

21. Informationsveranstaltung der IBOS GmbH
Wissenswertes rund um die kommunale
Infrastruktur – Herrnhut, 12.09.2018

Nachträge nach VOB/B und BGB 2018 - jetzt alles anders?

Chancen und Fallstricke des Nachtragsrechts für
geänderte und zusätzliche Leistungen bei
Bauausführungsverträgen und Planungsverträgen nach
Inkrafttreten des Reformgesetzes für Bau- und
Planungsverträge zum 01.01.2018

**Dr. iur. Richard Althoff**

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Spezialist für die HOAI

geb. 1963 in Hamm / Westf.

- 1982-88 Studium der Rechtswissenschaft in Trier
- 1988 1. Staatsexamen; 1992 2. Staatsexamen und zeitgleich Promotion
- Auslandsaufenthalt in einer Anwaltskanzlei in Mailand
- 1993-97 Oberfinanzdirektion Chemnitz und BundesvermögAmt Dresden (Liegenschaftsverwaltung des Bundes; heute „BA für Immobilienaufgaben“)
- Seit Nov. 1997 Rechtsanwalt; immer überwiegende Tätigkeit im zivilen und öffentlichen Baurecht, inzw. fast aussch. im Architekten- und Ing.Recht.
- Ende 2013 Gründung der Fachkanzlei für Immobilienrecht, Baurecht und Planungsrecht Althoff Kierner + Partner
- Mitherausgeber und -autor des Loseblattwerks „HOAI 2013“ im WEKA-Verlag
Ausbilder bei EIPOS Dresden; ständige Vorträge an der Bauhausakademie Ettersburg; WBA der Bauhausuniv. Weimar u.a., sowie in lfd. Eigenveranstaltungen (z.B. „*Dr. Althoff's HOAI-Sprechstunde*“)

ALTHOFF KIERNER & PARTNER

Kanzlei für Immobilien-, Bau- und Planungsrecht

Hauptsitz Sachsen:

Ostra-Allee 9, 01069 Dresden; T. 0351-4331160

Zweigstelle Thüringen:

Anger 55, 99084 Erfurt

Zweigstelle Nordrhein-Westfalen:

Wandweg 5, 44149 Dortmund

athoff@althoff-kierner.de

www.bau-und-immobilie.de

Inhalt

*„Die übergroße Normenflut
tut oft den falschen Menschen gut.
Kaum schlägt dort nach der Handwerksmann,
stets der Jurist verdienen kann.“*

Horst Gamerith, Architekt + Hochschullehrer

Inhalt

*„Erst dann baut einer wirklich gut,
hat er nur unter einen Hut
gebracht die Planer und Juristen
sowie die Bau-Professionisten.“*

Horst Gamerith, Architekt + Hochschullehrer

Inhalt

- A. Inhalt und Ziel der Veranstaltung
- B. Anlass
- C. Adressaten
- D. Der „HOAI-Vertrag“ – was hat das neue Recht mit der HOAI zu tun
- E. Der „VOB-Vertrag – was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun
- F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018 für Bau- und Planungsverträge

B. Anlass

1. Was ist passiert?

Am 09.03.2017 wurde in zweiter und dritter Lesung das

**„Gesetz
zur Reform des Bauvertragsrechts
und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung,
zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes
und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und
Schiffsregisterverfahren“**

verabschiedet. Es trat am 01.01.2018 in Kraft.

B.1 Was ist passiert?

Reform des Bauvertragsrechts = Meilenstein in der Entwicklung des

Bauvertragsrechts,

denn die Regelungen des sehr allgemeinen

Werkvertragsrechts

sind nicht geeignet, die Komplexität von Bauvorhaben zu erfassen.

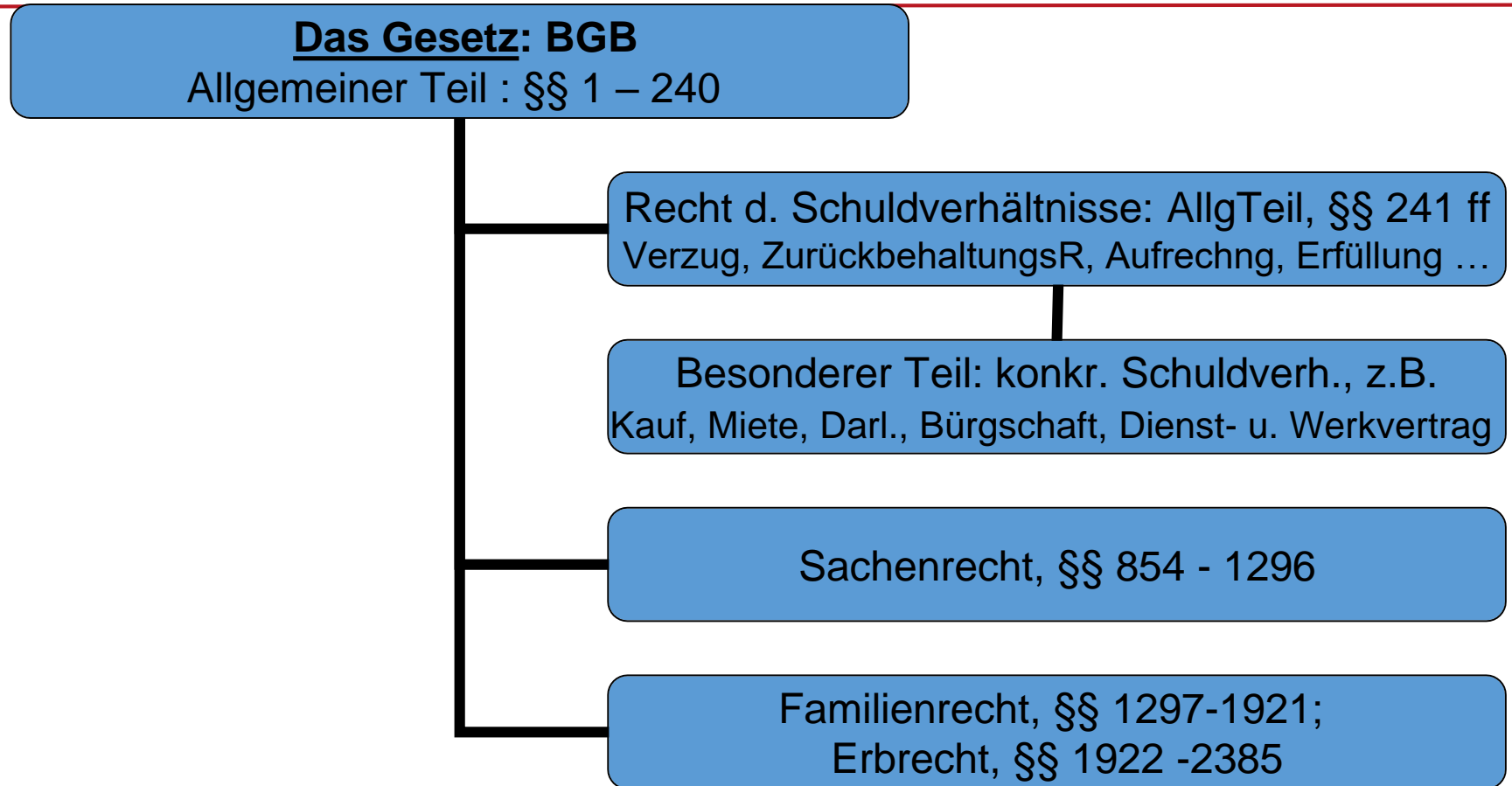
Es bedarf spezieller Regelungen als

GESETZLICHE LEITBILDER für den Bauvertrag

-> womit sich auch künftig das Schicksal der VOB/B entscheidet - ?!

B. Anlass

2. Gesetzesgliederung



B. Anlass

2. Gesetzesgliederung

„Besonderes Schuldrecht“ Titel 9 – Werkvertrag und ähnliche Verträge

UNTERTITEL 1 – Werkvertrag

Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften

- Änderungen des allgemeinen Werkvertragsrechts , §§ 631 - 650

Insbes. zu

- Abschlagszahlungen,
- fiktiver Abnahme
- und zum außerordentlichen Kündigungsrecht

B.2 Gesetzesgliederung

Kapitel 2 - Bauvertrag

§§ 650a – h: spezielle werkvertragliche Vorschriften zum neuen Bauvertragsrecht

- das erste eigene Recht zum Bauvertrag als selbständiger Vertragstyp im BGB
- gilt als Ergänzung zum Kapitel 1 „Allgemeine Vorschriften“

Kapitel 3 - Verbraucherbauvertrag

§§ 650 i – n: noch speziellere werkvertragliche Vorschriften, wenn es sich beim Auftraggeber um einen Verbraucher handelt

- gilt als Ergänzung zu den Kapiteln 1 und 2

Kapitel 4 – nur § 650p: bestimmte Regelungen werden zum zwingenden Recht erhoben und vertraglichen Änderungsmöglichkeiten entzogen

B.2 Gesetzesgliederung

UNTERTITEL 2 - Architektenvertrag und Ingenieurvertrag

§§ 650 p – r: eigenständige Regelungen; einige Vorschriften aus dem vorherigen Untertitel werden für entsprechend anwendbar erklärt

UNTERTITEL 3 - Bauträgervertrag

§§ 650 u – v: der Bauträgervertrag wird ebenfalls erstmals als selbständiger Vertragstyp im BGB implementiert. Neue inhaltliche Regelungen gibt es nicht. Das ist für einen späteren Zeitpunkt

Neuregelungen der Gerichtsverfassung

Spezialisierung von Spruchkörpern

B.2 Gesetzesgliederung - nochmal zusammengefasst

Drittes Buch des BGB: Besonderes Schuldrecht

- **Titel 1** – Kauf, Tausch
- **Titel 9** – Werkvertrag und ähnliche Verträge

UNTERTITEL 1 – Werkvertrag

- Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften (§§ 631-650)
- Kapitel 2 – Bauvertrag (§§ 650a – h)
- Kapitel 3 – Verbraucherbauvertrag (§§ 650 i – n)
- Kapitel 4 – Unabdingbarkeit (§ 650 o)

UNTERTITEL 2 – Architekten- und Ingenieurvertrag (§§ 650 p - t)

UNTERTITEL 3 - Bauträgenervertrag (§§ 650 u + v)

B.2 Gesetzesgliederung - nochmal zusammengefasst

Titel 9 – Werkvertrag und ähnliche Verträge

Werkvertrag
- Allg. WV
- Bauvertrag
- Verbr.-BV

Architekten-
und
IngVertrag

Bauträger-
vertrag

B.3 Abgrenzung - Was wurde nicht gelöst ?

Die Schnittstellenverantwortlichkeiten: Enthftung durch Bedenkenhinweis

Die Möglichkeit der Enthftung eines Unternehmers durch Erfüllung der Bedenkenhinweispflicht und im Zusammenhang damit die Mitwirkung des Bestellers ist nicht geregelt. Insoweit fehlt ein gesetzliches Leitbild *(aktuell textlich geregelt nur in der VOB/B; für BGB-Verträge nur Richterrecht, jedoch mit etwa identischem Inhalt wie die private VOB-Regelung)*

B.3 Abgrenzung - Was wurde nicht gelöst ?

Ansprüche und Pflichten bei Bauablaufstörungen/Bauzeitverlängerung:

Es fehlt eine Leitlinie zur Behandlung von Bauablaufstörungen und Bauzeitverlängerungen, ebenso wie eine Überarbeitung des völlig unzureichenden § 642 BGB (Mitwirkungspflichten des Bestellers), der vom Wortlaut her diese Problematik nicht erfasst.

Unübersichtliche Rechtsprechung mit z.T. in der Praxis kaum erfüllbaren Anforderungen an die Nachweispflicht.

-> in der Alltagspraxis eines der zentralen Themen überhaupt!

B.3 Was wurde nicht gelöst?

Rechtslage beim Auftreten von Mängeln während der Bauausführung „im BGB-Vertrag“ = vor Abnahme:

Die Mängelrechteproblematik (Verjährung und Mängelhaftung vor der Abnahme, Rechte und Handlungsmöglichkeiten des AG) sowie Schadensersatz und Minderungsprobleme wurde nicht angepackt.

Drei überraschende Grundsatzurteile des BGH zu diesem Thema (*BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 193/15, 235/15, 301/13*):

- Bei einem BGB-Werkvertrag kann der AG die Mängelrechte aus § 634 BGB in der Regel erst nach der Abnahme des Werks geltend machen. Vor der Abnahme gilt nur das „normale“ Leistungsstörungenrecht aus dem allgemeinen Vertragsrecht

C. Adressat

1. Richtig einordnen (persönlich): *wer?*

1. Auftraggeber jeder Art

- Bauherren: private –gewerbliche/institutionelle - öffentliche
- Generalplaner
- Generalunternehmer und –übernehmer

2. Planer

- Architekten – als Auftragnehmer
- Architekten – als Generalplaner
- Ingenieurbüros jeder Fachrichtung / Fachplaner

3. Bauausführende Betriebe jeder Art

- im Hoch-, Tief- und Anlagenb.

4. Projektsteuerer? *Nur, wenn der PSt.-Vertrag (ausnahmsweise) ein Werkvertrag ist*

C.2 Richtig einordnen (sachlich): *für welche Aufträge, inhaltlich?*

Für welche Verträge gilt das neue **BauvertragsR** (§§ 650a ff BGB)?

§ 650a Abs. 1: Werkverträge die zum Inhalt haben

- die Herstellung
- die Wiederherstellung
- die Beseitigung
- den Umbau

eines Bauwerks oder einer Außenanlage (oder eines Teils davon).

Instandhaltungsarbeiten: i.d.R. kein Bauvertrag – es sei denn, die Arbeiten sind von wesentlicher Bedeutung für Konstruktion, Bestand oder bestimmungsgem. Gebrauch (§ 650a Abs. 2).

C.3 Richtig einordnen (zeitlich): *für welche Aufträge?*

Für welche Verträge gilt das neue Recht?

-> für alle Verträge, die ab dem 01.01.18 **neu zustande kommen**:

Art. 229 § 39 EGBGB :

„Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes des Bürgerlichen Gesetzbuches (...) in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung Anwendung.“

„Entstehen“ eines Schuld-/ = **Vertragsverh.:** Angebot + Annahme.

⇒ Mit der Annahme eines Angebots liegen die ein Vertragsverhältnis begründenden wechselseitige Willenserklärungen vor.

Angebot in 2017 und Annahmeerklärung in 2018

⇒ Vertrag ist erst in 2018 zustande gekommen => neues Recht

C.3 Richtig einordnen (zeitlich): *für welche Aufträge?*

Stichwort: Rahmenvertrag + Einzelverträge

Rahmenvertrag für die Geschäftsbeziehung in 2017, dann auf dem Rahmenvertrag aufbauende Projekteinzelaufträge in 2018:

- ⇒ Für Rahmenvertrag gilt altes Recht,
- ⇒ für Einzelaufträge neues R.

C.3 Richtig einordnen (zeitlich): *für welche Aufträge?*

Stichwort: Stufenvertrag (bei Planern):

Also:

- Einteilung der Gesamtleistungen für das Projekt in Leistungsstufen (z.B. L-Stufe 1 = LPh 1-4, L-Stufe 2 = LPh 5-7, L-Stufe 3 = LPh 8+9),
- Ausgangsvertrag mit Auftrag für L-Stufe 1 in 2017; weitere Stufen muss der AN bei Abruf erbringen, hat selber aber keinen Anspruch auf diese weiteren Abrufe (Variante: beide Seiten müssen einem Folgeabruf zustimmen)
- dann tatsächlich Abruf L-Stufen 2 und 3 in 2018

=> BGH 18.12.14: Für die Frage, welche HOAI-Fassung bei stufenweiser Beauftragung von Architektenleistungen auf die nach dem Abruf noch zu erbringenden Leistungen Anwendung findet, ist nicht der Zeitpunkt des Ausgangsvertrags maßgebend, sondern **wann der Vertrag** über die weiteren Leistungen letztendlich **geschlossen wird**.

C.3 Richtig einordnen (zeitlich): *für welche Aufträge?*

(Forts.:) Stufenvertrag (bei Planern):

„wann der Vertrag ... geschlossen wird“:

Hat der Planer mit Zustandekommen des Ausgangsvertrages noch kein Recht, auch die weiteren Stufen zu erbringen, gibt es insoweit noch keine beidseitig verpflichtende und berechtigende Vereinbarung und somit auch noch keinen „Vertrag“. Erst mit dem „Abruf“ kommt dann auch hinsichtlich der Folgestufen der Vertrag (mit den Inhalten des Ausgangsvertrages) zustande.

<-> zu unterscheiden von denjenigen Verträgen, die alle Leistungen bereits wechselseitig verpflichtend festlegen und den „Abruf“ nur auf den Zeitpunkt beziehen, wann die nächsten Stufen geleistet werden sollen, also nur auf das „*Wann*“, nicht auch auf das „*Ob überhaupt*“.

C.3 Richtig einordnen (zeitlich): *für welche Aufträge?*

(Forts.:) Rahmen- und Stufenverträge:

Mögliche Probleme bei Rahmen und Stufenverträgen:

Im Rahmenvertrag bzw. im Ausgangsvertrag des Stufenvertrages werden alle wechselseitigen wesentlichen Bedingungen geregelt, die sich am bisherigen Recht orientieren.

Für die Einzelprojekte wird dann darauf Bezug genommen bzw. für die Folgestufen gelten diese Vereinbarungen ohnehin weiter.
ABER: diese vertraglichen Vereinbarungen nach altem Recht sind nun mit neuen, ggf. abweichenden gesetzlichen Bestimmungen unterlegt.

C.3 Richtig einordnen (zeitlich): *für welche Aufträge?*

Stichwort: Nachtragsaufträge

- Ausgangsvertrag 2017, Nachträge für geänderte oder zusätzliche Leistung in 2018

Ist der Nachtrag ein selbständiger Vertrag mit der Folge, dass auf die wechselseitigen Recht und Pflichten hinsichtlich der geänderten oder zusätzlichen Leistung das neue Recht Anwendung findet?

C.3 Richtig einordnen (zeitlich): *für welche Aufträge?*

(Forts: Stichwort Nachtragsaufträge)

Bei

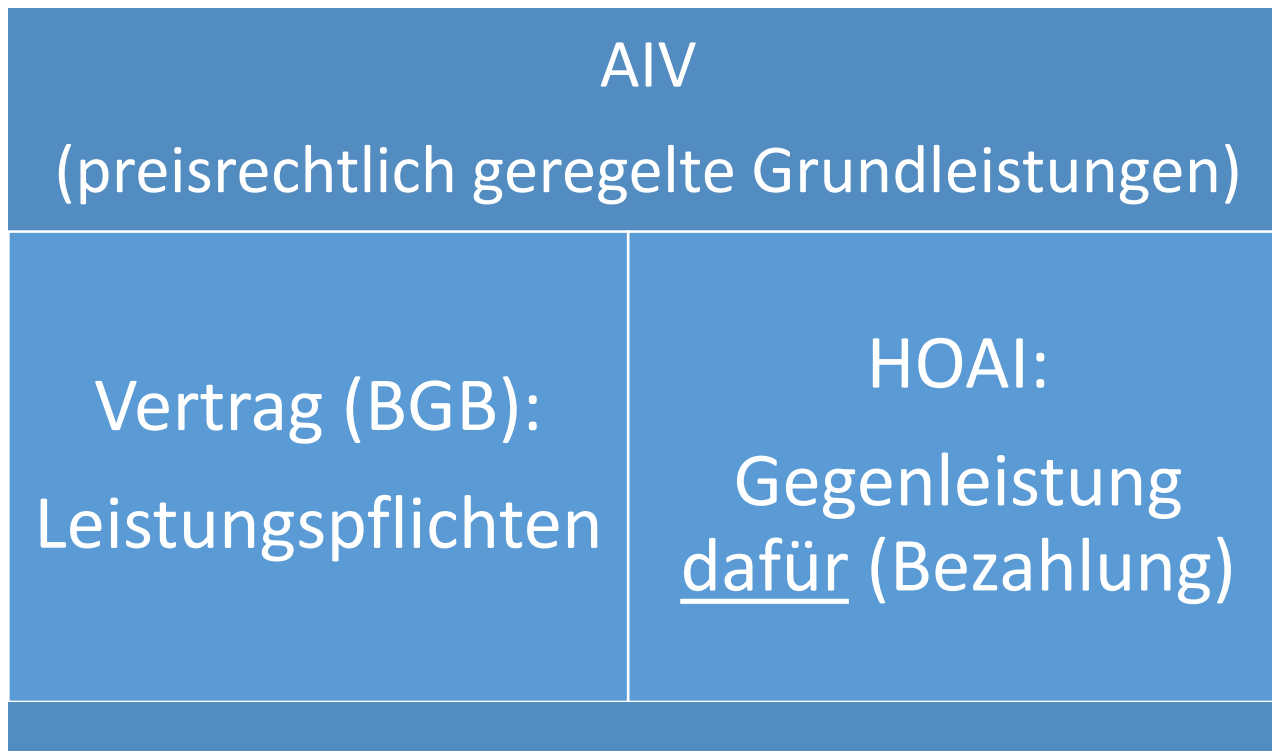
- **Änderungsleistungen (iSd § 1 Abs. 3 VOB/B)** sowie bei
- **notwendigen Zusatzleistungen (iSd § 1 Abs. 4 VOB/B):**
Nein; hier geht es nur um technische Inhaltsänderungen.

- **Freie Zusatzleistungen**, die nicht in notwendigem Zusammenhang mit den Vertragsleistungen stehen (echte Auftragsenerweiterung):

Ja; idR selbständiger Auftrag (bei öfftl. und geförderten AG desh. idR auch ausschreibungspflichtig nach VOB/A, andernfalls droht Haftung des Bauleiters auf Rückzahlung von Fördermitteln: s. OLG Düsseldorf, 25.05.15, 23 U 13/13 / BGH 14.12.17 VII ZR 226/15)

D. Richtig Einordnen (inhaltlich) – (I.): Was hat das neue Recht mit der HOAI zu tun?

Verbindung zur HOAI: unverändert KEINE -> es bleibt alles „beim Alten“:



D. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der HOAI zu tun?

Aus der Gesetzesbegründung:

„Auf eine Bezugnahme auf die HOAI, in der die beim AIV i.d.R. zu erbringenden Leistungsbilder und Leistungsphasen definiert sind, wurde bei der Formulierung der vertragstypischen Pflichten aus rechtssystematischen Gründen verzichtet, da es sich bei der HOAI um eine Gebührenordnung handelt. Diese muss im Übrigen nicht zwingend alle Leistungen abdecken, die der Architekt oder der Ingenieur im Einzelfall vertraglich schuldet.“

E. Richtig Einordnen (inhaltlich) – (II.): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

An den grundlegenden Regeln hat sich nichts geändert:

- Grundsatz der Privatautonomie: Vorrang hat das, was die Parteien wollen und in ihren Verträgen miteinander vereinbaren.
- Grenze: zwingende gesetzliche Regeln, die vertraglich nicht geändert werden können, und zwar

-- *prinzipiell nie, durch keine Art von Vereinbarung:*

- § 134 BGB: Verweis auf gesetzliche Verbote

z.B. § 7 HOAI: ein Planungshonorar kann frei vereinbart werden (Stundenaufwand, Pauschale, nach alter HOAI usw.), nur muss das Ergebnis zwischen M.- und H.-Satz liegen; andernfalls ist Vertragsregelung nichtig (= gesetzl. Verbot i.S.d. § 134 BGB)

z.B. § 650f VII (= 648a VII a.F.) BGB (Zahlungssicherh.)

- § 138 BGB: Sittenwidrigkeit und Wucher

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

-- gesetzliche Grenzen, die zwar durch individuell ausgehandelte Vereinbarungen überschritten werden dürfen, aber nicht per Formularvereinbarung:

- Die sog. „**Klauselkontrolle**“ des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Recht):

§ 305c BGB: Überraschende und mehrdeutige Klauseln

§ 307 BGB: Inhaltskontrolle (allg. Grundregel): Schutz des Vertragspartners vor unangemessenen Benachteiligungen

§ 308+309 BGB: Klauselverbote (konkrete Einzelbeispiele)

- E. Richtig Einordnen (inhaltlich):
Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Warum ist das Recht der AGB für den Bauvertrag so wichtig?

- Bei Bauverträgen handelt es sich fast immer um AGB.
- Scharfe Rechtsfolgen, wenn eine AGB-Vertragsbestimmung gegen das AGB-Recht verstößt: die Bestimmung ist unwirksam. Dies kann zu erheblichen wirtschaftlichen Folgen führen! Eine Vertragspartei, die sich durch vereinbarte, aber unwirksame Vertragsklauseln in die Irre führen lässt, kann schweren wirtschaftlichen Schaden nehmen.
- Das AGB-Recht entscheidet maßgeblich über das Schicksal der VOB/B.

E. Richtig Einordnen (inhaltlich):
Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Was sind AGB?

§ 305 Abs. 1 BGB:

Satz 1: AGB sind alle **für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte** Vertragsbedingungen, **die eine** Vertragspartei (Verwender) **der anderen** Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags **stellt**.

Satz 2: **Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen** einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder **in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden**.

Satz 3: AGB liegen *nicht* vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Aus § 305 Satz 2 BGB folgt:

Ist der ganze Vertrag vorformuliert (und das ist der Regelfall),
stellt der ganze Vertrag als solches eine AGB dar!

In der aktuellen Planungs- und Baupraxis sind faktisch fast alle Verträge insgesamt AGB-Verträge! Die AGB-Eigenschaft umfasst

- den juristischen Kernteil des Vertrages: § 1, § 2 usw.
- die ZVB, BVB usw.
- eine in den Vertrag einbezogene VOB/B
- und – ACHTUNG – die nicht technischen Teile der LV (Vortexte)!

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

MERKE:

- Das AGB-Recht will mit seiner „**Klauselkontrolle**“ den Vertragspartner, also den „Anderen“, dem gegenüber die Klauseln „gestellt“ werden, schützen, NICHT den Verwender selber !!
- **Folge:** Nur der „Andere“ kann sich auf die Unwirksamkeit von Klauseln berufen, nicht der Verwender selber. Er ist an ihn selbst benachteiligende Klauseln gebunden, denn er hat sie sich ja ausgesucht. Die Klauselkontrolle wirkt immer nur in **eine** Richtung!

E. Richtig Einordnen (inhaltlich):
Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Klauselkontrolle (KK) = „Scanner + Hackebeil“

- Die Vertragsklauseln laufen über einen „Scanner“ und überall, wo dieser eine Regelung entdeckt, die zu Lasten des Vertragspartners, der den Vertragsvorschlag nicht gebracht hat, gegen eine der og. Vorschriften verstößt, fällt das Hackebeil und schlägt diese Regelung heraus.
- Die KK erfasst den ganzen Vertrag, wenn dieser – wie üblich – vorformuliert ist, nicht nur „das Kleingedruckte“, also nicht nur die AVB, BVB und ZVB, sondern eben auch den Kernteil des Vertrages
- ... erfasst alle (vorformulierten) Vertragsteile, die rechtlich relevant sind: auch die (nicht technischen) Inhalte der Vortexte der LV
- ... ist keine objektive allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle, sondern wirkt immer nur einseitig, in eine Richtung: gilt immer nur zu Gunsten des Vertragspartners, also des Gegenübers, dem das Vertragsformular vorgegeben wird; alles, was den Verwender des Formulars benachteiligt, bleibt gültig und wird vom Scanner nicht erfasst.

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Was passiert, wenn ein Vertrag eine Lücke hat, also ein Thema nicht regelt?

-> wenn es für dieses Thema eine gesetzliche Regelung gibt, dann gilt diese und ergänzt damit praktisch den Vertrag.

Beispiele:

- Haben die Parteien eines Bauvertrages keine Regelung über Zahlungsfristen, Verzug und Zinsen getroffen, gelten dafür die gesetzlichen Bestimmungen des BGB, die diese Themen vollständig regeln.
- Haben die Parteien keine Regelung dazu getroffen, dass der AN für seine Gewährleistungspflichten eine Sicherheit zu stellen hat, dann gilt dafür – NICHTS, denn im Gesetz gibt es keine Regelung über Gewährleistungssicherheiten; der AG bekommt dann keine Sicherheit.

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Was passiert, wenn ein Vertrag ein Thema regelt, dabei aber eine gesetzliche Grenze unzulässig überschreitet?

-> wenn es für dieses Thema eine gesetzliche Regelung gibt, dann gilt diese und ergänzt damit praktisch den Vertrag; andernfalls geht die Vertragsregelung einfach nur ersatzlos verloren.

Beispiele:

- In einem Formular-Bauvertrag, der vom AG stammt, ist geregelt, dass bei Verzug mit der Fertigstellung eine Vertragsstrafe geschuldet wird bis zu max. 10% der Schlussrechnungssumme: individuell ausgehandelt *rechtmäßig*; in einem Formularvertrag vom AN *rechtmäßig*; **in einem Formularvertrag des AG nichtig** wg. Verstoß gegen § 307 BGB – unangemessene Benachteiligung. **Folge:** das Gesetz sieht keine Vertragsstrafe vor; also gibt es keine gesetzliche Regelung, die Nachrücken könnte, um die entstandene Lücke des Vertrages zu schließen => **die Vertragsstrafenregelung ist und bleibt verloren**

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

(Forts. Beispiele:)

- In einem Formular-Bauvertrag, der vom AG stammt, ist geregelt, dass der AG berechtigt ist, einseitig Leistungsänderungen und Zusatzleistungen anzuordnen; der AN ist verpflichtet, diese Anordnungen zu befolgen, und zwar selbst dann, wenn keine Einigkeit zum Preis besteht. Der AN soll seinen Zahlungsanspruch entsprechend seiner Urkalkulation unter Berücksichtigung der Besonderheiten der geänderten oder zusätzlichen Leistung darlegen; Zahlungen dazu erfolgen mit der Schlussrechnung.
- ⇒ Regelung ist nichtig wegen unangemessener Benachteiligung des AN.
- ⇒ Das BGB hat jetzt in seiner neuen Fassung Regeln über Nachträge; diese ersetzen die unwirksame vertragliche Regelung und „rücken nach“. Hätten die Parteien gar nichts im Vertrag zu Nachträgen gesagt, würden die gesetzlichen Regeln sofort gelten.

- E. Richtig Einordnen (inhaltlich):
Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?
- die „Käseglocke“

Und was bedeutet all das nun in Bezug auf das Nachtragsrecht von VOB/B und BGB?

VOB/B -> kein Gesetz, sondern privates Regelwerk mit dem Rechtscharakter einer „Allgemeinen Geschäftsbedingung“

Als AGB unterläge die VOB/B somit **eigentlich** der Klauselkontrolle. Aber:

§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB: „Anwendungsbereich“:

(*sinngemäß:*) Bei Verträgen mit einem Unternehmer findet eine Inhaltskontrolle in Bezug auf einzelne Klauseln nicht statt in Bezug auf die VOB/B, wenn diese ohne inhaltlichen Abweichungen insgesamt vereinbart ist.

---> **„Käseglocke“ über der VOB/B zum Schutz gegen Scanner+Hackebeil**

(*juristisch:* „Privilegierung“ der VOB/B)

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Ist die **VOB/B „als Ganzes“ vereinbart** => Die Klauselkontrolle (*Scanner + Hackebeil*) tritt **nicht** in Aktion (-> *Käseglocke = Privilegierung der VOB/B*)

Enthält der Vertrag an anderer Stelle indes Abweichungen von der VOB/B:

- dann sind diese abweichenden Regeln für sich gesehen deshalb nicht unwirksam, sondern wirksam,
 - führen aber dazu, dass die Käseglocke verschwindet: die VOB/B ist nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart, deshalb kein besonderer Schutz, also keine Privilegierung
- ⇒ die VOB/B unterliegt jetzt wie alle AGB ganz normal allen Kontrollregeln
- ⇒ Scanner + Hackebeil treten in Aktion – und zwar nur zugunsten des Vertragspartners!!
- ⇒ alles was den Vertragspartner in der VOB/B benachteiligt, verliert seine Gültigkeit, aber alles was den Verwender benachteiligt, bleibt bestehen

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Beispiele für Regelungen in Verträgen, die eine Abweichung von der VOB/B darstellen, damit die „Käseglocke sprengen“ und zur Anwendung der KK führen:

- *„Die vereinbarten Einheitspreise sind Festpreise; Änderungen sind ausgeschlossen.“*

-> Abweichung von § 2 Abs. 3 VOB/B: Anspruch auf Preisanpassung wegen Mengenänderung.

- *„Der AG verlangt die förmliche Abnahme.“*

(so zB in Ziff. 10 Formblatt 215 VHBund Ausgabe 2008 Stand April 2016)

-> Damit werden die anderen, in § 16 VOB/B erlaubten Abnahmeformen (Fristablauf, Ingebrauchnahme usw) von vornherein ausgeschlossen.

=> Es handelt sich um (gültige) Abänderungen der VOB, aber die führen nun eben zum Verlust der „Käseglocke“. Scanner+Hackebeil treten in Aktion – aber nur zugunsten des AN.

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Mögliche Rechtsfolge für das Nachtragsrecht:

Nach nicht einhelliger, aber weit vertretener Literaturmeinung ist das System des Nachtragsrechts so, wie in der VOB/B geregelt, eine unangemessene Benachteiligung des AN,

- da AG einseitig Leistungen ändern und erweitern darf (§§ 1 Abs. 3 und 4)
- und AN dann sofort leisten muss, auch wenn der Preis noch gar nicht klar ist (§ 2 Abs. 5 und 6)

Für die Rechtslage nach „BGB alt“ gibt es hierzu sehr unterschiedliche Meinungen, da das BGB zu diesem Thema nichts regelte und es deshalb keinen „Maßstab“ gab. Seit BGB 2018 gibt es nun eine Regelung im BGB und damit einen Maßstab. Es wird derzeit heiß diskutiert – mit völlig offenem Ergebnis – ob dieser Maßstab nun das Pendel in die eine oder andere Richtung ausschlagen lässt, ob also „jedenfalls jetzt“ das VOB-Nachtragsrecht einer Klauselkontrolle nicht mehr standhalten wird – oder gerade doch.

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

(Forts.:Mögliche Rechtsfolge für das Nachtragsrecht)

Für die Rechtslage nach „BGB alt“ gibt es hierzu sehr unterschiedliche Meinungen, da das BGB zu diesem Thema nichts regelte und es deshalb keinen „Maßstab“ gab. Seit BGB 2018 gibt es nun eine Regelung im BGB und damit einen Maßstab.

Es wird derzeit heiß diskutiert ob dieser Maßstab nun das Pendel in die eine oder andere Richtung ausschlagen lässt, ob also „jedenfalls jetzt“ das VOB-Nachtragsrecht einer Klauselkontrolle nicht mehr standhalten wird. Deutliche Tendenz: Es wird NICHT standhalten!

Wenn aber NEIN, dann bedeutet das:

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

(Forts.: Mögliche Rechtsfolge für das Nachtragsrecht)

- ⇒ Das im Vertrag vorgesehene Nachtragsrecht fällt weg
- ⇒ Jetzt gibt es im BGB erstmals eine gesetzliche Regelung zum Nachtragsrecht
- ⇒ Die gesetzliche Regelung rückt nach und füllt die durch Scanner und Hackebeil gerissene Lücke im Vertrag
- ⇒ Während das VOB-Nachtragsrecht sehr günstig ist für den AG, ist das gesetzliche NT-Rechts des BGB nun nicht nur sehr anders, sondern auch noch günstig für den AN

⇒ **Völlig neue Situation im Projekt!**

- E. Richtig Einordnen (inhaltlich):
Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

Konsequenz für VOB/B-Verträge:

Wenn mit der VOB/B gearbeitet werden soll, dann ist es jedenfalls aus Sicht des AG heute wichtiger denn je, darauf zu achten, dass sich im Vertrag nirgendwo eine Regelung findet, die zu einer Abänderung der VOB/B führt (und damit zum Verlust der „schützenden Käseglocke“), auch nicht in den LV-Vortexten!

Wird die VOB/B korrekt „im Ganzen“ vereinbart, dann geht das NachtragsR der VOB/B vor und verdrängt dasjenige des BGB: -> Es bleibt „alles beim Alten“.

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

(Forts.: Konsequenz für VOB/B-Verträge)

-> Bei VOB/B-Verträgen kommt der Vertragsgestaltung – jedenfalls aus Sicht des AG – jetzt eine noch höhere Bedeutung zu als auch bislang schon. VOB-abändernde Klauseln sind peinlichst zu vermeiden!

-> Der den AG im Rahmen der LPh 6+7 beratende Planer ist dringend gehalten, sich mit Vertragsvorschlägen für Bauausführungsverträge zurückzuhalten. Er kann seinem AG mit gut gemeinter Hilfestellung große Nachteile zufügen! Das wäre ein Fehler bei rechtsberatender Tätigkeit und deshalb von der Berufshaftpflichtversicherung nicht gedeckt!

-> Der AN hingegen sollte keine eigenen Vertragsvorschläge unterbreiten, sondern diese immer beim AG anfordern (wenn der Vertragsvorschlag nicht – wie meistens und bei öff. AG immer – ohnehin vom AG kommt). Stellt der AN fest, dass sich im Vertragsvorschlag VOB-ändernde Klauseln befinden (zB „Die Abnahme hat förmlich zu erfolgen“), sollte er nichts dazu sagen und schmunzelnd unterschreiben.... 😊

E. Richtig Einordnen (inhaltlich): Was hat das neue Recht mit der VOB/B zu tun?

- > Siehe Schreiben Brandenburgischer Landesbetrieb für Liegenschaften und Bauen (BLB) vom 03.01.2018 (!!) an Architekten (gesonderte pdf-Datei):

Keine VOB-ändernden Formulierungen in (Vortexten) von Leistungsverzeichnissen!!

 - > siehe Neufassung des Vergabehandbuchs des Bundes mit Stand Dezember 2017: Sicherung der Privilegierung der VOB. Formulierungen wie die zur förmlichen Abnahme wurden gestrichen!!!!
- ⇒ der öffentliche AG – jedenfalls Bund und wohl auch die oder jedenfalls einige Länder – haben das Problem erkannt!**

G. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

Vorab-Hinweis:

ACHTUNG:

**!!!! §§ 650b und 650c gelten
sowohl für Bauausführungsverträge
wie auch für Planungsverträge !!!!!**

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Bisherige Rechtslage nach BGB:

„Pacta sunt servanda“

– Verträge sind so einzuhalten und zu erfüllen, wie sie abgeschlossen wurden. Änderungen sind nur möglich, wenn beide Parteien dem zustimmen.

Ist aber im Detail streitig: teilweise wird aus der „Natur“ des Bauvertrages bzw. des Planungsvertrages heraus ein einseitiges Recht des AG auf Bestimmung einer Leistungsänderung geschlussfolgert; jedenfalls ist aber verbreitete Meinung, dass sich der AN nach Treu und Glauben einer Vertragsanpassung nicht verweigern darf, wenn dies zur Umsetzung des funktionalen Leistungserfolges des bestellten Werks notwendig ist.

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Bedürfnis der Praxis nach mehr Flexibilität auch beim BGB-Vertrag mit entsprechender Rechtssicherheit

Berücksichtigung des besonderen Charakters eines Bauvertrages als auf längere Zeit angelegter Kooperationsvertrag

Wunsch der AG: weitgehende einseitige Änderungsrechte, die dem AN wenig Spielraum lassen; Ausgleich lediglich über (komplizierte und unklare) Vergütungsanpassungsregeln (siehe VOB/B)

Wunsch der AN: Mitspracherecht; Reaktionsmöglichkeiten; kein Druckaufbau; gesicherte vorherige Klärung der Vergütungssituation

VOB/B als Vorlage/Blaupause?

-> Nein! Die VOB-Regelung ist mit ihrer primären Unterscheidung und unterschiedlichen Behandlung von Änderungs- und Zusatzleistungen in sich inkonsistent und nicht schlüssig und kann deshalb keinen Modellcharakter haben, denn: *(siehe nächste Folie)*

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Rechtslage nach VOB/B:

- Im Detail in sich unlogisch:

Unterscheidung nach „*Änderungsleistung*“ und „*Zusatzleistung*“:

- Änderungsleistung kann IMMER angeordnet werden, auch wenn sie nicht notwendig ist und auch wenn Betrieb des AN darauf nicht eingerichtet ist
 - Zusatzleistung kann nur bei Notwendigkeit angeordnet werden und dies auch nur, wenn Betrieb des AN darauf eingerichtet ist
 - Nicht notwendige Zusatzleistung nur auf Grundlage beidseitiger Vereinbarung
- > das gesamte Nachtrags-System der VOB ist in sich inkonsistent**

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Das AO-Recht des AG ist nun unabhängig davon ausgestaltet, um was für eine Art von Veränderung es sich handelt:

- kein Unterschied zwischen geänderter und zusätzlicher Leistung andererseits: für beide Varianten gilt das Anordnungsrecht des AG
- kein Unterschied danach, ob die Änderung funktional notwendig ist oder nicht
- unnötige Schwierigkeiten bei der Abgrenzung entfallen

Grenze des AO-Rechts auch hier:

- Die Zumutbarkeit; gilt aber wiederum einheitlich für Änderungs- und Zusatzleistungen

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Weitere Grenzen des AO-Rechts:

- Führt die ÄnderungsAO zu einem komplett neuen Bauwerk, einem „aliud“, dann wäre die Grenze des aktuellen Vertragsverhältnisses überschritten
 - Im ursprünglichen Entwurf des neuen BGB war auch ein AO-Recht für die Baumstände und den Bauablauf (Bauzeit) vorgesehen. Dies wurde aber im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wieder gestrichen
- ⇒ Auch nach BGB keine einseitigen AO-Rechts des AG zur Bauzeit; Gestaltung von Bauablauf und Bauzeit ist primär eigener „Regierungsbereich“ des AN (sofern nicht gemeinsam anders vereinbart)
- ⇒ Einseitiges Anordnungsrecht bleibt auf den Planungs- bzw. Bauinhalt beschränkt

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Was ist nun zu tun, wenn eine „Nachtragsanordnung“ des AG eingeht?

1. Prüfung,

- ob es sich dabei um eine für den Gesamterfolg nicht notwendige Leistung handelt und wenn ja,
- ob die Ausführung dieser Leistung ausnahmsweise für den AN *unzumutbar* ist, z.B.:
 - AN ist für die neue/geänderte Leistung fachlich nicht qualifiziert
 - AN verfügt in seinem Betrieb nicht über die notwendigen techn. Mittel und müsste nur für diesen Auftrag Spezialausstattung anschaffen
 - AN müsste zusätzliches Personal einstellen, für dessen Weiterbeschäftigung keine Anschlussaufträge vorliegen
 - AN würde in zeitliche Schwierigkeiten geraten, weil er vertragsstrafenbewerte Termine für Anschlussaufträge nicht mehr einhalten könnte

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(Fort.: Was ist nun zu tun, wenn eine „Nachtragsanordnung“ des AG eingeht?)

2. Weiter prüfen: hat der AG die Planungsverantwortung (Regelfall)?

Wenn ja: AG auffordern, die für die Ausführung und Kalkulation notwendige Planungsgrundlage bereitzustellen

Es gehört zu den grundlegenden Mitwirkungspflichten (§ 642 BGB) des AG gegenüber dem AN, zu liefern, was eigentlich überhaupt gebaut werden soll. Es ist Pflicht des AG (der sich dazu seiner Planer bedient), Änderungs- oder Zusatzleistungen erst einmal planen zu lassen.

Umfang? Hängt vom Einzelfall ab: von der mündlichen Erläuterung bis zur Ausarbeitung einer neuen Ausführungs-/Detailplanung nebst textlichem LV.

Jedem AN in der klassischen 3er-Runde Bauherr – Planer – Bauunternehmen ist zu raten, sich davor zu hüten, selber für die planerische Lösung der Änderungs-/Zusatzleistung in die Verantwortung zu gehen und einen eigenen Ausführungsvorschlag zu liefern (was natürlich eine Mitwirkung an der Lösung nicht ausschließt – aber immer „ohne Rechtspflicht“).

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

ACHTUNG:

Die postwendende Anforderung durch den AN für eine planerische Zuarbeit seitens des AG für den erwünschten Nachtrag ist eine wichtige Weichenstellung im Bauablauf:

- Zeitgewinn für AN (-> den Ball ins Feld des AG zurückspielen!)
- Klarheitsgewinn und Streitvermeidung für beide Parteien
- Übernahme unnötiger Planungsverantwortung durch AN unbedingt vermeiden!

-> AG muss sich und seine Planer, mithin seinen Organisationsbereich, auf zügige Reaktionsmöglichkeit vorbereiten, um Planung beizustellen, sonst Eigenverschulden an gestörtem Bauablauf => Entschädigungspflicht!

=> Die Regelung stellt eine – besonders aus AN-Sicht erfreuliche – Klarstellung der wechselseitigen Verantwortungs- und Risikosphären dar!

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(Fort.: Was ist nun zu tun, wenn eine „Nachtragsanordnung“ des AG eingeht?)

⇒ Eine Änderung des Bauinhalts ist sehr häufig nicht nur ein Bauausführungsnachtrag, sondern wird zugleich auch zum Planungsnachtrag im Vertragsverhältnis Bauherr – Planer.

⇒ Auch für den Planungsnachtrag gilt der § 650b mit dem Vorrang der Einigung vor der Anordnung und der 30-Tage-Verhandlungspflicht

⇒ **Gefahr der Doppel-Verzögerung: erst im Verhältnis AG – Planer, dann nochmal im Verhältnis AG-Bauunternehmer.**

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(Fort.: Was ist nun zu tun, wenn eine „Nachtragsanordnung“ des AG eingeht?)

3. Wenn bzw. soweit

- Planungsverantwortung (für die konkrete Nachtragsleistung) beim AN liegt (z.B. *GU-Vertrag; funktionaler Globalpauschalvertrag; Übernahme der weiteren Planung nach LPh 4 durch den Bauunternehmer, insbes. im Gewerbe- und Industriebau*)
- oder die Planungsgrundlage vorhanden ist:

-> Nachtragsangebot erstellen

Aber nach welchem Maßstab / nach welchen Kalkulationsregeln soll das NT-Angebot berechnet werden?

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(Fort.: Was ist nun zu tun, wenn eine „Nachtragsanordnung“ des AG eingeht?)

Unklar. Das Gesetz schreibt hier nichts vor. Die Parteien sollen sich einigen. Schön und gut. Aber der AG will erst mal einen Preis sehen. Und er will ein „prüfbares“, also nachvollziehbares Angebot.

Woran soll sich AN nun orientieren?

Var. 1: Fortschreibung der Vertragspreise („VOB-Prinzip“)

Var. 2: „übliche Vergütung“ (§ 632 BGB) – Anlehnung an BKI usw.

Var. 3: „tatsächlich erforderliche Kosten“, in Anlehnung an § 650c (s.u.)

Var. 4: Spekulationspreise (Kategorie „Man kann´s ja mal versuchen....“)

-> Alles ist zulässig. Aber: Jedenfalls handelt es sich um eine *vorkalkulatorische* Preisfindung, wesh. Var. 3 ausscheidet (dazu weiter unten).

Entscheidende Fragen werden wohl sein:

Will AN sich einigen oder nicht? *Und:* Was ist einigungsfähig?

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

4. Die Verhandlungsfrist

Die Parteien haben 30 (Kalender-)Tage Zeit, um eine Einigung über den Nachtrag herbeizuführen.

Solange keine Einigung/Beauftragung vorliegt, besteht für diese 30 Tage ein **Leistungsverweigerungsrecht** des AN für die Nachtragsleistung!

Dies gilt

- **zwischen Bauherr und Planer**
- **zwischen Bauherr und Bauunternehmen**
- **zwischen GU und Sub**, sowohl im Planungsbereich (Generalplaner – Fachplaner) wie auch im Baubereich.

=> **Hohes Risiko für Bauablaufstörungen, insbes. bei mehreren aufeinanderfolgenden Nachträgen mit engem Sachzusammenhang zum tagesaktuellen Baugeschehen und notwendigem höherem Planungsaufwand**

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(Forts.: Die Verhandlungsfrist)

Wie berechnet sich die 30-Tages-Frist?

Nach derzeit h.M.:

Die Formulierung im Gesetz ist ernst zu nehmen. Dies bedeutet, dass es auf den Zugang des Änderungsbegehrens des AG beim AN ankommt.

Nicht maßgeblich ist der Rücklauf des Angebots des AN, da der AN ansonsten einseitig „das Heft des Handelns“ übernehmen könnte.

Aber: das Änderungsbegehren muss vollständig sein, der AN muss damit arbeiten können, also in die Lage versetzt sein, ein Angebot zu erstellen.

Im Verhältnis Bauherr – BauU muss deshalb die für ein Angebot notwendige planerische Grundlage vorliegen (str.).

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(Forts.: Die Verhandlungsfrist)

Vorzeitige Beendigung der 30-Tages-Frist:

- wenn sich die Parteien geeinigt haben;
- wenn der AN eine oder weitere Verhandlungen unmissverständlich verweigert;
- wenn klar ist, dass die Einigungsbemühungen aus anderen Gründen endgültig gescheitert sind
 - die Parteien sind sich einig, sich nicht einigen zu werden
 - der AN legt ein offenkundiges Abwehr-Angebot vor, usw

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(Forts.: Die Verhandlungsfrist)

Achtung:

Durch Verzögerung der Angebotserstellung und/oder der Verhandlungen kann der AN den Druck auf AG erhöhen und eine „legale“ Bauablaufstörung provozieren, für ihm dann auch noch ein Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB zustehen kann.

Kann der AG die Anordnung schon vor Ablauf der 30 Tage aussprechen, wenn von AN einfach kein Angebot kommt?

-> nein; eine Angebotsprüfung und eine Einigung ist theoretisch auch noch am letzten Tag möglich; Ausnahmen allenfalls in extremen Einzelfällen, wenn im Nicht-Handeln des AN klar eine Schädigungsabsicht erkennbar ist. Auch dann wird aber eine vorherige Aufforderung mit Fristsetzung durch den AG notwendig sein

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

5. **ACHTUNG: Formvorschrift für die Anordnung,**
§ 650b Abs. 2 Satz 1: (mindestens) „Textform“ = Email

§ 126b BGB: Textform

*„Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine **lesbare** Erklärung, **in der die Person des Erklärenden genannt ist**, auf einem **dauerhaften Datenträger** abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das*

1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und

2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.“

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

§ 126b BGB: Textform

NEIN:

- gesprochene Nachricht auf dem Anrufbeantworter
- Bildsymbole (*Antwort-Email mit Daumen-Hoch-Emoji auf ein Angebot oder Daumen-Runter-E. auf eine Leistungsaufforderung mit Fristsetzung sind rechtlich ein Nichts und unbeachtlich*)
- Nachrichten, die keiner konkreten Person zugeordnet werden können (also zB ohne Namens- oder ähnliche Identifikationsangabe)
- Brief oder Fax ohne Namensangabe zum Absender und mit nur unleserlicher Unterschrift
- Ins Internet auf einer Website eingestellte Erklärungen (teilw. streitig)

JA (erfüllt die Textform):

- Fax ohne Unterschrift (aber Person des Erklärenden geht aus der Nachricht hervor)
- Email

UNGEKLÄRT: SMS, WhatsApp (eher NEIN)

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650b – Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Ausnahme, d.h.: kein Vergütungsanspruch trotz Leistungspflicht:

§§ 650b I Satz 5 i.V.m. 650c I Satz 2:

- Obliegt dem AN nicht nur die Ausführung, sondern auch die Planung (-> funktionaler Globalpauschalvertrag),
 - und handelt es sich um eine für den vereinbarten funktionalen Gesamterfolg **notwendige** Änderungsleistung,
- ⇒ dann steht dem AN kein geänderter Zahlungsanspruch zu; es bleibt beim vereinbarten Pauschalpreis

Wertung:

Die Ausnahmeregelung ist zu kurz gedacht, denn sie erfasst vom Wortlaut her auch Detail-Pauschalverträge und führt dort zu einem falschen Ergebnis, und zwar selbst dann, wenn AN falsch geplant haben sollte

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

Bislang nach BGB:

- Keine ausdrückliche Regelung enthalten
 - Ermittlung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs durch „ergänzende Vertragsauslegung“?
 - Ermittlung durch Bestimmung der für den Nachtrag „üblichen Vergütung“? Und was ist – für einen Nachtrag! – „üblich“??
 - Ermittlung nach den Grundsätzen des Wegfalls/der Anpassung der Geschäftsgrundlage?
- > Situation völlig unklar; hohe Rechtsunsicherheit

Bislang nach VOB/B:

- Ermittlung durch Anknüpfen an die Urkalkulation entsprechend den Regeln nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 (Preise oft sehr knapp/unauskömmlich.)
- > ebenfalls viele Details strittig; ebenfalls hohe Rechtsunsicherheit

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

Neue Regelung nach BGB:

- völlig neue Struktur
- Maßgeblich sind primär die tatsächlichen Mehrkosten; AN hat aber ein Wahlrecht, statt dessen auf die Urkalkulation zurückzugreifen, wenn deren Hinterlegung vereinbart ist
- Dem AN stehen in jedem Fall schon einmal 80% seines Nachtragsangebotes zu
- Diesen Anteil kann er sogar im Wege eines gerichtlichen Eilverfahrens (einstweilige Verfügung) zur Zahlung erzwingen
- Das gilt nicht, wenn die VOB/B korrekt „als Ganzes“ vereinbart wurde, dann bleibt es bei den Regeln der VOB/B

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

Die neue Berechnungsregel (§ 650c Abs. 1 Satz 1):

$$\begin{aligned} & \text{tatsächlich erforderliche Kosten} \\ + & \text{ angemessener Zuschlag für AGK} \\ + & \text{ angemessener Zuschlag für WuG} \\ = & \text{ Preis für die Änderungs- oder Zusatzleistung} \end{aligned}$$

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

(Forts.: Die neue Berechnungsregel):

Was sind „tatsächlich erforderliche Kosten“?

- Lohnkosten
- Gerätekosten
- Stoffkosten
- Subunternehmerkosten
- Gemeinkosten

Aber wie ist nun damit genau umzugehen?

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

(Forts.: Die neue Berechnungsregel):

-> muss zu all diesen Positionen nun offengelegt werden, was „tatsächlich“ an Kosten angefallen ist?

- Also Nachweis der tats. Stundenlöhne mittels Gehaltsnachweis?
- Verbrauchte Treibstoffmenge?
- anteilige Abschreibung zu Geräten?
- Offenlegung der tatsächlichen Einkaufs-Konditionen (Mengenrabatte)?

-> Das ist jedenfalls bislang völlig unüblich.

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

(Forts.: Die neue Berechnungsregel):

Möglicher Lösungsansatz:

„tatsächlich erforderliche Kosten“ = übliche angemessene Kosten iSd § 632
(so Dipl.-Ing. F.A. Bötzel, öbuv.SV für Bauablaufstörungen, in IBR 2017, 1039 – nur online)

ABER:

- Hätte der Gesetzgeber die „übliche Vergütung“ gewollt, hätte er auch diesen Begriff wählen können, statt einen neuen zu „erfinden“

FRAGE:

- Sind die Kosten **vorkalkulatorisch** und damit **abstrakt** nach ihrer theoretischen Erforderlichkeit
- oder im Nachhinein als **real entstandene Kosten** zu ermitteln?

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018 § 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

(Forts.: Die neue Berechnungsregel):

Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass letzteres **(Real-Kosten nach Ausführung)** gemeint ist.

Die Gesetzesbegründung spricht von *"Ist-Kosten, die aufgrund der Ausführung tatsächlich entstanden sind"* (BT-Drucks. 18/8486, S. 56; Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht, S. 26; so auch Althaus, BauR 2017, 416).

Weiter heißt es, dass es *"keine Kombination zwischen den tatsächlichen erforderlichen Kosten einerseits und kalkulierten Kosten andererseits geben"* dürfe (BT-Drucks. 18/8486, S. 57).

Das bedeutet - unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit - eine **Erstattung der entstandenen Selbstkosten des Unternehmers.**

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

(Forts.: Die neue Berechnungsregel):

Wie genau ermittelt sich nun der „richtige“ Nachtragspreis?

- unproblematisch, wenn es um eine reine Zusatzleistung geht: die realen Ist-Kosten auf Selbstkostenbasis, begrenzt durch das Kriterium der „Erforderlichkeit“, plus Zuschläge für AGK und WuG.

Und bei Änderungsleistungen, die auch einen vollständigen oder teilweisen Wegfall von Vertragsleistungen umfassen?

DIFFERENZBERECHNUNG:

$$\begin{array}{l} \text{Tatsächliche (erforderliche) Selbstkosten} \\ \text{./. Kosten der nicht mehr auszuführenden Ursprungsleistung} \\ \text{+ angemessene Zuschläge für AGK, WuG} \\ \text{= Nachtragspreis} \end{array}$$

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

(Forts.: Die neue Berechnungsregel):

ACHTUNG:

Bei der Differenzberechnung sind die Kosten für die änderungsbedingt nicht mehr auszuführenden Leistungen **NICHT mit den Vertragspreisen in die Berechnung einzustellen!** Es dürfen nicht vorkalkulatorisch ermittelte Angebotspreise mit tatsächlich entstandenen Realkosten vermischt werden! Da würden Äpfel und Birnen in einen Topf geworfen.

Bei den entfallenden Leistungen ist - auf den Zeitpunkt der Ausführung der Änderungsleistung - zu ermitteln, was diese Leistung den AN real gekostet **hätte**, hätte es die Änderungsanordnung des AG (also den Nachtrag) gar nicht gegeben.

Dieser Grundsatz ist allerdings nicht neu: BGH, 10.09.2009, VII ZR 152/08 und nochmal 22.07.2010, VII ZR 129/09.

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

(Forts.: Die neue Berechnungsregel):

Der Unternehmer muss das konkret vortragen. Hierzu muss er seine Dispositionen darlegen. Er kann zum Nachweis ersparter Kosten bereits abgeschlossene Vereinbarungen für die von der Änderung betroffenen Leistungen mit seinen Lieferanten oder Subunternehmern vorlegen, wobei Auflösungskosten gemäß § [649](#) Satz [2](#) BGB die Ersparnis verringern. Seine hypothetischen Beschaffungskosten kann er auch durch Angebote vorlegen, soweit sie ohne die Änderung angenommen worden wären. Mangels abweichenden Vortrages und gegenteiliger tatsächlicher Anhaltspunkte kann auf die Marktpreise im Zeitpunkt der geplanten Leistungsausführung abgestellt werden (BGH, Urt. v. 10.9.2009 - [VII ZR 152/08](#)). Hier gelten letztlich die gleichen Grundsätze wie sie bei der Ermittlung einer Ersparnis im Rahmen der Anspruchsberechnung nach § [649](#) Satz [2](#) BGB Anwendung finden.

(Kniffka, *ibr-onlineKommentar BauvertragsR*, § 650c Rn 30)

3
0

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650c – Änderung des Vertrages; Vergütungsanpassung

- § 650c Abs. 3: Regelung zur Berücksichtigung von **Nachtragsforderungen bei Abschlagsrechnungen**,
- **wenn** keine Einigung über die Vergütung zustande gekommen ist
 - **und** die Vergütung für den Nachtrag weder nach den Regeln des Abs. 1 (tatsächliche Mehrkosten) noch nach den Regeln des Abs. 2 (Urkalkulation) belegt wird:
 - Nachdem AN die Nachtragsleistung ausgeführt hat, **darf er 80 % des Betrages seines Nachtragsangebotes in die nächste AR einstellen** (oder eine auf den Nachtrag bezogene, separate AR stellen)
 - *(Anmerkung: ist die Kalkulation des Nachtrags nach Abs. 1 oder 2 belegt, darf er 100% einstellen! Bei Verbraucherbauvertrag 90%).*
 - Nachtragsangebot/-rechnung muss prüfbar sein nach den bek. Regeln

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB 2018

§ 650d – Einstweilige Verfügung während der Bauausführung

Bisherige Rechtslage:

- Keine spezielle Regelung vorhanden, deshalb gelten die allg. Grundsätze
- Demnach kommen einstweilige Verfügungen während der Bauausführung zur Sicherung von Zahlungsansprüchen oder Weisungsrechten des AG i.d.R. nicht in Betracht, da die besondere Eilbedürftigkeit dafür i.d.R. nicht vorhanden ist

Hier knüpft die **Neuregelung** an (und beschränkt sich zugleich aber auch nur darauf):

- Für einen gerichtlichen Antrag auf Erlass einer e.V. für die Durchsetzung eines Anordnungsrechts des AG oder eines Anspruchs des AN auf Vergütungsanpassung entfällt künftig die „Glaubhaftmachung einer besonderen Eilbedürftigkeit“ als Zulässigkeitsvoraussetzung

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB

§ 650d – Einstweilige Verfügung während der Bauausführung

1. Fallgruppe: Streit über das Anordnungsrecht des AG:

Es sollen kurzfristig Streitigkeiten, ob ein Nachtrag vorliegt bzw. ob der Nachtrag vom AN zu leisten ist, gerichtlich geklärt werden

Der Antrag ist darauf gerichtet, dass der AN verpflichtet wird, die Leistung, die Gegenstand der Anordnung des AG ist, auszuführen – wenn der AG der Antragsteller ist.

Oder der AN beantragt, festzustellen, dass er nicht zur Ausführung dieser angeordneten Leistungen zuständig ist (z.B. wenn ihm aufgrund seiner Weigerung eine Kündigung des Gesamtvertrages durch den AG droht)

2. Fallgruppe: Streit über die richtige Vergütung

Bezieht sich nur auf Abschlagsforderungen; nicht anwendbar auf die Schlussrechnung.

AN kann per Eilverfahren eine (richtige) Abschlagszahlung erzwingen.

AG kann feststellen lassen, nicht zu einer solchen AZ verpflichtet zu sein.

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB

- für den Architekten- und Ingenieurvertrag

Die gültigen BGB-Regeln zum AIV beschränken sich nicht allein auf diejenigen Vorschriften, die ausdrücklich unter der Überschrift „Architektenvertrag und Ingenieurvertrag“ zu finden sind. Es handelt sich dabei vielmehr um **zusätzliche Spezialregeln**, die die ebenfalls geltenden Regeln allgemeinerer Art ergänzen.

Welche allgemeineren Regeln damit gemeint sind, sagt uns § 650q:

- *„die Vorschriften des Kapitels 1 des Untertitels 1“*,
-> dies sind die Grundregeln des allgemeinen Werkvertragsrechts, die §§ 631-650
- und aus dem neuen Bauvertragsrecht *die §§ 650b, e, f, g, h*,
„soweit sich aus diesem Untertitel nichts anderes ergibt“.

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB - für den Architekten- und Ingenieurvertrag

- §§ 650b + c: Änderung des Vertrags, AnordnungsR des Bestellers
-> siehe dazu oben; außerdem beachte die Regelung zum Vergütungsanspruch des AN bei Änderungsanordnungen: § 650q Abs. 2 (*inhaltlich nichts Neues; fasst den Stand der aktuellen Rechtslag, entsprechend der gültigen Rechtsprechung, in Gesetzesform*);

Außerhalb des zwingenden Preisrechts und außerhalb von § 10 HOAI gilt dann, wenn es an einer Nachtragsvereinbarung der Parteien fehlt: § 650c; (*schon zu § 10 HOAI ist allerdings Vieles unklar; das wird nun durch diese neuen BGB-Regeln nicht besser, im Gegenteil. Hierzu dürfen wir auf Klärungen durch die Rechtsprechung neugierig sein*)

F. Das neue Nachtragsrecht des BGB - für den Architekten- und Ingenieurvertrag

(Forts.: B. Verweisung auf §§ aus dem neuen Kapitel „Bauvertrag“)

(Forts. „Anordnungsrecht des Bestellers / Vertragsänderungen“)

?? -> kein Verweis auf § 650d. Also keine Möglichkeit des Planers, Abschlagsforderungen per einstw. Verfügung geltend zu machen?

Aktuell wohl ja. Der Wortlaut ist insofern eindeutig. Allerdings spricht die Entwicklungsgeschichte dieser Vorschriften nach ziemlich einhelliger Meinung sehr dafür, dass es sich schlichtweg um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt. Man wartet hierzu nun auf eine „Nachbesserung“, entweder vom Gesetzgeber oder durch die Gerichte.

G. Das neue Nachtragsrecht des BGB - für den Architekten- und Ingenieurvertrag

Färt'sch.

*(= ich bin am Ende meines Vortrags und bedanke mich
sehr herzlich für Ihre Aufmerksamkeit!)*