

Rundbrief 61 - Gegenüberstellung VOB-Nachtrag – BGB-Nachtrag

I. Bisherige Regelung bis 31.12.2017 im BGB

- Grundsätzlich kein einseitiges Anordnungsrecht wegen geänderter oder zusätzlicher Leistungen
- Nur bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung
-

Neue Regelung im BGB für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge

- Einigungsmodell, geregelt neu in § 650 b Abs. 1 BGB.
- Vor einer einseitigen Leistungsänderung des Auftraggebers soll eine einvernehmliche Änderung von Leistung und Vergütung angestrebt werden.

II. Unterschiede im VOB/B-Vertrag zum BGB- Bauwerkvertrag:

BGB-Bauwerkvertrag:

- Anordnungsrecht in **Textform** des Auftraggebers erst, wenn binnen 30 Tage nach dem Änderungsbegehren keine Einigung zustande gekommen ist.
- Nicht notwendige (= freie) Änderungen müssen dem Unternehmer zumutbar sein
- Die Vergütung richtet sich nach § 650 c BGB

a) Tatsächlich entstandenen Kosten

§ 650 c Abs. 1 BGB: grundsätzlich die Differenz zwischen den hypothetischen Ist-Kosten der ursprünglichen Leistung und den tatsächlich erforderlichen Kosten der geänderten Leistung (zuzügl. angemessener Zuschläge)

Achtung:

Ist-Kosten der ursprünglichen Leistung sind nicht die kalkulierten und durch die Urkalkulation hinterlegten Kosten

Es ist im Einzelnen substantiiert darzulegen und nachzuweisen, welche Kosten bei der vertraglich geschuldeten Leistung tatsächlich entstanden wären **und** den tatsächlich entstehenden Kosten der veränderten Leistung gegenüberzustellen – **Kostenermittlung „ex post“**

oder

b) Wahlrecht des Auftragnehmers

§ 650 c Abs. 2 BGB: Fortschreibung der Urkalkulationsansätze – Auch wenn nach § 650 c Abs. 2 BGB vermutet wird, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den tatsächlich angefallenen Kosten entspricht, ist es dem Auftraggeber unbenommen, den Gegenbeweis zu führen, dass die nach § 650 Abs. 2 BGB fortgeschriebene Leistung tatsächlich nicht der Vergütung nach § 650 c Abs. 1 BGB entspricht.

In diesem Fall muss allerdings dann der Auftraggeber den Gegenbeweis antreten und die Vergütung nach den tatsächlichen Kostenerforderlichen Kosten entspricht.

VOB/B-Vertrag entsprechend VOB/B 2016

- Sofortiges Anordnungsrecht **-keine Form vorgeschrieben** - bezüglich geänderter Leistungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B
- Sofortiges (eingeschränktes) Anordnungsrecht bzgl. erforderlicher Zusatzleistungen nach § 1 Abs. 4 VOB/B – **auch hier keine Form vorgeschrieben**
- Vergütung nach Maßgabe der Urkalkulation (Auftragskalkulation)
 - a) Analoge Kostenfortschreibung/vorkalkulatorische Preisfortschreibung
 - b) also **Bindung** an die Urkalkulation
 - c) Korbion'sche Formel gilt – bis auf wenigen Ausnahmen – weiterhin: Guter Preis bleibt gut, schlechter Preis bleibt schlecht
 - d) Nur wenige Ausnahmefälle bei Sittenwidrigkeit (Spekulation); deutlich größere Mengen, höhere Kosten aufgrund späterer Ausführung (Preissteigerung)

Aber Vorsicht, weil keine Anpassung der VOB/B 2016 an das neue BGB erfolgt ist und ungeklärt ist, ob die Regeln der VOB/B auch weiterhin AGB-rechtlich unbedenklich bleiben.

Für jeden Auftraggeber, insbesondere den öffentlichen Auftraggeber, der ja eigentliche VOB/B-Bauwerkverträge vollumfänglich nach der VOB/B insgesamt schließen müsste, was er aber auch nicht immer tut:

**Was kann getan werden zur Vermeidung der Unsicherheiten?
Abschluss eines Reinen VOB/B-Vertrags?**

- a) Nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB- AGB-privilegiert, aber inhaltlich suboptimal
- b) Hohes Risiko „versteckter“ VOB/B-Abweichungen
- c) Gegenüber Verbraucher in der Regel trotzdem kontrollfähig nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB
- d) Teilweise Vereinbarung der VOB/B mit Risiko der AGB-Unwirksamkeit

Fazit und Empfehlung:

Solange keine es keine Neufassung der VOB/B-Anpassung mit dem neunten BGB gibt sollte

- a. entweder ein „reiner“ VOB/B-Bauwerkvertrag geschlossen werden
oder
- b. im Bauvertrag ist eine AGB-konforme Nachtragsregelung ohne Einbeziehung von §§ 1 Abs. 3 u. 4 VOB/B und der §§ 2 Abs. 5 u. 6 VOB/B

Mein Vorschlag einer entsprechenden Regelung, allerdings ohne Übernahme jeglicher rechtlichen Gewähr:

Nachtragsvereinbarung

1. *der Auftraggeber ist berechtigt,*
 - a. *eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs, oder*
 - b. *eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, zu begehren.*

2. *Eine Änderung nach Ziffer 1 a hat der Auftragnehmer jedoch nur auszuführen, wenn ihm die Ausführung der Änderung nicht unzumutbar ist, was er zu beweisen hat.*
3. *Sofern die Änderung eine neue oder veränderte Planung erfordert, hat sie der Auftraggeber dem Auftragnehmer kostenfrei zu überlassen.*
4. *Sodann ist der Auftragnehmer verpflichtet, dem Auftraggeber ein Angebot über die Mehr- oder Minderkosten zu überlassen.*
5. *Kommt hierüber keine Einigung zwischen den Parteien zustande kann der Auftraggeber nach Ablauf von 30 Tagen seit seinem ersten Begehren die Durchführung der geänderten Arbeiten schriftlich anordnen.*
6. *In diesem **Fall steht dem Auftragnehmer eine veränderte Vergütung zu**, die der Auftragnehmer unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten nach den Ansätzen der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zu berechnen hat.*

Erstellt am 26.08.2019 durch
Erk Winkelmann, Notar a.D.
Rechtsanwalt u. Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht