

# **Das neue Anordnungsrecht des Bestellers gemäss § 650b ff. BGB – Unterschiede zu §§ 1, 2 VOB/B**

Dr. Matthias Orlowski  
Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Düsseldorf, Deutschland





# Das neue Anordnungsrecht des Bestellers gemäss § 650b ff. BGB – Unterschiede zu §§ 1, 2 VOB/B

Der deutsche Gesetzgeber hat am 09.03.2017 das «Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffs-registerverfahren» beschlossen,<sup>1</sup> das seit dem 01.01.2018 wesentliche bauvertragliche Vorschriften in den §§ 650a ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) regelt. Das vorliegende Referat befasst sich mit den praktischen und rechtlichen Änderungen des Anordnungsrechts des Bestellers gemäss § 650b BGB, das für alle ab dem 01.01.2018 geschlossenen Bauverträge § 650a BGB gelten wird.

Bislang enthielt das BGB nur wenige bauvertragliche Spezialvorschriften. Aus diesem Grunde haben gewerbliche Bauvertragsparteien in aller Regel die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) vereinbart. Hierbei handelt es sich nicht um Gesetzesrecht, sondern um Allgemeine Vertragsbedingungen, die jedoch gemäss § 310 Abs. 1 S. 3 BGB nur dann einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen sind, wenn sie ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Bauvertrag einbezogen und gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet wurden.

War die VOB/B indes nicht vereinbart, konnte der Besteller nur solche Anordnungen treffen, die zur Erreichung einer funktionsgerechten und zweckentsprechenden Leistung notwendig sind. Nicht zur Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolges notwendige Leistungsänderungen waren dann nur durch einen zweiseitigen *Änderungsvertrag* möglich; ein allgemeines *einseitiges* Anordnungsrecht des Bestellers war nicht anerkannt.<sup>2</sup>

In § 650b BGB hat der deutsche Gesetzgeber ein allgemeines Anordnungsrecht für den Besteller eines Bauvertrages gesetzlich neu eingeführt.

## 1. Voraussetzungen des Anordnungsrechts nach § 650b BGB

§ 650b BGB hat folgenden Wortlaut:

### § 650b – Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. <sup>4</sup>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. <sup>5</sup>Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c

<sup>1</sup> BGBl. I 2017, 969.

<sup>2</sup> Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, Teil I., Lit. K. Rn. 62f. auch zu den Gegenmeinungen.

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) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

Abbildung 1: Wortlaut des § 650b BGB

### 1.1.1. Wirksamer Bauvertrag

#### 1.1.2. Bauvertrag

Das Anordnungsrecht des Bestellers setzt einen Bauvertrag voraus, also einen «Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Aussenanlage oder eines Teils davon» (§ 650a Abs. 1 BGB) oder einen «Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks [...], wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemässen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist» (§ 650a Abs. 2 BGB). Das Anordnungsrecht gilt auch für Verbraucherbauverträge (§ 650i Abs. 3 BGB) und Architekten- und Ingenieurverträge (§ 650q BGB), nicht aber für Bau-trägerverträge (§ 650u Abs. 2 BGB) oder sonstige Werkverträge. Erforderlich ist daher insbesondere eine Abgrenzung zwischen Bauverträgen und «einfachen» Werkverträgen mit Bauwerksbezug.

Zur Auslegung der Begriffe «Bauwerk» und «Aussenanlagen» verweist der Gesetzgeber auf die zu § 634a Abs. 1 BGB a.F.<sup>3</sup> bzw. § 648a BGB a.F. ergangene Rechtsprechung; die «Instandhaltung» soll wie in § 2 Abs. 9 HOAI und § 1 VOB/A zu verstehen sein.<sup>4</sup>

Eine Werkleistung «bei einem Bauwerk» i.S.d. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. liegt vor, «wenn das Werk in der Errichtung oder der grundlegenden Erneuerung eines Gebäudes oder eines anderen Bauwerks besteht, wobei unter grundlegender Erneuerung Arbeiten zu verstehen sind, die insgesamt einer ganzen oder teilweisen Neuerrichtung gleichzuachten sind».<sup>5</sup> Legt man diese Definition auch für § 650a Abs. 1 BGB zugrunde, werden vom neuen Bauvertragsrecht nur «Substanzarbeiten» erfasst.<sup>6</sup>

Unternehmer einer Aussenanlage ist nach der Rechtsprechung ein Unternehmer, der mit gestalterischen Arbeiten betraut ist, die der Errichtung der Aussenanlage oder deren Bestand dienen.<sup>7</sup>

Ob – wie bei §§ 648, 648a BGB a.F. vertreten wird<sup>8</sup> – zudem eine Werterhöhung im Grundstück erforderlich ist oder nicht, lässt die Gesetzesbegründung offen.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind Abbruch- und Rodungsarbeiten sowie eine isoliert beauftragte Beseitigung von Altlasten keine Bauwerksleistungen i.S.d. §§ 648, 648a BGB a.F.<sup>9</sup> bzw. des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.<sup>10</sup> Da § 650a BGB jedoch auch die «Beseitigung [...] eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon» als Bauvertragsleistung definiert, sind zumindest isoliert beauftragte Abbruch- und Rodungsarbeiten Bauleistungen im Sinne dieser Vorschrift.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> BGH, Urteil v. 02.08.2016 – VII ZR 348/13 –, BauR 2016, 1478 = NJW 2016, 2876.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 53.

<sup>5</sup> BGH, Urteil v. 20.12.2012 – VII ZR 182/10 –, BauR 2013, 596 = NJW 2013, 601.

<sup>6</sup> Leupertz, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 12. Aufl. 2017, Anhang zu §§ 631-651, Rn. 6.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss v. 24.02.2005 – VII ZR 86/04 –, BauR 2005, 1019 = NJW-RR 2005, 750.

<sup>8</sup> Jousen, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl. 2017, Anh. 1 Rn, 151 f. m.w.N.; Voit, in: Bamberger/Roth, Beckscher Online-Kommentar, 42 Ed., Stand 01.02.2017, § 648a Rn. 3; Palandt-Sprau § 648a Rn. 7.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss v. 24.02.2005 – VII ZR 86/04 –, BauR 2005, 1019 = NJW-RR 2005, 750

<sup>10</sup> BGH, Urteil v. 09.03.2004 – X ZR 67/01 –, BauR 2004, 1798.

<sup>11</sup> Damit stehen dem Unternehmer von Abbruch- und Rodungsarbeiten entgegen bisheriger Rechtsprechung des BGH jedenfalls ab dem 01.01.2018 auch die Sicherungsrechte der §§ 650e und 650f BGB zu (Sicherungshypothek bzw. Bauhandwerkersicherung).

### 1.1.3. Wirksamkeit

Das Anordnungsrecht setzt zudem einen *wirksamen* Bauvertrag voraus. Es besteht daher nicht, wenn der Bauvertrag beispielsweise aufgrund einer Schwarzgeldabrede insgesamt nichtig<sup>12</sup> ist.

## 1.2. Änderungsbegehren des Bestellers

Um eine Änderung des Bauvertrages anordnen zu können, muss der Besteller zunächst gegenüber dem Unternehmer nach Vertragsschluss den Wunsch äussern, den vereinbarten Werkerfolg oder – unter Beibehaltung des vereinbarten Werkerfolgs – die hierzu vereinbarten Leistungen zu ändern. § 650b BGB unterscheidet weder zwischen geänderten und zusätzlichen Leistungen noch zwischen «Änderungen des Bauentwurfs» (§ 1 Abs. 3 VOB/B) und «nicht vereinbarten Leistungen» bzw. «anderen Leistungen» (§ 1 Abs. 4 VOB/B). Das Gesetz schreibt für das Änderungsbegehren des Bestellers keine Form vor, jedoch wird zumindest Textform empfohlen.

Fraglich ist, ob das Änderungsbegehren des Bestellers auch Anordnungen zu den Baumständen und insbesondere zur Bauzeit umfasst. Bei § 1 Abs. 3 VOB/B ist dies sehr umstritten.<sup>13</sup> Dem Referentenentwurf liess sich durch Umkehrschluss aus § 650b Abs. 2 S. 3 BGB-RefE noch entnehmen, dass der Besteller jedenfalls bei «schwerwiegenden Gründen» auch Anordnungen zur Bauzeit treffen konnte.<sup>14</sup> Im Regierungsentwurf<sup>15</sup> ist dieser Passus zwar wieder weggefallen; dies allein lässt jedoch nicht den Rückschluss zu, dass der Besteller nach § 650b BGB keine Anordnungen zu den Baumständen treffen dürfe, zumal die Gesetzesbegründung hierzu keine Hinweise enthält.<sup>16</sup> Es empfiehlt sich daher, insoweit eine klarstellende vertragliche Regelung zu treffen.

## 1.3. Kein Einvernehmen

§ 650b Abs. 1 BGB geht hinsichtlich der Vertragsänderung zunächst vom *Konsensprinzip* aus und zielt vorrangig darauf ab, dass sich Besteller und Unternehmer über die Änderung des Bauvertrages und über die hierfür zu leistende Mehr- oder Mindervergütung einigen. Erfolgt die Einigung, wird hiermit der ursprüngliche Bauvertrag abgeändert und regelt fortan die geänderte Bau- und Vergütungsverpflichtung. Ein (einseitiges) Anordnungsrecht des Bestellers besteht dann nicht. Nur wenn sich die Vertragspartner über die Vertragsänderung nicht einigen, greifen die gesetzlichen Regelungen zum Anordnungsrecht gemäss § 650b Abs. 2 BGB sowie zur Vergütungsanpassung in § 650c BGB.

Der Unternehmer muss zunächst ein prüfbares Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung erstellen, das bei zusätzlichen Leistungen deren Kosten umfasst und bei geänderten Leistungen durch eine Vergleichsberechnung die Mehr- oder Minderkosten ausweist. Ob der Unternehmer bei der Erstellung seines Angebotes die Vergütungsermittlungsgrundlagen des § 650c Abs. 1, 2 BGB zu beachten hat oder in seiner Preisfindung grundsätzlich frei ist, ergibt sich weder aus dem Gesetzestext noch aus seiner Begründung. Da § 650b Abs. 1 BGB jedoch vom Konsensprinzip ausgeht, ist der Unternehmer bei der Kalkulation seines Angebotes nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB – wie bei § 631 Abs. 1 BGB – in den Grenzen der §§ 138, 242 BGB frei.

<sup>12</sup> BGH, Urteil v. 16.03.2017 – VII ZR 197/16 –, BauR 2017, 1199 = NJW 2017, 1808; Urteil v. 11.06.2015 – VII ZR 216/14 –, BauR 2015, 1655 = NJW 2015, 2406; Urteil v. 10.04.2014 – VII ZR 241/13 –, BauR 2014, 1141 = NJW 2014, 1805.

<sup>13</sup> Bejahend: Wieseler, in: Preussner/Kandel/Jansen, Beck'scher Online-Kommentar VOB Teil B, 27. Edition 2017, § 1 Abs. 3 Rn. 18ff.; Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 20. Aufl. 2017, § 1 Abs. 3 Rn. 7 m.w.N.; Zanner/Keller NZBau 2004, 353; verneinend: von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 5. Aufl. 2015, § 1 Abs. 3 Rn. 54ff.; Thode ZfBR 2004, 214, 225.

<sup>14</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung vom 24.09.2015, Seiten 12 und 57, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Bauvertragsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bauvertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (Stand: 05.09.2018).

<sup>15</sup> BT-Drucks. 18/8486.

<sup>16</sup> Leupertz, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 12. Aufl. 2017, Anhang zu §§ 631-651, Rn. 7.

Der Unternehmer braucht kein Angebot zu erstellen,

- wenn das Änderungsbegehren des Bestellers zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs nicht notwendig und dem Unternehmer die Ausführung der Änderung nicht zumutbar ist (§ 650b Abs. 1 S. 2 BGB),
- wenn der Besteller die Planungsverantwortung trägt und dem Unternehmer die geänderte Planung noch nicht zur Verfügung gestellt hat (§ 650b Abs. 1 S. 4 BGB) oder
- wenn die Änderung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist und der Unternehmer die Planungsverantwortung trägt und deshalb gemäss § 650c Abs. 1 S. 2 BGB keinen Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand hat (§ 650b Abs. 1 S. 5 BGB).

#### 1.4. Fristablauf: 30 Tage

Der Besteller kann die Änderungen gemäss § 650b Abs. 2 BGB erst anordnen, wenn die Vertragspartner über die Änderung des Bauvertrages «binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung» erzielen. Der Besteller muss daher für eine Anordnung grundsätzlich die Frist abwarten.

Vor Ablauf der 30-Tagesfrist steht dem Besteller das Anordnungsrecht allenfalls dann zu, wenn der Unternehmer entsprechend § 281 Abs. 2 BGB ernsthaft und endgültig die Einigung verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine sofortige Anordnung des Bestellers rechtfertigen (z.B. bei Gefahr in Verzug), wofür der Besteller die Darlegungs- und Beweislast trägt. Diese Ausnahme ist zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, jedoch wäre dem Besteller in diesen Fällen ein weiteres Zuwarten unzumutbar.

#### 1.5. Form

Liegen die Voraussetzungen vor, kann der Besteller entscheiden, ob er die Änderung einseitig anordnet oder nicht. Die Anordnung gemäss § 650b Abs. 2 BGB ist eine *einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung*, die der *Textform* (§ 126b BGB) bedarf, d.h. unter Nennung der Person des Erklärenden und mindestens per E-Mail<sup>17</sup> versandt werden muss. Wird die Textform nicht eingehalten, ist die Anordnung nichtig und damit für den Unternehmer unbeachtlich (§ 125 S. 1 BGB).

Vertraglich können grundsätzlich strengere Formen vereinbart werden (z.B. Schriftform). Da die Textform gesetzliche Formvorschrift ist, ist die gesetzliche Form bei mündlichen oder konkludenten (= durch schlüssiges Verhalten) Anordnungen nicht gewahrt. Hat der Unternehmer nach einer mündlichen Anordnung des Bestellers gebaut und beruft sich der Besteller später auf die Formunwirksamkeit seiner Anordnung, kann dies im Einzelfall treuwidrig sein, wenn die Formnichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde.<sup>18</sup>

## 2. Rechtsfolgen einer Anordnung nach § 650b BGB

§ 650c BGB regelt die Rechtsfolgen einer Anordnung auf den Vergütungsanspruch des Unternehmers und hat folgenden Wortlaut:

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

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

<sup>17</sup> MüKo-Einsele, 7. Aufl. 2015, § 126b BGB Rn. 6 m.w.N.

<sup>18</sup> BGH, Urteil v. 16.07.2004 – V ZR 222/03 –, NJW 2004, 3330.

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

(3) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Wählt 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 Werks fällig. <sup>3</sup>Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. <sup>4</sup>§ 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.

Abbildung 2: Wortlaut des § 650c BGB

## 2.1. Ausführung der geänderten Bauleistungen

Der Unternehmer ist verpflichtet, einer wirksamen Anordnung des Bestellers nach § 650b BGB nachzukommen, ausser die Anordnung ist zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs nicht notwendig, und dem Unternehmer ist die Ausführung der Änderung nicht zumutbar (§ 650b Abs. 2 S. 2 BGB). Der Besteller trägt die Beweislast für die Zumutbarkeit der Ausführung, ausser die Unzumutbarkeit ergibt sich aus betriebsinternen Vorgängen des Unternehmers (§ 650b Abs. 2 S. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 3 BGB).

Der Gesetzeswortlaut lässt offen, ob und ggf. wann der Unternehmer seine Arbeiten bei Streitigkeiten über die Anordnung einstellen kann. Da jedoch auch der Unternehmer gemäss § 650d BGB jederzeit die Möglichkeit hat, eine einstweilige gerichtliche Klärung zu §§ 650b, 650c BGB herbeizuführen, ohne einen Verfügungsgrund glaubhaft machen zu müssen, werden streitige Anordnungen regelmässig kein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers begründen.

## 2.2. Vergütung

### 2.2.1. Vereinbarte Vergütung

Haben sich die Vertragspartner gemäss § 650b Abs. 1 S. 1 BGB auf eine geänderte Vergütung geeinigt, haben sie den ursprünglichen Bauvertrag einvernehmlich abgeändert. Es gilt dann diese vereinbarte Vergütung, unabhängig davon, wie die Vertragspartner sie ermittelt haben. § 650c BGB findet in diesem Fall keine Anwendung. Abschlagszahlungen kann der Unternehmer nach der einvernehmlich geänderten Vergütung verlangen.

### 2.2.2. Anpassung der Vergütung nach § 650c BGB

Der Unternehmer kann seine Vergütung bei einer Anordnung des Bestellers gemäss § 650c BGB anpassen. Er kann sie entweder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich Zuschlägen oder durch Rückgriff auf eine vereinbarungsgemäss hinterlegte Urkalkulation berechnen. Nach der Gesetzesbegründung steht dem Unternehmer für die Vergütungsberechnung insoweit ein Wahlrecht zu, das aber je Nachtrag nur einmal ausgeübt werden kann.<sup>19</sup>

#### 2.2.2.1. Tatsächlich erforderliche Kosten + Zuschläge

Ausgangspunkt der Vergütungsanpassung ist § 650c Abs. 1 S. 1 BGB. Hiernach wird die Vergütung des Unternehmers «nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn» ermittelt. Nach § 2 Abs. 6 VOB/B würde dagegen das vereinbarte Vertragspreisniveau fortgeschrieben.

Der «geänderte Aufwand nach den tatsächlichen Kosten» entspricht der Differenz zwischen den Ist-Kosten aufgrund der Anordnung und den hypothetischen Kosten ohne die

<sup>19</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

Anordnung.<sup>20</sup> Da in der Vergütungsermittlung gemäss § 650c Abs. 1 S. 1 BGB die Gemeinkosten der Baustelle nicht erwähnt werden, aber nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber diese Kosten von der Vergütungsermittlung ausnehmen wollte, umfassen die «Ist-Kosten» bzw. «hypothetischen Kosten» die jeweiligen *Herstellkosten*, also die Einzelkosten der Teilleistungen zuzüglich der Gemeinkosten der Baustelle.

Neben den «tatsächlich erforderlichen Kosten» kann der Unternehmer «angemessene Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn» verlangen. Wie der Unternehmer diese Zuschläge zu ermitteln hat und wann sie angemessen sind, lässt der Gesetzgeber ausdrücklich offen. Auch die Begriffe «allgemeine Geschäftskosten», «Wagnis» und «Gewinn» werden nicht definiert. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass ein blosser Verweis des Unternehmers auf seine Urkalkulation nicht ausreicht, um die Angemessenheit der Zuschläge darzulegen.<sup>21</sup> Dem Unternehmer ist bei der Vergütungsermittlung nach § 650c Abs. 1 BGB jedweder Rückgriff auf die Urkalkulation verwehrt. Dies soll das Preisrisiko für beide Vertragspartner begrenzen.<sup>22</sup>

### 2.2.2.2. Rückgriff auf die vereinbarungsgemäss hinterlegte Urkalkulation

Diese Unwägbarkeiten bei der Ermittlung der Vergütungsanpassung soll der Unternehmer umgehen können, wenn er gemäss § 650c Abs. 2 S. 1 BGB «für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäss hinterlegten Urkalkulation» zurückgreift. Gemäss § 650c Abs. 2 S. 2 BGB wird vermutet, dass die auf Grundlage der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den «tatsächlich erforderlichen Kosten» nach § 650c Abs. 1 BGB entspricht, wobei der Besteller diese Vermutung widerlegen kann.<sup>23</sup>

§ 650c Abs. 2 BGB erwähnt den Begriff der «Urkalkulation», ohne ihn näher zu definieren. Die Gesetzesbegründung enthält einzig den konkretisierenden Hinweis, dass die Urkalkulation «ausreichend aufgeschlüsselt» sein müsse.<sup>24</sup> Unter Urkalkulation ist die in einem geschlossenen und i.d.R. versiegelten Umschlag verwahrte Fassung der Dokumentation und Offenlegung der Kalkulationsansätze (z.B. Mittellöhne, Material- und Hilfsmaterialqualitäten, deren Mengen- und Stückkosten, die Geräte- und Maschinendaten, Erschweris-, Minder- und Mehrmengenzuschläge, Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn etc.) zu verstehen, die ursächlich zu dem Angebotspreis führen und dem Angebot des Unternehmers zugrunde liegen.<sup>25</sup> Form und Inhalt einer Urkalkulation sind nicht normiert. Auch die Vorlage der Urkalkulation durch den Unternehmer ist weder gesetzlich noch in der VOB/B geregelt. § 650c Abs. 2 BGB setzt eine entsprechende vertragliche Regelung voraus («vereinbarungsgemäss hinterlegt»); einige Vertragsmuster der öffentlichen Hand enthalten bereits entsprechende Klauseln.<sup>26</sup>

Dem Unternehmer steht das Wahlrecht zwischen § 650c Abs. 1 und 2 BGB nicht zu, sondern er muss die geänderte Vergütung nach § 650c Abs. 1 BGB berechnen,

- wenn die hinterlegte Urkalkulation nicht «ausreichend aufgeschlüsselt» ist, denn dann ist eine Fortschreibung der Vergütung für den Nachtrag nicht möglich,
- wenn im Bauvertrag die Hinterlegung der Urkalkulation nicht geregelt oder sogar ausgeschlossen wurde,
- wenn der Unternehmer eine Urkalkulation überhaupt nicht erstellt hat, denn auf eine plausible Nachkalkulation, wie sie das OLG Düsseldorf für die Schlüssigkeit eines Mehrvergütungsanspruchs bei Nachträgen nach § 1 VOB/B gefordert hat,<sup>27</sup> kann der Unternehmer bei § 650c Abs. 3 BGB nicht zurückgreifen, da sie nicht «vereinbarungsgemäss hinterlegt» wurde oder

<sup>20</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

<sup>22</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

<sup>25</sup> Kommunalpolitischer Leitfaden, Bd. 4 (Rechnungsprüfung), Ziff. 3.2.5.

<sup>26</sup> Z.B. Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau – ZVB/E-StB 2014 – Lit. A. Ziff. 1.1.

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.11.2014 – 22 U 37/14 –, BauR 2015, 494.



- wenn die Urkalkulation für eine der geänderten Leistungen keinen Preis enthält, denn dann kann der Unternehmer die Vergütung für diese Leistung nur nach § 650c Abs. 1 BGB berechnen. Da der Unternehmer die Wahl zwischen § 650c Abs. 1 und 2 BGB für jeden Nachtrag nur einmal treffen kann, muss er die Vergütung dann für den gesamten Nachtrag nach den «tatsächlich erforderlichen Kosten» zuzüglich Zuschlägen ermitteln; ein Rückgriff auf die Urkalkulation wäre nur dann denkbar, wenn der Unternehmer auf eine Vergütung für die Leistungen verzichtet, für die die Urkalkulation keine Preise enthält.

Haben sich die allgemeinen Geschäftskosten im Zeitpunkt der Anordnung gegenüber dem Vertragsschluss erhöht, kann der Unternehmer diese Kostenerhöhung nur dann berücksichtigen, wenn er seine Vergütung nach § 650c Abs. 1 BGB ermittelt.<sup>28</sup>

### 2.2.3. Ausschluss der Mehrvergütung

Ist die Anordnung des Bestellers zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig und obliegt dem Unternehmer auch die Planung des Bauwerks/der Aussenanlage, hat der Unternehmer gemäss § 650c Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich keinen Anspruch auf Vergütung vermehrten Aufwandes.

§ 650 c Abs. 1 S. 2 BGB führt bei Unternehmern, die vertraglich zusätzlich zu den Bauleistungen auch die Planung übernommen haben, regelmässig zu untragbaren Ergebnissen, weil der Verlust jedweden Mehrvergütungsanspruchs nicht einmal einen Planungsfehler voraussetzt und unterstellt wird, dass der auch planende Unternehmer vertraglich stets alle Planungs-, Bau- und Vergütungsrisiken übernommen habe.<sup>29</sup> Der Ausschluss der Vergütung nach § 650c Abs. 1 S. 2 BGB erscheint allenfalls dann plausibel, wenn der Unternehmer (insbesondere bei einem Globalpauschalvertrag) nicht nur die Planungs- und Bauleistungen, sondern auch das Vergütungsrisiko für deren Mangelfreiheit sowie das Massen- und Mengenrisiko vollständig übernommen hat; trägt der Unternehmer dagegen (wie beim Detailpauschal- oder Einheitspreisvertrag) diese Risiken nicht, kann ihm in diesen Fällen ein Mehrvergütungsanspruch schlechterdings nicht verwehrt werden, weil das Vergütungsrisiko beim Besteller liegt. Dieser könnte den Unternehmer trotz Planungsfehlern zudem regelmässig auch nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, weil die Mehrkosten entweder Sowieso-Kosten sind oder zu einer entsprechenden Wertsteigerung des Objektes führen, so dass nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung ein Schaden gar nicht erst entsteht.<sup>30</sup> Hier ist daher eine Korrektur durch Rechtsprechung und Gesetzgeber geboten.

Ein Anspruch des Bestellers auf eine Mindervergütung bleibt in den Fällen des § 650b Abs. 1 S. 2 BGB unberührt.

## 2.3. Fälligkeit von Abschlagszahlungen

Haben sich die Vertragspartner über die Höhe der Vergütung der Anordnung geeinigt, findet § 650c BGB keine Anwendung, und es gilt der nachträglich geänderte Werklohn, der nach Abnahme und Schlussrechnungslegung fällig wird (§ 641 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 650g Abs. 4 Nr. 2 BGB). Vor der Abnahme kann der Unternehmer Abschlagszahlungen (z.B. gemäss § 632a BGB) auf den geänderten Werklohn verlangen.

Haben sich die Vertragspartner jedoch über die Höhe der Vergütung für die Anordnung des Bestellers nicht geeinigt und ergeht auch keine anders lautende gerichtliche Entscheidung, kann der Unternehmer (vorläufig pauschaliert) für Abschlagsrechnungen 80 % der von ihm nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB angebotenen Mehrvergütung ansetzen (§ 650c Abs. 3

<sup>28</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

<sup>29</sup> Beispiel: Der Besteller beauftragt den Unternehmer durch Detailpauschalpreisvertrag mit der Errichtung eines Bauvorhabens. Das Bodengutachten des Bestellers weist die Bodenklassen 1 – 5 aus. Der Unternehmer plant auf Grundlage dieses Bodengutachtens und beginnt mit dem Bau. Es stellt sich heraus, dass die Bodenklassen 6 – 7 vorliegen, die zusätzliche Maßnahmen erforderlich machen. Nach § 650c Abs. 1 S. 2 BGB könnte der Unternehmer keine Mehrvergütung verlangen, wenn der Besteller die zusätzlichen Maßnahmen anordnet, denn er trägt die Planungsverantwortung, und die Änderung ist zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig.

<sup>30</sup> BGH, Urteil v. 21.05.2015 – VII ZR 190/14 –, BauR 2015, 1515 = NJW-RR 2015, 1048.

S. 1 BGB).<sup>31</sup> Gemäss § 650c Abs. 3 S. 2 BGB wird die nach § 650c Abs. 1 und 2 BGB geschuldete Mehrvergütung „erst nach der Abnahme des Werks fällig“. Diese Rechtsfolge scheint sich bereits aus § 641 Abs. 1 S. 1 BGB zu ergeben. Die Bedeutung des § 650c Abs. 3 S. 2 BGB erschliesst sich erst auf den zweiten Blick:

Diese Vorschrift stellt zunächst klar, dass die Vergütung gemäss § 650c Abs. 1 und 2 BGB grundsätzlich<sup>32</sup> erst nach der Abnahme «des Werks» fällig wird, wobei unter «Werk» insoweit das *Gesamtwerk* zu verstehen ist, also die vertraglich beauftragten und die einseitig angeordneten Werkleistungen. Auch wenn die angeordnete Leistung daher gesondert abgenommen werden könnte, soll die Fälligkeit der Vergütung erst mit der Gesamtabnahme eintreten.

Die weitere Bedeutung des § 650c Abs. 3 S. 2 BGB erschliesst sich in einer Gesamtschau der Abs. 1 – 3: Die Abs. 1 und 2 haben die Höhe des dem Unternehmer für den Nachtrag zustehenden Werklohns zum Gegenstand, der gemäss § 650c Abs. 3 S. 2 BGB «erst nach der Abnahme des Werks» und Schlussrechnungslegung (§ 650g Abs. 4 Nr. 2 BGB) fällig wird. Dies hat Bedeutung für den Anspruch des Unternehmers auf Abschlagszahlungen: Gemäss § 632a Abs. 1 S. 1 BGB kann der Unternehmer «von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen». Der Wert der erbrachten Leistungen bemisst sich nach dem vereinbarten Werklohn.<sup>33</sup> Da § 650c BGB aber nur zur Anwendung gelangt, wenn der Besteller die Änderung angeordnet hat, sich die Vertragspartner also gerade nicht auf eine geänderte Vergütung geeinigt haben, schuldet der Unternehmer zwar die geänderten Leistungen, jedoch haben sich die Mehrkosten mangels Einigung noch nicht im vereinbarten Werklohn niedergeschlagen. Auch auf § 650c Abs. 1 und 2 BGB kann der Unternehmer für die Berechnung der Abschlagszahlungen nicht zurückgreifen, weil die hiernach berechnete Vergütung nicht zwischen den Vertragspartnern vereinbart ist<sup>34</sup> und sie gemäss § 650c Abs. 3 S. 2 BGB erst nach der Abnahme oder aufgrund einer «anderslautende gerichtliche Entscheidung» fällig wird.

Um die Liquidität des Unternehmers und den Zahlungsfluss an ihn auch bei Anordnungen des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB sicherzustellen, gewährt § 650c Abs. 3 S. 1 BGB dem Unternehmer deshalb bis zu einer «anderslautenden gerichtlichen Entscheidung» einen Anspruch auf Abschlagszahlungen, den er *vorläufig* mit 80 % seines Angebotspreises ansetzen kann.<sup>35</sup>

Abschlagszahlungen kann der Unternehmer die nach § 650c Abs. 1 und 2 BGB berechnete Vergütung daher ausschliesslich dann zugrunde legen, wenn eine gerichtliche Entscheidung hierzu ergeht oder sich die Vertragspartner hierauf geeinigt haben (§ 650c Abs. 3 S. 1 BGB).

§ 650c Abs. 3 S. 3 BGB stellt schliesslich klar, dass der Unternehmer Überzahlungen zurück zu gewähren hat. Um Unternehmern den Anreiz für überhöhte Angebote/Abschlagsrechnungen zu nehmen, sind die überzahlten Beträge ab Eingang der (Über)Zahlung beim Unternehmer entsprechend der Verzugszinsregelungen zu verzinsen, und zwar unabhängig davon, ob den Unternehmer an der Überzahlung ein Verschulden trifft oder nicht (Rechtsfolgenverweisung).

Überhaupt erscheint das Zusammenspiel von § 650c Abs. 3 S. 1 und 3 BGB nicht ausgewogen: Da der Unternehmer bei der Erstellung seines Angebotes nicht an die Vorgaben des § 650c Abs. 1, 2 BGB gebunden ist, kann er bestrebt sein, einen höheren Preis als die «tatsächlich erforderlichen Kosten» anzubieten. Bietet der Unternehmer die begehrte

<sup>31</sup> Beachte: Beim Verbrauchervertrag kann der Unternehmer wegen § 650m Abs. 1 BGB nur 90 % dieser 80 %, mithin 72 % verlangen.

<sup>32</sup> Ausnahme: Es ergeht eine „anderslautende gerichtliche Entscheidung“.

<sup>33</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 47.

<sup>34</sup> Die Entscheidung des BGH, Beschluss v. 24.05.2012 – VII ZR 34/11 –, BauR 2012, 1395 = NJW-RR 2012, 981, wonach der Auftragnehmer eines VOB/B-Vertrages berechtigt ist, auch dann Abschlagszahlungen für eine vom Auftraggeber geforderte zusätzliche Leistung zu verlangen, wenn sich die Vertragspartner über die Höhe der Vergütung nicht geeinigt haben, steht dem nicht entgegen, weil der Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B anders als der nach § 650c Abs. 1, 2 BGB sofort fällig wird.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 58; BT-Drucks. 18/11437, S. 48.

Änderung beispielsweise zu 125 % der tatsächlich erforderlichen Kosten an und einigen sich die Vertragspartner nicht auf diesen Preis, kann der Unternehmer gemäss § 650c Abs. 3 S. 1 BGB Abschlagszahlungen auf Grundlage von 80 % des Angebotspreises berechnen, in dem gewählten Beispiel also in Höhe von 100 % der tatsächlich erforderlichen Kosten.<sup>36</sup> Eine «anderslautende gerichtliche Entscheidung» hat der Unternehmer nicht zu fürchten, wenn er in dem Verfahren die nach § 650c Abs. 1 BGB ermittelten tatsächlich erforderlichen Kosten belegen kann. Nach der Abnahme hat der Unternehmer auch keine Rückzahlungs- und Verzinsungsansprüche des Bestellers nach § 650c Abs. 3 S. 3 BGB zu fürchten, da er nicht überzahlt wurde.

### 3. Abdingbarkeit der §§ 650b, 650c BGB

Mit der Neueinführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts stellt sich für die Kautelarpraxis die Frage, ob und in wie weit die §§ 650b – 650d BGB in Allgemeinen Vertragsbedingungen abbedungen werden können. Denkbar wäre beispielsweise, das Anordnungsrecht des Bestellers einzuschränken oder abzubedingen, die Frist des § 650b Abs. 2 BGB zu verkürzen oder zu verlängern, die Vergütungsanpassung abweichend von § 650c BGB zu regeln (z.B. Fortschreibung des Vertragspreisniveaus wie in § 2 VOB/B) oder dem Besteller und nicht dem Unternehmer die Wahl zwischen § 650c Abs. 1 und 2 BGB zu geben. Die AGB-rechtliche Zulässigkeit dieser Änderungen wird die Gerichte die kommenden Jahre beschäftigen.

Bei der Abfassung allgemeiner Geschäftsbedingungen stellt sich insbesondere die Frage, ob die §§ 650a ff. BGB gesetzliche Leitbilder enthalten, denn gemäss § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB wird eine unangemessene Benachteiligung vermutet, wenn die Klausel «mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist».

Leitbildcharakter hat insbesondere § 650c BGB. In der Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs zu § 650c Abs. 4 BGB-RegE hat der Gesetzgeber ausgeführt:<sup>37</sup>

«Vereinbaren die Parteien sonstige Abweichungen von der VOB/B oder machen sie von deren Öffnungsklauseln Gebrauch, schliesst dies die Privilegierung nicht aus. Mit dieser Regelung soll ermöglicht werden, [dass] die im Rahmen von VOB/B-Verträgen seit vielen Jahren praktizierte und von den Beteiligten auch akzeptierte Praxis der Preisfortschreibung fortgeführt werden kann, obwohl sie vom gesetzlichen Leitbild des § 650c BGB-E abweicht.»

Zwar hat der Gesetzgeber § 650c Abs. 4 BGB-RegE nicht umgesetzt, jedoch enthält § 650c Abs. 1 – 3 BGB keine Abweichungen zu § 650c Abs. 1 – 3 BGB-RegE, die Zweifel am Leitbildcharakter dieser Vorschriften begründen würden. Die Kautelarpraxis wird sich daher darauf einstellen müssen, dass § 650c BGB ein gesetzliches Leitbild ist.

Im Zusammenhang mit Verbraucherbauverträgen stellt sich zudem die Frage, ob überhaupt Abweichungen von §§ 650b, 650c BGB zu Lasten des Verbrauchers auch in Individualvereinbarungen zulässig sind, denn § 650o BGB erklärt abweichende Vereinbarungen u.a. von § 650i BGB für unwirksam. § 650i Abs. 3 BGB verweist auf die bauvertraglichen Vorschriften der §§ 650a – 650h BGB («[...] gelten ergänzend»), so dass in Verbraucherbauverträgen möglicherweise auch Abweichungen von §§ 650b, 650c BGB unzulässig sein könnten. Allerdings ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber in § 650o BGB nicht nur § 640 Abs. 2 S. 2 BGB, sondern auch die §§ 650a – 650h BGB erwähnt hätte, wenn diese von dem Verbot abweichender vertraglicher Regelungen erfasst werden sollten.

<sup>36</sup> Orłowski ZfBR 2016, 419, 427.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 57.

## 4. Isolierte Inhaltskontrolle der §§ 1 Abs. 3, 4; 2 Abs. 5, 6 VOB/B 2016

Für die VOB/B in ihrer aktuellen Fassung vom 07.01.2016<sup>38</sup> stellt sich die Frage, ob die §§ 1, 2 VOB/B ab dem 01.01.2018 noch einer isolierten Inhaltskontrolle standhalten.

Ist die VOB/B als Ganzes gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen vereinbart, ist sie gemäss § 310 Abs. 1 S. 3 BGB privilegiert und unterliegt mit ihren Bestimmungen keiner Inhaltskontrolle der §§ 307 Abs. 1, 2; 308 Nr. 1a, 1b BGB. An dieser Privilegierung ändert die Einführung der §§ 650b – 650d BGB zum 01.01.2018 nichts.

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart oder zwar als Ganzes, jedoch nicht gegenüber dem in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB genannten Personenkreis vereinbart, unterliegen ihre Bestimmungen, die die Rechtsnatur allgemeiner Vertragsbedingungen haben (§ 1 Abs. 2 Nr. 6 VOB/B),<sup>39</sup> der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB.

Bislang ist herrschende Meinung, dass §§ 1 Abs. 3<sup>40</sup> und 4<sup>41</sup> mit den zugehörigen Vergütungsanpassungsregelungen des § 2 VOB/B einer isolierten AGB-Inhaltskontrolle standhalten. Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, ob diese herrschende Meinung unter Geltung der §§ 650b – 650d BGB aufrecht gehalten werden kann:

§ 650b BGB regelt das Anordnungsrecht des Bestellers grundlegend anders als § 1 Abs. 3, 4 VOB/B. Nach § 650b BGB muss der Unternehmer Anordnungen des Bestellers nachkommen, ausser sie sind nicht zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig und ihre Umsetzung ist für den Unternehmer nicht zumutbar. Nach § 1 Abs. 4 VOB/B kann der Unternehmer zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderliche, aber nicht vereinbarte Leistungen verweigern, «wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist»; ändert der Besteller den Bauentwurf (§ 1 Abs. 3 VOB/B) steht dem Unternehmer dieses Leistungsverweigerungsrecht nicht zu. Gegenüber § 650b BGB ist § 1 Abs. 4 VOB/B daher einerseits enger, § 1 Abs. 3 VOB/B dagegen teilweise weiter. Dies könnte zur Folge haben, dass § 1 Abs. 3, 4 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle bei Geltung der §§ 650b – 650d BGB nicht mehr standhält.

Die Anordnungsrechte nach § 1 VOB/B sind bei einer Inhaltskontrolle stets im Zusammenhang mit den Vergütungsregelungen des § 2 Abs. 5, 6 VOB/B zu sehen. In § 650c BGB hat sich der Gesetzgeber deutlich von der Fortschreibung des Vertragspreisniveaus abgekehrt und stellt massgeblich auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ab. § 2 Abs. 5, 6 VOB/B dagegen zementiert das vereinbarte Vertragspreisniveau für alle Nachträge getreu der Korbion'schen Faustformel<sup>42</sup> «Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis». Wie vorstehend unter Ziffer 3. ausgeführt, enthält § 650c BGB ein gesetzliches Leitbild,<sup>43</sup> von dessen wesentlichen Grundgedanken § 2 Abs. 5, 6 VOB/B unvereinbar abweicht.

Es spricht daher derzeit Vieles dafür, dass §§ 1 Abs. 3, 4; 2 Abs. 5, 6 VOB/B jedenfalls ab dem 01.01.2018 einer isolierten Inhaltskontrolle nicht mehr standhalten werden. Der Hauptausschuss Allgemeines (HAA) des Deutsche Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) hatte in sein Arbeitsprogramm für 2017/2018 zwar zunächst die «Überprüfung der VOB/B im Hinblick auf das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts»

<sup>38</sup> Bekanntmachung vom 31.07.2009, BAnz. Nr. 155 vom 15.10.2009), geändert durch Bekanntmachung vom 26.06.2012 (BAnz AT 13.07.2012 B3), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 07.01.2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3).

<sup>39</sup> BGH, Urteil v. 24.07.2008 – VII ZR 55/07 –, BauR 2008, 1603 m.w.N.; Urteil v. 14.01.1971 – VII ZR 3/69 –, BauR 1971, 124 = BGHZ 55, 198 (Grundsatzurteil).

<sup>40</sup> Von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, § 1 Rn. 101ff.; Jansen, in: Beck'scher VOB-Kommentar, § 1 Abs. 3 VOB/B Rn. 112ff. jeweils m.w.N.

<sup>41</sup> BGH, Urteil v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 –, BauR 1996, 378.

<sup>42</sup> Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 2. Aufl. 1979, Rn. 286.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 57.

aufgenommen, dann aber mit Beschluss vom 18.01.2018 mehrheitlich beschlossen, die VOB/B «zunächst unverändert zu lassen»:<sup>44</sup>

«Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch nicht gewährleistet.

Der HAA wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, verfolgen und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B ableiten.»

## 5. Einstweiliger Rechtsschutz (§ 650d BGB)

§ 650d BGB gibt den Bauvertragsparteien die Möglichkeit, Streitigkeiten über das Anordnungsrecht des Bestellers (§ 650b BGB) und seine Vergütungsfolgen (§ 650c BGB) unter erleichterten Voraussetzungen zum Gegenstand einer Einstweiligen Verfügung zu machen. § 650d BGB lautet wie folgt:

### § 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.

Abbildung 3: Wortlaut des § 650d BGB

### 5.1. Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs

Zunächst muss der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht werden. Für sein Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 2 BGB muss der Besteller z.B. glaubhaft machen, dass ein wirksamer Bauvertrag vorliegt, dass er gegenüber dem Unternehmer eine Änderung dieses Bauvertrages begehrt hat, dass sich die Vertragspartner binnen 30 Tagen nicht auf die Änderung des Bauvertrages und der Vergütung einigen können, dass eine konkrete Änderung des Bauvertrages in Textform angeordnet wurde und dass die Ausführung der Änderung für den Unternehmer zumutbar ist, sollte die Änderung nicht zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sein.

Will der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch nach § 650c Abs. 1 oder 2 BGB gerichtlich durch einstweilige Verfügung festgestellt wissen, muss er glaubhaft machen, dass ein wirksamer Bauvertrag geschlossen wurde, dass der Besteller wirksam eine Änderung des Bauvertrages nach § 650b Abs. 2 BGB angeordnet hat und dass die Voraussetzungen des § 650c Abs. 1 oder 2 BGB vorliegen.

Zur Glaubhaftmachung genügt im Rahmen einer einstweiligen Verfügung ein geringerer Überzeugungswert des Beweises. Mittel der Glaubhaftmachung sind die Bezugnahme auf bereits im Hauptsacheverfahren ergangene Urteile<sup>45</sup>, eidesstattliche Versicherungen<sup>46</sup> der Partei oder Dritter und anwaltliche Versicherungen<sup>47</sup> sowie der Vollbeweis durch präsen- te Beweismittel, z.B. die Vorlage von Urkunden oder Gutachten,<sup>48</sup> oder die Vernehmung präsen- ter Sachverständiger<sup>49</sup> oder Zeugen in der mündlichen Verhandlung.

<sup>44</sup> Abrufbar unter [http://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Bauwesen/beschluss\\_vobb\\_bf.pdf](http://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Bauwesen/beschluss_vobb_bf.pdf) (Stand: 05.09.2018).

<sup>45</sup> Hartmann, in: Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, ZPO, 75. Aufl. 2017, § 920 Rn. 15.

<sup>46</sup> BayObLG, Urteil v. 23.02.1995 – 5 St RR 79/94 –, NJW 1996, 406; OLG Celle, Beschluss v. 12.06.1986 – 2 W 34/86 –, NJW-RR 1987, 447.

<sup>47</sup> OLG München, Beschluss v. 25.07.1985 – 11 W 1867/85 –, MDR 1985, 1037 = JurBüro 1986, 66.

<sup>48</sup> OLG Köln, Urteil v. 25.03.1981 – 2 U 3/81 –, NJW 1982, 390.

<sup>49</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.1980 – 10 W 99/80 –, DB 1981, 785.

## 5.2. Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes

Eine einstweilige Verfügung hat nach §§ 935, 940 ZPO nur dann Erfolg, wenn der Antragsteller auch einen Verfügungsgrund glaubhaft macht. Hiervon abweichend bestimmt § 650d BGB, dass es «nach Beginn der Bauausführung» nicht erforderlich ist, einen Verfügungsgrund für einstweilige Verfügungen zu §§ 650b, 650c BGB glaubhaft zu machen. Hierbei handelt es sich um eine *widerlegbare Vermutung*.<sup>50</sup>

Der Gesetzgeber betritt insoweit kein Neuland; ähnliche Fälle, in denen eine Gefährdung im Rahmen des Verfügungsgrundes nicht glaubhaft gemacht zu werden braucht, finden sich beispielsweise bei der Anordnung der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs in das Grundbuch bzw. Schiffsregister gemäss §§ 885 Abs. 1 S. 2, 899 Abs. 2 S. 2 BGB, bei der Zuordnung eines Widerspruchs zu einer GmbH-Gesellschafterliste gemäss § 16 Abs. 3 S. 5 GmbHG oder bei Sicherungsverfügungen gemäss § 12 Abs. 2 UWG, §§ 2, 5 UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 2 UWG oder § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG.

Auch wenn gemäss § 650d BGB der Verfügungsgrund vermutet wird, muss das Gericht den Verfügungsgrund prüfen.<sup>51</sup> Kann der Antragsgegner die Vermutung widerlegen, muss der Antragsteller den Verfügungsgrund glaubhaft machen. Die Vermutung ist widerlegt,

- wenn ein vollstreckbarer Titel, der nicht nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar ist, vorliegt, der seinem Inhalt nach das Sicherheitsbedürfnis des Antragstellers entfallen lässt, weil er dieses abdeckt,<sup>52</sup>
- wenn der Antragsgegner das Nichtbestehen eines Verfügungsgrundes glaubhaft gemacht hat<sup>53</sup> sowie
- insbesondere in den Fällen der sogenannten *Selbstwiderlegung*.<sup>54</sup> Hier wird man die Rechtsprechung zur Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 BGB a.F. / § 650e BGB entsprechend heranziehen können, denn auch nach § 885 Abs. 1 S. 2 BGB braucht ein Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht zu werden. Jedoch kann die Vermutung des Verfügungsgrundes dadurch widerlegt werden, dass der Unternehmer mit dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ohne sachlichen Grund geraume Zeit zuwartet<sup>55</sup> oder die Vollziehungsfrist des § 929 III 2 ZPO ohne nachvollziehbaren Grund versäumt und einen neuen Antrag stellt, weil er damit regelmässig zu erkennen gibt, dass die Angelegenheit nicht eilbedürftig ist.<sup>56</sup> Die gesetzliche Vermutung des Verfügungsgrundes kann jedoch wieder aufleben, wenn sich die Umstände wesentlich ändern.<sup>57</sup>

Es stellt sich die Frage, ob einstweilige Verfügungen auch dann nach § 650d BGB privilegiert werden, wenn sie nicht Anordnungs-/Vergütungsanpassungsansprüche nach §§ 650b, 650c BGB, sondern nach §§ 1, 2 VOB/B zum Gegenstand haben. Dagegen spricht jedoch der Wortlaut des § 650d BGB, der ausdrücklich (nur) auf das «Anordnungsrecht gemäß § 650b» und die «Vergütungsanpassung gemäß § 650c» Bezug nimmt.

<sup>50</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 58.

<sup>51</sup> MüKo-Drescher, 5. Aufl. 2016, ZPO, § 935 Rn. 22.

<sup>52</sup> Grunsky, in: Stein/Jonas, 22. Aufl. 2002, Bd. 9, ZPO, § 935 Rn. 14.

<sup>53</sup> MüKo-Drescher, 5. Aufl. 2016, ZPO, § 935 Rn. 23 m.w.N.

<sup>54</sup> MüKo-Drescher, 5. Aufl. 2016, ZPO, § 935 Rn. 18ff.

<sup>55</sup> OLG Celle, Urteil v. 05.03.2015 – 13 U 12/15 –, BauR 2015, 1195 = NJOZ 2015, 1043 (14 Monate nach Schlussrechnungslegung); OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.02.2013 – I-21 U 123/12 –, NZBau 2013, 507 = NJW-RR 2013, 798 (25 Monate); OLG Hamm, Urteil v. 04.11.2003 – 21 U 44/03 –, BauR 2004, 872 = NJW-RR 2004, 379 (mehr als 1½ Jahre); OLG Celle, Urteil v. 27.02.2003 – 14 U 116/02 –, BauR 2003, 1439 (neun Monate); OLG Düsseldorf, Urteil v. 10.12.1999 – 22 U 170/99 –, BauR 2000, 921 = NJW-RR 2000, 825 (neun Monate); OLG Koblenz, Beschluss v. 27.04.2007 – 5 W 309/07 –, BauR 2007, 1619 (keine Selbstwiderlegung bei ernsthaft wirkenden Zahlungsverprechen des Bauherrn).

<sup>56</sup> OLG Celle, Beschluss v. 30.08.2012 – 5 W 42/12 –, BauR 2013, 128; a.A. OLG Hamburg, Urteil v. 04.05.2012 – 8 U 5/12 –, BauR 2012, 1442 = MDR 2012, 1249, wenn die Vollziehungsfrist nur um wenige Tage überschritten und der Antragsteller sich zeitnah um den Erlass einer zweiten einstweiligen Verfügung bemüht.

<sup>57</sup> OLG Hamburg, Urteil v. 11.08.2005 – 5 U 19/05 –, NJOZ 2005, 4308 = WRP 2005, 1301.

### 5.3. Vollziehung

Einstweilige Verfügungen werden i.d.R. durch Zustellung im Parteibetrieb innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO (ein Monat) vollzogen; eine Zustellung im Amtsbetrieb ist nicht ausreichend.<sup>58</sup> Versäumt der Antragsteller diese Vollziehungsfrist, wird die einstweilige Verfügung gegenstandslos und ihre Vollziehung unstatthaft.

## 6. Zusammenfassung

Die Entscheidung des Gesetzgebers, ein Anordnungsrecht des Bestellers gesetzlich zu regeln, ist zu befürworten, mag der Umfang des Anordnungsrechts auch nicht ohne Zweifel sein. Auch die Entscheidung gegen die Beibehaltung des Vertragspreisniveaus für Nachtragsleistungen und für eine Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zur Vermeidung von «Spekulationen bei der Preisgestaltung»<sup>59</sup> erscheint nachvollziehbar und sinnvoll. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf eine – wie auch immer geartete – Urkalkulation durchbricht dieses System jedoch wieder.

Zudem verbleiben Unstimmigkeiten, die die Praxis angehen und lösen muss:

Ein Bauvertrag kann formlos<sup>60</sup> geschlossen werden; haben die Vertragspartner keine Vergütung vereinbart, schuldet der Besteller die übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB), bei der konkrete Zuschläge des Bauunternehmers z.B. für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn keine Bedeutung haben. Ordnet der Besteller dieses Bauvertrages dagegen nach § 650b Abs. 2 BGB Änderungen an, muss die Anordnung in Textform erfolgen (§ 650b Abs. 2 S. 1 BGB), und – sollten sich die Vertragspartner auch hier nicht einigen – kann der Unternehmer nach seiner Wahl die Vergütung dieser geänderten Leistungen nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn oder (widerlegbar durch den Besteller) nach der vereinbarungsgemäss hinterlegten Urkalkulation abrechnen.

Für die Durchsetzung der nach dem Bauvertrag geschuldeten Leistungen haben Anträge des Bestellers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nur dann Erfolg, wenn er auch den Verfügungsgrund glaubhaft macht; bei der Durchsetzung geänderter Leistungen wird dieser Verfügungsgrund dagegen nach § 650d BGB vermutet. Umgekehrt soll der Unternehmer Abschlagszahlungen für Leistungen, die der Besteller nachträglich angeordnet hat, durch einstweilige Leistungsverfügungen durchsetzen können, nicht aber Abschlagszahlungen über die im Bauvertrag oder durch Änderungsvereinbarung nachträglich vereinbarten Leistungen.

Es ist davon auszugehen, dass § 1 Abs. 2, 3 und § 2 Abs. 5, 6 VOB/B 2016 ab dem 01.01.2018 einer isolierten Inhaltskontrolle nicht (mehr) standhalten und dass Abweichungen von §§ 650b – 650d BGB durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nur sehr eingeschränkt rechtswirksam sein werden.

<sup>58</sup> BGH, Urteil v. 22.10.1992 – IX ZR 36/92 –, NJW 1993, 1076.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 18/8486, S. 56.

<sup>60</sup> Für den Verbraucherbauvertrag gilt dagegen die Textform: § 650i Abs. 2 BGB