine anderslautende gerichtliche Entscheidung

AN kann 80% der in einem Angebot genannten Mehrvergütung in der Abschlagsrechnung quasi als „vorläufige Pauschalierung“ ansetzen.

AN kann 20% der Mehrvergütung erst nach Abnahme geltend machen.

§ 650c Abs. 3 Satz 3 BGB

Rückzahlungsanspruch des AG gegen AN, sofern aufgrund der 80% Regelung eine Überzahlung eingetreten ist.

Verzugsunabhängige Verzinsung mit Eintritt der Überzahlung
9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz
5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz
§§ 650c Abs. 3 Satz 4, 288 Abs. 2 BGB

AG zahlt entgegen § 650c Abs. 3 BGB die geforderten 80% in der Abschlagsrechnung des AN nicht.

Folge

- Einstellung Leistung nach § 320 BGB
- Kündigung nach § 648a BGB aus wichtigem Grund nach erfolgloser Fristsetzung
- Einstweilige Verfügung nach § 650d BGB auf Zahlung der Abschlagsrechnung

2.2.3. Bewertung

Die Neuregelung des BGB ist eine Abweichung von der VOB/B. Das Gesetz beschreitet Neuland. Der bei VOB/B-Verträgen jahrzehntelang gültige Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ gilt bei einem BGB-Werkvertrag nicht mehr. Es stellt sich auch hier die Frage, ob die Neuregelung glücklich ist, indem von einer langjährigen Tradition der Nachtragsberechnung abgewichen wird. Ähnlich wie beim Anordnungsrecht selbst, werden auch die Folgen im Gesetz anders geregelt. Es besteht auch hier die Gefahr, dass Parteien, die einen VOB/B-Vertrag schließen und unbewusst von der VOB/B abweichen, schnell mit einem komplett neuen Nachtragssystem konfrontiert werden, das sie nicht einkalkuliert hatten. Es wird auch in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass die §§ 1, 2 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nicht standhalten werden.

3. Zusammenfassung

Das Kernstück der Bauvertragsreform ist das Anordnungsrecht und die Vergütungsanpassung nach BGB. Es bleibt abzuwarten, ob die neue Systematik praxistauglich ist. Tatsache ist, dass neue Begriffe und Handlungsabläufe ein hohes Streitpotential schaffen. Es ist für die am Bau Beteiligten zu hoffen, dass der Kooperationsgedanke gelebt wird, so dass die Neuregelung funktioniert. Leider wurde es versäumt, die VOB/B anzupassen, so dass sie auch einer isolierten Inhaltskontrolle Stand hält. Derzeit ist völlig offen, ob die Regelungen der VOB/B bei einem Verlust der Privilegierung noch gelten oder ob an deren Stelle die §§ 650b, c BGB treten. In der Literatur wird derzeit überwiegend die Auffassung vertreten, dass Abweichungen von der VOB/B für den Verwender der VOB/B äußerst nachteilig werden, insbesondere für die Auftraggeberseite. In der Vertragsgestaltung wird man, sofern Wahlfreiheit besteht, entweder den Werkvertrag auf Basis des BGB formulieren oder aber möglichst jegliche Abweichung von der VOB/B vermeiden.