



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Die Änderungsrechte des Bestellers nach dem neuen BGB-Bauvertragsrecht

Friedberg, den 07.02.2018



RA Jarl-Hendrik Kues, Frankfurt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | Köln | München



FRANKFURT AM MAIN

Jarl-Hendrik Kues, LL.M.

Simon Parviz

Ülkü Renda

Florian Petermann

Dr. Maximilian Klammer

Gabriela Böhm

Timm Freiheit

Jonas Deppenkemper

Katharina Behle

Felix S. Thomas

KONTAKT

Eschersheimer Landstraße 6

60322 Frankfurt a. M.

Tel. +49 (0)69 - 74 09 38 - 73

frankfurt@leinemann-partner.de

Einführung

Die Neuregelungen aus der Sicht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz:

„Im Vordergrund steht bei den Neuregelungen des Bauvertragsrechts der Verbraucherschutz – das betrifft den Vertragsschluss und seine Vorbereitung aber auch den Verlauf der Vertragserfüllung.“



Reform des Bauvertragsrechts

Mehr Transparenz

Baubeschreibungspflicht
Künftig ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher vor Vertragsschluss eine Baubeschreibung zur Verfügung zu stellen, die den gesetzlichen Mindestanforderungen genügt. Der Verbraucher erhält so einen Überblick über die angebotene Leistung und kann Angebote besser vergleichen.

Pflicht, eine verbindliche Bauzeit zu vereinbaren
Bauverträge müssen künftig Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Baus enthalten, damit Verbraucher Planungssicherheit haben.

Unterlagenherausgabe
Unternehmer sind künftig verpflichtet, Unterlagen über das Bauwerk zu erstellen, die der Verbraucher zum Nachweis der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften oder zur Erlangung eines Kredits – etwa der KfW-Förderbank – benötigt.

© Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

 Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

Einführung

Aus der Gesetzesbegründung:

„Der Entwurf soll verschiedene Vorschriften des Werkvertragsrechts vereinfachen und effektiver ausgestalten, um kostenintensive Konflikte und eine Störung des Liquiditätsflusses der Bauunternehmen zu vermeiden.

In das BGB sollen besondere Regelungen zum Bauvertragsrecht eingefügt werden, um den Besonderheiten dieser auf Dauer angelegten Rechtsgeschäfte Rechnung zu tragen.“

Einführung

Historisches

26.06.2008 – (Plenarprotokoll 16/172) – alle Bundestagsfraktionen erkennen Notwendigkeit „*eigenständiges, auf die Besonderheiten des bauvertraglichen Leistungsaustauschs zugeschnittenes Bauvertragsrecht*“ zu schaffen.

07./08.05.2010 3. Deutscher Baugerichtstag entwickelt und berät Empfehlungen für ein „Gesetzliches Bauvertragsrecht“ (in Abgrenzung zur VOB/B – nur eine AGB)

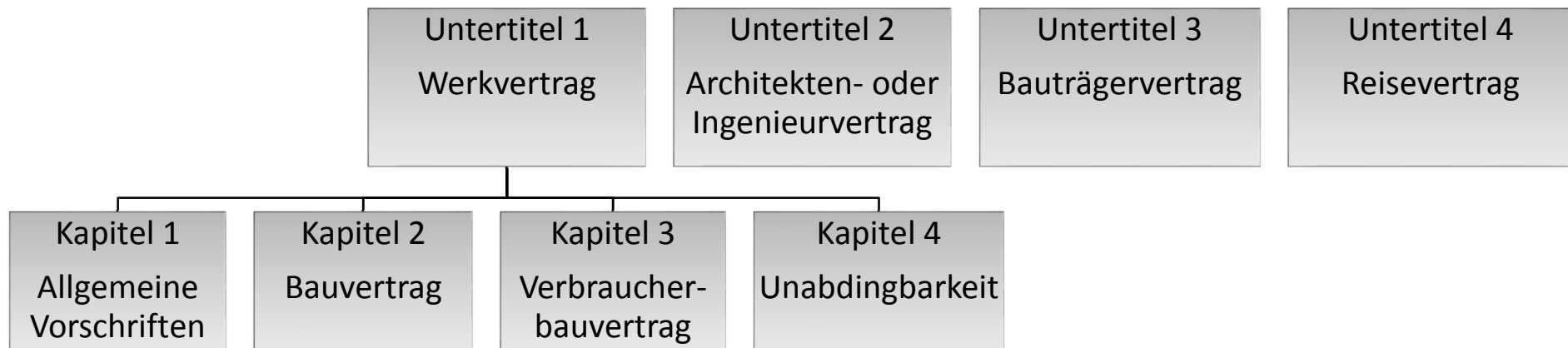
2011 Beginn der Entwicklung des Neuen Bauvertragsrechts (Ausschüsse)

Einführung

- 18.06.2013 Abschlussbericht Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des BMJV, danach Stellungnahmen der Verbände etc.
- 25.09.2015 Vorlage eines Referentenentwurfs des BMJV
- 09./10.03.2017 Verabschiedung des mehrfach geänderten Entwurfs durch den Deutschen Bundestag, darin neu gegenüber letztem Entwurf:
- Keine Privilegierung der Anordnungsrechte der VOB/B und deren Vergütungsfolgen
 - 80% Abschlagszahlung bei Anordnung nach gescheiterter Einigung
 - Einstweilige Verfügung im eigenen Paragraphen
- 01.01.2018 Gesetz tritt in Kraft

Einführung

Titel 9 Werkvertrag und ähnliche Verträge



Zielsetzung des Bauvertragsrechts

- Grundlegende gesetzliche Regelungen für den Bauvertrag
- Recht vereinfachen und effektiver gestalten
- Verhinderung kostenintensiver Konflikte
- Sicherung des Liquiditätsflusses
- Berücksichtigung der Besonderheiten des Verbrauchervertrags
- Spezielle Regelungen für Architekten- und Ingenieurvertrag
- Bauträgervertrag als eigener Vertragstyp
- Stärkung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes
- Zwingende Einrichtung von Spezialkammern und -senaten im GVG

Historie und Zielsetzung des Bauvertragsrechts

- Regelung nicht „von unten nach oben“
- Sondern „von oben nach unten“, sprich mit Wissen der VOB/B
- Streit um Vertragsänderungen sollte gelöst werden
- Stillstand der Baustelle soll vermieden werden
- Gleichzeitig Sicherung des Geldflusses → Vorleistungspflicht begrenzen

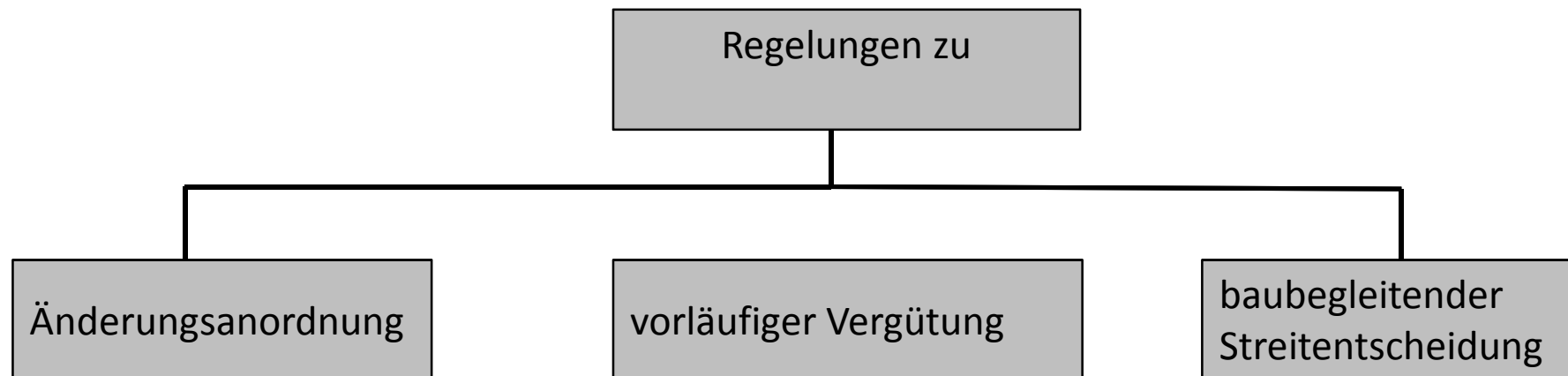
Historie und Zielsetzung des Bauvertragsrechts

Fazit: Ziel teilweise verfehlt??

- Keine strukturelle Anpassung an den funktionalen Herstellungsbegriff
- Keine Bedenkenhinweispflicht
- Keine Mitwirkungspflichten des AG
- Keine Leitlinie für Bauverzögerungen
- Keine Überarbeitung von § 642 BGB und Klarstellung der Erstreckung auch auf den Zeitraum der Bauzeitverlängerung
- Keine Leitlinie für Sicherheitsvereinbarungen
- Keine Mängelhaftung vor der Abnahme

Eigenständiges Bauvertragsrecht

Neufassung der Vorschriften zum Bauvertrag:



Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielfall 1:

Besteller B und Unternehmer U schließen im Jahr 2017 einen BGB-Werkvertrag über den Neubau einer Wohnung. Dabei soll der Boden mit Fliesen ausgestattet werden; das Bad erhält ein Fenster. Außerdem soll eine Klimaanlage installiert werden. Eine Lüftungsklappe für die Klimaanlage ist allerdings nicht im Leistungsumfang beschrieben.

- a) B entscheidet sich um und wünscht nunmehr Parkett statt Fliesen.
- b) B erkennt, dass die Lüftungsklappe vergessen wurde.
- c) B wünscht zwei statt nur einem Fenster im Badezimmer.

B ordnet die Leistungen an. Muss U die Leistungen ausführen?

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 nach alter Rechtslage (BGB, Stand 2017)

- Kein Anordnungsrecht im BGB
- Leistungsumfang ist zwischen den Parteien bei Vertragsschluss einvernehmlich festgelegt worden und verbindlich
- Änderungen des Leistungsumfangs sind nur durch übereinstimmende Erklärungen beider Parteien möglich

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 nach alter Rechtslage (BGB, Stand 2017)

- a) B wünscht Parkett statt Fliesen
- U ist nicht verpflichtet, Parkett auszuführen
 - B und U können sich auf Vertragsänderung einigen
 - Fehlt es an einer Einigung, wird kein Parkett ausgeführt

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 nach alter Rechtslage (BGB, Stand 2017)

b) B wünscht Lüftungsklappe

- Klimaanlage ohne Lüftungsklappe nicht funktionstauglich
- Ohne Lüftungsklappe ist Werk mangelhaft (st. Rspr. des BGH)
- U ist (faktisch) verpflichtet, die Lüftungsklappe auszuführen

c) B wünscht ein zweites Badezimmerfenster

- Zweites Fenster ist nicht erforderlich für Werkerfolg
- U ist nicht verpflichtet, das zweite Fenster auszuführen
- Rechtsfolge wie unter a)

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 bei Vereinbarung der VOB/B:

§ 1 Art und Umfang der Leistung

(...)

3. Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.

a) B ordnet an: Parkett statt Fliesen (§ 1 Abs. 3 VOB/B?)

Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des AG?

Grenze: Willkürverbot, Zumutbarkeit oder Erforderlichkeit?

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 bei Vereinbarung der VOB/B:

§ 1 Art und Umfang der Leistung

(...)

4. Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen 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 übergeben werden.

b) B ordnet an: Lüftungsklappe (§ 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B)

- Einseitige Leistungsbestimmung durch AG
- Keine einvernehmliche Vereinbarung erforderlich
- Keine Ablehnung durch AN möglich, es sei denn, sein Betrieb ist auf die Leistung nicht ausgerichtet

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 bei Vereinbarung der VOB/B:

§ 1 Art und Umfang der Leistung

(...)

4. Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen 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 übergeben werden.

c) B ordnet an: zweites Fenster (§ 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B)

- Einseitige Leistungsbestimmung durch AG **nicht möglich**
- Zweites Fenster ist nicht erforderlich
- AN kann zustimmen und Leistung dann ausführen
- **keine zusätzliche Leistung, sondern Zusatzauftrag**

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 nach neuem Bauvertragsrecht:

- Anordnungsrecht vorgesehen
- Aber wie?
- Welche Leistungen können angeordnet werden?

§ 650 b BGB - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

- 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder*
- 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,*

§ 650 b BGB - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

*streben die Vertragsparteien **Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür.***

§ 650 b BGB - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

*Trägt der **Besteller** die **Verantwortung für die Planung** des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche **Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.***

§ 650 b BGB - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

*(2) Erzielen die Parteien **binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer** keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. 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.*

§ 650 b Abs. 1 BGB - Änderung des Vertrags und Einvernehmen

- das Änderungs-/Anordnungsrecht ist anders als im Referentenentwurf und in der VOB/B **zweistufig** ausgestaltet
- vorrangig gilt eine Einigungspflicht („Einigungsmodell“)
- scheitert die Einigung, greift ein einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers
- Auf einen etwaigen Unterschied zwischen leistungsinhaltlichen und bauzeitlichen Änderungsanordnungen wird nicht eingegangen

§ 650 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB

- Änderung des vereinbarten Werkerfolges

- Frage der Zumutbarkeit erfordert Interessenabwägung der wechselseitigen Interessen
- bei Berufung auf betriebsinterne Vorgänge liegt Beweislast beim Unternehmer
- hat Besteller geplant, muss er Planung für geänderte Leistung an Unternehmer geben, dieser ist erst dann zur Erstellung des Nachtragsangebots verpflichtet
- Erstellung eines Leistungsverzeichnisses nach der neuen Planung ist nicht geregelt

Streit über die Frage der Zumutbarkeit während der Bauphase ist vorprogrammiert!

§ 650 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB

- notwendige Änderung des vereinbarten Werkerfolges

- Anordnungen dienen dazu, den vereinbarten Werkerfolg herbeizuführen
- Fälle sollen sein: Änderung der Rechtslage oder behördlicher Vorgaben aber auch Lücken oder Fehler in der ursprünglichen Leistungsbeschreibung
- Gesetzesbegründung: häufig wird ein Bedenkenhinweis des Unternehmers vorausgehen; aber:
 - Bedenkenhinweis analog § 4 Abs. 3 VOB/B ist nicht im BGB geregelt!

§ 650 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB - Änderung des vereinbarten Werkerfolges, insbes. Zumutbarkeit

- keine Bindung an Ziele; „Notwendigkeit“ der Leistungsänderung bei § 650 b Abs. 1 S.1 Nr. 1 BGB nicht erforderlich
- Unternehmer muss ein Nachtragsangebot über die Mehr- oder Mindervergütung erstellen, wenn die Änderung ihm zumutbar ist
 - ✓ Beweislast für die Zumutbarkeit beim Besteller
 - ✓ Zumutbarkeitskriterien sind technische Möglichkeiten, Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers oder betriebsinterne Vorgänge
 - ✓ Schwelle für Unzumutbarkeit einer Anordnung niedriger als beim allgemeinen Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit gemäß § 275 Abs. 2, 3 BGB

Wert und Konsequenzen des „Einigungsmodells“?

Zunächst: Nicht vorhanden

Denn: Den Parteien steht es selbstverständlich immer frei, sich rechtsgeschäftlich zu einigen.

Dafür aber: Fragen über Fragen, z.B.

- Ist der AN in der Einigungsphase überhaupt verpflichtet, bereits zu leisten? Dürfen also Arbeiten eingestellt bzw. deren Aufnahme vor Einigung bzw. späterer Anordnung verweigert werden?
- Wer schuldet die Planung? Gehören zur Planung auch LV und Mengenermittlung?
- Frist für das Angebot? Welche Anforderungen bestehen an das Angebot über die Mehr- und Minderkosten? Kosten für das Angebot?

§ 650 b Abs. 2 BGB - Änderungsanordnung

Anordnungsrecht bei Scheitern der Vereinbarung innerhalb eines Zeitraumes von 30 Tagen

- scheitert die Einigung nach Abs. 1 binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer, besteht **erst dann** ein einseitiges Leistungsanordnungsrecht für die Änderung des vereinbarten Werkerfolges
- auch hier nur bei Zumutbarkeit für den Unternehmer wie Abs. 1
- Textform erforderlich (auch E-Mail)
- Kein Recht zur Beschleunigungsanordnung
- Wer trägt zeitliche Folgen aus Einigungsmodell bei späterer Anordnung?

Hierzu der Bundesrat:

„Auch nach Vertragsschluss sollten Bauherren zudem die Möglichkeit haben, das Bauvorhaben einseitig zu ändern. Es ist daher vorgesehen, dass beide Parteien über die Änderungen und die daraus folgenden Mehrkosten zunächst verhandeln. Der Bundesrat schlägt hier vor, solche Verhandlungen nach 30 Tagen als gescheitert anzusehen, um den Fortgang des Bauvorhabens zu beschleunigen.“

§ 650 b BGB - Verhältnis zu § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B

Problem: Vorformulierte Vertragsbedingungen sind unwirksam, wenn sie gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen verstoßen, § 307 Abs. 2 BGB.

➤ § 1 Abs. 3 VOB/B – geänderte Leistung:

Im Grundsatz unbeschränkte Änderungsanordnung versus § 650 b BGB, der in Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Zumutbarkeit und in Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Notwendigkeit verlangt.

➤ § 1 Abs. 4 VOB/B – zusätzliche Leistung:

Durch Notwendigkeit begrenzte Anordnung von Zusatzleistungen versus § 650 b BGB, der im Fall des Abs. 1 S. 1 Nr. 1 nur Unzumutbarkeit kennt.

Zudem: In der VOB/B kein Einigungsmodell und damit wohl unwirksam wegen Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen!

Wirksamkeit der Anordnungsrechte nach § 1 VOB/B

aus Sicht der Bauindustrie gegenüber Bauherrn:

- ➔ Wäre § 1 Abs. 3 VOB/B unwirksam, hätte (zunächst) nur der AG ein Problem.
- ➔ Bei § 1 Abs. 4 VOB/B wäre eine Unwirksamkeit ebenso (zunächst) unproblematisch, weil i.d.R. der AG der Verwender der VOB/B ist und sich deshalb nicht auf deren Unwirksamkeit berufen könnte.
- ➔ Aber: ANs sind in GU-Schere zugleich auch AGs! Lassen sich also BVB-Zusatzklauseln entwickeln, die das bestehende Dilemma in der GU-Schere lösen?

Anordnungsrechte des Bestellers

Beispielsfall 1 nach neuem Bauvertragsrecht:

- B kann die geänderte oder zusätzliche Leistung fordern
 - a) Parkett statt Fliesen? Ja, nach § 650b Abs. 1 Nr. 1
 - = Änderung des Werkerfolgs
 - b) Lüftungsklappe? Ja, nach § 650b Abs. 1 Nr. 2
 - = zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig
 - c) zweites Fenster?
 - = Änderung des Werkerfolgs fraglich
 - = zur Erreichung des Werkerfolgs nicht notwendig
 - = Rechtslage wie zuvor

Exkurs: Nachtragsbearbeitungskosten?

Kann der Unternehmer Nachtragsbearbeitungskosten verlangen?

- Zusätzliche Tätigkeit von Bauleitung und/oder Externen wird veranlasst durch Anordnung des Auftraggebers, daher keine Unterscheidung zwischen internen und externen Kosten
- Nicht abgedeckt von kalkulierten Gemeinkosten

(vgl. vertiefend BGH, Urteil vom 25.01.1996 – VII ZR 233/94; OLG Celle, Urteil vom 22.07.2009 – 14 U 166/08, BauR 2009, 1591; jüngst LG Schwerin, Urteil vom 28.06.2017 – 3 O 162/16, IBRRS 2017, 2286, danach sind diese Kosten „Quasi-Einzelkosten der Teilleistung der Nachtragsleistung“; Leinemann-Leinemann, VOB/B; 6. Auflage 2016, § 2, Rn. 339 ff.; Kapellmann/Schiffers, Band 1, 6. Auflage 2011, Rn. 106)

Exkurs: Nachtragsbearbeitungskosten?

Kann der Unternehmer Nachtragsbearbeitungskosten verlangen?

- Das gilt aber ausdrücklich **nicht** für die Fälle, in denen der Unternehmer die Planung des Bauwerks schuldet
- Hier erhält der Unternehmer keinen Anspruch auf Erstattung eines etwaigen Mehraufwandes für **zusätzliche Leistungen**, die zur Erreichung des Werkerfolges erforderlich sind
- geregelt in § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB (sogleich)
- Achtung: Greift nicht, wenn der Besteller das funktionelle Leistungs-Soll ändert.



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE

Jarl-Hendrik Kues, LL.M.

Rechtsanwalt, Partner

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Eschersheimer Landstraße 6, 60322 Frankfurt/M.

T +49 (0)69 - 74 09 38 - 73

F +49 (0)69 - 74 09 38 - 74

hendrik.kues@leinemann-partner.de

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | Köln | München