




**Freiburger Baurechtstage 21. und 22. September 2018
im Konzerthaus Freiburg**

Das Anordnungsrecht gemäß § 650b BGB

RA Prof. Dr. Werner Langen
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Kapellmann Rechtsanwälte mbB, Büro Mönchengladbach



© Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB



§ 650b Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

- 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder*
- 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,*

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur

2

§ 650b Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

3

Gesetzlicher Ablauf des Einigungsbestrebens nach § 650b Abs. 1

1. **Begehren** (Änderungswunsch) des Bestellers über
 - freie Änderungen (Nr. 1)
 - notwendige Änderungen (Nr. 2)
2. Besteller legt *erforderliche* Änderungsplanung vor, soweit er planungsverantwortlich
3. Unternehmer erstellt **Angebot** über die geänderte Vergütung
 - bei freier Änderung nur, wenn sie ihm zumutbar ist
4. **Einigungsversuch** über Angebot (Verhandlungspflicht)
5. Bei Scheitern, spätestens nach 30 Tagen, **Anordnungsrecht** Besteller

4

Gliederung



- I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen
- II. Das Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 S. 1
- III. Die 30-Tage-Frist nach § 650b Abs. 2 S. 1
- IV. Der Inhalt des Anordnungsrechts

5

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



1. Allgemeines

- Begehren ist formfrei wirksam
- Löst das Einigungsprocedere nach § 650 Abs. 1 aus, wenn ein Änderungswunsch und nicht nur eine verbindliche „Änderungsüberlegung“ für den Unternehmer erkennbar ist
- Änderungswunsch muss aus Empfängerhorizont des Unternehmers hinreichend konkret sein
- Kann auch als Folge einer Anregung oder eines Bedenkenhinweises des Unternehmers erfolgen
- **Problematisch:** Besteller fordert eine Vertragsleistung, die nach Auffassung des Unternehmers keine ist. Konkludentes Änderungsbegehren? Ja, wenn sich der Forderung des Bestellers zumindest hilfsweise sein Änderungsbegehren entnehmen lässt

6

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



1. Allgemeines

- Auch eine unzulässige, z. B. verfrühte, Anordnung des Bestellers kann in ein Änderungsbegehren umgedeutet werden, wenn in der Anordnung konkludent der Änderungswille des Bestellers zum Ausdruck kommt.
- Folge eines „wirksamen“ Änderungsbegehrens:
 - Angebotspflicht des Unternehmers (ohne gesonderte Aufforderung durch den Besteller)
 - bei Änderungen nach Nr. 1 aber nur, wenn dem Unternehmer zumutbar
 - (Inhaltlich unbestimmte) Verhandlungspflicht der Parteien, aber kein Kontrahierungszwang

7

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



2. Unterscheidung des Änderungsbegehrens nach Nr. 1 und Nr. 2

a) Freie Leistungsänderung nach Nr. 1

- Motiv und Zielrichtung des Bestellers grundsätzlich unerheblich
- Durch das Begehren (bzw. die Anordnung) soll der vereinbarte Werkerfolg verändert werden (Quantität, Qualität, Nutzung, Sonstiges)
- (Einziges) Korrektiv: Zumutbarkeit für Unternehmer

b) Notwendige Leistungsänderung nach Nr. 2

- Auch schon vor dem 01.01.2018 war der Unternehmer trotz fehlerhafter Planung / Leistungsbeschreibung zu einer mängelfreien, funktionierenden Leistung verpflichtet
 - Funktionaler Mangelbegriff
 - BGH NJW 2008, 511 (Blockheizkraftwerk)

8

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



2. Unterscheidung des Änderungsbegehrens nach Nr. 1 und Nr. 2

- **Hauptfall:** Fehlerhafte Planung / Leistungsbeschreibung des Bestellers
 - Bedenkenhinweis des Bestellers, ggf. auch Behinderungsanzeige
 - **Obliegenheit**, aber auch **Recht** des Bestellers zur Korrektur – BGH BauR 1996, 378 (Anspruch auf Anpassung des Vertragsinhalts nach § 242 BGB)
 - bei Korrektur: Pflicht des Unternehmers, die geänderte Leistung auszuführen
 - ohne Korrektur: Haftungsbefreiung des Unternehmers nach § 13 Abs. 3 VOB/B (bzw. § 242 BGB)

9

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



2. Unterscheidung des Änderungsbegehrens nach Nr. 1 und Nr. 2

- **Alternativ:** Fehlerhafte Planung / Leistungsbeschreibung des Unternehmers
 - Pflicht des Unternehmers zur Korrektur, um die Mängelfreiheit der Leistung zu sichern.
 - Sub-Problem: Sofortige Korrekturpflicht oder erst zum Zeitpunkt der Abnahme?

10

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



2. Unterscheidung des Änderungsbegehrens nach Nr. 1 und Nr. 2

- **Rechtslage ab 01.01.2018:**
 - Unabhängig von Bedenkenhinweis Unternehmer
 - oder eigener Planungsverantwortung Unternehmer
- muss Besteller nun zunächst das Änderungsbegehren nach Nr. 2 äußern
- mit anschließender Verhandlungspflicht binnen 30 Tagen
- Bei Planungsverantwortung Besteller: Einigungsgebot über Leistungsänderung und deren Vergütung
- Bei Planungsverantwortung Unternehmer: Einigungsgebot nur über die Leistungsänderung, § 650b Abs. 1. S. 5 i. V. m. § 650c Abs. 1 S. 2 (Ausnahme: Vergütungspflichtige Sowiesokosten)

11

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



2. Unterscheidung des Änderungsbegehrens nach Nr. 1 und Nr. 2

- § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 regelt damit keinen Fall einer echten Leistungsänderung, da der Unternehmer auch ohne Begehren / Anordnung zur Mängelfreiheit verpflichtet ist. Allerdings regelt § 650b das Procedere, wie die Abweichung zwischen
 - dem bepreisten **Leistungssoll** und
 - dem geschuldeten **Erfolgssoll** aufgelöst wird,
 - im Regelfall durch Korrektur Planung / Leistungsbeschreibung, entweder
 - durch Besteller oder
 - Unternehmer
 - oder beide (geteilte Planungsverantwortung)
 - ausnahmsweise durch Haftungsbefreiung des Unternehmers

12

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



2. Unterscheidung des Änderungsbegehrens nach Nr. 1 und Nr. 2

- Gilt gleichermaßen auch
 - bei geänderter Rechtslage bzw. geänderten behördlichen Vorschriften
 - bei geänderten anerkannten Regeln der Technik (BGH, Urteil vom 14.11.2017 – VII ZR 65/14)
- Der Besteller kann, muss aber nicht die Mängelfreiheit bzw. die neuen anerkannten Regeln der Technik verlangen!

13

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



3. Pflichten und Obliegenheiten beim Einigungsversuch

- a) Angebotserstellung durch Unternehmer – **Pflicht**
- b) Vorlage der erforderlichen Änderungsplanung, soweit Besteller die Planungsverantwortung hat – **Obliegenheit**
- c) Verhandlungs“pflicht“ der Parteien – **Besteller: Obliegenheit**
Unternehmer: Pflicht
 - Keine konkreten inhaltlichen Vorgaben durch das Gesetz
 - Will Besteller das Angebot des Unternehmers nicht annehmen, muss nach allgemeiner Auffassung trotzdem zumindest eine Verhandlung stattfinden, bevor die Einigung gescheitert ist (?)

14

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



4. Leistungspflicht des Unternehmers nach dem Änderungsbegehren des Bestellers

a) Freie Änderung nach Nr. 1

- Bauvertrag bleibt bis zur Einigung oder wirksamen Anordnung des Bestellers unverändert
- Bei bauablaufrelevanten Leistungen allerdings
 - Hinweispflicht des Unternehmers
 - (Temporäre) Baustoppordnung durch Besteller möglich
 - ggf. Fristverlängerung
 - ggf. Entschädigung nach § 642 BGB
 - Auskunftsanspruch Besteller gegenüber Unternehmer bzgl. Stillstandskosten und Bauzeitverlängerung, um Güterabwägung vornehmen zu können (?)
- **Kein vorzeitiges Anordnungsrecht**

15

I. Das Änderungsbegehren des Bestellers und seine Folgen



4. Leistungspflicht des Unternehmers nach dem Änderungsbegehren des Bestellers

b) Notwendige Änderung nach Nr. 2

- Unternehmer ist auch ohne Änderungsbegehren / Anordnung zur mängelfreien Leistung verpflichtet
- Bei Planungsverantwortung des Bestellers beinhaltet das Änderungsbegehren deshalb konkludent eine „Suspendierung“ der betroffenen Leistungen, wenn Besteller nicht ausdrücklich den Weiterbau / Ausführung anordnet
 - Bauzeitverlängerung und Entschädigungspflicht des Bestellers
 - Bei Planungsverantwortung Unternehmer: weder / noch

16

II. Das Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 S. 2



1. Allgemeines

- Formfrei
- § 650b Abs. 1 regelt keine Frist zur Vorlage des Angebots
- Unternehmer muss das Angebot also
 - entweder in der im Bauvertrag vereinbarten Frist
 - oder in der üblichen (angemessenen) Frist vorlegen, § 271 BGB
- Die (subjektiv) „zu späte“ Vorlage des Angebots führt nicht zur vorzeitigen Entstehung eines Anordnungsrechts
- Ausnahme: Endgültige und ernsthafte Weigerung des Unternehmers, trotz Verpflichtung ein Angebot vorzulegen

17

II. Das Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 S. 2



2. Preisgrundlage

- a) Dr. Hoppenstedt im Gesetzgebungsverfahren:
Wie kann im Rahmen des Einigungsverfahrens (und als Grundlage der 80 %igen Abschlagsforderung) ein *angemessenes Preisangebot* des Unternehmers erreicht werden? (Plenarprotokoll 18/177 vom 10.06.2016)
- b) Dennoch herrschende Auffassung: Unternehmer kann den Preis **frei** kalkulieren, Grenze: Sittenwidrigkeit und Treu und Glauben
- c) Mindermeinung: Unternehmer ist schon beim Preisangebot an § 650c gebunden
- d) Voit: Bei völlig überhöhtem Angebot kann Besteller die Änderungskosten durch einen Dritten auf Kosten des Unternehmers schätzen lassen

18

II. Das Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 S. 2



2. Preisgrundlage

- e) Preisgrundlage hat Auswirkungen
 - auf das Druckpotenzial bei laufenden oder anstehenden Leistungen, die von der Änderung betroffen sind
 - auf den 80 %igen Anspruch des Unternehmers auf eine Abschlagszahlung nach § 650c Abs. 3
- f) Korrekturmöglichkeit durch einstweilige Verfügung nach § 650c Abs. 3 „soweit keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht“?

Nein. Wenn Unternehmer frei kalkulieren darf, dann würde das Gericht ohne Rechtsgrundlage korrigieren!
- g) Aber: Die Kooperationspflicht des Unternehmers im Rahmen der Verhandlungspflicht gebietet entweder eine Preisermittlung gemäß § 650c **oder** auf Basis einer angemessenen Vergütung nach § 632 Abs. 2 anzubieten

19

III. 30-Tage-Frist



1. Höchstfrist, d. h.

- Spätestens 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens entsteht das Anordnungsrecht des Bestellers
- Schon vor Fristablauf, wenn Einigung vorher gescheitert ist
 - z. B. durch (endgültige und ernsthafte) Weigerung des Unternehmers, überhaupt ein Angebot vorzulegen
 - bei Einigkeit, dass keine Einigkeit (Retzlaff)
 - Verhandlungspflicht Besteller auch bei (völlig) überhöhtem Angebot Unternehmer? → Ja
 - Aber: Keine Pflicht der Parteien zu „vernünftigen“ Verhandlungen oder solche mit dem unbedingten Ziel einer Einigung

20

III. 30-Tage-Frist



2. Vorzeitiges Anordnungsrecht

- a) Erklärter Wille des Gesetzgebers, einen „zügigen Bauablauf“ auch bei Änderungswünschen des Bestellers zu gewährleisten (u. a. Hoppenstedt, Plenarprotokoll 18/177).

Rechtsausschuss: 30-Tage-Frist soll sicherstellen, dass sich die „Verhandlungen nicht über Gebühr verzögern“ (BT-Drs. 18/11437)

- b) Bei Kollision zwischen einem störungsfreien Bauablauf und der 30-Tage-Frist?
- Bei **freien Änderungen** nach Nr. 1 i. d. R. kein vorzeitiges Anordnungsrecht, da Änderungswunsch in Risikosphäre des Bestellers fällt (auch zeitlich)

21

III. 30-Tage-Frist



2. Vorzeitiges Änderungsrecht

- Bei **notwendigen Änderungen** nach **Nr. 2** gehört die Leistungsänderung bereits zum Erfolgssoll des Unternehmers
- Deshalb: Kollidiert die Verhandlungspflicht der Parteien **zeitlich** mit der Herstellung einer mängelfreien Bauleistung, dann hat der ungestörte Herstellungsprozess Vorrang vor der Verhandlungspflicht
- Darunter fallen auch die Kooperationspflichten im Spezialtiefbau, z. B. unverzügliche Sicherungsarbeiten bei Wasser- oder Bodenauftrieb (DIN 18301 Abschnitt 3.1.8 und 3.2.3), gemeinsame Festlegung der weiteren Arbeiten (ohne 30-Tage-Frist)
- Generell: bei Gefahr in Verzug
- **Teleologische Reduktion** des § 650b Abs. 2 S. 1 im Fall des § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, wenn es durch die 30-Tage-Frist zu einer (mehr als nur unwesentlichen) Bauablaufstörung kommt

22

IV. Inhalt des Anordnungsrechts



1. Baumstände

- Vorschlag des Referentenentwurfs BMJV vom 10.09.2015 sah Anordnungsrecht Besteller bei „schwerwiegenden Gründen“ vor, wenn die Interessen des Bestellers diejenigen des Unternehmers „deutlich überwogen“. (§ 650b Abs. 2 S. 3 E)
- Vom Gesetzgeber „ohne Kommentar“ nicht übernommen
- Gehören die Baumstände / Bauzeit zum Werkerfolg i. S. d. § 650b Abs. 1 S. 1?
 - Laut Referentenentwurf offenbar ja: „Betrifft eine Anordnung nach Abs. 1 Nr. 1 die Art der Ausführung der Bauleistung oder der Bauzeit ...“
 - Aber: Wohl nur „dogmatische Unschärfe“. Baumstände und Bauzeit gehören **nicht** zum Werkerfolg, sondern nur die (inhaltliche) Bauleistung selbst

23

IV. Inhalt des Anordnungsrechts



1. Baumstände

- Deshalb ergibt sich aus § 650b Abs. 2 S. 1 kein Anordnungsrecht bzgl. der Baumstände / Bauzeit
- Allerdings: **Folgen** bzgl. Baumständen und Bauzeit aus einer grundsätzlich zulässigen Anordnung des Bestellers sind von § 650b Abs. 2 S. 1 erfasst, auch größeren Umfangs
- Können bei freien Änderungen ggf. aber zur Unzumutbarkeit der Änderung führen (z. B. bestimmtes Gerät nur befristet verfügbar)

24

IV. Inhalt des Anordnungsrechts



2. Anordnungsrecht bei Mängeln vor der Abnahme?

- a) Ausgangsposition: BGH-Urteile vom 19.01.2017: Grundsätzlich keine Mängelrechte vor der Abnahme
- b) Gilt auch für das neue Recht, da Gesetzgeber die Mängelrechte nicht verändert hat
- c) Wenn aber der **Unternehmer falsch geplant** hat, besteht ein Anordnungsrecht des Bestellers bzgl. der Korrektur des Leistungssolls nach § 650b Abs. 2 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 5, um den vereinbarten Werkerfolg der Mängelfreiheit zu erreichen
 - Weigert Unternehmer sich also, den Planungsfehler vor der Abnahme (der Planungsleistungen) nachzubessern, dann trotzdem Anordnungsrecht Besteller, die Planung / Leistungsbeschreibung zu korrigieren
 - Das **Erfolgssoll** hat damit **Vorrang vor der Dispositionsfreiheit** des Unternehmers, wann er die Mängelfreiheit herstellt

25

IV. Inhalt des Anordnungsrechts



2. Anordnungsrecht bei Mängeln vor der Abnahme

- d) Gilt das auch für reine Ausführungsmängel?
 - Wenn die fehlerhafte Ausführung Folge der fehlerhaften Planung des Unternehmers ist, dann „erstreckt“ sich das Anordnungsrecht auch auf die schon erfolgten bzw. in Ausführung befindlichen Arbeiten
 - Bei mängelfreier Planung / Leistungsbeschreibung, aber bloßer mangelhafter Ausführung durch den Unternehmer liegt keine mangelhafte Vertragsvereinbarung vor, sondern eine schlicht mangelhafte Ausführung durch den Unternehmer

26

IV. Inhalt des Anordnungsrechts



2. Anordnungsrecht bei Mängeln vor der Abnahme

- Als **Minus** gegenüber der anordnungsfähigen Korrektur des Leistungsolls ist dem Besteller aber ein „destruktives“ Anordnungsrecht einzuräumen, wonach er, ohne in Annahmeverzug zu geraten, die weitere Ausführung der mangelhaften Arbeiten stoppen kann:
 - Es fehlt die *mängelfreie* Leistungsbereitschaft des Unternehmers i. S. v. § 293 BGB
 - Damit *kein Entschädigungsanspruch* des Unternehmers nach § 642 BGB
 - Stattdessen gerät der Unternehmer mit der Ausführung in Verzug
 - Damit: Druck auf Unternehmer, von Anfang an mangelfrei zu bauen
 - Relevant insbesondere bei konstruktiven, nicht nachbesserungsfähigen Mängeln

27

IV. Inhalt des Anordnungsrechts



3. Die unwirksame, aber befolgte Anordnung

a) Formunwirksame Anordnung

- Gesetzgeber: Formnichtigkeit nicht heilbar, allenfalls Bereicherungsanspruch (BT-Drs. 18/11437 S. 47)
- Zutreffend: Konkludente Vertragsänderung, Anspruch auf angemessene Vergütung nach § 632 Abs. 2
- Es fehlt aber ein „Rechtsfolgenüberschuss“ wie in § 2 Abs. 5 VOB/B „sonstige Anordnung“
- Analogie zu § 650c Abs. 1 und 2 erscheint sinnvoll!

b) Materiell unwirksame Anordnung (z. B. Unzumutbarkeit, Bauzeitanordnung)

- Analog formunwirksame Anordnung

28



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Prof. Dr. Werner Langen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Viersener Straße 16
41061 Mönchengladbach
Telefon: 02161 / 811 604
Telefax: 02161 / 811 777
werner.langen@kapellmann.de



© Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB