

**Heinrich Immoor**

Rechtsanwalt
 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

I. Anordnungsrecht (§ 650 b BGB)

1. Seit dem 01.01.2018 sieht das BGB unter bestimmten Voraussetzungen ein Anordnungsrecht des Bestellers für geänderte oder zusätzliche Leistungen vor. Bisher war ein Anordnungsrecht lediglich in § 1 Abs. 3 VOB/B geregelt.

Die in das BGB neu aufgenommene Regelung weicht von der entsprechenden Regelung in der VOB/B ab.

2. Das neue Anordnungsrecht des Bestellers gem. BGB ist für zwei Varianten mit unterschiedlichen Anforderungen geregelt:

- Anordnungen gerichtet auf Änderung des vereinbarten Werkerfolges,
- Anordnungen gerichtet auf Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist.

a) Ordnet der Besteller die Änderung des vereinbarten Werkerfolges an, muss der Auftragnehmer dem nur nachkommen, wenn die Ausführung der Änderung für ihn zumutbar ist.

b) Das Anordnungsrecht für Änderungen, die zur Erreichung des ver-

Das neue Bauvertragsrecht

einbarten Werkerfolges erforderlich sind, ist uneingeschränkt. Einer solchen Anordnung muss grundsätzlich der Auftragnehmer nachkommen.

Die Zumutbarkeit einer Änderungsanordnung wird durch eine Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien ermittelt. Hierbei werden die besonderen Interessen des Bestellers und die technischen Möglichkeiten und Belastungen des Auftragnehmers gegeneinander abgewogen. Grundsätzlich trifft den Besteller die Beweislast für die Zumutbarkeit. Anders ist dies nur bei internen Vorgängen auf Seiten des Auftragnehmers, den dann die Beweislast für die Unzumutbarkeit trifft.

3. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, ein Angebot für die zusätzlichen Leistungen zu unterbreiten. Besondere Anforderungen an den Inhalt des Angebots werden jedoch nicht gestellt. Der Auftraggeber, welcher die Planungsverantwortung trägt, muss die neue Planung als Grundlage für das Angebot dem Auftragnehmer zur Verfügung stellen. Der Auftraggeber kann durch eine Änderungsanordnung nicht die ihm obliegende Planungsverantwortung auf den Auftragnehmer übertragen.

4. Das Anordnungsrecht des Auftraggebers entsteht erst 30 Tage nach dem Änderungsbegehren, d. h. der Aufforderung des Auftraggebers an den Auftragnehmer, etwas zu verändern. Das Änderungsbegehren selbst ist an keine Form gebunden. Es sollte allerdings schon aus Gründen der Beweisbarkeit möglichst schriftlich erfolgen.

Ziel der gesetzlichen Regelung, wonach erst nach 30 Tagen etwas Verbindliches angeordnet werden kann, ist, dass innerhalb der 30-Tage-Frist möglichst eine einvernehmliche Regelung über das Änderungsbegehren und die Vergütung erzielt wird. Insofern besteht für beide Parteien eine Kooperationspflicht. Wird nach 30 Tagen keine Einigung erzielt, kann der Auftraggeber die von ihm gewünschte Änderung anordnen. Diese Änderungsanordnung muss in „Textform“ erfolgen; eine mündliche Anordnung genügt nicht.

>>

CASTRINGIUS
 Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7
 28195 Bremen
 Telefon (0421) 368 000
 Telefax (0421) 368 0033
 info@castringius.de
 www.castringius.de

Das neue Bauvertragsrecht

II. Vergütungsanpassung bei einer Anordnung (§650c BGB)

Der Auftragnehmer hat einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung für die geforderten Leistungen. Als Maßstab für die Höhe der Vergütungen ist der Gesetzgeber von den Grundsätzen der VOB/B abgewichen. Der Grundsatz „guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ gilt nicht. Maßstab für den Vergütungsanspruch ist der erforderliche zusätzliche Kostenaufwand unter Berücksichtigung von Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn. Inwiefern hierbei auch die allgemeinen Geschäftskosten (AGK) zu berücksichtigen sind, ist noch nicht geklärt. Diese sind wohl nur im Ausnahmefall vergütungserhöhend. Der Auftragnehmer kann bei der Berechnung seines Vergütungsanspruchs auf die hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation neu ermittelte Vergütung den Grundsätzen des Vergütungsmaßstabes entspricht. Diese Vermutung ist allerdings widerleglich.

III. Vorläufige Festlegung der Nachtragsvergütung (§ 650 c Abs. 3 BGB)

Der Auftragnehmer kann entscheiden, ob er Abschlagszahlungen nach § 632 a BGB in voller Höhe verlangt oder auf Basis seines Angebots 80% der Angebotssumme abrechnet. Wählt der Auftragnehmer die „80%-Regelung“, so wird die Abrechnung vorläufig als „richtig“

vermutet. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Abschlagsrechnung zu bezahlen, es sei denn, er kann durch eine gerichtliche Entscheidung – insbesondere durch eine einstweilige Verfügung gem. § 650 d BGB – die Vermutungswirkung aufheben. Liegt keine anders lautende gerichtliche Entscheidung vor und leistet der Auftraggeber keine Zahlung, so kann der Auftragnehmer von seinem gesetzlichen Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen, also die Arbeiten einstellen. Dieses ist selbst dann risikolos, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass er einen überhöhten Vergütungsanspruch geltend gemacht hatte.

Sollte sich später herausstellen, dass der Vergütungsanspruch überhöht war, so ist der zu viel gezahlte Betrag zurückzuzahlen und mit neun Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen. Hat der Auftragnehmer von der „80%-Regelung“ Gebrauch gemacht, kann er den darüber hinausgehenden Vergütungsanspruch erst nach Abnahme und Fälligkeit der Schlussrechnung geltend machen. Der Auftraggeber muss sich somit frühzeitig entscheiden, welchen Weg er gehen will.

IV. Ausblick

Das erstmalig in das BGB aufgenommene Anordnungsrecht ist grundsätzlich zu begrüßen. Bisher bestand bei einem BGB-Werkvertrag ein Anordnungsrecht allenfalls unter dem Gesichtspunkt von „Treu und Glauben“. Dies

war Ausnahmefällen vorbehalten. Die gesetzliche Regelung wirft allerdings verschiedene Fragen auf, die wohl erst in den nächsten Jahren durch die Rechtsprechung beantwortet werden. Auch zeichnen sich bereits jetzt praktische Schwierigkeiten ab. Ob und in welchem Umfang diese durch vertragliche Regelungen gelöst werden können, bleibt abzuwarten. Folgende Fragen mögen die zu erwartenden Probleme in der Praxis veranschaulichen:

1. Besteht das Anordnungsrecht ausnahmslos auch im Falle der Unzumutbarkeit für den Auftragnehmer, wenn die Anordnung eine Leistung betrifft, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges erforderlich ist?

Da der Gesetzgeber eine klare Abgrenzung zwischen den beiden Anordnungsvarianten gewählt hat, ist wohl grundsätzlich ein Anordnungsrecht auch bei Unzumutbarkeit anzunehmen. Nur in absoluten Ausnahmefällen dürfte die Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Einzelfall ein Anordnungsrecht verneinen.

>>

CASTRINGIUS
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7
28195 Bremen
Telefon (0421) 368 000
Telefax (0421) 368 0033
info@castringius.de
www.castringius.de

Das neue Bauvertragsrecht

2. Muss der Auftraggeber die 30-Tage „Verhandlungsfrist“ immer abwarten, bevor er verbindlich eine Änderungsanordnung treffen kann?

Gerade bei Großbauvorhaben ist die gesetzgeberische Vorstellung, dass die Vertragsparteien 30 Tage über ein Änderungsbegehren verhandeln können, nicht praxisgerecht. Terminbaustellen machen es erforderlich, kurzfristig Entscheidungen zu treffen. Durch ein geschicktes Ausnutzen der 30-Tage-Frist kann der Auftragnehmer den Auftraggeber unter zeitlichen Druck setzen. Es bleibt abzuwarten, ob die Möglichkeit besteht, die 30-Tage-Frist durch vertragliche Regelungen zu verkürzen. Möglicherweise wird dieses Problem auch in der neuen Fassung der VOB/B bereits berücksichtigt.

3. Welche Möglichkeiten bestehen, eine rechtsmissbräuchliche Nutzung

der „80%-Regelung“ zu verhindern?

Die „80%-Regelung“ für Abschlagszahlungen aufgrund einer Änderungsanordnung kann missbräuchlich genutzt werden. Durch ein zu hoch kalkuliertes Angebot besteht die Gefahr von Überzahlungen. Ob der „Strafzins“ von neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ausreichend abschreckt, bleibt abzuwarten. Der Auftraggeber kann von der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung (§ 650 d BGB) zur Abwehr eines überhöhten Vergütungsanspruchs Gebrauch machen.

4. Welche Folgen haben die neuen Regelungen im BGB für einen VOB/B Werkvertrag?

Auch für VOB/B-Bauverträge werden sich die neuen Regelungen des BGB auswirken. Sofern die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wird, d. h. ohne jegliche

Änderung, unterliegen die einzelnen Regelungen der VOB/B einer AGB-rechtlichen Wirksamkeitskontrolle. Maßstab hierfür sind die gesetzlichen Regelungen des BGB. Da die neuen gesetzlichen Regelungen im BGB von den Regelungen in der VOB/B teilweise erheblich abweichen, ist damit zu rechnen, dass Regelungen in der VOB/B, welche bisher als wirksam angesehen wurden, rechtlich unwirksam sind. Hier bleibt die Einzelfallrechtsprechung abzuwarten. Auch die Baubeteiligten, welche VOB/B-Bauverträge schließen, müssen sich somit mit den neuen Regelungen des BGB befassen.

5. Umfasst das Anordnungsrecht auch Anordnungen in zeitlicher Hinsicht?

Diese Frage wird wohl erst die Rechtsprechung klären. In der bisher veröffentlichten juristischen Literatur gibt es hierzu unterschiedliche Ansichten. Der Gesetzestext selbst erwähnt das Anordnungsrecht in zeitlicher Hinsicht nicht ausdrücklich. Im ursprünglichen Referentenentwurf gab es hierzu eine Regelung, die später entfallen ist.



CASTRINGIUS
Rechtsanwälte & Notare

Zweite Schlachtpforte 7
28195 Bremen
Telefon (0421) 368 000
Telefax (0421) 368 0033
info@castringius.de
www.castringius.de