



Anordnungsrecht und Vergütungsanpassung im neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht



Rechtsanwalt
Tobias Dittmar,
Geschäftsführer
des BTGA e.V.



Rechtsanwalt
Dirk Drangmeister,
Geschäftsführer des
ITGA Niedersachsen,
Sachsen-Anhalt und
Bremen e.V.



Rechtsanwalt
Sven Dreesens,
Geschäftsführer des
ITGA Baden-
Württemberg e.V.

I. Einleitung

Zum 1. Januar 2018 trat das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (BGBl. I 2017, 969 ff.) in Kraft.

Mit dem Gesetz trägt der Gesetzgeber erstmals dem Umstand Rechnung, dass das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) bis dato keine detaillierten Regelungen für die komplexen, auf eine längere Erfüllungszeit angelegten Bauverträge vorsah. Wesentliche Fragen des Bauvertragsrechts waren gesetzlich nicht geregelt und der Vereinbarung der Parteien und der Rechtsprechung überlassen.

Als wesentliches Ziel des Gesetzes hatte die Bundesregierung einen besseren Verbraucherschutz für Bauherren und das Schaffen eines neuen gesetzlichen Leitbildes für Bauverträge angegeben. Mit den neuen gesetzlichen Regelungen sollen die Bauteiligen zu einem kooperativen Verhalten während der Bauausführung veranlasst werden.

Kernregelungen des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts sind die §§ 650b, 650c und 650d BGB. Diese sehen Regelungen zur Änderung des Vertrages, Anordnungsrechte des Bestellers und Regelungen zur Vergütungsanpassung in Folge der Leistungsänderung vor. Zudem sieht der Gesetzgeber erstmals im BGB das Instrument der einseitigen Verfügung vor, um Eilentscheidungen bei Streit der Parteien herbeizuführen.

Nachfolgend wird unter besonderer Bezugnahme auf den TGA-Anlagenbau ein Überblick über die genannten neuen Regelungen gegeben.

II. § 650b BGB - Anordnungsrecht des Bestellers

Von großer Bedeutung für die Praxis ist der neue § 650b BGB. Dieser normiert nunmehr Vorgaben für ein Anordnungsrecht des Bestellers bei Bauverträgen, insbesondere wenn während der Ausführung des Baus Veränderungen eintreten. Ein solches einseitiges Leistungsänderungsrecht des Bestellers wird erstmalig im BGB geregelt. Bisher gibt es Anordnungsrechte des Bestellers lediglich in § 1 VOB/B.

1. Änderung des Werkerfolgs

Nach der neuen Regelung kann es in zwei Konstellationen zu einem Anordnungsrecht des Bestellers kommen:

- § 650b Abs. 1 Nr. 1 – Änderung des vereinbarten Werkerfolgs und
- § 650b Abs. 1 Nr. 2 – Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist.

Diese Anordnungsrechte entsprechen nicht den Bestimmungen der VOB/B in § 1 Abs. 3, 4, aus denen dann die Nachtragsansprüche gemäß § 2 Abs. 5, 6 VOB/B resultieren.

Die Änderung des vereinbarten Werkerfolgs gemäß § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB erfasst

nach dem Gesetzeswortlaut jede nur denkbare Änderung dessen, was im Vertrag als geschuldeter Werkerfolg definiert ist. Dem Wortlaut nach könnte der Besteller beispielsweise anstelle des vereinbarten Bungalows ein mehrgeschossiges Mehrfamilienhaus begehren. Erfasst werden auch solche Leistungen, die bisher noch nicht Gegenstand des vertraglichen Leistungsumfanges waren und die auch nicht zum Erreichen des bisher vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind.

Bei Änderungen, die zum Herbeiführen des Werkerfolgs nicht notwendig sind (§ 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB), werden die Hürden für eine derartige vom Besteller gewünschte Leistungsänderung höhergesteckt und dem Besteller ein Anordnungsrecht nur eingeräumt, wenn die Änderung für den Unternehmer zumutbar ist.

Bei einer zusätzlich erforderlichen Leistung bzw. notwendig geänderten Leistung verfügt der Besteller hingegen über ein freies Anordnungsrecht. Auf die Zumutbarkeit für den Unternehmer kommt es nicht an.

Die zusätzliche bzw. geänderte Leistung muss zum einwandfreien Erreichen des vertraglichen Leistungsziels erforderlich sein.

Die Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit ist bautechnisch zu bestimmen. Fehlen beispielsweise bei statischen Heizkörpern die Thermostatventile, so handelt es sich um eine technisch zusätzlich erforderliche Leistung. Ohne diese Leistung ist eine Inbetriebnahme der Heizung nicht möglich. Die zusätzliche Leistung ermöglicht erst die vollständige Fertigstellung der bisher ausgeschriebenen Leistung und bildet hierfür eine Abhängigkeitsvoraussetzung.

Ein weiteres typisches Beispiel ist die Notwendigkeit zusätzlicher Maßnahmen, die zum dauerhaften Bestand einer Leistung notwendig sind – beispielsweise eine Isolierung (vgl. Ingenstau/Korbion, 20. Auflage 2017, § 1 Abs. 4 VOB/B Rn. 3).

Demgegenüber besteht bei einer Änderung des Werkerfolgs gemäß § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB kein freies Anordnungsrecht des Bestellers. Vielmehr muss die Ausführung dem Auftragnehmer zumutbar sein (Abwägen der Interessenlagen).

Die Beweislast für die Zumutbarkeit liegt beim Besteller. Eine Ausnahme gilt dann,

wenn sich der Unternehmer hinsichtlich der Unzumutbarkeit der Änderung auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat. In diesem Fall trägt der Unternehmer die Beweislast für die Unzumutbarkeit der Anordnung (§ 650b Abs. 1 S. 3 BGB).

Als mögliche Kriterien einer Unzumutbarkeit kommen die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und die Qualifikation des Unternehmers in Betracht. Ferner müssen die Auslastung des Unternehmers und mögliche Kollisionen mit anderen Aufträgen berücksichtigt werden. Ist der Unternehmer als Generalunternehmer tätig, wird es auch auf die Verfügbarkeit der ohnehin von ihm zum Einsatz vorgesehenen bzw. bereits tätigen Nachunternehmer ankommen.

2. Form der Anordnung

§ 650b Abs. 2 Satz 1 BGB schreibt aus Beweis Zwecken für die Anordnung die Textform vor. Der Textform entspricht nach § 126 b BGB jede lesbare, dauerhafte Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt und erkennbar ist, dass die Erklärung abgegeben wurde. Es bedarf keiner eigenhändigen Unterschrift. Ausreichend sind somit beispielsweise Telefax-Nachrichten ohne Unterschrift oder E-Mails.

3. Einigungsmodell

In Abs. 1 und Abs. 2 des neuen § 650b BGB ist sodann ein Einigungsmodell vorgesehen.

a. Obligatorische Verhandlungsphase

Anders als in der VOB/B wird dem Besteller nicht sogleich ein einseitiges Anordnungsrecht gewährt, sondern für notwendige und nicht notwendige Änderungen gleichermaßen eine obligatorische Verhandlungsphase vorgeschaltet. Diese begründet für die Vertragsparteien eine beiderseitige Verhandlungspflicht.

Begehrt der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder eine Änderung, die zum Erreichen des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an (§ 650b Abs. 1 S.1 BGB).

b. Erstellen eines Nachtragsangebots

Der Unternehmer ist im Falle einer notwendigen Änderung (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB) verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung (Nachtragsangebot) zu erstellen.

Im Falle einer nicht notwendigen Änderung gemäß § 650 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB gilt dies jedoch nur, wenn dem Unternehmer die Ausführung der Änderung zumutbar ist.

Das Nachtragsangebot ist vom Auftragnehmer zu erstellen, sobald der Besteller sein Änderungsbegehren dem Auftragnehmer mitgeteilt hat. Für die Baupraxis ist folgende Regelung besonders bedeutsam: Stammt die ursprüngliche Planung vom Un-

ternehmer, erfolgt auch die Planung der geänderten Leistung durch den Unternehmer. Stammt die Ausführungsplanung hingegen vom Besteller bzw. dem Planer/Architekten des Bestellers, ist der Unternehmer nur dann verpflichtet, ein Nachtragsangebot zu erstellen, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung (Umplanung) vorgenommen und dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt hat (§ 650b Abs. 1 S. 4 BGB).

Dementsprechend muss in diesem Fall dem Unternehmer zum Erstellen seines Angebots von dem Besteller zunächst die geänderte Ausführungsplanung zur Verfügung gestellt werden.

Schuldet der Unternehmer auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage und stammt die Planung vom Unternehmer, steht diesem im Falle einer Änderung, die zum Erreichen des vereinbarten Werkerfolgs (technisch) notwendig ist, kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu. In diesem Fall betrifft die Verhandlungsphase nur die Änderungsanordnung, nicht jedoch die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung (§ 650b Abs. 1 S. 5 BGB).

Diese neue Regelung hinsichtlich der Planungsverantwortung verkennt, jedenfalls für den Bereich der Technischen Gebäudeausrüstung, dass im Regelfall der Besteller die Ausführungsplanung beibringt und der Unternehmer die Montageplanung erstellt. Darüber hinaus geht die Regelung über das berechnete Ziel hinaus. Gerechtfertigt wäre die Regelung allenfalls bei einem Globalpauschalvertrag aufgrund einer funktionalen Leistungsvorgabe. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Unternehmer, der die Planung und Ausführung schuldet, zu einer mangelfreien Gesamtleistung von Planung und Ausführung verpflichtet ist. In dem Fall, dass der Besteller einen Mangel der Planung aufdeckt und den Unternehmer auffordert, seine Planung und Ausführung zu ändern, um ein mangelfreies Werk zu erreichen, könne dem Unternehmer daraus kein Mehrvergütungsanspruch erwachsen.

Problematisch ist jedoch beispielsweise der Fall, dass sich während der Bauphase die technischen Regelwerke für den Unternehmer unvorhersehbar ändern. Folgen aus dieser Änderung der technischen Regelwerke notwendigerweise Zusatzleistungen, könnte der Unternehmer hierfür nach der neuen gesetzlichen Regelung keine Mehrvergütung beanspruchen. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung dieses ungerechtfertigte Ergebnis korrigieren wird.



Foto: Rainer Sturm / pixelio.de

Wesentliche Fragen des Bauvertragsrechts waren gesetzlich nicht geregelt und der Vereinbarung der Parteien und der Rechtsprechung überlassen.



c. Dauer der Verhandlungsphase

Die Verhandlungsphase zwischen den Vertragsparteien ist auf insgesamt 30 Tage begrenzt und beginnt mit dem Zugang des Änderungsbegehrens des Bestellers beim Unternehmer.

Erzielen die Parteien innerhalb der 30 Tage keine Einigung, kann der Besteller die Änderung anordnen (§ 650b Abs. 2 S. 1 BGB). Der Unternehmer ist dann verpflichtet, einer Änderung nachzukommen, die zum Erreichen des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (§ 650b Abs. 2 S. 1 BGB). Einer Änderung des Werkerfolgs muss der Unternehmer nur nachkommen, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist.

Auch bei notwendigen Änderungen zum Erreichen des vereinbarten Werkerfolgs ist für den Besteller dementsprechend eine Verzögerung der Ausführung von maximal 30 Tagen in Kauf zu nehmen.

In vielen Fällen wird das dazu führen, dass der Besteller – will er einen Baustopp vermeiden – nicht abwarten kann, bis das Anordnungsrecht entsteht. Er ist dann faktisch gezwungen, das Angebot des Unternehmers anzunehmen. In den Fällen, in denen der Unternehmer seinerseits Nachunternehmer beauftragt, zeigen sich die mit dem gesetzlichen Modell verbundenen Abwicklungsprobleme noch deutlicher. Die Verhandlungen mit den Nachunternehmern werden im Regelfall zeitlich versetzt geführt werden, so dass auch die jeweiligen Anordnungsrechte ebenfalls zeitlich versetzt entstehen.

Der Besteller kann jedoch nach § 650d BGB eine einstweilige Verfügung über das Anordnungsrecht bei Gericht erwirken (siehe hierzu noch nachfolgend Punkt IV.).

III. § 650c BGB – Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB

Für die Praxis von besonderer Bedeutung ist zudem der neue § 650c BGB. Dieser regelt eine Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB.

Nach § 650c Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt sich die Vergütung für die geschuldete Leistung „nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“.

Das neue Bauvertragsrecht hat bewusst von einer Übernahme des Prinzips der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung abgesehen, weil eine solche Regelung Streit der Parteien provoziere und zu Spekulationen anreize.

Einerseits soll der Unternehmer ausdrücklich nicht an gegebenenfalls unauskömmliche Preise für Nachträge gebunden werden.



Die neuen gesetzlichen Regelungen sollen die Baubeteiligten zu einem kooperativen Verhalten während der Bauausführung veranlassen.

Andererseits soll für den Unternehmer die Möglichkeit eingeschränkt werden, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen. Eine Spekulation der Vertragspartner mit möglichen Nachträgen soll verhindert werden.

Insofern stellt der Gesetzgeber die Eignung der VOB/B-Preisfortschreibungsregelungen infrage und beanstandet, dass sie zu unangemessenen Ergebnissen führen können.

Die gesetzliche Regelung hingegen soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen.

1. Grundlage: tatsächlich erforderliche Kosten

Grundlage für die Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB sind die tatsächlich erforderlichen Kosten, nicht die übliche Vergütung.

Die zentrale Frage ist, woran sich diese tatsächlich erforderlichen Kosten bemessen. Sind die kalkulierten oder die tatsächlichen Kosten der ursprünglichen (unveränderten) Leistung maßgebend?

Ausgangspunkt hierfür ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die dem Unternehmer ohne die Anordnung entstanden wären, und den Ist-Kosten, die dem

Unternehmer infolge der Anordnung tatsächlich entstanden sind.

Das Feststellen der „hypothetischen Kosten“ im Falle von Leistungsänderungen wird für die Unternehmer nicht unerhebliche Schwierigkeiten schaffen. Insbesondere bei den Lohnkosten zeigt sich erst im Rahmen der Bauausführung, ob der kalkulierte Zeitaufwand realistisch ist. Unterbleibt die ursprüngliche Ausführung, bleibt der Ansatz ein kalkulatorischer.

Für die Vergütungsanpassung können allerdings stets nur Kosten „in erforderlicher Höhe“ angesetzt werden.

Durch das Abstellen auf die tatsächlich erforderlichen Kosten kann der Unternehmer Preissteigerungen berücksichtigen, die in dem Zeitraum seit der Beauftragung bis zum Beginn der Ausführung der geänderten Leistung eingetreten sind.

Das gilt auch, wenn es infolge von geänderten oder zusätzlichen Leistungen zu einer Verschiebung der Bauzeit kommt.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Kosten dürfte es darauf ankommen, welcher Aufwand für die auszuführende Leistung „ortsüblich und angemessen“ ist. Somit ist nach dem neuen Bauvertragsrecht die geforderte Vergütung inhaltlich daraufhin zu überprüfen, ob eine angemessene und ortsübliche Vergütungsforderung vorliegt.



In der Praxis bedeutet dies, dass der Auftragnehmer nach dem neuen Bauvertragsrecht bei unterkalkulierten Bauleistungen den Vorteil hat, dass er den für die Hauptvertragsleistung einkalkulierten wirtschaftlichen Nachteil – beispielsweise bei einem Kalkulationsfehler – nicht auch für Nachtragsleistungen übernehmen muss, wie es bei der Preisfortschreibung gemäß der obergerichtlichen Rechtsprechung zur VOB/B (schlechter Preis bleibt schlechter Preis) gilt. Bei überkalkulierten Bauleistungen entfällt jedoch für den Auftragnehmer der Vorteil der Preisfortschreibung (guter Preis bleibt guter Preis), sodass der Auftraggeber bei überkalkulierten Bauleistungen keinen wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Tatsächliche Kosten, die im Einzelfall unangemessen und nicht ortsüblich sein können, werden jedoch auch nach dem neuen Bauvertragsrecht dem Auftragnehmer nicht vergütet, sondern nur die angemessenen und ortsüblichen Kosten.

Als erforderliche Kosten sind die Lohn-, Geräte-, Stoff- und Nachunternehmerkosten zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Lohnkosten wird es darauf ankommen, welche gewerblichen Mitarbeiter für die zu vergütenden Leistungen welchen Stundenaufwand tatsächlich geleistet haben und welche tatsächlichen Kosten je Stunde dem Auftragnehmer angefallen sind.

Im Hinblick auf die Gerätekosten ist darauf abzustellen, welche Geräte für die zu vergütende Leistung wie lange eingesetzt und welche tatsächlichen Kosten dadurch angefallen sind. Dies gilt auch für die Stoffkosten: Es ist zu klären, welche Stoffkosten für die tatsächlich eingesetzten Baustoffe angefallen sind. Hinsichtlich der Nachunternehmerleistungen ist zu klären, welche Kosten hierfür tatsächlich angefallen sind.

Nicht in § 650c Abs. 1 BGB geregelt sind Zuschläge für Baustellengemeinkosten. Gegebenenfalls sind die Baustellengemeinkosten, die auch anteilige Gemeinkosten sind, im konkreten Einzelfall bezogen auf die geänderten Leistungen hinsichtlich der tatsächlich erforderlichen Kosten zu bewerten. Dementsprechend müsste der Aufwand von Bauleitung, Abrechnung und beispielsweise längerer Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, verursacht durch die geänderte Leistung, vom Auftragnehmer konkret dargestellt werden.

Bei der Feststellung der Erforderlichkeit der Kosten unter Berücksichtigung der Ortsüblichkeit und Angemessenheit könnte auf Baupreisdatabanken und die Baugeräteleiste zurückgegriffen werden. Vor Gericht wird oftmals ein Sachverständiger mit der

Klärung der Angemessenheit und Ortsüblichkeit der Vergütung beauftragt.

Probleme dürfte neben der Feststellung der erforderlichen Kosten auch die Ermittlung von angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn bereiten.

Unklar ist, wonach sich die Angemessenheit dieser Zuschläge richtet. Der Gesetzgeber überlässt diese Bewertung offenbar den Gerichten. Sofern – was aktuell als vollkommen offen bezeichnet werden muss – Sachverständige ermitteln, welche Zuschläge angemessen sind, wird es angesichts der erheblichen Bandbreite der Zuschlagssätze in der Praxis zwangsläufig oftmals Zufallsergebnisse geben.

2. Wahlrecht des Unternehmers

Um die Abrechnung praktikabel zu gestalten, wird dem Unternehmer nach § 650c Abs. 2 S. 1 BGB die Möglichkeit eingeräumt, zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Kostenansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückzugreifen.

Gemäß § 650c Abs. 2 S. 2 BGB wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den tatsächlich erforderlichen Kosten entspricht und die Zuschläge angemessen sind. Hierbei handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung.

Die Urkalkulation wird somit zur Ermittlung der tatsächlichen Kosten herangezogen, obwohl es sich tatsächlich um zwei verschiedene Berechnungsarten handelt.

Erforderlich ist zunächst, dass eine vertragliche Regelung vorhanden ist, nach der die Urkalkulation zu hinterlegen ist. Ein Besteller könnte daher die Anwendbarkeit des § 650c Abs. 2 BGB ganz einfach verhindern, indem er eine derartige Regelung nicht in den Vertrag aufnimmt. Zudem muss die Urkalkulation auch tatsächlich hinterlegt sein, eine nachträgliche Vorlage/Erstellung scheidet damit aus.

Die Vermutungswirkung kann darüber hinaus nur greifen, wenn die vom Unternehmer offenbarte oder zumindest hinterlegte Urkalkulation ausreichend aufgeschlüsselt ist. Genügt die Urkalkulation diesen Anforderungen nicht, verliert der Unternehmer nach dem Willen des Gesetzgebers sein entsprechendes Wahlrecht und muss auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen abrechnen.

Für den Unternehmer ergibt sich nach § 650c Abs. 2 BGB also ein Wahlrecht, ob er seine Nachträge auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen will.

Um Spekulationen bei der Preisgestaltung zu verhindern, kann der Unternehmer das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben. Innerhalb eines Nachtrags ist somit keine Kombination zwischen den tatsächlich erforderlichen Kosten nebst angemessenen Zuschlägen und ein Rückgriff auf die Urkalkulation möglich.

Eine Regelung für Preisanpassungen bei Mengenänderungen, wie sie in § 2 Abs. 3 VOB/B beim Einheitspreisvertrag enthalten ist, wurde in das BGB nicht aufgenommen.

3. 80-Prozent-Regelung für Abschlagszahlungen, § 650c Abs. 3 BGB

Nach § 650c Abs. 3 BGB wird es eine 80-Prozent-Regelung für Abschlagszahlungen geben.

Es handelt sich hierbei um eine Fälligkeitsregelung für Ansprüche auf Abschlagszahlungen, die in der vorliegenden Form nur als „verunglückt“ bezeichnet werden kann.

Haben sich die Parteien nicht über die Höhe der Nachtragsforderung geeinigt und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, kann der Unternehmer über eine vorläufige Pauschalierung bei der Berechnung von Abschlagszahlungen 80 Prozent einer in seinem Nachtragsangebot genannten Mehrvergütung ansetzen. Auf diese Weise soll der Unternehmer während der Ausführung des Baus einen leicht zu begründenden vorläufigen Mehrvergütungsanspruch erhalten. Dieser Mehrvergütungsanspruch ist mit Zugang der Abschlagsrechnung fällig.

Hält der Besteller diesen Anspruch für überhöht, muss er gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen und den Erlass einer einstweiligen Verfügung bei Gericht beantragen.

Der Besteller muss also eine den Betrag reduzierende Entscheidung des Landgerichts erwirken, anderenfalls muss er in Bindung an den Ansatz des Unternehmers die 80 Prozent bezahlen – es sei denn, er kann u. a. die fehlende vertragsgemäße Leistungserbringung einwenden. Zahlt der Besteller nicht, obwohl er keine relevanten Einwendungen hat, kann allein aus diesem formalen Grund eine Leistungsverweigerung/Kündigung aus wichtigem Grund durch den Unternehmer gerechtfertigt sein.

„Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Vergütung erst nach der Abnahme des Werks fällig.“ Dieser Gesetzeswortlaut von § 650c Abs. 3 S. 2 BGB dürfte dahin auszulegen sein, dass diese Regelung die über 80 Prozent hinausge-



henden 20 Prozent der Nachtragsvergütung betrifft.

Diese Fälligkeitsregelung in § 650c Abs. 3 S. 2 BGB soll also nur den Teil der Mehrvergütung betreffen, der 80 Prozent des Angebots übersteigt. Folge ist, dass der Unternehmer den 80 Prozent seines Angebots übersteigenden Teil seiner Mehrvergütung erst nach Abnahme und damit erst mit der Schlussrechnung fällig stellen kann.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Regelung einen faktischen Anreiz zum Erstellen überhöhter Nachtragsangebote und entsprechender Abschlagsrechnungen beinhaltet. Problematisch ist, dass es keinen Erfahrungssatz gibt, dass dem Unternehmer 80 Prozent der von ihm veranschlagten Nachtragsvergütung zustehen.

Ferner erscheint äußerst zweifelhaft, ob die Gerichte tatsächlich zeitnah zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in der Lage sein werden.

Fraglich ist, ob der Unternehmer im Falle einer Verweigerung der Abschlagszahlung berechtigt ist, seine Leistung zu verweigern. Dies dürfte der Fall sein.

Ist die abgerechnete Mehrvergütung nicht berechtigt, sind überzahlte Beträge bei der Schlussabrechnung durch den Unternehmer zurückzuzahlen und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen – und zwar mit 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz (§ 650c Abs. 3 S. 3 BGB).

Dem Besteller wird jedoch das Risiko aufgebürdet, dass der Unternehmer vermögenslos wird, was dazu führen kann, dass der Rückgewähranspruch ins Leere läuft.

4. Abänderbarkeit in AGB

a. AGB des Bestellers

Für den Besteller kann die 30-Tage-Frist ab Zugang eines Änderungsbegehrens (§ 650b Abs. 2 S. 1 BGB), mit deren Ablauf das Anordnungsrecht erst entsteht, sehr nachteilig sein. Ein vollständiger Ausschluss dieser Frist in AGB dürfte jedoch nicht zulässig sein. Eine Frist von 15 Tagen dürfte wohl die untere Grenze darstellen, welche in AGB zugrunde gelegt werden könnte. Gesichert ist dies aber keinesfalls.

Das gesetzliche Kriterium der Zumutbarkeit einer Änderung wird in AGB des Bestellers nicht abdingbar sein.

Auch ein Einschränken des Vergütungsanspruchs des Unternehmers durch AGB des Bestellers im Hinblick auf die 80-Prozent-Regelung für Abschlagszahlungen dürfte unzulässig sein.

Schließlich dürfte ein Ausweiten des Anwendungsbereichs des Anordnungsrechts in AGB des Bestellers ausscheiden, beispielsweise auf Baumstände und die Bauzeit.

b. AGB des Unternehmers

Ein Einschränken des Anordnungsrechts wird in AGB des Unternehmers nicht wirksam sein. Auch eine Verlängerung der 30-Tage-Frist dürfte in AGB nicht möglich sein, da die ohnehin lange Verhandlungsphase hierdurch überdehnt werden würde.

IV. § 650d BGB - Einstweilige Verfügung

In einem neuen § 650d ist erstmalig eine einstweilige Verfügung im BGB geregelt.

Erfolgen kann eine Eilentscheidung bei Streit der Parteien über

- zusätzliche oder geänderte Leistungen,
- Zumutbarkeit der Änderungsanordnung für den Auftragnehmer,
- Bemessung der Vergütung für die geänderte Leistung einschließlich der 80-Prozent-Regel bei Abschlagszahlungen.

Zuständig für den Erlass der einstweiligen Verfügung sind neu zu gründende Baukammern bei den Landgerichten.

V. Fazit

Das erstmalige Einfügen bauvertragsrechtlicher Vorschriften in das BGB zwingt die am Baugeschehen Beteiligten dazu, sich mit den neuen Regelungen auseinanderzusetzen.

In der Praxis wird abzuwägen sein, ob Verträgen weiterhin die bekannten Regelungen der VOB/B zugrunde gelegt werden oder ob – gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Privilegierung der VOB/B aufgrund von Abweichungen häufig nicht greift – sich für die Vertragsgestaltung die neuen gesetzlichen Regelungen empfehlen. Diese Beurteilung wird indes auch davon abhängen, ob die Bewertung aus Sicht eines Auftragnehmers oder eines Auftraggebers vorzunehmen ist. Da es im Übrigen derzeit weder Rechtsprechung noch Erfahrungswerte hinsichtlich des neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht gibt, bleibt abzuwarten, ob sich die vorgestellten Regelungen in der Praxis bewähren werden. ◀

STROBEL Kiosk-App

Ausgabe verpasst?

Ab sofort finden Sie alle Titel und alle Ausgaben aus dem STROBEL VERLAG in der neuen Kiosk-App!



Download-Link:

www.ikz.de/app

