

Das neue Bauvertragsrecht.
Anordnungsrecht des Bestellers.
§ 650 b BGB n.F.
newsletter #2

ENGELMANN LEGAL

Rechtsanwaltskanzlei

Das Anordnungsrecht des Bestellers. § 650 b BGB n.F.



Ab dem **01.01.2018** gelten für alle Verträge, die ab diesem Zeitpunkt geschlossen werden, die durch das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrecht [...]“ verabschiedeten Vorschriften, mit denen erstmalig spezialgesetzliche *Regelungen zum Bauvertrag* eingeführt werden. Ein Bauvertrag gem. § 650 a BGB n.F. „*ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon*“.

Die wohl bedeutendste Neuerung betrifft die Regelung des § 650 b BGB n.F., mit der erstmals ein *gesetzliches Anordnungsrecht des Bestellers [=Auftraggeber]* geregelt wird.

Zwar sieht die VOB/B seit Langem ein solches Recht des Bestellers, nach Vertragsschluss einseitige Änderungen des Leistungssolls anzuordnen, vor. Allerdings gilt dies bislang nur für – i.d.R. größere – Bauvorhaben, bei denen die Regelungen der *VOB/B ausdrücklich als Vertragsbestandteil* vereinbart worden sind.

Im Folgenden sollen die Grundzüge des neuen Anordnungsrechts dargestellt werden.

Das Anordnungsrecht des Bestellers. Einigungsmodell.



Bevor der Besteller die Modifikation des beauftragten Bauwerkes einseitig anordnen kann, sieht das Gesetz das Scheitern einer einvernehmlichen Anpassung des Bauvertrages durch die Parteien vor.

§ 650 b BGB n.F. sieht ein sog. „*Einigungsmodell*“ vor, das in der Praxis zu einigen Unsicherheiten und Verzögerungen führen dürfte. Eine Einigung soll sowohl hinsichtlich der Änderung als solcher, als auch hinsichtlich der daraus resultierenden Anpassung der Vergütung erzielt werden.

- Wünscht der Besteller eine Änderung der Leistung, ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet ein entsprechendes Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, § 650 b Abs.1 BGB n.F.
- Erst wenn „*binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer*“ keine Einigung erzielt wird, ist der Besteller zur einseitigen Anordnung der Änderung berechtigt, § 650 b Abs. 2 BGB n.F.
- Gemäß § 650 c BGB n.F. hat der Unternehmer im Falle der Anordnung durch den Besteller einen aus der Veränderung der Vertragsleistung folgenden [modifizierten] Vergütungsanspruch [*siehe Seite 6*].

Das Anordnungsrecht des Bestellers.

Änderung ist für den Werkerfolg erforderlich.



Gemäß § 650 b Abs. 2 BGB n.F. kann der Besteller bis zur Abnahme entweder eine *Änderung des vereinbarten Werkerfolgs* [siehe Seite 5], oder eine *Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist, anordnen*. Voraussetzung ist, dass eine Einigung nicht erreicht werden konnte [siehe Seite 3].

Eine „*Änderung, die zur Erreichung eines des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist*“ [§ 650 b Abs. 1 Ziffer 2 BGB n.F.], liegt i.d.R. dann vor, wenn eine Lücke zwischen dem vertraglich vereinbarten und bepreisten Leistungsumfang und dem geschuldeten Erfolg besteht.

Ob der Unternehmer eine zusätzliche Vergütung erhält, regelt § 650 c BGB n.F..

Schuldet der Unternehmer auch die [mangelfreie] Planung, kann er für Anordnungen zur Beseitigung von Planungsmängeln keine zusätzliche Vergütung verlangen.

Hat der Besteller dagegen die Planungsverantwortung, führen Anordnungen zur Beseitigung von Planungsfehlern i.d.R. auch zu [zusätzlichen] Vergütungsansprüchen des Unternehmers [siehe auch Seite 6].

Darüber hinaus besteht eine Verpflichtung des Unternehmers zur Abgabe eines Angebotes in diesem Falle nur bzw. erst, wenn der Besteller ihm die hierfür erforderliche Planung zur Verfügung stellt.

Das Anordnungsrecht des Bestellers. Änderung des vereinbarten Werkerfolgs.



Eine „*Änderung des vereinbarten Werkerfolgs* (§ 631 Abs. 2 BGB)“ i.S.v. § 650 b Abs.1 Ziffer 1 BGB n.F. geht weiter und umfasst grundsätzlich auch ein anderes, als das ursprünglich vereinbarte Werk.

Einschränkend muss gemäß § 650 b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. aber „*die Ausführung der Änderung*“ für den Unternehmer *zumutbar sein*.

Das Gesetz erwähnt ausdrücklich *betriebsinterne Vorgänge zur Begründung der Unzumutbarkeit*, für deren Vorliegen der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig ist. Bei anderen, nicht betriebsinternen Gründen, wird – im Umkehrschluss – wohl der Besteller die Zumutbarkeit darzulegen und zu beweisen haben.

Die Frage der Zumutbarkeit ist unter Berücksichtigung und Abwägung der beiderseitigen Interessen zu beurteilen und in der Praxis mit Unsicherheiten behaftet. Ist die Änderung zumutbar, hat der Unternehmer ein Angebot zu unterbreiten und die Änderung bei Anordnung durch den Besteller auszuführen. Ist die Anordnung dagegen unzumutbar, muss er weder ein Angebot erstellen noch die geänderte Leistung erbringen.

Die Anordnung hat in Textform gem. § 126 b BGB zu erfolgen. Eine mündliche Anordnung genügt nicht; es sei denn die Parteien haben ausdrücklich etwas abweichendes vereinbart.

Das Anordnungsrecht des Bestellers.

Anpassung der Vergütung.



Im Falle einer einseitigen Anordnung des Bestellers gemäß § 650 b Abs. 2 BGB n.F. regelt § 650 c BGB n.F. die Anpassung der Vergütung des Unternehmers. Dabei steht dem Unternehmer ein Wahlrecht zu.

Der Unternehmer kann

- entweder eine Vergütung unter Berücksichtigung der *„tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“* verlangen [§ 650 c Abs. 1 BGB n.F.],
- oder *„zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen“* [§ 650 c Abs. 2 BGB n.F.].

Das Wahlrecht kann nur einheitlich, d.h. insgesamt für alle Leistungen eines Nachtrags, ausgeübt werden. Legt der Unternehmer der Berechnung die Urkalkulation zu Grunde, wird gem. § 650 c Abs. 2 S. 2 BGB n.F. vermutet, *„dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.“*

Wenn der Besteller der Meinung ist, dass niedrigere Kosten entstanden sind als sich bei Fortschreibung der Urkalkulation ergeben, hat er diese im Zweifel darzulegen und zu beweisen.

Das Anordnungsrecht des Bestellers.

Erhöhte Abschlagszahlung.



Haben sich die Parteien nicht über die Höhe der Nachtragsvergütung geeinigt, kann der Unternehmer 80% der in dem [Nachtrags-] Angebot gem. § 650 b Abs. 1 S. 2 BGB n.F. genannten [Mehr-] Vergütung im Rahmen von [vereinbarten oder gem. § 632 a BGB geschuldeten] Abschlagszahlungen fordern; vgl. **§ 650 c Abs. 3 BGB n.F.**

Der Besteller hat die Möglichkeit die Vergütung im Wege einer einstweiligen gerichtlichen Verfügung herabsetzen zu lassen, wenn er die angesetzte Vergütung für überhöht hält; vgl. § 650 d BGB n.F. [siehe auch Seite 8].

Wählt der Unternehmer den o.g. Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die gem. §§ 650 c Abs. 1 und 2 BGB n.F. [abschließend] geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes zur Zahlung fällig, § 650 c Abs. 3 S. 2 BGB n.F.

Etwaige Überzahlungen sind dem Besteller [verzinst] zu erstatten, § 650 c Abs. 3 S. 3 BGB n.F.

Das Anordnungsrecht des Bestellers.

Einstweilige Verfügung.



Besteht zwischen den Parteien Streit über das Bestehen des Anordnungsrechts gemäß § 650 b BGB n.F., oder die Vergütungsanpassung gemäß § 650 c BGB n.F., sieht **§ 650 d BGB n.F.** insofern eine Erleichterung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung vor, als es nach Beginn der Bauausführung keiner – sonst erforderlichen – „Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes“ bedarf.

Gesetzgeberisches Ziel ist es, einerseits einen Baustillstand zu vermeiden, wenn Streit über die Anordnung und die Zumutbarkeit der Änderung besteht, andererseits aber auch Liquiditätsengpässe zu vermeiden.

Der Unternehmer erhält die Möglichkeit schnell eine gerichtliche Entscheidung über den angepassten/erhöhten Abschlagszahlungsanspruch gemäß § 650 c Abs. 3 BGB n.F. zu erlangen.

Der Besteller kann die Herabsetzung einer überhöhten Abschlagsforderung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgen, oder aber den Unternehmer verpflichten, eine von diesem zu Unrecht für unzumutbar erklärte Anordnung zu befolgen.

Flankiert wird die Erleichterung des einstweiligen Rechtsschutzes durch die ab 01.01.2018 vorgesehene Einführung von spezialisierten Baukammern bei den Landgerichten. [*siehe newsletter#1 „Das neue Bauvertragsrecht. Ein Überblick.“*]

Das Anordnungsrecht des Bestellers.

Ausblick.



Das bisherige Werkvertragsrecht trägt der Komplexität von Bauvorhaben nicht ausreichend Rechnung. Die Einführung von speziellen Regelungen zum Bauvertrag ist daher zu begrüßen.

Nachträgliche Änderungen oder zusätzliche Leistungen im Zuge der Realisierung eines Bauvorhabens sind in der Praxis eher die Regel, so dass auch insofern ein Regelungsbedürfnis besteht.

Bei größeren Bauvorhaben bzw. Bauverträgen zwischen Unternehmen ist bereits jetzt regelmäßig die VOB/B, welche Regelungen zu geänderten und zusätzlichen Leistungen enthält, Vertragsbestandteil. Ob das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers nach der VOB/B im Hinblick auf das ab 01.01.2018 gesetzlich normierte „Einigungsmodell“ einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhält, scheint - jedenfalls wenn die VOB/B [wie häufig] nicht als Ganzes vereinbart wird - fraglich.

Das recht komplexe Prozedere gem. § 650 b BGB n.F. kann zu erheblichen Verzögerungen des Bauablaufs und Streitigkeiten zwischen den Parteien führen. Konfliktpotential besteht auch insofern, als es für das Anordnungsrecht auf den unbestimmten Rechtsbegriff der „*Zumutbarkeit*“ ankommt.

Die offenen Fragen müssen im Zweifel von der Rechtsprechung beantwortet werden, wenn sich die Parteien nicht einigen, oder mögliche Streitpunkte ggf. vorausschauend individualvertraglich geregelt haben.

Es ist mit einer Zunahme von einstweiligen Verfügungsverfahren im Rahmen von Bauvorhaben zu rechnen.



Tel. 06032 / 9497560
kanzlei@engelmann-legal.de
engelmann-legal.de