

Das neue Bauvertragsrecht

Vergütungsanpassung bei
Leistungsmodifikationen –
Gottes Werk oder Teufels Beitrag

Friedberg, den 07.02.2018

Dr. Birgit Franz
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | Köln | München



KÖLN

Dr. Birgit Franz
Dr. Oliver Homann
Stefan Jochen Hanke, LL.M.
Ulrich Neumann
Dr. Martin Büdenbender
Dr. Andreas Bahner

Leonie Klönne
Malte Offermann
Ann-Kristin Jordan
Anna Mergens
Pascal Göpner

KONTAKT
Hohenzollernring 21-23
50672 Köln
Tel. +49 (0)221 - 29 21 94 - 0
koeln@leinemann-partner.de

07.02.2018

Dr. Birgit Franz

2

Vergütungsanpassung - Ursprung



1. Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen
Geschichte ↔ Zukunft
Motive für die Änderung
Ansatz berechtigt?
Umsetzung geglückt?
2. Rechtsschutz
Kurzer Ausblick

Urteilen Sie selbst!

1. Vergütungsanpassung

1. Vergütungsanpassung (1/35)

§ 1 Abs. 4 VOB/B → § 2 Abs. 6 VOB/B Besondere Vergütung



„§ 2 Abs. 6

- Nr. 1 Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.
- Nr. 2 Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistungen. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren. “

1. Vergütungsanpassung (2/35)

§ 1 Abs. 3 VOB/B → § 2 Abs. 5 VOB/B Neuer Preis



§ 2 Abs. 5

„Werden durch Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.“

1. Vergütungsanpassung (3/35)

Grundlage des Preises

- Grundlagen der Preisermittlung, § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B
- ⇒ Urkalkulation, bedeutet Angebots- bzw. Auftragskalkulation
- Gilt unstreitig auch für § 2 Abs. 5 VOB/B

2. Vergütungsanpassung (4/35)

Beispielsfall 1 zusätzliche Leistung bei Vereinbarung der VOB/B:

- 500 m³ Bodenaushub und Entsorgung des Aushubs ausgeschrieben
Entsorgungskosten für Aushubmaterial mit 15,00 €/m² kalkuliert. Der AG ordnet entsprechenden Aushub an anderer Stelle an. Es müssen weitere 700 m³ ausgehoben und entsorgt werden.
- vergleichbare Position

Lohnkosten – Personal, 0,5 h/m × 41,50 EUR/h	20,75 EUR/m ³
Entsorgungskosten	15,00 EUR/m ³
Gerätekosten	<u>5,50 EUR/m³</u>
Einzelkosten der Teilleistung (EKT)	41,25 EUR/m ³
BGK 12%	<u>4,95 EUR/m³</u>
Herstellkosten	46,20 EUR/m ³
AGK 10%	4,62 EUR/m ³
WuG 5%	<u>2,36 EUR/m³</u>
Einheitspreis	53,18 EUR/m ³

2. Vergütungsanpassung (5/35)

Beispielfall 1 zusätzliche Leistung bei Vereinbarung der VOB/B:

Zusätzliche Vergütung im Falle der Kalkulation eines **guten Preises**

Entsorgungskosten 500 m ³		
Kalkuliert	15,00 EUR/m ³	7.500,00 EUR
Tatsächlich aufzuwenden	10,00 EUR/m ³	<u>5.000,00 EUR</u>
		+ 2.500,00 EUR
Ausgeführt weitere 700 m ³		
Preisermittlungsgrundlage HV	15,00 EUR/m ³	10.500,00 EUR
Tatsächlich aufzuwenden	10,00 EUR/m ³	<u>7.000,00 EUR</u>
		+ 3.500,00 EUR

⇒ Vergabegewinn erhöht sich um EUR 3.500,00

2. Vergütungsanpassung (6/35)

Beispielfall 1 zusätzliche Leistung bei Vereinbarung der VOB/B:

Zusätzliche Vergütung im Falle der Kalkulation eines schlechten Preises

Entsorgungskosten 500 m ³		
Kalkuliert	15,00 EUR/m ³	7.500,00 EUR
Tatsächlich aufzuwenden	20,00 EUR/m ³	<u>10.000,00 EUR</u>
		- 2.500,00 EUR
Ausgeführt weitere 700 m ³		
Preisermittlungsgrundlage HV	15,00 EUR/m ³	10.500,00 EUR
Tatsächlich aufzuwenden	20,00 EUR/m ³	<u>14.000,00 EUR</u>
		- 3.500,00 EUR

⇒ Vergabeverlust erhöht sich um EUR 3.500,00

1. Vergütungsanpassung (7/35)

Beispielfall 2 Leistungsänderung bei Vereinbarung der VOB/B:

- Abbruch einer Wand
Änderung des Abbruchmaterials von unbelastetem in belastetes Material
Entsorgungskosten mit 15,00 €/m² kalkuliert, auf 45,00 €/m² erhöht.

- vergleichbare Position	
Lohnkosten – Personal, 0,5 h/m × 41,50 EUR/h	20,75 EUR/m ³
Entsorgungskosten	15,00 EUR/m ³
Gerätekosten	<u>5,50 EUR/m³</u>
Einzelkosten der Teilleistung (EKT)	41,25 EUR/m ³
BGK 12%	4,95 EUR/m ³
Herstellkosten	46,20 EUR/m ³
AGK 10%	4,62 EUR/m ³
WuG 5%	<u>2,36 EUR/m³</u>
Einheitspreis	53,18 EUR/m ³

1. Vergütungsanpassung (8/35)

Beispielfall 2 Leistungsänderung bei Vereinbarung der VOB/B:

Zusätzliche Vergütung

Lohnkosten – Personal, 0,5 h/m × 41,50 EUR/h	20,75 EUR/m ³
Entsorgungskosten belastetes Material	
Kalkuliert	15,00 EUR/m ³
Mehrkosten EUR 45,00 – kalkulierter EUR 15,00 =	30,00 EUR/m³
Gesamt	45,00 EUR/m ³
Gerätekosten	5,50 EUR/m ³
Zusätzliche Schutzmaßnahmen <u>20,00 EUR/m³</u>	
Einzelkosten der Teilleistung (EKT)	91,25 EUR/m ³

2. Vergütungsanpassung (9/35)

Beispielsfall 2 Leistungsänderung **bei Vereinbarung der VOB/B:**

- AN hätte für Entsorgung nicht die kalkulierten 15,00 EUR/m³, sondern 10,00 EUR/m³ aufwenden müssen.

Vergabegewinn 5,00 EUR/m³ geht verloren

- AN hätte für die Entsorgung nicht die kalkulierten 15,00 EUR/m³, sondern 20,00 EUR/m³ aufwenden müssen.

Vergabeverlust 5,00 EUR/m³ geht verloren

2. Vergütungsanpassung (10/35)

Ziel der gesetzlichen Regelung:

- Ende der Spekulation mit der Fortschreibung von Vertragspreisen
- Ende der Bindung des AN an unterkalkulierte Preise

5. Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen (11/35)

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2



- (1) ¹ 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.

² Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des §650b Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

(...)

2. Vergütungsanpassung (12/35)

Beispielsfall 1 zusätzliche Leistung nach neuem Bauvertragsrecht:

Zusätzliche Vergütung im Falle der Kalkulation eines guten Preises von 15,00 EUR/m³ statt hypothetisch aufzuwendender 10,00 EUR/m³.

Entsorgungskosten 500 m ³		
Kalkuliert	15,00 EUR/m ³	7.500,00 EUR
Tatsächlich aufzuwenden	10,00 EUR/m ³	<u>5.000,00 EUR</u>
		+ 2.500,00 EUR

Zusätzliche Menge 700 m ³		
Tatsächlich aufzuwenden	10,00 EUR/m ³	7.000,00 EUR

⇒ Vergabegewinn von EUR 2.500,00 bleibt erhalten

2. Vergütungsanpassung (13/35)

Beispielsfall 1 zusätzliche Leistung bei Vereinbarung der VOB/B:

Zusätzliche Vergütung im Falle der Kalkulation eines schlechten Preises von 15,00 EUR/m³ statt hypothetisch aufzuwendender 20,00 EUR/m³.

Entsorgungskosten 500 m ³		
Kalkuliert	15,00 EUR/m ³	7.500,00 EUR
Tatsächlich aufzuwenden	20,00 EUR/m ³	<u>10.000,00 EUR</u>
		- 2.500,00 EUR
Zusätzliche Menge 700 m ³	20,00 EUR/m ³	14.000,00 EUR

⇒ Vergabeverlust von EUR 2.500,00 bleibt erhalten

2. Vergütungsanpassung (14/35)

Kein Anspruch auf geänderte Vergütung:

- Wenn Leistungspflicht des Unternehmers die Planung umfasst
- Gedanke: Planung des Unternehmers weist einen Fehler auf
- Dann ist Änderung zur Erreichung der Funktionalität erforderlich
- Vergütungsrisiko für Planung muss bei Unternehmer liegen
- Nur soweit die Leistung funktional beschrieben ist
- Nicht bei der Übertragung von Teilplanungsleistungen, z. B. der Ausführungsplanung
- ⇒ Nie im Fall einer Änderung des Werkerfolgs gemäß § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB

5. Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen (15/35)

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2



(1) ¹ 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.

² Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

(2) ¹ Der Unternehmer **kann** zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäßen hinterlegten **Urkalkulation** zurückgreifen. ² Es wird **vermutet**, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

(...)

2. Vergütungsanpassung (16/35)

Rückgriff auf Urkalkulation

- Widerlegbare Vermutung, dass kalkulierte Preise den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen
- Aussagekräftige Kalkulation erforderlich
- Fehlt eine aussagekräftige Urkalkulation, so Vergütung nur auf Nachweis der erforderlichen Kosten
- Muss vereinbarungsgemäß hinterlegt sein
- Zeitpunkt der Hinterlegung ist nicht bestimmt → kann auch noch nach Abschluss der Bauvertrages und nach Baubeginn vereinbart werden

2. Vergütungsanpassung (17/35)

Ermittlung der geänderten Vergütung

- Faktisch Wahlrecht des Unternehmers
- Aber: Auch AG kann Vermutungswirkung der Kalkulation widerlegen
- Abrechnung gesondert für jeden Nachtrag nach kalkulierten Preisen oder tatsächlich erforderlichen Kosten
- Tatsächlich erforderliche Ist-Kosten abzüglich hypothetischer Ist-Kosten
- Nicht berücksichtigungsfähig ist eine unwirtschaftliche Arbeitsweise

2. Vergütungsanpassung (18/35)

Beispielsfall 2 nach neuem Bauvertragsrecht:

Für die Vergütungsanpassung der Entsorgung werden nicht die kalkulierten 15,00 EUR/m³ als Ausgangspunkt, sondern die für den Lieferanten hypothetisch aufzuwendenden geringeren 10,00 EUR/m³ herangezogen.

Entsorgungskosten belastetes Material	45,00 EUR/m ³
Geänderte Entsorgungskosten	
Kalkuliert	15,00 EUR/m ³
Mehrkosten EUR 45,00 – hypothet. anfallender EUR 10,00 =	35,00 EUR/m³
Gesamt	50,00 EUR/m ³

→ Vergabegewinn von 5,00 EUR/m³ bleibt erhalten

2. Vergütungsanpassung (19/35)

Beispielsfall 2 Leistungsänderung nach neuem Bauvertragsrecht:

Für die Vergütungsanpassung der Entsorgung werden nicht die kalkulierten 15,00 EUR/m³ als Ausgangspunkt, sondern die für den Lieferanten hypothetisch aufzuwendenden höheren 20,00 EUR/m³ herangezogen.

Entsorgungskosten belastetes Material	45,00 EUR/m ³
Geänderte Entsorgungskosten	
Kalkuliert	15,00 EUR/m ³
Mehrkosten EUR 45,00 – hypothet. anfallender EUR 20,00 =	25,00 EUR/m³
Gesamt	40,00 EUR/m ³

→ Vergabeverlust von 5,00 EUR/m³ bleibt erhalten

2. Vergütungsanpassung (20/35)

Ermittlung der geänderten Vergütung - Beweislastverteilung

- Preisermittlung gemäß § 650c Abs. 1 BGB
tatsächlich erforderliche Kosten → Beweislast beim Unternehmer
- Preisermittlung gemäß § 650c Abs. 2 BGB
 - Hinterlegte Kalkulation spricht für tatsächlich erforderliche Kosten, soweit hinterlegt
 - Höhere ersparte Kosten → Beweislast beim Besteller
 - ↔ Tatsächlich erforderliche Ist-Kosten → Beweislast beim Unternehmer

2. Vergütungsanpassung (21/35)

Geänderte BGK

- Qualifikation der BGK
- Entstehen durch den Betrieb und die Leistungserbringung auf der einzelnen Baustelle.
- **Der einzelnen Baustelle**, nicht aber den einzelnen Teilleistungen unmittelbar **zuordenbar**.
- Tatsächlich erforderliche BGK ermittelbar!

2. Vergütungsanpassung (22/35)

Anpassung der BGK auf Basis der VOB/B

Bisher herrschende, wenn auch nicht einhellige Praxis:

- Zusätzliche BGK sind im Einzelnen konkret zu ermitteln und tatsächliche Aufwendungen hierfür zu belegen
- Begründung: Modifizierte Leistungen führen nicht gleichzeitig zu einer Änderung des BGK-Apparates
- ⇒ Zusätzliche BGK nur auf Nachweis

2. Vergütungsanpassung (23/35)

Beispielfall 1 bei Vereinbarung der VOB/B:

- Abbruch einer Wand
Änderung des Abbruchmaterials von unbelastet in asbestbelastet
Entsorgung mit 15,00 €/m³ kalkuliert, auf 45,00 €/m³ erhöht.
- vergleichbare Position

Lohnkosten – Personal, 0,5 h/m × 41,50 EUR/h	20,75 EUR/m ³
Entsorgungskosten belastetes Material	45,00 EUR/m ³
Gerätekosten – Betonpumpe	5,50 EUR/m ³
Zusätzliche Schutzmaßnahmen	<u>20,00 EUR/m³</u>
Einzelkosten der Teilleistung (EKT)	91,25 EUR/m ³
BGK	<u>4,95 EUR/m³</u>
12% von EUR 41,25, da keine zusätzlichen BGK nachgewiesen	
Herstellkosten	96,20 EUR/m ³
AGK 10%	9,62 EUR/m³
WuG 5%	<u>4,86 EUR/m³</u>
Einheitspreis	110,68 EUR/m ³

2. Vergütungsanpassung (24/35)

Anpassung der BGK auf Basis der VOB/B

Im Vordringen befindliche Auffassung

- Verursachungsbedingtheit muss, soweit nicht in die Kalkulation eingeflossen, irrelevant bleiben
- Ebenso irrelevant ist die Frage der Kostendeckung; Kostendeckende Kalkulation ist nicht geschuldet.
- ⇒ Soweit als bloßer umsatzabhängiger Zuschlag kalkuliert, ist auch die Nachtragsleistung entsprechend zu bezuschlagen

2. Vergütungsanpassung (25/35)

Beispielfall 1 bei Vereinbarung der VOB/B:

- Abbruch einer Wand
Änderung des Abbruchmaterials von unbelastet in asbestebelastet
Entsorgung mit 15,00 €/m³ kalkuliert, auf 45,00 €/m³ erhöht.
- vergleichbare Position

Lohnkosten – Personal, 0,5 h/m × 41,50 EUR/h	20,75 EUR/m ³
Entsorgungskosten belastetes Material	45,00 EUR/m ³
Gerätekosten – Betonpumpe	5,50 EUR/m ³
Zusätzliche Schutzmaßnahmen	20,00 EUR/m ³
Einzelkosten der Teilleistung (EKT)	91,25 EUR/m ³
BGK 12 %	10,95 EUR/m³
Herstellkosten	102,20 EUR/m ³
AGK 10%	10,22 EUR/m³
WuG 5%	5,11 EUR/m³
Einheitspreis	117,53 EUR/m ³

2. Vergütungsanpassung (26/35)

Anpassung der BGK auf Basis des neuen BGB

Tatsächlich erforderliche Mehrkosten BGK? – wohl ja!

Bedeutet Rückgriff auf die bisherige Praxis zur VOB/B

- Zusätzliche BGK sind im Einzelnen konkret zu ermitteln und tatsächliche Aufwendungen hierfür zu belegen
- Bedürfnis für einen pauschalen Zuschlag besteht hier nicht

2. Vergütungsanpassung (27/35)

Angemessener Zuschlag für AGK

- Angemessene Zuschläge – was ist das???
- Werden unternehmensbezogen auf der Grundlage der zu erwartenden Geschäftsjahresumsätze ermittelt
- Werden abhängig von Größe, Struktur, Leistungsspektrum, Auftragsauslastung etc. des Unternehmens individuell kalkuliert
- Angemessene AGK lassen sich nicht bestimmen
- Werden von den Ereignissen auf der Baustelle regelmäßig nicht unmittelbar beeinflusst
- Tatsächlich erforderliche AGK nicht ermittelbar

2. Vergütungsanpassung (28/35)

Anpassung der AGK auf Basis der VOB/B

Bisher herrschende Praxis:

- Werden mit Zuschlagssatz beaufschlagt

2. Vergütungsanpassung (29/35)

Anpassung der AGK auf Basis des neuen BGB

Angemessener Zuschlag für AGK

Warum nicht kalkulierte Zuschlag?

- Spekulative Preisgestaltung würde begünstigt

Beispiel:

Unternehmer bietet Asphaltleistung zu 51 €/m² an. Die Herstellkosten (EKdT + BGK) sind mit 30 €/m² ausgewiesen, der AGK-Zuschlag beläuft sich demnach auf 70 %. Tatsächlich hätte der Unternehmer Herstellkosten in Höhe von 40 €/m² aufwenden müssen. Asphalt wird nun in Beton mit tatsächlichen Herstellkosten von 60 €/m² geändert.

Werden die erhöhten Herstellkosten mit 70 % bezuschlagt, so erhält der Unternehmer 102 €/m².

2. Vergütungsanpassung (30/35)

Angemessener Zuschlag für AGK

Da AGK nicht umsatz- sondern zeitabhängig entstehen, wäre sachgerecht:

- AN erhält auf Nachtragsleistung nicht grundsätzlich zusätzliche AGK
- Ausnahme:
 - In Folge der Nachtragsleistung verlängert sich die Bauzeit und der AN kann den für die vereinbarte Bauzeit kalkulierten Deckungsbeitrag nicht innerhalb des geplanten Ausführungszeitraums erlösen
 - Vergütung angemessener AGK erfordert die Berücksichtigung der in Folge der Bauzeitverlängerung **entgangenen Deckungsbeträge**

(Franz/Althaus/Oberhause/Berner, BauR 2015, 1221, 1223)

Aber: Gesetz spricht von einem angemessenen Zuschlag

2. Vergütungsanpassung (31/35)

Kalkulierte Kosten

15 €/m ²	EKT
10 €/m ²	BGK
25 €/m ²	AGK
<u>25 €/m² (= 100 %)</u>	
50 €/m ²	

Tatsächliche (erforderliche) Kosten

30 €/m ²	EKT
10 €/m ²	BGK
40 €/m ²	AGK
<u>10 €/m² (= 25 %)</u>	
50 €/m ²	

Geänderte Kosten

50 €/m ²	EKT
10 €/m ²	BGK
60 €/m ²	AGK
<u>12 €/m² (= 25 %)</u>	
72 €/m ²	

35 €/m ²	EKT	35 €/m ²	EKT
15 + (30 - 15) €/m	BGK	10 €/m ²	BGK
45 €/m ²	AGK	10 €/m ²	AGK
<u>45 €/m² (= 100 %)</u>		55 €/m ²	
90 €/m ²			

2. Vergütungsanpassung (32/35)

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

(3)¹ Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. ²Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. ³Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurück zu gewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und § 289 S. 1 gelten entsprechend.

2. Vergütungsanpassung (33/35)

80%-Regelung

- 80% des Nachtragsangebotes in Abschlagsrechnung
- Außer anderweitige Einigung oder anderslautende gerichtliche Entscheidung
- Fälligkeit der nach den Absätzen 1 und 2 berechneten Mehrvergütung erst nach Abnahme, falls keine andere gerichtliche Entscheidung ergeht
- Überzahlte Beträge müssen bei Schlussabrechnung zurückgezahlt werden
- Zinsen gemäß § 288 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB → 9 % über Basiszinssatz, ab Empfang, unabhängig vom Verschulden

2. Vergütungsanpassung (34/35)

80%-Regelung

- 80% des Nachtrags**angebotes** in Abschlagsrechnung
= vorläufige preisliche Bewertung
- **Richtigkeit des Nachtragsangebots, sowohl der Höhe nach wie der darin enthaltenen Mengen wird vermutet**
- Vermutungswirkung kann nur auf gerichtlichem Weg beseitigt werden, z. B. durch vom AG erwirkte einstweilige Verfügung, siehe nachfolgend § 650d BGB
- **Geht nur, wenn Anspruch dem Grunde nach unstreitig**
- Anforderungen an Nachtragsangebot sind offen?
- Mehrkosten müssen sich nachvollziehbar ergeben

2. Vergütungsanpassung (35/35)

80%-Regelung

- Aber Fälligkeit erst nach Abnahme, daher Anspruch erst nach Abnahme durchsetzbar?
- Offensichtlich nein, denn:
Besteller muss laut Gesetzesbegründung gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen, wenn er Mehrvergütungsanspruch für überhöht hält – kann hiermit die 80% Vermutung angreifen
- Hinweis in Gesetzesbegründung muss gleichzeitig bedeuten, dass Unternehmer bis zur Zahlung die Leistung verweigern kann
- „Fälligkeit nach Abnahme“ kann lediglich bedeuten, dass endgültige Vergütungsforderung erst mit Schlussrechnung fällig wird
- Ebenso wie Besteller kann Unternehmer einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen, siehe nachfolgend § 650d BGB

3.

Rechtsschutz

3. Rechtsschutz (1/8)

§ 650d Einstweilige Verfügung



Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gemäß §650b oder die Vergütungsanpassung gemäß §650c ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.

3. Rechtsschutz (2/8)

Grundlagen Einstweiliger Rechtsschutz

- Vorläufiges Verfahren
- Dient der Durchsetzung von Rechten und Abwehr von Gefahren, die aufgrund ihrer Beschaffenheit in einem beschleunigten Verfahren durchgesetzt werden müssen
- da die „normale“ Verfahrensdauer keinen effektiven Rechtsschutz bieten würde

3. Rechtsschutz (3/8)

Grundlagen Einstweiliger Rechtsschutz

- Verfügungsanspruch und
- Verfügungsgrund, wenn
 - die einstweilige Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt erforderlich ist (Sicherungs- und Regelungsverfügung) oder
 - der Antragsteller auf die sofortige Erfüllung des Anspruches dringend angewiesen ist (Leistungsverfügung)

d.h. der Antragsteller sein Recht nicht auf andere Weise (insbesondere nicht im Hauptsacheverfahren) sichern bzw. durchsetzen kann

3. Rechtsschutz (4/8)

Rechtslage nach altem Bauvertragsrecht:

- Keine Klärung von Nachtragssachverhalten oder
- Vergütungsfragen infolge von Anordnungen des Auftraggebers
- im einstweiligen Verfahren möglich, da
- regelmäßig keine Eilbedürftigkeit – der Verfügungsgrund – bestand

3. Rechtsschutz (5/8)

Rechtslage nach dem neuen Bauvertragsrecht:

- Streitigkeiten über Nachtragssachverhalte und deren Vergütung können im einstweiligen Rechtsschutz vorläufig geklärt werden
- Nach § 650d BGB **muss** der Antragsteller bei einer Streitigkeit über das Anordnungsrecht (§ 650b BGB) oder die Vergütungsanpassung (§ 650c BGB) den **Verfügungsgrund nicht mehr glaubhaft machen**
- **Verfügungsgrund muss aber vorliegen**, wird lediglich widerleglich vermutet (Reg.begr., Drucksache 18/8486 v. 18.05.2016)
- Reduzierte Anforderungen an Verfügungsgrund
- Verfügungsgrund kann ausnahmsweise fehlen, wenn trotz Baubeginn keine Eilbedürftigkeit besteht

3. Rechtsschutz (6/8)

Rechtslage nach dem neuen Bauvertragsrecht:

Gegenstand des einstweiligen Verfahrens aus Sicht des Bestellers:

- Feststellung des Gerichts, dass eine vermeintliche Nachtragsleistung Gegenstand des vertraglichen Leistungssolls ist
- Feststellung der Zumutbarkeit eines Änderungsbegehrens
- Feststellung des Gerichts, dass Nachtragsvergütung des Unternehmers überhöht ist – insbesondere bei der 80%-Regelung: anderslautende gerichtliche Entscheidung

3. Rechtsschutz (7/8)

Rechtslage nach dem neuen Bauvertragsrecht:

Gegenstand des einstweiligen Verfahrens aus Sicht des Unternehmers:

- Feststellung des Gerichts, dass eine vom AG begehrte Leistung nicht Gegenstand des vertraglichen Leistungssolls ist
- Feststellung der Unzumutbarkeit eines Änderungsbegehrens
- Leistung der nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB bemessenen Abschlagsforderung (positiver Abschlagsrechnungssaldo in geltend gemachter Höhe ist Voraussetzung für Verfügungsanspruch)
- Feststellung, dass Vergütungsanpassung infolge einer Anordnung des AG nach § 650b BGB beansprucht werden kann

3. Rechtsschutz (8/8)

Rechtsfolge der Einstweiligen Verfügung:

- **Leistungsverfügung** begründet vollstreckbarer Zahlungstitel
- Innerhalb eines Monats nach Verkündung bzw. Zustellung zu vollziehen, § 929 Abs. 2 ZPO
- **Feststellungsverfügung** begründet vollstreckbaren Titel nur, wenn
 - Feststellungsantrag mit Unterlassungsantrag verbunden, wonach dem Unternehmer untersagt wird, die Arbeiten aufgrund des Nachtragssachverhalts einzustellen

Literaturhinweise

- Vorträge der 50. ARGE-Baurechtstagung, zugänglich für Mitglieder der ARGE-Baurecht unter <http://arge-baurecht.com/veranstaltungen/tagungen/>
- Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 ff.
- von Rintelen, NZBau 2017, 315
- Orłowski, BauR 2017, 1427, 1439
- Leinemann, NJW 2017, 3113 ff.
- IBR-online



Dr. Birgit Franz
Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!