

Rundbrief 71 - Änderung der Regeln der Technik nach Auftragserteilung und vor dem Zeitpunkt der Fertigstellung

Bisher galt nach altem Recht für Verträge, die vor dem 01.01.2018 abgeschlossen wurden: Der Auftragnehmer schuldet grundsätzlich – sowohl beim BGB-Bauwerkvertrag als auch beim VOB/B-Bauwerkvertrag – **grundsätzlich** die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme.

Von diesem Risiko befreien kann sich der Auftragnehmer durch Hinweis auf die Änderungen der Regeln der Technik und die damit verbundenen Konsequenzen (ev. auch Mehrkosten für aufwändigere Herstellung) und Risiken gegenüber dem Auftraggeber. [BGH Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14]

In diesem Fall steht dem Auftragnehmer, wenn der Auftraggeber hierauf besteht, ein Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Nr.5 oder Nr.6 VOB/B zu. Diese berechnen sich allerdings nach der neuen Rechtsprechung des BGH nicht mehr nach der Urkalkulation, sondern nach den tatsächlich angefallenen Mehrkosten [BGH Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18; Rundbrief 61 v. 27.06.2019]

Hat der Auftragnehmer nicht auf den Umstand der Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik hingewiesen, kann er – nach meiner Einschätzung – keine Mehrvergütung verlangen, denn es fehlt in diesem Fall eine Anordnung des Auftraggebers für einen Anspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B und für einen Anspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B die Ankündigung eine [OLG Köln Beschl. v. 28.11.2011- 17 U 141/20;BGH Beschl. v. 25.10.2012 – VII ZR 233/11] In diesem Fall kann sich der Auftragnehmer, wenn er auf die Änderung der allgemeinen Regeln der Technik nicht hingewiesen und nach den alten Regeln der Technik das Werk errichtet hat, sich auch nicht gegenüber einer Mängelrüge und Mängelbeseitigungsforderung mit dem Hinweis auf *Unverhältnismäßigkeit der Kosten* berufen, weil die Voraussetzungen hierfür nach der jüngsten Rechtsprechung [OLG Koblenz Urt. v. 31.05.2019 – 6 U 1075/18; BGH Beschl. v. 15.04.2020 – VII ZR 152/19 – unmöglichkeitsähnliches Ausmaß] nicht vorliegen.

Noch nicht beantwortet ist diese Frage für das **neue Recht der nach dem 01.01.2018 geschlossenen Verträge:**

Nach meiner Einschätzung gilt folgendes:

- a. Der Auftragnehmer hat die neuen Regeln der Technik zu beachten, andernfalls seine Leistung mangelbehaftet ist
- b. Baut der Auftragnehmer nach den neuen Regeln der Technik ohne den Auftraggeber hierüber zu unterrichten, ist das Gewerk mangelfrei und der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet, hat er allerdings nur den vereinbarten Werklohn, der nach den alten Regeln der Technik vereinbart wurden zu zahlen.
- c. Wurde der Auftraggeber auf die Änderung der Regeln der Technik hingewiesen und erklärt er sich, dass diese eingehalten werden sollen, besteht ein Anspruch auf die Mehrvergütung beim VOB/B-Bauwerkvertrag nach § 2 Nr. 5 bzw. Nr. 6 VOB/B auf die Mehrvergütung nach tatsächlich entstandenen Kosten, beim BGB- Bauwerkvertrag aber nur, wenn die Kosten **vorher** dem Auftraggeber entsprechend § 650 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB aufgegeben wurden.

- d. Kommt keine Einigung über die Höhe der Mehrvergütung zustande innerhalb der Frist nach § 650 b Abs. 2 BGB ist der Auftragnehmer gleichwohl verpflichtet, die Arbeiten nach den neuen anerkannten Regeln der Technik durchzuführen und steht ihm gleichwohl die Mehrvergütung zu, die dann nach § 650 c Abs. 1 oder Abs. 2 BGB vom Unternehmer zu berechnen ist.
- e. Besteht der Auftraggeber trotz Hinweis auf die Änderung der anerkannten Regeln der Technik und der Bedenken bei Nichtbeachtung, dass das Gewerk nach den alten Regeln erstellt werden soll, tritt eine Enthftung des Auftragnehmers ein und gehen später erhobenen Mängelrügen insoweit ins Leere.

Erstellt am 03.09.2020 durch
Erk Winkelmann
Rechtsanwalt und Notar a. D.
Fachanwalt f. Bau- u. Architektenrecht