

Kann der Bestellers durch Verzicht auf das Änderungsrecht nach § 650b Abs 1 Nr 2 Leistungsänderungen ohne Verhandlungsphase durchzusetzen?

Abstract

In dem Aufsatz soll untersucht werden ob der Besteller als AGB eine Klausel vereinbaren kann, die es ermöglicht auf das Anordnungsrecht nach § 650b Abs 1 Nr 2 BGB zu verzichten um Leistungen, die notwendig sind für den vereinbarten Werkerfolg, ohne eine Verhandlungsphase zu beauftragen. Die Untersuchung wird für Einheitspreis- und einfache Global-Pauschalverträge durchgeführt.

A. Einführung

I. Änderungsrechte des Bestellers

Die im § 650b BGB vorgesehene Fristenregelung kann negative Auswirkungen auf die zeitlichen Abläufe der Bauausführung haben. Nach der Norm steht dem Besteller ein Anordnungsrecht erst zu, wenn die Parteien nach einer Verhandlungs- oder Einigungsphase von 30 Tagen keine einvernehmliche Vereinbarung zur begehrten Vertragsänderung erzielen können. Die Verhandlungsphase soll es den Parteien ermöglichen, sich sowohl über die Änderung der Leistung als auch über die damit verbundene Vergütung für den Unternehmer zu verständigen.

Diese Vorgaben gelten sowohl für Änderungen des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Nr. 1), als auch für Änderungen des Vertrags, die erforderlich werden um den bereits vereinbarten Werkerfolg zu erreichen (§ 650b Abs. 1 Nr. 2). Für Änderungen nach Nr. 1 steht dem Unternehmer ein gegenüber § 275 BGB erleichtertes Leistungsverweigerungsrecht für den Fall zu, dass die Ausführung unzumutbar ist. Für Änderungen nach Nr. 2 gilt diese Erleichterung nicht.

Nach bisheriger Praxis wurde dem Besteller, insbesondere wenn die Leistungen erforderlich waren um den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen, ein sofortiges Anordnungsrecht zugestanden. Für die Ausführung von angeordneten Leistungen, die nicht zum bepreisten vertraglichen Leistungsumfang gehörten, entstand dem Unternehmer ein Vergütungsanspruch. Im Falle einer fehlenden Einigung zwischen den Parteien über die Höhe der Vergütung, war diese über eine ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln, wobei die vertraglich vereinbarte

Vergütung als Anknüpfungspunkt dienen soll. Was aber nicht dazu führen muss, dass die Preise kalkulatorisch fortgeschrieben werden müssen.¹

II. Mögliche Auswirkung der Fristenlösung

Die normierte Verhandlungsfrist von 30 Tagen kann für die terminlichen Abläufe einer Baustelle potentiell zum Problem werden. Das wird schnell deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass in der Baupraxis, insbesondere bei größeren Projekten, an einem Vertragsverhältnis zwischen Besteller und einem Hauptunternehmer, eine Kette von Nachunternehmern hängt. Wird in dem Vertragsverhältnis zwischen dem Besteller und seinem Vertragspartner eine Änderung vereinbart bzw. angeordnet, muss der Unternehmer diese Änderung auch in den Verträgen mit seinen Nachunternehmern umsetzen. Im ungünstigsten Fall erfolgen all diese Vertragsänderungen nacheinander und nicht parallel oder nur etwas zeitlich versetzt. Und jedes Mal läuft wieder die Frist von 30 Tagen, wenn die Parteien nicht in der Lage sind sich vorher einvernehmlich zu einigen.

Aus den sich so ergebenden Verzögerungen können dem Besteller erhebliche finanzielle Schäden entstehen. Im schlimmsten Fall wird die Situation des Bestellers von Unternehmern ausgenutzt, indem mit gezielter Obstruktion der Druck auf den Besteller erhöht wird, um die eigene Verhandlungsposition zu stärken.²

Von vielen verschiedenen Autoren werden derzeit Überlegungen angestellt ob und in welchem Umfang eine Verkürzung der Frist in AGB zulässig ist.³ Nur wenn eine Verkürzung in AGB zulässig wäre, würde das die potenziellen terminlichen Probleme entspannen. Eine lediglich individualvertraglich realisierbare „Verkürzung“ der Einigungsphase würde das Problem jeweils nur in einem Vertrag (z.B. Besteller/GU) lösen. Für das gesamte Projekt, mit den zahlreichen Nachunternehmerverträgen, die der GU und seine Nachunternehmer abschließen, würde das keine Lösung bieten.

Unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Regelung in den AGB des Bestellers soll im Folgenden ein Fallbeispiel untersucht werden.

¹ Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium Bauvertragsrecht, 4. Aufl., Teil 5, Rn 100

² v. Kiedrowski in Arbeitskreis Ib, BauR 2018, 1498, 1500

³ Langen in Langen/Berger/Dauner-Lieb, Bauvertragsrecht, 1. Aufl., §650b, Rn 104; Leupertz in Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 1. Aufl., §650b, Rn 87; von Rintelen in Festschrift für Eschenbruch, S 342/343

B. Verzicht des Bestellers auf das Anordnungsrecht

I. Fallgestaltung

Die Fallkonstellation basiert auf einem Ansatz den Abel/Schönfeld⁴ im Rahmen der Frage erörtert haben, ob es eine Anordnungspflicht des Bestellers gibt, wenn sich die bestellerseitige Leistungsbeschreibung als fehlerhaft erweist. Wenn es diese Verpflichtung nicht gäbe, könnte der Besteller wie in dem folgenden Fallbeispiel handeln. Abel und Schönfeld kommen in ihren Ausführungen zu dem Schluss, dass die besseren Gründe gegen eine Verpflichtung des Bestellers sprechen. Es gäbe demnach keine Anordnungspflicht, sondern nur eine Berechtigung zur Anordnung. Gleichwohl weisen sie auf das berechnigte Interesse des Unternehmers an einer Mitwirkung des Bestellers hin, insbesondere wenn dieser die Planungsverantwortung trägt.

In den AGB des Bestellers soll folgende Klausel aufgenommen werden:

Für den Fall, dass der Unternehmer Bedenken anmeldet, behält der Besteller sich vor, von seinen Änderungsrechten nach §650b keinen Gebrauch zu machen. Für diesen Fall ist der Unternehmer aufgefordert, selbständig eine mangelfreie und den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Ausführung zu liefern, die alle erforderlichen Maßnahmen beinhaltet. Entstehende Mehr- oder Minderkosten werden nach § 632 BGB vergütet und können vom Unternehmer zu 100% in den Abschlagszahlungen berücksichtigt werden, sofern die Leistung mangelfrei erbracht wurde.

Von dieser Regelung wird der Besteller nur Gebrauch machen, wenn der Unternehmer die von ihm angemeldeten Bedenken innerhalb von seinem Gewerk abschließend klären und mit seinen handwerklichen Mitteln und den Fachregeln seines Gewerks lösen kann. Bei Bedenken gegen Leistungen Dritter kommt diese Regelung nicht zur Anwendung.

Vor der Ausführung muss der Unternehmer, die vom ihm geplante Leistung dem Besteller zur Einsicht vorlegen. Entspricht die Leistung nicht dem Gebot der Billigkeit, kann der Besteller die Ausführung untersagen.

Es soll jetzt folgender Fall angenommen werden: Im Rahmen einer Neubaumaßnahme wird ein Fliesenleger beauftragt. Der Vertrag enthält die oben formulierte Klausel in den AGB.

Im Verlauf der Arbeiten werden von dem Fliesenleger Bedenken gegen die vorliegende Planung/Leistungsbeschreibung angemeldet. Es fehlt eine Abdichtung unter den Fliesen in den Nassräumen.

⁴ Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047, 2048, IV. 1. a) aa) & bb); Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1, 7

Der Besteller verweist auf die Klausel im Vertrag und fordert den Unternehmer auf eine funktionstaugliche Leistung zur erbringen.

Die Anwendung der Klausel erscheint aus baupraktischer Sicht plausibel. Der Unternehmer kann mit den Fachregeln seines Gewerks und mit handwerklichen Mitteln die fehlende Leistung ergänzen. An den Schnittstellen zu den Vor- und den Folgegewerken ändert sich nichts, die Bedenken des Unternehmers beziehen sich nicht auf Leistungen von Dritten.

Das ein solches Vorgehen jedoch durchaus Konfliktpotential beinhaltet liegt auf der Hand. Insbesondere wenn die Sachverhalte komplexer werden. Wenn z.B. ein Material, das in der Planung des Bestellers für einen Bodenaufbau vorgegebene wurde, den Brandschutzanforderungen nicht genügt und sich in dem Aufbau die Dicken einzelner Schichten ändern müssen, aber eine Änderungen der Dicke des gesamten Aufbaus nicht möglich ist. Ein solcher Sachverhalt kann für den Bodenleger noch lösbar sein. Die Lösung kann jedoch mit mehr Aufwand verbunden sein als die Ergänzung der Abdichtung für den Fliesenleger. Durch die Verbindung zum Brandschutz kann es aber auch sein, dass eine gewerkeübergreifende Planung erforderlich ist. Anknüpfungspunkte für Diskussionen können sich also schnell ergeben.

Um abzuwägen ob der Besteller wirksam die vorgestellte Klausel vereinbaren kann, ist es erforderlich zu klären, in welchem Rahmen der Besteller, in seinen AGB, die Art und den Umfang von ihm treffenden Mitwirkungsverpflichtungen oder Mitwirkungsobliegenheiten festlegen kann. Insbesondere ist dabei auch die Funktions- und Risikoverteilung in dem Vertrag zu berücksichtigen.

Im Folgenden wird allgemein auf Mitwirkungspflichten und Obliegenheiten eingegangen um dann die vorgestellte Klausel, hinsichtlich der Mitwirkungspflichten und Risikoverteilung, in unterschiedlichen Vertragsgestaltungen zu untersuchen.

II. Mitwirkungspflichten und Obliegenheiten

Mitwirkungspflichten des Bestellers sind im Interesse des Unternehmers begründet.⁵ Es besteht für den Unternehmer ein einklagbarer Anspruch auf ihre Vornahme. Abgesehen von den Hauptleistungspflichten, die Werkleistung zu bezahlen und abzunehmen, treffen den Besteller

⁵ Retzlaff in Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Aufl., § 642 BGB, Rn 8

von Rechtswegen keine Mitwirkungspflichten, die der Unternehmer einklagen kann.⁶ Es ist jedoch regelmäßig so, dass Obliegenheiten des Bestellers durch vertragliche Regelungen zu Leistungspflichten erhoben werden.⁷

Wird durch eine fehlende Mitwirkung des Bestellers der Vertragszweck gefährdet, wird dies als Verletzung einer selbstständigen Nebenpflicht anzusehen sein.⁸ Als Rechtsfolge für die Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller entstehen dem Unternehmer Schadensersatzansprüche insbesondere nach §§ 280, 281 und 286 BGB.⁹ Ein Rücktritt vom Vertrag ist dem Unternehmer nach § 323 BGB unter Beibehalt der vertraglichen Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen möglich.¹⁰

Sofern die VOB/B in den Vertrag einbezogen wurde, finden sich unter anderem in § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 4 Abs. 4 und § 5 Abs. 2 Mitwirkungshandlungen des Bestellers, an deren Unterlassung in § 6 Abs. 6 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B jeweils Rechtsfolgen gekoppelt werden.¹¹ Ob die in der VOB/B aufgeführten Mitwirkungshandlungen als Pflicht oder Obliegenheit eingeordnet werden müssen, wird in der Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich bewertet.¹²

Als Obliegenheit werden alle zumutbaren Verhaltensweisen bezeichnet, die jemand zur Wahrung seiner Rechtsposition vernünftiger Weise einhalten würde.¹³ Der Schutz und der Behalt der eigenen Interessen sind also zentrale Inhalte von Obliegenheiten.

Im Gegensatz zu Mitwirkungspflichten kann der Unternehmer Mitwirkungsobliegenheiten vom Besteller nicht erzwingen, sie sind nicht einklagbar.¹⁴ Rechtsfolgen für die Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten werden in § 642 BGB und § 643 BGB geregelt. Wobei auf § 643 BGB im Weiteren nicht eingegangen wird, weil die Fortsetzung des Vertrages im Mittelpunkt stehen soll, und nicht die Kündigung.

Um Ansprüche aus § 642 BGB geltend machen zu können, muss der Unternehmer die Erforderlichkeit der in Frage stehenden Mitwirkungshandlung des Bestellers beweisen. Maßgebend für die Erforderlichkeit ist, dass ohne die Mitwirkung des Auftraggebers die

⁶ Leupertz, BauR 2010, 1999, 2001

⁷ BGB, Urteil v. 27.11.2008 – VII ZR 206/06, Abs 35, Glasfassade

⁸ Merkens in Messerschmidt/Voit, 3.Aufl, Teil L, Rn 6

⁹ Retzlaff in Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Aufl., § 642 BGB, Rn 8

¹⁰ Leupertz, BauR 2010, 1999, 2002

¹¹ Manteufel in Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des privaten Baurechts, 6.Aufl, §12, Rn 611.

¹² Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn 1069; Beispielhaft für § 3 Abs. 1 VOB/B siehe Voit, Messerschmidt/Voit, Aufl. 3, § 3 VOB/B, Fußnote 1.

¹³ Leupertz, BauR 2010, 1999, 2002

¹⁴ Merkens in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht 3. Aufl., Teil L, Rn 3

Herstellung des Werks nicht erfolgen kann.¹⁵ Handlungen die aus Sicht des Unternehmers hilfreich wären, unterliegen somit nicht dem Anwendungsbereich des § 642 BGB. Das trifft insbesondere zu, wenn der Unternehmer auch ohne die Handlung des Bestellers den Werkerfolg herbeiführen kann.¹⁶

Auch in der VOB/B werden Kriterien festgelegt für den Eintritt des Annahmeverzugs. In § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B wird der Annahmeverzug des Bestellers für den Fall angenommen, dass die unterlassene Handlung des Bestellers den Unternehmer „außerstande setzt, die Leistung auszuführen“. Die Anforderungen sind also strenger auszulegen als im § 642 BGB, der nur die Erforderlichkeit voraussetzt.¹⁷

Ein Ausschluss von Entschädigungsansprüchen aus § 642 BGB ist in ABG unzulässig, sofern dieser Ausschluss in AGB des Bestellers erfolgt.¹⁸ Durch den Ausschluss würde der Vertragspartner, entgegen Treu und Glauben, unzulässig benachteiligt.

III Erforderlichkeit der Mitwirkung

Die Mitwirkung, die der Unternehmer in dem Fallbeispiel vom Besteller verlangen würde, wäre eine Vorgabe zur Ausführung der Abdichtung. Zu qualifizieren wäre die Mitwirkung als Obliegenheit.¹⁹ Ob die Mitwirkung im Sinne von § 642 BGB tatsächlich erforderlich ist für die Herstellung des Werkes, ist in Abhängigkeit von den vertraglichen Festlegungen zur Planungsverantwortung zu beurteilen.

IV Vertragsgestaltung

1. Einleitung

Hinsichtlich der hier zu betrachtenden Mitwirkungshandlungen sollen zwei Gruppen von Vertragsgestaltung unterschieden werden:

1. Einheitspreisverträge bzw. Detailpauschalverträge als Beispiel für Verträge mit einer klassischen Funktions- und Risikoverteilung, bei den der Besteller die alleinige Planungsverantwortung hat und damit die Risiken der Planung trägt. Der Unternehmer trägt in dem Fall die Risiken der Ausführung.
2. Einfache Global-Pauschalverträge als Beispiel für Verträge mit Klauseln, die individuell die Risikoverteilung zwischen den Parteien bestimmen. In diesem Fall durch

¹⁵ BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13 BauR 2017, 1361, Rn 18

¹⁶ Stickler in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht 3. Aufl., §642, Rn 21

¹⁷ Voit in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht 3. Aufl., § 9VOB/B, Rn 2

¹⁸ Stickler in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht 3. Aufl., §642, Rn 70; Planker in FS für Messerschmidt, S. 242, mwN

¹⁹ Leupertz in Leupertz/Preussner/Sienz, 1. Aufl., Bauvertragsrecht, § 650b, Rn 62

eine individuell vereinbarte Komplettheitsklauseln. Für das Fallbeispiel soll hier angenommen werden, dass der Besteller die Leistungsbeschreibung erstellt hat. Der Unternehmer hat mit dem Komplettheitsversprechen das kalkulatorische Planungsrisiko übernommen. Jedoch nur in dem Umfang, der für ihn erkennbar zum Erreichen des funktionalen Werkerfolges erforderlich ist.²⁰

Komplexe Global-Pauschalverträge sollen nicht untersucht werden, weil die Leistungspflichten, die in solchen Verträgen vom Unternehmer zu erbringen sind, weit über das hinausgehen, was mit der vorgestellten Klausel erreicht werden soll. Der Unternehmer erbringt in solchen Verträgen regelmäßig mindestens die Ausführungsplanung und muss demnach auch die Probleme lösen, die dort entstehen. Sofern die Probleme in der Ausführungsplanung gelöst werden können ohne dass erst die planerischen Vorgaben des Bestellers angepasst werden müssen.

In allen Verträgen können Nebenleistungspflichten und Mitwirkungshandlungen in den AGB definiert werden. Die Möglichkeiten Aufgaben, die originär durch den Besteller zu erbringen sind, wirksam auf den Unternehmer als Nebenpflichten zu übertragen, reichen je nach Vertragsgestaltung unterschiedlich weit.

Je mehr Verantwortung dem Unternehmer übertragen wird bei der Bestimmung des Bausolls, das erforderlich ist zur Erreichung des Werkerfolgs, desto weitreichender können die Pflichten sein, die ihm übertragen werden können.²¹ Dabei bezieht sich das Bausoll sowohl auf die Qualitäten und Quantitäten der zu erbringenden Leistung, als auch auf die Bauumstände (z.B. Koordination der Baustelle) und die Beschaffenheiten der Grundlagen, die für die Bauausführung vorausgesetzt werden (z.B. Baugrund).

Bei der Abwägung, ob die Klausel wirksam vereinbart werden kann, muss die Verwendung der Klausel im vertraglichen Gesamtzusammenhang wesentlich mit berücksichtigt werden.²²

Als Grundsatz gilt dabei, dass der Klausel-Verwender in seinen AGB dem Vertragspartner keine Risiken übertragen kann, für die er typischerweise selbst einstehen muss.²³ Wird die klassische Funktionsverteilung (s.o.) verändert, ändert sich auch die Risikoverteilung im

²⁰ Leupertz in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3.Aufl, Teil K, Rn 22

²¹ Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 6. Aufl., Rn 1602

²² Pioch in Markus/Kapellmann/Pioch, AGB-Handbuch Bauvertrags-Klauseln, 5. Aufl. Rn 36; BGH, VII ZR, 318/95, BauR 1997, 123, 124

²³ Eichberger in Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des privaten Baurechts, 6. Aufl., § 6, Rn 127; Roquette: „Vollständigkeitsklauseln: Abwälzung des Risikos unvollständiger oder unrichtiger Leistungsbeschreibungen auf den Auftragnehmer“, NZBau 2001, 57, 60

jeweiligen Vertrag. Eine Änderung, der für den Werkvertrag typischen Funktionsverteilung, ist jedoch nur über individualvertragliche Vereinbarungen möglich. Soll z.B. der Unternehmer die Verantwortung für die (Ausführungs-) Planung des Bestellers übernehmen, so kann das wirksam nur über eine individualvertragliche Vereinbarung erfolgen.²⁴

Die Risikoverteilung und Mitwirkungspflichten in den Vertragstypen werden im Weiteren untersucht.

2. Einheitspreis- bzw. Detailpauschalverträge

Wenn der Fliesenleger aus dem Fallbeispiel im Rahmen eines Einheitspreis- oder Detailpauschalvertrages beauftragt wurde, trägt der Besteller das Risiko der rechtzeitigen und tauglichen Mitwirkung zur Herbeiführung des vereinbarten Erfolgs. Dazu zählt insbesondere das Planungsrisiko.²⁵ Weist der Unternehmer auf Lücken oder Fehler mit einer Bedenkenanzeige hin, ist er nicht verpflichtet Lösungsvorschläge zur fachlich korrekten Ausführung vorzulegen.²⁶ Die Korrektur der Planung obliegt dem Besteller als Mitwirkungshandlung, er trägt die Planungsverantwortung. In diesem Sinne ist auch die Regelung in § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB zu verstehen. Sie dient materiell zur Aufrechterhaltung der klassischen werkvertraglichen Funktions- und Risikoverteilung.²⁷ Die Mitwirkung des Bestellers, in Form einer Änderung der fehlerhaften Leistungsbeschreibung und der Beauftragung der geänderten Leistung, wird dabei als eine notwendige Handlung im Sinne von § 642 BGB gesehen ohne die der Unternehmer den Werkerfolg nicht erreichen kann.²⁸ Auf dieser Grundlage würde eine Weigerung des Bestellers, die zusätzliche Abdichtung zu spezifizieren und anzuordnen, dazu führen, dass der Unternehmer von dem Kündigungsrecht nach § 643 BGB Gebrauch machen könnte.²⁹ Der Besteller muss an der Korrektur der Leistungsbeschreibung, die er in dem Vertrag beigestellt hat, mitwirken.³⁰

Mit der Klausel werden Risiken aus der Planung, die typischerweise der Besteller trägt, auf den Unternehmer übertragen. Es werden also Funktionen verlagert, die in AGB nicht verlagert werden können, gemäß dem oben formulierten Grundsatz.

²⁴ v. Rintelen in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., § 650b, Rn 62

²⁵ Eichberger in Kleine-Möller/Merl/Glöckner, 6. Aufl., § 6, Rn 127

²⁶ Merkens in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., § 645 BGB, Rn 82

²⁷ v. Rintelen in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., § 650b, Rn 58

²⁸ Kniffka in Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Auflage, § 633, Rn 62

²⁹ Kniffka in Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Auflage, § 633, Rn 65

³⁰ Sienz, BauR 2010, 840, 843/844

Der Unternehmer hat zwar die Pflicht auf seine Bedenken hinzuweisen, jedoch muss er die mangelhafte Planung nicht überarbeiten.³¹ Wenn der Unternehmer für die Behebung eines Mangels freiwillig einen Vorschlag unterbreitet, übernimmt er für diesen Vorschlag Planungsverantwortung und das damit verbundene Haftungsrisiko.³² Für den Fall, dass eine derart vom Unternehmer geplante Ausführung sich später als mangelhaft herausstellt und ggf. Ursache ist für weitere Schäden, kann es sein, dass der Unternehmer sich nicht mehr auf ein Mitverschulden des Bestellers berufen.

Käme der Unternehmer der mit der Klausel verbundenen Aufforderung des Bestellers zur Mängelbeseitigung nach, würde er damit Haftungsrisiken übernehmen, die er nach dem Vertrag nicht zu tragen hat.

Im Ergebnis wäre die Klausel in den AGB des Bestellers nicht wirksam. Das angestrebte Ziel, das in § 650b beschriebene Verfahren zu umgehen mit einer AGB-rechtlich wirksamen Klausel, lässt sich bei Einheitspreis- oder Detailpauschalverträgen mit der Klausel nicht erreichen.

3. Einfache Global-Pauschalverträge

Wurde mit dem Fliesenleger wirksam ein einfacher Global-Pauschalvertrag abgeschlossen, z.B. indem eine detaillierte Leistungsbeschreibung im Zuge der Vertragsverhandlungen mit einer Komplettheitsklausel individuell erweitert wurde, verschieben sich die Pflichten und Funktionen der Parteien im Vergleich zum Detail-Pauschalvertrag.

Die detaillierte Leistungsbeschreibung kommt auch in dieser Konstellation vom Besteller. Was sich ändert sind die Risiken und Verpflichtungen, die der Unternehmer übernimmt. Es wird ein Leistungsziel vereinbart, die Pauschalierung erfolgt auf der Leistungs- und auf der Vergütungsseite.³³ Der Umfang der Pauschalierung wird allerdings begrenzt auf das, was der Unternehmer nach seinem Empfängerhorizont als vollständige Leistung erkennen konnte.³⁴

Bei jeder Form eines Global-Pauschalvertrages schuldet der Unternehmer über die Bauleistung hinaus auch Planungsteilleistungen, ohne dass dies ausdrücklich vereinbart werden muss.³⁵ In dem hier besprochenen Fall trägt der Unternehmer das „kalkulatorischen Planungsrisiko“ (s.o.)

³¹ Sienz, BauR 2010, 840 843

³² Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., Teil 6, Rn 50; Langen/Schiffers, Bauplanung und Bauausführung, 2005 München, Rn 1951ff; OLG München, NZBau 2013, 703, 705

³³ Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 6. Aufl., Rn 400

³⁴ Leupertz in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl, Teil K, Rn 22

³⁵ Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 6. Aufl., Rn 445

und eine „Nachplanungs- und Vervollständigungspflicht“.³⁶ Werden im Zuge der Ausführung Unklarheiten (Lücken, Widersprüche, Fehler) in der Leistungsbeschreibung des Bestellers offenkundig, ist der Unternehmer verpflichtet, diese mit dem Besteller zu klären im Rahmen seiner Prüf- und Hinweispflicht. Im Gegensatz zum Detail-Pauschalvertrag ist diese Klärung bei Global-Pauschalverträgen ein aktiver Prozess für den Unternehmer. Er muss Lösungen erarbeiten (planen), um die Unklarheiten zu beseitigen, sofern dies für den Werkerfolg erforderlich ist. Diese Pflicht zur Vervollständigung gilt jedoch nur für das vertragsgegenständliche Leistungsziel.

Wenn der Besteller, wie in dem Fallbeispiel, auf sein Leistungsbestimmungsrecht verzichtet, bleibt der Unternehmer gehalten das Leistungsziel zu erreichen. Eine Mitwirkungspflicht besteht für den Besteller nicht, sofern sich die Bedenken des Unternehmers nicht gegen Leistungen Dritter richten, z.B. gegen die Leistung des Vorgewerks.

Im Rahmen der Nachplanung und Vervollständigung kann der Unternehmer bestimmen auf welche Art und mit welchen Mitteln er das Ziel erreichen will. Wird der funktionale Werkerfolg mit den vom Unternehmer gewählten Mitteln erreicht, muss der Besteller die Ausführung grundsätzlich akzeptieren.³⁷

Sofern die erforderlichen Anpassungen, und damit verbundene Mehr- und/oder Minderkosten innerhalb der Grenzen bleiben, die für die Reichweite der Pauschalierung angenommen werden können (s.o.), sind die Aufwendungen mit der vereinbarten Pauschalierung abgegolten. Die Komplettheitsklausel bewirkt, dass der Unternehmer für die vereinbarte Vergütung alle Leistungen erbringen muss, die zum Herbeiführen eines mangelfreien und funktionsgerechten Werks nach den Vorgaben aus dem Vertrag erforderlich sind.³⁸

Nach allgemeinen Grundsätzen haftet der Unternehmer aber nicht für Fehler in der Planung des Bestellers.³⁹ Das heißt der Besteller muss für Mehraufwendungen infolge falscher Angaben aufkommen.⁴⁰ Werden Fehler in der Ausführungsplanung, die der Besteller beigelegt hat, offenkundig so ist die Korrektur der Planung durch den Unternehmer nicht von der vereinbarten Vergütung abgedeckt. Gleiches gilt für die erforderlichen baulichen Maßnahmen zur Korrektur

³⁶ Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 6. Auf., Rn 515

³⁷ v.Rintelen in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3.Aufl, Teil H, Rn 8

³⁸ Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 6. Auf., Rn 502

³⁹ Leupertz in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3.Aufl, Teil K, Rn 22

⁴⁰ BGH, Urteil vom 27.06.1996 - VII ZR 59/95 (Kammerschleuse)

des Fehlers. Dem Unternehmer würde sowohl für die Planung als auch für die Ausführung ein zusätzlicher Vergütungsanspruch entstehen. Damit einher würde eine notwendige Vertragsanpassung gehen die, sofern nichts anderes vereinbart ist, durch den § 650b BGB geregelt werden würde. Die Verpflichtung zur Ausführung der Leistung hat der Unternehmer weil er den Werkerfolg schuldet. Mit der Verpflichtung des Unternehmers zur Nachplanung bzw. Vervollständigung der Planung aus dem Vertrag kann der Besteller dem Unternehmer auch die Planung übertragen, sofern nur eine gewerkespezifische Planungskompetenz erforderlich ist.

An dieser Stelle könnte jetzt die vorgestellte Klausel zum Tragen kommen um den § 650b BGB zu umgehen wenn angenommen wird, dass die Leistungen zum Erreichen des Werkerfolg notwendig sind, aber ursächlich erforderlich werden um Fehler in der Planung des Bestellers zu korrigieren.

Hinsichtlich der fehlerhaften Planung muss noch erwähnt werden, dass der Besteller einen Nacherfüllungsanspruch gegen den verantwortlichen Planer hat. Die Planung könnte demnach auch ohne zusätzlich Beauftragung des Unternehmers korrigiert werden. Es steht dem Besteller frei dies zu tun.

Mit der oben vorgestellte Klausel würde der Besteller in seinen AGB auf die vertragliche Nachplanungs- und Vervollständigungspflicht des Unternehmers Bezug nehmen. Also nur das formulieren, was der Unternehmer ohnehin schuldet. Die vorgestellte Klausel erweitert den vertraglichen Leistungsumfang nicht und wäre dahingehend als AGB des Bestellers wirksam.⁴¹

4 Zusammenfassung

Nur mit einer zusätzlichen vertraglichen Regelung, die es ermöglicht an den Unternehmer Planungsaufgaben in einfachem Umfang zu delegieren, erscheint es möglich um die vorgestellte Klausel in den AGB des Bestellers wirksam zu vereinbaren.

C. Kostensicherheit für den Unternehmer

Eine Intention des Gesetzgebers bei der Neuregelungen des Werkvertragsrechts war es, Störungen im Liquiditätsfluss auf Seiten des Unternehmers zu vermeiden. Der Unternehmer ist

⁴¹ Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, Teil 5, Rn 196

zur Vorleistung verpflichtet und „in besonderem Maße auf Liquidität – etwa durch an den neuen Leistungsumfang angepasste Abschlagszahlungen – angewiesen.“⁴²

Im Zuge der Verhandlungsphase hat der Unternehmer die Möglichkeit Kostensicherheit zu bekommen für die zu erbringenden, bisher nicht bepreisten Leistungen. Er kann so seine Liquidität sichern. Als Leitbild des § 650b BGB wird die Verhandlungsphase gesehen, die der einseitigen Anordnung durch den Besteller vorausgeht.⁴³ Das Streben nach einer einvernehmlichen Vertragsanpassung zur Leistungs- und Vergütungsänderung ist das gesetzliche Leitbild.

Bei den Änderungen, die durch § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB geregelt werden, geht es um Leistungen, die inhaltlich Teil des funktionalen Werkerfolgs sind. Mithin ist eine Einigung über den Leistungsinhalt dem Grunde nach nicht mehr erforderlich. Es geht bei der Einigung im Wesentlichen um die Art der Ausführung und die davon abhängige Höhe der Vergütung.

Die vorgestellte Klausel sichert dem Unternehmer die übliche Vergütung nach § 632 BGB zu. Aber ist das die Kostensicherheit, die der Gesetzgeber angestrebt hat?

Für den Fall, dass sich die Parteien in der Verhandlungsphase nicht einigen, sieht § 650c Abs. 1 BGB die Vergütung der Leistung nach den „tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen“ vor. Abgerechnet wird nach Erbringung der Leistung das, was dem Unternehmer an zusätzlichem Aufwand entstanden ist, im Vergleich zu der ursprünglich geplanten Leistung. Wobei der Aufwand für die ursprünglich geplante Leistung nur noch hypothetisch ermittelt werden kann. Die tatsächlichen Kosten stellen auf einen tatsächlichen Mittelabfluss in Form von Ausgaben ab und sind abzugrenzen gegenüber kalkulierten Kosten.⁴⁴ Über den Weg soll sichergestellt werden, dass Gewinne und Verluste, die im Wettbewerb für die Vertragsleistung entstanden sind, als Absolutbetrag erhalten bleiben.⁴⁵

Auf die Möglichkeit der Fortschreibung der Wettbewerbspreise soll hier nicht weiter eingegangen werden, weil dies nur möglich ist wenn die Urkalkulation „vereinbarungsgemäß hinterlegt“⁴⁶ wurde und daher nicht verallgemeinert werden kann.

⁴² BT Drs. 18/8486, Seite 58

⁴³ v. Rintelen in FS Eschenbruch, Seite 328, mwN

⁴⁴ Althaus/Kattenbusch in Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 1. Aufl., § 650c BGB, Rn 14

⁴⁵ Althaus/Kattenbusch in Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 1. Aufl., § 650c BGB, Rn 4

⁴⁶ § 650c Abs 2 BGB

Dem gegenüber ist die „übliche Vergütung“ als leistungsbezogene Vergütung, kalkulatorisch auf Grundlage von Einheitspreisen zu ermitteln und eben nicht nach Aufwand.⁴⁷ Es ist allerdings fraglich, ob für die hier gegenständlichen Änderungen eine übliche Vergütung im Sinne der Rechtsprechung des BGH,⁴⁸ wonach die Anerkennung der Üblichkeit gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraussetzt, ermittelt werden kann.⁴⁹ Leistungen für Änderungen werden nicht gesondert vergeben, es gibt daher keine übliche Vergütung für Änderungen.⁵⁰ Der Regierungsentwurf formuliert kurz „es gibt für viele (Spezial-) Bauleistungen keine „übliche“ Vergütung.“⁵¹ Der Ansatz im § 650c BGB wurde also bewusst abgesetzt von der „üblichen Vergütung“.

Für den Fall, dass eine übliche Vergütung nach § 632 BGB nicht feststellbar ist, hat der BGH geurteilt, dass der vorrangig zu wählende Weg, zum Schließen der entstandenen Vertragslücke, die ergänzende Vertragsauslegung ist.⁵² Es gibt also einen Weg aus der Situation, aber das Verfahren birgt einiges an Streitpotential und erfordert von den Parteien Sachverstand und einen Einigungswillen. Ob diese Randbedingungen, insbesondere im Zusammenhang mit Nachträgen, günstige Parameter sind zum reibungsarmen Abwickeln von Bauprojekten ist fraglich. Das Streitpotential von ungeklärten Vergütungsansprüchen bei einseitigen Leistungsänderungen wird durch die Diskussion zum Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bei einer fehlenden Nachtragsvereinbarung in VOB/B-Verträgen deutlich.⁵³

Eine Kostensicherheit für den Unternehmer bietet die Klausel demnach nicht. Dem käme man aus Sicht des Unternehmers etwas näher, wenn der Unternehmer nicht nur das Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB wahrnehmen könnte, sondern auch nach § 316 BGB die Gegenleistung, sprich die Vergütung, einseitig festlegen könnte. Dieser Weg ist jedoch nach Auffassung vom BGH das Ergebnis einer vorgeschalteten ergänzenden Vertragsauslegung und nicht frei wählbar für den Unternehmer.

⁴⁷ Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., Teil 5, Rn 55

⁴⁸ BGH, Urteil v. 15.2.1965 – VII ZR 194/63–, BGHZ 43, 154, 159; BGH, Ur., BauR 2001, 249, 250,

⁴⁹ Duve/Richter, BauR 2013, 831, 838

⁵⁰ Manteufel in Kleine-Möller/Merl/Glückner, Handbuch des privaten Baurechts, 6. Aufl., § 12, Rn 383

⁵¹ BT-Drs 18-8486-53, S 55

⁵² BGH Urt. v. 04.04.2006, X ZR 122/05, Rn 10

⁵³ v. Rintelen in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl., Teil H, Rn 58, nWN;

Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 7. Aufl., Rn 975 ff

D. Fazit

Obwohl die Klausel recht ausgewogen erscheint sind Einschränkungen hinsichtlich der Wirksamkeit zu erwarten.

Die Bedeutung der klassischen Funktionsteilung im BGB-Vertrag, der Besteller plant und der Unternehmer führt aus, wurde mit den Neuregelungen klar herausgestellt. Auch wenn das im Gesetz beschriebene Verfahren viele Fragen aufwirft, so ist doch deutlich formuliert worden, dass die Korrektur der Planung bei erforderlichen Änderungen nach § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB Aufgabe des Bestellers ist, sofern der Vertrag nach klassischer Funktionsteilung aufgebaut ist. In dem Sinne überrascht das Ergebnis dann nicht mehr.

Für die hier gegenständlichen Änderungen im Sinne von § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB kann es sein, dass dem Besteller ein Nacherfüllungsanspruch gegen den Planer zusteht.⁵⁴ Dieser wäre mit einer angemessenen Frist durchsetzbar, also außerhalb vom § 650b BGB. In der Schnittstelle zum Unternehmer werden von unterschiedlichen Autoren Wege aufgezeigt, die eine Verkürzung der Verhandlungsfrist zulässig erscheinen lassen.⁵⁵ Insbesondere zur Abwendung von einem Baustopp oder zur Vermeidung bzw. zur Schadensbegrenzung von Bauablaufstörungen wäre demnach ein Anordnungsrecht für den Besteller innerhalb von sehr kurzen Fristen oder eben sofort zulässig und könnte in AGB wirksam vereinbart werden.

Der Autor ist Senior Projektleiter bei der Alba Bau- und Projektmanagement GmbH in Hamburg

⁵⁴ Sienz, BauR 2010, 840, 843, Fn 17

⁵⁵ Langen, FS Messerschmidt, S 151; v. Rintelen in FS Eschenbruch, S. 343 ff; Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1, 13