

LUTZ | ABEL



Deutsche Gesellschaft
für Baurecht e.V.

Aktueller Stand der Diskussion zum bauvertraglichen Anordnungsrecht
Eine Bestandsaufnahme für den AK Bayern der Dt. Gesellschaft f. Baurecht e.V.

Dr. Michael T. Stoll, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

München, 5. Juli 2019

- Anordnungsrecht nach den Regelungen der VOB/B
 - › § 1 Abs. 3 VOB/B: Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten
 - › § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B: Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist.
 - › § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B: Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

- Anordnungsrecht nach den Regelungen des BGB, gültig bis 1.1.2018
 - › Keine explizite Regelung vorhanden.
 - › § 311 Abs. 1 BGB: Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie **zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses** ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.
 - › § 242 BGB in Verbindung mit werkvertraglichen Kooperationspflichten
 - › diverse unterschiedliche Ansätze (ergänzende Vertragsauslegung, § 649 a maiore ad minore, entspr. dienstvertragliches Weisungsrecht, vgl. im Einzelnen hierzu: Kniffka/ von Rintelen], ibr-online-Kommentar, Bauvertragsrecht, Stand 25.06.2019, § 650b Rdn. 6

– Anordnungsrecht nach den Regelungen des BGB, gültig seit 1.1.2018

§ 650b Änderung des Vertrags; 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,

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 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. 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.

(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.

Änderungsbegehren des Bestellers

- Änderung des Werkerfolgs (geänderte Leistung), § 650 b Abs. 1 Nr. 1 BGB
- Änderung, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig ist, § 650 b Abs. 1 Nr. 2 BGB



Zugang Änderungsbegehrung = Lauf der 30-tätigen Frist



Angebotslegung durch den Unternehmer



(Keine) Einigung über Leistung und Vergütung innerhalb von 30 Tagen ab Zugang Änderungsbegehren

➤ Anordnung AG in Textform

- Verfassungsgemäßheit des § 650b BGB
 - › Eingriff in die Vertragsfreiheit (grundrechtlich geschützte Privatautonomie, hier insbesondere Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG, ggf. Art. 2 Abs. 1 GG – allg. Handlungsfreiheit), kann nicht alleine durch Vergütungsregelung gerechtfertigt werden.
 - › **kein Eingriff** in die Berufswahlfreiheit, auch kein Ausschluss von Berufsausübung
 - › aber einseitige Beschränkung der grundrechtlichen Freiheiten der einen Partei zu Gunsten der anderen Partei, Veränderung Vertragsparität
 - § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der mildere Eingriff, da Werkerfolg (Ziel des Vertrags) unberührt bleibt
 - § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB schwerwiegender Eingriff, da Kontrahierungszwang

- › BVerfG: in der Regel gerechtfertigt, wenn der Durchsetzung des Sozialstaatsprinzips dienend oder zur Vermeidung eines strukturellen Ungleichgewichts zwischen Vertragsparteien
- › Sozialstaatsprinzip allenfalls bei Verbraucherbauvertrag relevant; darauf ist die Neuregelung aber nicht beschränkt
- › Eigentlich kein Fall der „Vertragsparität“, kein strukturelles Ungleichgewicht
- › aber: beide Vertragsparteien in dem Stadium der Abwicklung aneinander gebunden, Wechsel Vertragspartner nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden (Gesetzesbegründung); Verschiebung der Vertragsparität bei Änderungen erheblich zu Gunsten des AN
- › praktisches Bedürfnis auf Grund der Komplexität der Planungsaufgabe
- › im Ergebnis: durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt, zumal Korrektiv durch Zumutbarkeitserfordernis

siehe hierzu Abel/ Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1911 ff)

- Rechtsnatur des Änderungsbegehrens: einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, Oberhauser NZBau 2019, 3), a. A. rechtsgeschäftsähnliche Handlung (Kniffka/ von Rintelen Ibr-online-Kommentar § 650b Rn 80)
- Vertretungsbefugnis (=> § 174 BGB)
- Form des Änderungsbegehrens: formlos (Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1; Langen, BauR 2019, 304), auch stillschweigend/konkludent möglich; keine Qualifizierung erforderlich, ob freie oder notwendige Änderung
- Abgrenzung zu unverbindlicher Voranfrage (Rechtsbindungswille, Abel/ Schönfeld a.a.O)
- Inhalt hinreichend bestimmt, Frage des Einzelfalls. Unklar, ob entsprechend § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB, da dies nur für die Verpflichtung der Erstellung des Angebots maßgeblich ist, nicht aber für das Vorliegen eines wirksamen Änderungsbegehrens ?? Andererseits Voraussetzung für Angebotsabgabe

- In der Regel jedoch (wenn dem Vertrag Planunterlagen zu Grunde liegen) kann der AN verlangen, dass der AG für alle von der Änderung betroffenen Vertragsinhalte (Pläne, textliche Leistungsbeschreibung) eine hinreichend klare Grundlage für die weitere Leistungserbringung schafft (Abel/ Schönfeld, a.a.O)
- Problem: Uneinigkeit über Bausoll? AG verlangt aus seiner Sicht gerade keine Änderung (Langen, a.a.O). Nach der VOB/B konkludente Anordnung, hier aber ggf. nur dann, wenn sich dem Leistungsverlangen des AG zumindest hilfsweise Änderungsbegehren entnehmen lässt (Langen, a.a.O, Leupertz, BeckOK, 2. Ed. § 650b, Rn 40) => Kooperationspflicht AN zur Nachfrage (Langen, a.a.O)
- Rechtsfolge eines Änderungsbegehrens: Ingangsetzen des Einigungsprocedere, ansonsten keine, insbesondere keine in Bezug auf den Vertragsinhalt.
 - › Der Unternehmer bleibt also berechtigt wie verpflichtet, nach dem bisherigen Vertragsinhalt seine Leistungen unverändert weiter zu erbringen (Langen in Langen/ Berger/ Dauner-Lieb, § 650b Rdn. 31).
 - › Konkludentes Abbestellen der Leistung (Kniffka/ von Rintelen, Ibr-online-Kommentar, § 650 b, Rn 82 ff) – sehr zweifelhaft.
 - › Hinweis AN, dass Leistungen wertlos werden (Langen, BauR 2019, 307)

- Freies Änderungsrecht, an keine inhaltlichen Grenzen geknüpft
 - › Änderung des Werkerfolgs, weit zu verstehen, Verweis auf § 631 Abs. 2: der herbeizuführende Erfolg besteht darin, dem Besteller das Werk frei von Sachmängeln zu verschaffen
 - › umfasst Änderungen, neue Leistungen (Kniffka/ von Rintelen, ibr-online Kommentar, § 650b, Rn. 35 ff.)

- Verfassungskonforme Auslegung I: Kein vollständiger Austausch des Vertragsgegenstandes (Abel/ Schönfeld, BauR 2017, 1901, 1918; ähnlich Kniffka/ von Rintelen, ibr-online-Kommentar, § 650b, Rn 41)

- Verfassungskonforme Auslegung II: Berechtigtes Interesse des Bestellers erforderlich (Abel/ Schönfeld, BauR 2017, 1901, 1919)

- Problemfälle:
 - › Planungsleistungen, str. (Abel/ Schönfeld, BauR 2017, 2047, 2066), wohl ja, aber nicht wenn grundsätzliche Änderung der Risikostruktur
 - › Eingriff in vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht, wohl (+) (Abel/ Schönfeld, a.a.O.)
 - › Baumstände, insbesondere Bauzeit, Bauablauf, Produktionsmittel
 - wird nicht einheitlich beantwortet
 - (-) bspw. Oberhauser, NZBau 2019,3, Abel/ Schönfeld, a.a.O., Kniffka/ von Rintelen, ibr-online-Kommentar, § 650b Rn 64 m.w.N
 - Entstehungsgeschichte (Referentenentwurf)
 - mit Ausnahme von Fixgeschäft nicht Gegenstand des Synallagma
 - nicht Gegenstand des werkvertraglichen Erfolgs
 - (+) bspw. Jousen, BauR 2018, 151; Schramke/Keilmann, NZBau 2016, 333, 337; Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, 3. Aufl., Teil 5 Rdn. 236, weitere Nachweise bei Orłowski, BauR 2017, 1427 (Fn17)

- Zumutbarkeit
 - › unbestimmter Rechtsbegriff
 - › Beweispflichtig grundsätzlich AG, da er ändern möchte (Englert, NZBau 2017, 579)
 - › Ausnahme: Betriebsinterna (§ 650b Abs. 1 Satz 3 BGB)
 - › Abwägung in zwei Schritten: Interesse des Bestellers, danach Nachteile des Unternehmers. Bei überwiegendem Interesse des Bestellers: Zumutbarkeit gegeben (Abel/ Schönfeld, BauR 2017, 2047, 2068)
 - › Schwelle der Unzumutbarkeit unterhalb der allg. Schwelle des § 275 Abs. 2, 3 BGB (Englert, a.a.O)
 - › Bei Unzumutbarkeit keine Verpflichtung zum Angebot

- Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich ist
 - › im Regelfall wohl Fälle fehlerhafter Leistungsbeschreibung/ Planung durch den Besteller (Oberhauser, NZBau 2019, 3; Langen, BauR 2019, 304, 307)
 - › kein ausdrückliches Zumutbarkeitserfordernis
 - › § 275 BGB läuft im Regelfall leer, da bis zur Aufopferungsgrenze (Abel/ Schönfeld, BauR 2017, 2047, 2054)
 - › Verfassungskonforme Auslegung: Unzumutbarkeit bei fehlerhafter Leistungsbeschreibung ?? wohl eher nicht, da ausdrücklicher Wortlaut (Abel/ Schönfeld, BauR 2017, 1901, 2047), wohl eher Auslegung des werkvertraglichen Erfolgs („Tunnelbaufall“, BauR 2017, 1901, 1917)
 - › Spannungsfeld: Bedenkenhinweis vs. Weiterführung Arbeiten, Anspruch des Unternehmers aus § 642 BGB (Langen, BauR 2019, 304, 309)

- Grundsätzlich: Bei zulässigem Änderungsbegehren Verpflichtung zur Angebotsvorlage (nicht bei Unzumutbarkeit freier Änderungen oder Planung als Leistungspflicht des AN)
- Voraussetzung: Bei AG-seitiger Planung: Vorlage der erforderlichen Planungen (Obliegenheit, Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, 3), siehe dazu nachstehend
- bei Verletzung der Verpflichtung Schadensersatz oder außerordentliche Kündigung nach Mahnung und Ablehnungsandrohung (Oberhauser, NZBau 2019,3; Orłowski, BauR 2017, 1427, 1430)
- Formfrei (Langen, BauR 2019, 304, 309), fristlos (Kniffka/ von Rintelen, § 650b Rn 89), wohl aber unverzüglich
- Aufschlüsselung des Preises? str. ob Endpreis, Aufschlüsselung im Umfang der Auftragskalkulation oder prüfbar (Nachweise bei Oberhauser, NZBau 2019, 3)
- Vergütungsfreie Akquisition (Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, 3), wenn Änderung nicht umgesetzt wird (so auch Oberhauser (§ 632 Abs. 3 BGB), NZBau 2019, 3)

- Keine Vorgabe im Gesetz
- Mindermeinung: Anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten (Langen, BauR 2019, 304, 309; Gartz, BauR 2019, 1021, wohl auch Oberhauser, NZBau 2019,3)
- Überwiegende Meinung: freie Kalkulation bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit/
Treu und Glauben (Kniffka/ von Rintelen, ibr-online-Kommentar, § 650b Rn 96;
Leinemann/ Kues, BGB-BauvertragsR, § 650b, Rn 115 ff; Leupertz, BeckOK, §
650b, Rn 59; Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, 4)
- vermittelnd: Bei völlig aus der Luft gegriffenen Angeboten: Recht des
Bestellers zur Schätzung (Voit, Bamberger/ Roth, 46. A, Rn 13)
- an Hand der Auftrags-/ Urkalkulation?
- Risiko: Bauzeit => Bestandteil des Angebots (Langen, BauR 2019, 303, 310),
außer Vorbehalt

- § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB: Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung (...), ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots (...) verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.

- Problem: Im Regelfall geteilte Planungsverantwortung, bspw. AG Entwurfsplanung, AN Ausführungsplanung
 - › Auslegungsbedarf: muss vorgelegt werden, soweit die jeweilige Planungsverantwortung des Bestellers nach den vertraglichen Grundlagen reicht (Abel/ Schönfeld, BauR 1, 4; Oberhauser NZBau 2019, 3)
 - › Sonderproblem: Besteller ist verantwortlich für Entwurf, Unternehmer ist verantwortlich für Ausführungsplanung. Notwendige Änderung nach § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB: Wird die Änderung entgegen § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB vergütet?

- Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen
- Voraussetzung: Inhaltlich identisches vorausgegangenes Änderungsbegehren (Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, 5); nicht möglich andere Änderungen anzuordnen, aber im Einzelfall sollen Modifikationen möglich sein (Kniffka/ von Rintelen, ibr-online, § 650b Rn 156)
- Textform, mündliche Anordnungen sind nichtig (§§ 125, 126b BGB, Kniffka/ von Rintelen, ibr-online, § 650b Rn 157), (P) Konkludentes Abbedingen (Weise NJW-Spezial 2017, 492)
- einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, bedingungsfeindliches Gestaltungsrecht; Bedingungen, die den Empfänger nicht in eine ungewisse Lage versetzen, sollen zulässig sein (Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, 7)

- Ablauf der Einigungsfrist von 30 Tagen
 - › Beginn der Frist bei Anregung durch Unternehmer: mit Aufgreifen durch AG (Kniffka/ von Rintelen, *ibr-online*, § 650b Rn 146)
 - › vorfristige Anordnungen möglich ?
 - nein, starre Frist nach Wortlaut (Abel/ Schönfeld, *BauR* 2018, 1, 6)
 - AG ordnet im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung Konkretisierungen an, die mit der Vergütung abgegolten sind (Putzier, *NZBau* 2018, 131)
 - AG ruft Bedarfs-/ Eventual- oder Alternativpositionen aus dem Bauvertrag ab (Putzier, a.a.O.)

vorfristige Anordnungen möglich? ...

- ja, wenn es bloße Förmerei wäre, die Frist abzuwarten (Oberhauser, NZBau, 2019, 3)
 - wenn sich die Parteien einig sind, dass sie sich nicht einigen (Oberhauser, a.a.O)
 - ernsthafte und endgültige Weigerung des AN, ein Angebot vorzulegen (Oberhauser, a.a.O)
 - (ernsthaft und endgültige) Weigerung des AN in Verhandlungen einzutreten (Putzier, NZBau 2018, 131; Orłowski, BauR 2017, 1427, 1430)
 - besondere Umstände rechtfertigen sofortige Anordnung, Beweislast bei Besteller (Orłowski, a.a.O.; Langen, BauR 2019, 304, 312; Vorzeitiges Anordnungsrecht - insbesondere bei notwendigen Änderungen; Abwägung gegenüber sicherheitstechnischen oder bauablaufbedingten und kostenmäßigen Nachteilen)
 - Einigung gescheitert (Langen, BauR 2019, 303, 311)
 - Problem: Durch AG provoziertes Scheitern der Verhandlungen? (Weise, NJW-Spezial 2017, 492; a.A. Kniffka/ von Rintelen, Ibr-online, § 650b, Rn. 149)

- Individuell jedenfalls Abänderbar
- Fraglich, ob durch AGB abänderbar
 - unklar, ob und in welchem Umfang abänderbar
 - Regelung zur näheren Ausgestaltung von Vertragspflichten, daher wohl kein tragender Gedanke des gesetzlichen Gerechtigkeitsmodells
 - › AGB, die für den Fall der Entstehung zusätzlicher erheblicher Kosten die Frist abbedingen, sind zulässig (Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, 13)
 - Sofortiges Anordnungsrecht nicht durch AGB vereinbar (Kapellmann/ Messerschmidt/ van Rintelen, VOB/B, § 1, Rn 101, wohl auch Weise NJW-Spezial 2017, 492)
 - Unbedingtes Anordnungsrecht, das dem AN nicht die Möglichkeit gewährt, durch Einigung Streit über die Ausführung der Änderung und die hierfür zu zahlende Vergütung zu vermeiden, dürfte unwirksam sein (Oberhauser, NZBau 2019, 3)

- Anordnung vor Ablauf der Einigungsfrist
- mündliche Anordnung
- unzulässiger Inhalt (bspw. Bauzeit)
 - › Kein Vergütungsanspruch nach § 650 c BGB, ggf. Beseitigungsverlangen des AG, allenfalls bereicherungsrechtlicher Wertausgleich; Nachweise bei Langen BauR 2019, 303, 316 (Fn 54)
 - › Nach den Umständen des Einzelfalls: Konkludente/ stillschweigende Einigung über die Vertragsänderung. Vergütung dann nicht nach § 650c BGB, sondern nach § 632 BGB (Kniffka/ von Rintelen, ibr-online, § 650b Rn 259, Abel/ Schönfeld, BauR 2018, 1, 7)

DANKE für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Michael T. Stoll

Rechtsanwalt, Partner

Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht



Expertise

- Projektbegleitende Rechtsberatung
- Claim- & Anticlaime-Management
- Prozessführung (Litigation & Arbitration)
- Privates Baurecht, Bauvertragsrecht
- Bauversicherungsrecht
- Bauschadensrecht
- Haftungsrecht der Architekten/ Ingenieure
- Spezialisiert auf Unternehmen der Bauwirtschaft

- Seit 2002 Rechtsanwalt
- Seit 2006 Rechtsanwalt bei LUTZ | ABEL
- Seit 2007 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Von Legal500 empfohlener Anwalt
- Best Lawyer Baurecht (Handelsblatt, WiWo)
- Fachpublikationen im Kartellrecht und Baurecht

Telefon: +49 (0)89 54 41 47-0

E-Mail: stoll@lutzabel.com

LUTZ | ABEL

Rechtsanwalts PartG mbB

www.lutzabel.com



MÜNCHEN

Brienner Straße 29
 80333 München
 Telefon +49 89 544147-0
 Fax +49 89 544147-99
muenchen@lutzabel.com



Kanzlei des Jahres
 für den Mittelstand



Kanzlei des Jahres
 Süden



HAMBURG

Caffamacherreihe 8
 20355 Hamburg
 Telefon +49 40 3006996-0
 Fax +49 40 3006996-99
hamburg@lutzabel.com

STUTTGART

Theodor-Heuss-Straße 9
 70174 Stuttgart
 Telefon +49 711 252890-0
 Fax +49 711 252890-7799
stuttgart@lutzabel.com