



Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins vorbereitet durch
den Ausschuss Privates Bau- und
Architektenrecht

zur Änderung der §§ 650b und 650c BGB im
Rahmen der Evaluation des zum 1. Januar 2018 in
Kraft getretenen neuen Bauvertragsrechts

Stellungnahme Nr.: 84/2024

Berlin, im November 2024

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Kai Felgner, Oldenburg
- Rechtsanwalt Dr. Meinhard Forkert, Andernach
- Rechtsanwältin Ulrike Gantert, Karlsruhe
- Rechtsanwältin Kerstin Irl, LL.M.Eur, Würzburg
- Rechtsanwalt Christian Meier, Weimar
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe
- Rechtsanwältin Christine Weyand, Frankfurt

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Swen Walentowski, Geschäftsführer, Berlin
- Rechtsanwältin Sabrina Reckin, Referentin, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

I. Kurzzusammenfassung

Der DAV plädiert dafür, die Vorschriften der §§ 650b und 650c BGB im Rahmen der Evaluation des zum 1. Januar 2018 in Kraft getretenen neuen Bauvertragsrechts neu zu fassen, da diese Vorschriften die gesetzgeberischen Zielstellungen verfehlen, erhebliches Interpretations- und Streitpotential bieten und sich in der Praxis nicht bewährt haben.

II. Im Einzelnen

1. Anlass/Evaluierung

Der Gesetzgeber hat nach 5 Jahren eine Evaluierung des zum 1. Januar 2018 eingeführten neuen Bauvertragsrechts vorgesehen. Der 9. Deutsche Baugerichtstag hatte sich am 12./13. Mai 2023 bereits in Hamm mit der Frage eines entsprechenden Anpassungsbedarfes befasst und diverse Vorschläge zur Überarbeitung einiger weniger geeigneter Vorschriften diskutiert und beschlossen. Die Einzelheiten sollen hier nicht rezipiert werden, decken sich aber zum Teil mit den Vorschlägen des DAV.

Die Vorschriften des § 650b und 650c BGB bilden den neuen gesetzlichen Rahmen für die in der Baupraxis erheblichen Änderungssachverhalte. § 650b BGB regelt Befugnisse des Bestellers, entsprechende Leistungsänderungen anzuordnen. § 650c BGB regelt die Rechtsfolgen auf der Vergütungsseite. Der Gesetzgeber hat eine entsprechende neue Regelung für erforderlich gehalten, weil Bauverträge oft längere Laufzeiten haben, in denen sich die Anforderungen an das zu errichtende Bauwerk ändern können. Die Vorschriften sind teilweise den Regelungen der §§ 2 Abs. 5 und 6

VOB/B nachgebildet. Sie sehen allerdings ein Änderungsrecht nur unter den Voraussetzungen in § 650b BGB vor und als Regelmodell auf der Rechtsfolgenreihe nicht die Fortschreibung vorkalkulierter Preisermittlungsgrundlagen, sondern eine Anpassung der Vergütung nach den „tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“.

Die Vorschriften haben sich in der Praxis nicht bewährt. Weder Besteller noch Unternehmer haben durch die Rechtsänderungen messbare Vorteile erlangt oder Streit vermeiden können. Vielmehr ergaben sich zahlreiche Rechtsunsicherheiten. Auch das in der Gesetzesbegründung aufgegriffene Ziel, Spekulationen der Unternehmer zu unterbinden, wurde nicht erreicht. Vielmehr hat sich diese Problematik allenfalls verlagert. Die Praxis wendet trotz der neuen gesetzlichen Vorschriften gleichwohl ganz überwiegend die Vorschriften der VOB/B weiterhin an, die allerdings nicht durchgängig hiermit kompatibel sind. Dementsprechend empfiehlt auch der DAV, die Vorschriften der §§ 650b und 650c BGB wie nachfolgend vorgeschlagen anzupassen.

2. Änderungsvorschlag zu § 650b BGB

Die derzeit geltende Vorschrift knüpft zunächst den Umfang des Anordnungsrechts des Bestellers an die Frage, ob eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges begehrt wird oder eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist. Ziel des Gesetzgebers war es, Änderungen, die erforderlich sind, um den mit der vereinbarten Leistung beabsichtigten Erfolg zu erreichen, zu erleichtern. Andere Änderungen sollen nicht ohne weiteres anordnungsfähig sein, sondern nur, wenn dem Unternehmer die Ausführung zumutbar ist. Außerdem ist eine 30-Tagefrist vor Ausspruch einer Änderungsanordnung vorgesehen. Innerhalb dieser sollen die Parteien nicht nur über die Anpassung der Vergütung, sondern auch über den Inhalt der vom Besteller gewünschten Änderung verhandeln. Dies soll die Parteien zu einer Kooperation und einvernehmlichen Regelung über die Änderung und die Vergütungsfolgen veranlassen. Die gut gemeinten legislatorischen Ansätze verfehlen allerdings ihren Zweck und leiden unter diversen Mängeln:

- a) Die Differenzierung zwischen Änderungen des vereinbarten Werkerfolges und solchen, die für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolges erforderlich sind,

erscheint nur auf den ersten Blick sinnvoll. Die „Überhöhung“ des Begriffs „Werkerfolg“ ist aber eine nur im deutschen Rechtskreis nachvollziehbare Differenzierung. Im internationalen Kontext finden sich weder der Werkvertrag als selbständige Vertragsform noch weitergehende Differenzierungen, die an einen Werkerfolg anknüpfen. Der Werkerfolg selbst kann bei einem Bauerrichtungsvertrag über eine einzelne Bauleistung identifizierbar sein. Bei komplexeren Bauaufgaben und insbesondere auch Architekten- und Ingenieurleistungen ist der Werkerfolg nur schwer ermittelbar. Es ist schon nicht klar, welche Elemente vertraglicher Anforderungen zum Werkerfolg gehören. Deshalb ist auch streitig geblieben, ob Verfahrensmodifikationen oder bauzeitorientierte Änderungen von dieser Differenzierung erfasst sein können. Letztlich verstellt das Abheben auf den Werkerfolg auch den Blick für die wirklich entscheidende Frage, nämlich, dass jedwede Änderung, die ein Besteller anordnet, dem Unternehmer zumutbar sein muss. Im Grundsatz trägt der Besteller die mit Bauvorhaben verbundenen erheblichen Investitionsrisiken, so dass – entsprechend den Regelungen der nationalen und internationalen Vertragspraxis – diesem auch eine Änderungsbefugnis zustehen muss. Diese ist allerdings begrenzt durch die Zumutbarkeit auf Seiten des Unternehmers. Diese Zumutbarkeit kann sich auf alle Einzelheiten der vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen beziehen. Mehr muss nicht geregelt werden. Fälle, in denen es um eine Änderung des vereinbarten Werkerfolges geht oder um Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig sind, sind Unterfälle einer solchen Zumutbarkeitsbewertung.

- b) Auch die strikte Verknüpfung des Anordnungsrechts mit einer Abwartefrist von 30 Tagen ab Äußerung des Änderungswunsches hat sich in der Praxis nicht bewährt. Bei einer Bauvertragsabwicklung mit mehreren Planungs- und Ausführungsbeteiligten kann es zu einer Kumulation von 30-Tagefristen kommen, die letztlich zu wirtschaftlich untragbaren Störungen in Projektabläufen führen. Auch hier geht es darum, dass eine Einigung versucht werden soll, die allerdings innerhalb angemessener Fristen herbeizuführen ist. Eine fixe 30-Tagefrist trägt den Projekterfordernissen nicht Rechnung.

- c) Dementsprechend wird eine klarere und vereinfachte Form des § 650b BGB wie folgt vorgeschlagen:

(1) ¹Begehrt der Besteller eine Änderung der vereinbarten Leistung oder eine zusätzliche Leistung, hat der Unternehmer ihm innerhalb einer angemessenen Frist ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung für die begehrte Änderung oder zusätzliche Leistung zu unterbreiten, es sei denn, die Ausführung der geänderten oder zusätzlichen Leistung ist ihm unzumutbar und er hat dies dem Besteller in Textform unter Angabe der Unzumutbarkeitsgründe mitgeteilt.

²Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer erst 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. ³Soweit diese dem Unternehmer noch nicht vorliegt, hat er dies dem Besteller unter Bezeichnung der benötigten Planungsunterlagen in Textform mitzuteilen.

(2) ¹Einigen sich die Parteien über die Änderung oder zusätzliche Leistung und die Mehr- und Mindervergütung, hat der Unternehmer die Ausführung der geänderten oder zusätzlichen Leistung innerhalb angemessener Frist zu beginnen und fertigzustellen, soweit die Vertragsparteien keine Zeit für die Leistung bestimmt haben.

²Unterbreitet der Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist kein Angebot obwohl er dazu verpflichtet ist oder führen Verhandlungen der Parteien über das Angebot des Unternehmers innerhalb einer weiteren angemessenen Frist nicht zum Erfolg, kann der Besteller die Ausführung der geänderten oder zusätzlichen Leistungen in Textform anordnen.

³Der Unternehmer ist verpflichtet, die Anordnung zu befolgen. Absatz 2 Satz 1 gilt entsprechend.

Der Textvorschlag berücksichtigt das typische prozedurale Vorgehen bei der Abwicklung von Nachtragsverhalten. Wie bei der bisherigen Gesetzeslösung beginnt der Prozess mit dem Änderungsbegehren des Bestellers. Auf dieser Grundlage hat der Unternehmer innerhalb angemessener Frist ein Nachtragsangebot zu unterbreiten. Der Unternehmer kann die Angebotslegung ablehnen, wenn ihm die Ausführung der modifizierten Leistung unzumutbar ist. Er hat dies dem Besteller allerdings in Textform unter Angabe der Unzumutbarkeitsgründe mitzuteilen, damit dieser hierauf rechtzeitig reagieren kann. Eine entsprechende Informationspflicht besteht auch, wenn der Unternehmer für die Ausführung der Leistung noch bestellerseitige Planungsunterlagen benötigt. Dies hat er in Textform mitzuteilen, damit der Besteller hierauf zeitgerecht reagieren kann. Wenn sich die Vertragsparteien über die Leistungsmodifikation verständigt haben, hat der Unternehmer diese innerhalb angemessener Frist fertigzustellen, soweit keine Zeit hierfür vereinbart worden ist. Unterbreitet aber der Unternehmer innerhalb angemessener Frist kein Angebot, obwohl er dazu verpflichtet ist oder führen Verhandlungen der Vertragsparteien über das Angebot des Unternehmers innerhalb einer angemessenen Frist nicht zum Erfolg, kann der Besteller die Ausführung in Textform anordnen und der Unternehmer hat die Anordnung zu befolgen und die Leistung wiederum innerhalb angemessener Frist zu beginnen und fertigzustellen.

Die Gesamtregelung stellt sicher, dass ein Anordnungsrecht nur besteht, wenn der Unternehmer entweder entgegen seiner gesetzlichen Verpflichtung kein Angebot überreicht hat oder ein konkretes Angebot überreicht, über dessen Inhalt die Vertragsparteien innerhalb angemessener Frist keine Verständigung finden können. In diesen Fällen soll der Besteller zur Anordnung befugt sein.

3. Änderungsvorschläge zu § 650c BGB

Für die Vergütungsanpassung sieht § 650c BGB als Regeltatbestand die Berechnung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn vor. Lediglich dem Unternehmer wird es nach Abs. 2 ermöglicht, zur Berechnung der Vergütung auf die Ansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation für jeden Nachtrag einzeln zurückzugreifen. Dies führt einerseits zu einer wirtschaftlich unnötigen Verkürzung

angemessener Vergütungsfortschreibungen für den Besteller. Andererseits eröffnet die Vorschrift ein „Rosinenpicken“ des Unternehmers, der sich für jeden einzelnen Nachtrag aussuchen kann, auf welcher Kalkulationsgrundlage (die jeweils für ihn vorteilhaft sein kann) der Nachtrag berechnet wird. Die Regelung ist gänzlich unausgewogen und einmalig in der nationalen wie auch internationalen Bauvertragspraxis.

Grundsätzlich sollten die Vertragsparteien selbst bestimmen, in welcher Form eine Vergütungsanpassung erfolgt, etwa nach vordefinierten Preisermittlungsgrundlagen oder aber nach tatsächlich erforderlichen Kosten. Die These, die vorkalkulative Preisfortschreibung könne zu spekulativen Angeboten verleiten, mag im Einzelfall zutreffen. Aber insbesondere bei öffentlichen Ausschreibungen verwenden Besteller Vorgaben für vorkalkulative Preisermittlungsgrundlagen und es erhält nur der Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag, so dass oftmals wenig Spekulationsspielraum verbleibt. Zudem ermöglicht auch das Abstellen auf die tatsächlich erforderlichen Kosten eine große Bandbreite opportunistischer Verhaltensweisen. Einerseits eröffnet die Regelung dem Besteller die Möglichkeit, jeden Nachtrag dahingehend zu bestreiten, dass auch gezahlte Preise tatsächlich nicht erforderlich waren, weil es billigere Bezugsquellen im Markt gegeben hätte. Andererseits belegt ein Unternehmer typischerweise seine Kosten mit Nachunternehmerangeboten, deren Beauftragung ein Besteller überhaupt nicht prüfen kann. Die einseitige Festlegung auf tatsächlich erforderliche Kosten als maßgebliches Fortschreibungskriterium behindert auch den technischen Fortschritt. In vielen Bereichen des Bauens, etwa im Tunnelbau, sind vordefinierte Kostenelemente für den Fall von Störungen (Störkataloge) und Änderungen eingeübte Praxis. Die digitale Bewältigung des Bauens wird ebenfalls dazu führen, dass Änderungen vornehmlich über vordefinierte kalkulierte Preisfortschreibungselemente behandelt werden können. Es erscheint ein Missgriff des Gesetzgebers, den Parteien die Hoheit über die Preisfortschreibungsmethodik zu nehmen und dann zudem noch nur einem Vertragspartner die Möglichkeit zu geben, hier beliebig die Abrechnungsmethodik zu wechseln.

Wie auch vom Baugerichtstag wird hier im Übrigen eine Klarstellung zu § 650c BGB hinsichtlich der 80 %-Regelung befürwortet, wonach ein solches Angebot zumindest auf

einer nachvollziehbaren vereinbarten Preisfortschreibungsmethodik beruhen muss. Bloße Blankonachträge können eine entsprechende Abschlagszahlungsanforderung nicht begründen.

Dementsprechend schlägt der Ausschuss vor, § 650c BGB wie folgt anzupassen:

(1) ¹Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist, soweit die Parteien keine anderweitige Vereinbarung über die Berechnung der Vergütung getroffen haben, nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.

(2) entfällt

Die vorgeschlagene Regelung des § 650c BGB sieht lediglich für den Fall, dass die Vertragsparteien keine anderweitige Regelung zur Anpassung der Vergütung bei geänderten und zusätzlichen Leistungen getroffen haben vor, dass die Vergütungsanpassung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln ist. Es werden keinerlei Festlegungen zur Vorgabe anderweitiger Vergütungsanpassungsmechanismen, wie etwa der urkalkulativen Preisermittlung vorgesehen. Es bedarf auch keiner Regelung mehr, wonach eine Vermutung gilt, dass eine nach der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung dem gesetzlichen Regelmodell einer Vergütungsanpassung entspricht.

Im Übrigen wird der Satz 2 des § 650c Abs. 1 BGB ersatzlos gestrichen, weil es hierfür schlichtweg an dieser Stelle keinen Regelungsbedarf gibt. Eine geänderte oder zusätzliche Leistung liegt in diesen Fällen nicht vor.

Anstelle des ehemaligen Absatzes 3 wird folgende Regelung vorgeschlagen, bei der die Regelung an das konkrete Angebot des Unternehmers anknüpft.

(2) ¹Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 1 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. ²Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach Absatz 1 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werks fällig. ³Zahlungen nach Satz 1, die die nach Absatz 1 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. ⁴§ 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.

Mit einer Änderung dieser beiden zentralen Vorschriften könnte in Deutschland das Änderungswesen auf eine gesicherte, tragfähige und im internationalen Kontext auch verstandene, sachgerechte Basis gestellt werden.

Verteiler

Deutschland

- Bundesministerium des Innern und für Heimat
- Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Rechtspolitische Sprecher der Bundestagsfraktionen
- Deutscher Städtetag
- Deutscher Städte- und Gemeindebund
- Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e. V.
- Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.
- Bund Deutscher Baumeister Architekten und Ingenieure e. V.
- Bund Deutscher Innenarchitekten
- Bund Deutscher Landschaftsarchitekten e. V.
- Bundesingenieurkammer
- Bundesvereinigung der Prüflingenieur für Bautechnik e. V.
- Deutscher Baugewerkschaftstag/DBG
- AHO Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V.
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund e. V.
- Neue Richtervereinigung
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Ausschuss Privates Bau- und Architektenrecht des Deutschen Anwaltvereins
- ARGE Bau- und Immobilienrecht, Geschäftsführender Ausschuss
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
- FAZ, LTO, NJW, Juris, IBR, BauR, NZBau und ZfBR

...