



| | |
|--------------------|--|
| Zeitschrift | BauR - Baurecht |
| Autoren | Dr. Wolfgang Abel/Dr. Wolfgang Schindler |
| Rubrik | Aufsätze |
| Referenz | BauR 2023, 717 - 842 (Heft 4a) |
| Verlag | Werner Verlag |

Abel, Schindler, BauR 2023, 717 AGB-Kontrolle nach gesetzlichem Bauvertragsrecht



von Dr. Wolfgang Abel und



Dr. Wolfgang Schindler, München*

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Legaldefinition des Bauvertrags nach § 650a BGB
- C. Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB
 - I. Verhältnis der Klauselprüfung nach § 307 BGB zu § 308 Nr. 4 BGB
 - II. Gesetzliches Leitbild
 - III. Vereinbarkeit einzelner Klauseln

- IV. Anordnungsrechte nach der VOB/B
- D. Änderungsvergütung nach § 650c BGB
 - I. Gesetzliches Leitbild
 - II. Vereinbarkeit einzelner Klauseln
 - III. Nachtragsvergütung nach der VOB/B
 - IV. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit von Klauseln zur vorkalkulatorischen Preisermittlung
- E. Einstweilige Verfügung nach § 650d BGB
 - I. Inhalt und Normzweck
 - II. Abdingbarkeit als Regelung des Zivilprozessrechts
 - III. AGB-rechtliche Einordnung in das Klauselverbot nach § 309 Nr. 12 BGB
 - IV. Zulässigkeit von Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung
 - V. VOB/B
- F. Sicherungshypothek des Bauunternehmers nach § 650e BGB
 - I. Inhalt und gesetzliches Leitbild
 - II. AGB-rechtliche Beurteilung abweichender Klauseln
- G. Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB
- H. Zustandsfeststellung und Fälligkeit der Vergütung nach § 650g BGB
 - I. Inhalt und gesetzliches Leitbild
 - II. Vereinbarkeit einzelner Klauseln
- I. Schriftform der Kündigung nach § 650h BGB
 - I. Inhalt und Normzweck
 - II. Abdingbarkeit
 - III. AGB-rechtliche Beurteilung abweichender Klauseln
 - IV. Kündigungsregelung nach § 8 Abs. 6 VOB/B
- J. Verbraucherbauvertrag nach § 650i ff. BGB

A. Einleitung

[1] Das vorliegende Sonderheft widmet sich der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle anhand des gesetzlichen Bauvertragsrechts nach §§ 650a – 650o BGB. Mit dem Inkrafttreten der Bauvertragsnovelle am 01.01.2018 liegt erstmals eine gesetzliche Regelung für wichtige Bereiche des Bauvertragsrechts – insbesondere für das Anordnungsrecht des Bestellers und die Nachtragsvergütung – vor. Das neue Recht stellt für die geregelten Bereiche – im Sinne eines objektiven Modells für einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern – nunmehr eine wesentliche Grundlage für die AGB-rechtliche Beurteilung von Bauvertragsklauseln dar. Nach Maßgabe der Übergangsregelung gem. Art. 229 § 39 BGB sind §§ 650a – 650o BGB für ab dem 01.01.2018 geschlossene Verträge anzuwenden.

[2] Durch die gesetzliche Regelung zum Bauvertragsrecht verlagert sich der Schwerpunkt der AGB-rechtlichen Beurteilung für die geregelten Rechtsbereiche auf § 307 Abs. 2 BGB. Dabei hat das Regelbeispiel der Gefährdung des Vertragszwecks nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB bei kodifizierten Vertragstypen nur einen eher eingeschränkten Anwendungsbereich.² Maßgeblich für die AGB-rechtliche Beurteilung ist vielmehr – soweit die gesetzliche Regelung zugleich als gesetzliches Leitbild anzusehen ist – vor allem das Regelbeispiel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit seiner zweigeteilten Klauselprüfung: in einem ersten Schritt ist festzustellen, ob die zu prüfende Klausel von dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht und in der Stufe zwei der Prüfung

erfolgt dann eine abwägende Prüfung der Vereinbarkeit mit diesem sog. „gesetzlichen Leitbild“.³ Nur insoweit, als Teile der Regelung nicht als gesetzliches Leitbild einzuordnen sind, gilt ergänzend § 307 Abs. 1 BGB, wobei auch dort der gesetzlichen Regelung eine Orientierungsfunktion⁴ im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung⁵ zukommt.

[3] Zu §§ 650a ff. BGB sind eine Vielzahl von Fragen trotz einiger Jahre ihrer Gültigkeit und zahlreich vorliegender Literatur aufgrund bestehender, durch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht abschließend gekläarter Streitfragen noch offen. Nachdem diesen Fragen für die AGB-rechtliche Einordnung insbesondere dann erhebliche Bedeutung zukommen kann, wenn auf das Gesetz im Rahmen der Anwendung von § 307 BGB als gesetzliches Leitbild oder zur Orientierung zurückgegriffen wird, müssen der Inhalt der gesetzlichen Regelung und die dazu offenen Fragen auch in einer AGB-rechtlichen Betrachtung Beachtung finden. Darum setzt sich der vorliegende Beitrag damit ausführlicher auseinander als dies in einer AGB-rechtlichen Abhandlung sonst zu erwarten wäre. Den Ausführungen zu den einzelnen Paragrafen des gesetzlichen Bauvertragsrechts sind deshalb in der Regel Abschnitte mit einer ausführlichen Darstellung ihres wesentlichen materiellen Inhalts vorangestellt.

[4] Für einige Regelungen gelten Besonderheiten und wird deshalb auf eine eingehendere Darstellung ihres jeweiligen Inhalts verzichtet:

- Für § 650d BGB gilt ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit, nämlich § 309 Nr. 12 BGB (vgl. Rdnr. [457] ff.).
- Die Regelung zur Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB ist nach dessen Abs. 7 zwingend ausgestaltet und die Norm daher für eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle ohne selbständige Bedeutung (vgl. Rdnr. [479] ff.).
- Ebenso sind die Neuregelungen zum Verbraucherbauvertrag nach §§ 650i ff. BGB gem. § 650o BGB weitgehend zwingend, nämlich hinsichtlich §§ 650i bis 650l und 650n BGB. Der vom zwingenden Verbraucherbauvertragsrecht ausgenommene § 650m BGB ist demgegenüber ebenfalls Gegenstand eines Klauselverbots ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 Nr. 15 BGB und für die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB damit nicht relevant (vgl. Rdnr. [518]).

B. Legaldefinition des Bauvertrags nach § 650a BGB

[5] § 650a BGB enthält eine Legaldefinition des Bauvertrags im Sinne einer Anwendungsvoraussetzung des gesetzlichen Bauvertragsrechts nach §§ 650b ff. BGB. Bei der Legaldefinition handelt es sich schon deshalb um einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, weil – wie nachfolgend in den weiteren Abschnitten zum gesetzlichen Bauvertragsrecht darzulegen sein wird – diese Einordnung für eine ganze Reihe von Inhalten des gesetzlichen Bauvertragsrechts zutreffend und deshalb davon auszugehen ist, dass für alle geregelten Anwendungsfälle des Bauvertrags der Gesetzgeber zugleich die Anwendung dieser wesentlichen Regelungen im Sinne eines wesentlichen Grundgedankens sicherstellen wollte.

[6] Nachdem ein Abbedingen der vom Gesetzgeber mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 650a BGB bestimmten Anwendung des Bauvertragsrechts zugleich dazu führt, dass sämtliche weiteren Regelungen des

gesetzlichen Bauvertragsrechts ebenfalls in den ausgenommenen Fällen mit abbedungen werden,⁶ müsste in einer solchen AGB generell-abstrakt und für jeden denkbaren Anwendungsfall die gesetzliche Vermutung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB⁷ widerlegt werden, was kaum denkbar ist. Abweichungen vom gesetzlichen Bauvertragsrecht können daher AGB-rechtlich in der Regel nur in Form entsprechender Einzelregelungen zu einzelnen Normen des gesetzlichen Bauvertragsrechts einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhalten, nicht aber in Form eines Eingriffs in die Anwendungsvoraussetzungen nach § 650a BGB selbst.⁸

C. Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB

[7] Mit § 650b BGB hat der Gesetzgeber für Bauverträge nach § 650a BGB erstmals ein Anordnungsrecht des Bestellers geschaffen. Es umfasst nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 die „Änderung des vereinbarten Werkerfolgs“ und nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Änderungen, „die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig werden“.

I. Verhältnis der Klauselprüfung nach § 307 BGB zu § 308 Nr. 4 BGB

[8] Eine AGB-rechtliche Regelung zu einseitigen Änderungsrechten enthält auch § 308 Nr. 4 BGB. Soweit AGB von § 650b BGB abweichen und damit nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle unterliegen, gilt für das Konkurrenzverhältnis von § 307 BGB und § 308 Nr. 4 BGB, dass § 308 Nr. 4 BGB eingreift, soweit der Verwender sich eine Änderung seiner eigenen Leistung vorbehält.⁹ Ändernde Eingriffe in die Leistungspflicht des Verwendungsgegners, wie sie in § 650b BGB geregelt sind, unterliegen deshalb nur der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.

[9] Gleichwohl ist § 308 Nr. 4 BGB für das Verständnis von § 650b BGB systematisch interessant. Das AGB-Recht behandelt in § 308 Nr. 4 BGB nämlich – ähnlich wie § 650b BGB – den Fall eines sogenannten Änderungsvorbehalts, also eines vertragliche ausbedungenen Rechts des Verwenders, den vereinbarten Leistungsinhalt einseitig zu ändern. Nach § 311 Abs. 1 BGB, der den Einigungsgrundsatz auch für die „Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses“ vorgibt, setzt ein Änderungsrecht durch einseitige Gestaltungserklärung voraus, dass es dafür eine gesetzliche oder vertragliche Grundlage gibt. Dabei ist es für die gesetzlichen Änderungsrechte, soweit sie sich auf die jeweilige Hauptleistungspflicht beziehen, also etwa das Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB oder das Wahlrecht nach § 363 BGB, symptomatisch, dass dort das Leistungsversprechen entweder überhaupt erst durch die Leistungsbestimmung konkretisiert wird (Fall der Leistungsbestimmung nach § 315 BGB) oder aber von vorneherein mehrere Leistungsinhalte umfasst (Fall des Wahlrechts nach § 363 BGB). Der Gläubiger ist in diesen Fällen weniger schutzwürdig.¹⁰ Denn er hat sich entweder von vorneherein nach § 315 BGB auf eine unvollständige Beschreibung der Leistung eingelassen oder er weiß bei Vertragsschluss, dass mehrere Leistungsinhalte als geschuldete Leistung vom Vertragswillen umfasst sind.

[10] Die grundsätzlich zwar von § 311 Abs. 1 BGB abgedeckte Möglichkeit, eine einseitige Änderungsmöglichkeit vertraglich zu vereinbaren, birgt deshalb – gemessen an den gesetzlichen Regelfällen – erheblich größere Gefahren in Richtung einer einseitigen Vertragsgestaltung; denn sie führt im Ergebnis dazu, dass der Vertragspartner so behandelt wird, als habe er seine Einwilligung zu der konkreten Änderung erteilt, obwohl er dem Inhalt des Vertrags in der geänderten Form gerade nicht zugestimmt hat und ihm dieser Inhalt bei der Vereinbarung des Vorbehalts auch nicht bekannt war. Anders als bei den gesetzlich vorgesehenen einseitigen Rechten zur Bestimmung des Vertragsinhalts hat die von einem einseitigen Gestaltungsrecht für den abschließend vereinbarten Leistungsinhalt betroffene Vertragspartei vielmehr noch nicht einmal insoweit Kenntnis vom Umfang der Gestaltungsmöglichkeiten seines Vertragspartners, als sie sich auf einen Vertrag mit unvollständiger Beschreibung des Leistungsinhalts eingelassen hätte oder der Vertrag von vorneherein für mehrere Leistungsinhalte offen wäre. Während in den beiden gesetzlichen Fällen nach § 315 BGB und § 363 BGB daher kein berechtigtes Vertrauen der betroffenen Vertragspartei auf einen abschließend bestimmten oder vereinbarten Vertragsinhalt besteht, kann sich der Gestaltungsrechte bei einseitigen Änderungsvorbehalten von den bestimmten bzw. abschließenden Vereinbarungen einseitig wieder lösen. Das rückt solche Vorbehalte wertungsmäßig in die Nähe eines Kontrahierungszwangs, soweit nicht die Befugnis in der vertraglichen Vereinbarung sachgerecht beschränkt wird.¹¹

[11] An diese wertungsmäßigen Besonderheiten bei einseitigen Änderungsvorbehalten im Vergleich zu den bestehenden und einseitig ausübaren gesetzlichen Bestimmungsrechten knüpft § 308 Nr. 4 BGB an und sieht es aufgrund dieser Besonderheiten als wesentliche Grundlage für die AGB-rechtliche Zulässigkeit an, dass die „Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar“ sein muss. Das entspricht exakt der Regelungssystematik nach § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB, bei dem die Prüfung der Zumutbarkeit einer Änderung für die willkürliche Änderung des Werkerfolgs nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 allerdings bereits früher ansetzt, indem das Merkmal bereits im Tatbestand der Norm als Voraussetzung zulässiger Anordnungen vorgesehen ist. Wertungsmäßig handelt es sich bei § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB damit um einen gesetzlich normierten Anwendungsfall eines dem Fall nach § 308 Nr. 4 BGB vergleichbaren Änderungsvorbehalts. Mit der Regelung wird die nach § 308 Nr. 4 BGB zunächst nur AGB-rechtliche – also gegen vom Klauselverwender einseitig gestellte Klauseln gerichtete – Bewertung zur Zulässigkeit von Änderungsvorbehalten in das geltende Bauvertragsrecht als gesetzlicher Regelfall übertragen: die Änderung ist nur zulässig, soweit sie dem Verwendungsgegner zumutbar ist.

II. Gesetzliches Leitbild

[12] Für die AGB-rechtliche Beurteilung der vorrangig zu betrachtenden Klauselprüfung nach § 307 BGB ist zunächst zu klären, ob und in welchem Umfang die Neuregelung wesentliche Grundgedanken des gesetzgeberischen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen enthält und somit als sog. „gesetzliches Leitbild“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Sinne einer gesetzlichen Vermutung¹² der unangemessenen Benachteiligung des Verwendungsgegners der Prüfung zugrunde zu legen ist.

1. Inhalt der gesetzlichen Regelung

[13] Das Gesetz unterscheidet beim Anordnungsrecht zwei Fälle, nämlich

- einerseits die auch als „willkürliche Änderung“¹³ bezeichnete „Änderung des vereinbarten Werkerfolgs“ nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB und
- andererseits Änderungen, „die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig“ werden (sogenannte „notwendige Änderung“)¹⁴ nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB.

In beiden Fällen ist eine Anordnung gem. § 650b Abs. 2 BGB erst nach der in § 650b Abs. 1 BGB geregelten, vorherigen Verhandlung über das Änderungsbegehren zulässig.

a) Fälle und Regelung des Anordnungsrechts

[14] Das Änderungsrecht des Bestellers ist in beiden Fällen nach § 650b BGB am Begriff des „vereinbarten Werkerfolgs“ festgemacht. Für diesen Begriff und sein Verständnis ist es wesentlich, seine der Bauvertragsnovelle vorausgegangene Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH zu berücksichtigen. Deshalb beginnt die nachfolgende Darstellung mit dem Fall der notwendigen Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, der an diese Rechtsprechung anknüpft (Rdnr. [15] ff.) und folgt erst im Anschluss die Erläuterung der willkürlichen Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB (Rdnr. [31] ff.).

aa) Notwendige Änderung nach § 650b BGB Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB

[15] Im Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB kann der Besteller vom Unternehmer eine Änderung fordern, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (notwendige Änderung) und diese Änderung unter den Voraussetzungen nach § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB anordnen. Das Änderungsrecht nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB enthält damit eine Kodifikation einer Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH zur Auslegung von Leistungsbeschreibungen, wie sie Bauverträgen – ohne dass es zur rechtlichen Bedeutung solcher Leistungsbeschreibungen innerhalb eines Bauvertrags eine nähere gesetzliche Regelung gäbe – branchenüblich zugrunde gelegt werden. Es dient im Kern der Sicherstellung einer Einflussmöglichkeit des Bestellers auf eine etwa erforderliche Änderung aufgrund von fehlerhaften Leistungsbeschreibungen.¹⁵

(1) Notwendig zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs

[16] Ausgangspunkt für das Verständnis des Falls nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB ist die vom Gesetzgeber zur Abgrenzung verwendete Begrifflichkeit des „vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2)“. Dabei ist die Bezugnahme auf die gesetzliche Erfolgsverpflichtung nach § 631 Abs. 2 BGB im Wortlaut des § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB für das Verständnis des Inhalts des Anordnungsrechts allerdings nicht ausreichend; denn § 631 Abs. 2 BGB enthält weder eine Legaldefinition des Werkerfolgs noch Regelungen dazu, wie sich der Inhalt der Erfolgsverpflichtung des Unternehmers darstellt, welche Beschaffenheit also das herzustellende Werk haben muss. Dies – und damit der Anknüpfungspunkt für den vereinbarten Werkerfolg i.S.d. § 650b BGB – ist vielmehr in § 633 Abs. 1 BGB dahin geregelt, dass das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen ist. Dabei stellt § 633 Abs. 2 BGB zur Definition des Mangels im Grundsatz vorrangig auf die „vereinbarte Beschaffenheit“ ab und nur hilfsweise auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die für die gewöhnliche Verwendung geeignete und übliche Beschaffenheit, die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

[17] Mit dem Fall der notwendigen Anordnung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB hat der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund eine Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH kodifiziert,¹⁶ nach der regelmäßig davon auszugehen ist, dass eine inhaltliche Beschreibung der zu erbringenden Leistung in einer dem Vertrag beigefügten Leistungsbeschreibung im Zweifel nicht als Verzicht des Bestellers auf die Funktionstauglichkeit des herzustellenden Werks – im Sinne einer vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Verwendung und der daraus abzuleitenden üblichen Beschaffenheit (§ 633 Abs. 2 BGB) – ausgelegt werden kann;¹⁷ die Funktionstauglichkeit für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung ist vielmehr – als vom Unternehmer auch gegenüber den Inhalten einer etwaigen Leistungsbeschreibung vorrangig herzustellende Beschaffenheit – in der Regel gleichsam immer „(mit-)vereinbart“.¹⁸ Sie ist deshalb im Zweifel auch die vertraglich geschuldete Beschaffenheit und Gegenstand der in § 631 Abs. 2 BGB geregelten vertraglichen Erfolgsverpflichtung des Unternehmers.

[18] Den in der Literatur¹⁹ gegen diese Rechtsprechung vorgetragene Argumenten ist durch das gesetzliche Bauvertragsrecht der Boden entzogen. Sie sind – unbeschadet dessen – aber auch in der Sache nicht überzeugend. Der Gesetzgeber hat das Problem fehlerhafter Leistungsbeschreibungen über eine lange Zeit ungeregelt gelassen. Ein anderes (weiteres) Verständnis der Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB mag zwar auf der Basis des Gesetzeswortlauts vertretbar sein, würde aber zwingend dazu führen, dass das geltende Recht die Herstellung technisch mangelhafter Werke auch dann legitimieren – und geradezu erzwingen – würde, wenn es keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür gibt, dass das dadurch objektiv mangelhafte Werk tatsächlich dem Parteiwillen entspricht.

[19] Die Baupraxis hatte diese Fälle demgegenüber bereits vor Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts nur als Frage der Vergütungsanpassung betrachtet und dabei – keineswegs nur fiktiv – unterstellt, dass es im Zweifel eben nicht dem Parteiwillen entspricht, untaugliche Bauwerke herzustellen; wegen der Abweichungen der tatsächlichen Herstellung von der (fehlerhaften) Leistungsbeschreibung wurde dem Unternehmer ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung zuerkannt, wie er bspw. in § 2 Abs. 6 VOB/B geregelt ist. § 13 Abs. 3 VOB/B knüpft an dieses Verständnis an und schränkt bei fehlerhafter Leistungsbeschreibung die bestehende Mängelhaftung

konsequent nur für den Fall ein, dass der Besteller auf den Fehler hingewiesen worden ist; dann ist nämlich von einer rechtsgeschäftlichen Billigung der beschriebenen Ausführung trotz etwaiger Mängel auszugehen.²⁰

[20] Das Schweigen des Gesetzgebers zur Behandlung fehlerhafter Leistungsbeschreibungen hat Raum für eine Fortentwicklung des Rechts geschaffen, den die Rechtsprechung zu Recht genutzt hat. Von einem Judizieren „contra legem“, wie in der Literatur beanstandet wird,²¹ kann daher unseres Erachtens nicht die Rede sein, zumal die Rechtsprechung zur Begründung eine rechtsgeschäftliche Lösung – nämlich die interessengerechte Auslegung einer dem Vertrag als Bestandteil beigefügten Leistungsbeschreibung nach §§ 133, 157 BGB – gewählt hat und im Verbrauchervertrag ein abweichendes Verständnis ohnehin aufgrund der EU-rechtlichen Bindungen nicht vertretbar wäre. Die von der Rechtsprechung entwickelte und vom Gesetzgeber jetzt im Wesentlichen übernommene, rechtsgeschäftliche Lösung des Problems fehlerhafter Leistungsbeschreibungen entspricht damit dem weithin üblichen, branchentypischen Verständnis der Behandlung der Mehrkosten für die Herstellung einer von der vertraglichen Leistungsbeschreibung abweichenden Beschaffenheit und ist auch sonst sachgerecht.²²

[21] Der vertraglichen Leistungsbeschreibung kommt mit diesem Ergebnis der Vertragsauslegung in Fällen, in denen mit den nach der Leistungsbeschreibung vereinbarten Leistungsinhalten der funktionale Werkerfolg nicht hergestellt werden kann, lediglich eine vergütungsrechtliche Bedeutung zu; sie regelt, welche Leistungsinhalte bei der Schaffung des funktional vereinbarten Werkerfolgs von der vereinbarten Vergütung abgegolten sind. Werden andere Leistungen notwendig, bestand nach der Rechtsprechung des BGH schon nach früherem Recht aufgrund ergänzender Vertragsauslegung – und besteht nunmehr nach der gesetzlichen Regelung für den Fall von Anordnungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB notwendig sind –, ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung gem. §§ 650b Abs. 2, 650c BGB.

[22] Damit ist der wesentliche Inhalt des Anordnungsrechts nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, Abs. 2 BGB bestimmt; der Anwendungsbereich des Anordnungsrechts ist vom Gesetzgeber im Weiteren nur durch das Erfordernis der Notwendigkeit zur Erreichung des vereinbarten – und in der Regel funktional zu verstehenden – Werkerfolgs bzw. – genauer ausgedrückt – der Notwendigkeit für die Herstellung einer den gesetzlichen Anforderungen an die Beschaffenheit des Bauwerks entsprechenden Bauleistung, begrenzt, ansonsten jedoch umfassend.²³

(2) Begriff der Notwendigkeit

[23] Zum Begriff der Notwendigkeit nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB ist von wesentlicher Bedeutung, dass damit nur solche Anordnungen ermöglicht werden sollen, die im engeren Sinn notwendig für den vereinbarten Werkerfolg sind und nicht etwa dem Werkerfolg nur dienliche oder für ihn zweckmäßige Anordnungen.²⁴ Der Beschränkung auf notwendige Anordnungen kommt innerhalb der Systematik von § 650b BGB die Funktion zu, bei Änderungen, die sich (in einem weiteren Sinn) auf eine (mit Blick auf den vereinbarten Werkerfolg) unvollständige Leistungsbeschreibung beziehen, nur ganz bestimmte und durch das Kriterium der Notwendigkeit beschränkte

Fälle der Nr. 2 zuzuweisen. Die notwendige Anordnung nach Nr. 2 setzt nämlich – anders als die willkürliche Anordnung nach der Nr. 1 – gem. § 650b Abs. 2 Satz 2 BGB nicht voraus, dass die Anordnung dem Unternehmer zumutbar ist.

[24] Das Fehlen dieser Einschränkung wäre für das notwendige Anordnungsrecht jedoch grundsätzlich problematisch, wenn es nicht ausschließlich für Fälle gültig wäre, in denen die Leistungsbeschreibung zwingend geändert werden muss, um den vom Unternehmer übernommenen vertraglichen Werkerfolg erreichen zu können. Denn eine nicht notwendige Änderung stellt nicht nur die Anpassung einer gegenüber der Erfolgspflicht nachrangigen vertraglichen Leistungsbeschreibung dar, sondern ändert den Inhalt des vereinbarten Werkerfolgs selbst. Vor einer solchen – weiter reichenden – Änderung der vertraglichen Erfolgspflicht selbst muss der Unternehmer aber schon aus verfassungsrechtlichen Gründen durch das Erfordernis der Zumutbarkeit geschützt werden.²⁵

[25] Gibt es deshalb mehrere technische Möglichkeiten, um eine fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung, die zur Herstellung eines nach dem funktionalen Mangelbegriff mangelhaften Bauwerks führen würde, „nachzubessern“, dann bezieht sich das Änderungsrecht nur auf diejenigen Varianten, die sich auf die technisch zwingend erforderlichen Mindestkorrekturen beschränken; weitergehende Anordnungen stellen dagegen willkürliche Änderungen dar und sind auf Zumutbarkeit zu prüfen. Nur wenn mehrere bestehende Alternativen technisch gleichwertig sind, kann unter diesen Alternativen der Besteller wählen.²⁶ Alle anderen Änderungen zur „Nachbesserung“ der Leistungsbeschreibung können nur willkürlich – als Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB – angeordnet werden und müssen dem Unternehmer zumutbar sein.

(3) Bezugspunkt der Änderung; insbesondere Änderungen der Bauzeit oder des Bauablaufs

[26] Ein Anordnungsrecht zur Bauzeit sowie zum Bauablauf in den Fällen nach der Nr. 2 wird in der Literatur unter Hinweis auf die Gesetzgebungsgeschichte bestritten. Die Regelung nach § 650b BGB sei vom Gesetzgeber nur im Hinblick auf die unklaren Vergütungsfolgen der Rechtsprechung zur funktionalen Herstellungsverpflichtung geschaffen. Der noch im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vorgesehene und in den Referentenentwurf (RefE) des BMJV (mit dem dortigen Entwurf zu § 650b Abs. 2 Satz 3 RefE) übernommene Vorschlag für ein Anordnungsrecht zur Art der Ausführung der Bauleistung und zur Bauzeit, der greifen sollte, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen,²⁷ sei gerade nicht weiter verfolgt worden.²⁸

[27] Dem ist trotz des grundsätzlich berechtigten Hinweises auf die Gesetzgebungsgeschichte nicht zu folgen: maßgeblich sind methodisch der Gesetzeswortlaut und die Systematik der Regelung. Danach enthält nur die Nr. 1 einen eingeschränkten Bezugspunkt für die Änderung, nämlich die „Änderung des vereinbarten Werkerfolgs“,

wohingegen die Nr. 2 – ohne einen solchen Bezugspunkt der Änderung selbst – nur überhaupt von einer begehrten „Änderung“ spricht, „die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist“ und damit offenbar einen weiteren Bogen für die Änderung auch weiterer Vertragsinhalte (als Bezugspunkt für diese Änderung) spannt. Der Werkerfolg ist danach für das Anordnungsrecht nur insofern von Bedeutung, als eine Änderung vorliegen muss, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist. Unter diesen Voraussetzungen kann dann aber ganz allgemein jede „Änderung“ angeordnet werden und nicht nur Änderungen einzelner, beschränkter Vertragsinhalte. Hätte eine Beschränkung der Nr. 2 auf Änderungen der zu erbringenden Leistungen, Geltung erlangen sollen, wie die Gegenansicht meint, dann dürfte grammatikalisch in der Nr. 2 nicht eine „Änderung“ als Gegenstand der Anordnung geregelt sein, sondern es hätte etwa „Änderung der Leistungsbeschreibung für die zu erbringenden Bau- oder Planungsleistungen“ formuliert werden müssen.

[28] Der Hinweis darauf, dass von der Schaffung eines allgemeinen Tatbestands für Anordnungen zur Art der Ausführung und zur Bauzeit abgesehen wurde, ist deshalb nicht überzeugend, weil der Verzicht auf ein allgemeines Anordnungsrecht noch nichts dazu besagt, ob damit – entgegen dem gewählten Wortlaut – auch in Fällen einer notwendigen Änderung eine entsprechende Beschränkung gelten soll. Zur Gesetzgebungsgeschichte ist dabei insbesondere darauf hinzuweisen, dass die im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz noch vorgeschlagene Regelung zum Anordnungsrecht für Bauzeit und Art der Ausführung ausdrücklich im Abschnitt zur willkürlichen Änderung des Werkerfolgs enthalten war, also im Abschnitt 6.1.1 dieses Berichts mit dem Titel „Einseitiges Anordnungsrecht des Bestellers zur Änderung des Werkerfolgs“.²⁹ Dementsprechend hat auch der Referentenentwurf den Vorschlag aus dem Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich mit der Regelung nach § 650b Abs. 2 Satz 3 RefE als Fall „nach Absatz 1 Nummer 1“ übernommen, also als Fall der Änderung des (im ersten RefE entsprechend weiter gefassten) Werkerfolgs. Allenfalls für ein willkürliches Änderungsrecht liegt daher ein entsprechendes Indiz aus der Gesetzgebungsgeschichte vor, nicht aber für die notwendige Änderung.³⁰

[29] Es ist wertungsmäßig aber ein wesentlicher Unterschied, ob der Besteller willkürlich nachträglich Änderungen anordnet oder ob die Änderung nur erforderlich wird, um den Werkerfolg zu verwirklichen, auf den sich der Unternehmer mit der Übernahme einer Erfolgsverpflichtung grundsätzlich einmal eingelassen hat. Das Interesse des Bestellers an der Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs wird bei notwendigen Anordnungen vom Gesetzgeber als vorrangig bewertet; auf die Zumutbarkeit der Ausführung der Änderung für den Unternehmer kommt es – anders als bei der willkürlichen Änderung nach Nr. 1 – nicht an, weil (und soweit) er eine Verpflichtung zur Erreichung des funktionalen Werkerfolgs übernommen hat.

[30] Zulässig sind deshalb – in den Grenzen der Notwendigkeit – auch Anordnungen zur Änderung der vereinbarten Bauzeit oder eines vereinbarten Bauablaufs.³¹ Ein besonderes Augenmerk ist bei diesen Anordnungen allerdings der Prüfung der Notwendigkeit zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs zu widmen. So darf sich die Notwendigkeit insbesondere nicht nur darauf beziehen, dass anders die Vertragsfristen nicht eingehalten werden können; denn auch der verspätet Leistende erbringt den vereinbarten Werkerfolg, mag er auch für die Verspätung bei Verzug einzustehen haben.³² Vielmehr muss es so sein, dass eine vertragliche Grundlage (vereinbarte Bauzeit oder vereinbarter Bauablauf) geändert wird, bei deren Umsetzung es zu einer (nachträglich auch nicht mehr änderbaren) mangelhaften Leistung kommen würde.³³ Ebenso umfasst sind zur Erreichung des Werkerfolgs notwendige Änderungen vereinbarter sonstiger Bauumstände oder einzusetzender Produktionsmittel,

soweit nicht die Auslegung des Bauvertrags ausnahmsweise ergibt, dass sich die übernommene Erfolgsverpflichtung auf die jeweils vereinbarten Umstände bzw. Mittel beschränkt.³⁴

bb) Willkürliche Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB

(1) Änderung des Werkerfolgs

[31] Das willkürliche Änderungsrecht nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB entspricht demgegenüber einem vom Gesetzgeber anerkannten, berechtigten Interesse des Bestellers an der Umsetzung von Änderungen, die sich erst im Zuge der Ausführung der Bauleistung ergeben. Es folgt im Kern aus branchentypischen Anforderungen.³⁵ Bei fortschreitender Planung und Ausführung ergibt sich aufgrund entsprechend fortschreitender Erkenntnisse typischerweise ein Erfordernis für nachträgliche Anpassungen oder Änderungen des beauftragten Bauwerks, das bei voller Beachtung des Konsensprinzips für (nur) vom Besteller gewünschte Änderungen die Umsetzung erheblich erschweren würde, weil der Besteller in der Regel von der Zustimmung des Unternehmers abhängig wäre. Das daraus resultierende Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien wollte der Gesetzgeber – nicht zuletzt aufgrund der branchentypischen Üblichkeit von Änderungsrechten – zugunsten des Bestellers anpassen.

[32] Er folgt damit – mit allerdings wesentlichen inhaltlichen Modifikationen – den in der Baupraxis üblichen vertraglichen Regelungen zu vergleichbaren Änderungsrechten, etwa denjenigen nach § 1 Abs. 3 VOB/B. Das willkürliche Änderungsrecht ist – jedenfalls bei zutreffender Auslegung – auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.³⁶ Das gilt auch für die Einbeziehung des Falls, dass sich der Änderungsbedarf etwa aus einer mangelhaften Planung des Bestellers ergibt;³⁷ denn dieser Aspekt kann im Rahmen der gesetzlichen Zumutbarkeitsprüfung angemessen berücksichtigt werden.³⁸

[33] Der Fall nach der Nr. 1 betrifft demgemäß Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs, die nicht in dem für die Änderungen nach der Nr. 2 beschriebenen Sinn (vgl. Rdnr. [15] ff., [23] ff.) zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig sind. Es handelt sich also um echte inhaltliche Änderungen der werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung. Der danach änderbare Werkerfolg ist dabei das Werk in der vertraglich nach § 633 BGB geschuldeten Beschaffenheit (vgl. Rdnr. [16]), zulässig sind also Änderungen der nach § 633 BGB jeweils maßgeblichen Anforderungen an die Beschaffenheit des Werks. Sie ergeben sich gem. § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB zunächst vorrangig aus der vereinbarten Leistungsbeschreibung, also den im Vertrag für die Definition der Anforderungen an die Beschaffenheit des Werks vereinbarten Unterlagen, wie etwa den zur Vertragsgrundlage gewordenen Plänen, Leistungsverzeichnissen, Gutachten oder sonstigen Unterlagen.

[34] Zur Auslegung solcher vertraglicher Leistungsbeschreibungen ist allerdings – wie bereits dargelegt – zu beachten, dass die Funktionstauglichkeit – als vorrangig herzustellende Beschaffenheitsanforderung – in der Regel stets „(mit-)vereinbart“³⁹ und deshalb auch als die vertraglich geschuldete Beschaffenheit Gegenstand der

vertraglichen Erfolgsverpflichtung des Unternehmers (§ 631 Abs. 2 BGB) ist (vgl. Rdnr. [17]). Änderungen der vertraglichen Leistungsbeschreibung zur Erreichung einer im Ergebnis der Auslegung des Vertrags vorrangigen Anforderung der Funktionstauglichkeit (notwendige Anordnungen) richten sich deshalb allein nach der Nr. 2. Alle anderen Änderungen – im Sinne einer Änderung der vertraglich jeweils geschuldeten Funktionalität oder Beschaffenheit selbst –, also etwa die (nicht nur aufgrund von Fehlern in der Leistungsbeschreibung erforderliche) Änderung von zur Vertragsgrundlage gewordenen Plänen, Leistungsverzeichnissen, Unterlagen etc. fallen dagegen unter die Nr. 1.⁴⁰

[35] Der Begriff der Änderung ist dabei eher weit auszulegen⁴¹ und erfasst (in den Grenzen der Zumutbarkeit für den Unternehmer) bspw. auch die Anordnung einer Änderung durch Eingriff in ein vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht des Unternehmers (etwa durch die Berechtigung des Unternehmers zur Planung und dementsprechenden Konkretisierung des Leistungsinhalts).⁴²

[36] Die angeordnete Änderung kann auch eine zu erstellende Planung betreffen oder in der Erstellung bisher nicht vereinbarter Planungsbeiträge bestehen, wobei sich in diesem Fall Grenzen aus der Zumutbarkeitsprüfung ergeben, weil wesentliche Änderungen der vertraglichen Risikoverteilung in der Regel nicht zumutbar sind.⁴³

(2) Kein Anordnungsrecht für ein aliud

[37] Unzulässig sind allerdings Anordnungen, die eine grundlegend neue Bauausführung und ihrer Natur nach keine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs darstellen, sondern eine Kündigung des geschlossenen Vertrages mit dem Wunsch ein anderes Bauwerk zu errichten. Eine derartige „grundlegende Änderung, die nach der Verkehrsanschauung zu einem „aliud“ führt, ist vom Anordnungsrecht nicht erfasst“.⁴⁴ Der nachträgliche Wunsch des Bestellers, ein vollkommen anderes wirtschaftliches Ziel bzw. einen vollständig anderen Vertragsgegenstand verwirklichen zu wollen, ist ein allgemeines, nicht bauvertrags- oder branchentypisches Phänomen, dessen Durchsetzbarkeit im Allgemeinen an dem berechtigten und durch Art. 12 GG – im Sinne der dort geregelten negativen Vertragsfreiheit – geschützten Vertrauen der anderen Vertragspartei auf den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages scheitert. Denn in diesem Fall stehen einander der anlasslos geänderte Wille des Bestellers und ein evtl. Unwille des Unternehmers zum Abschluss eines Änderungsvertrags gegenüber, ohne dass ein Grund für die Bevorzugung der Interessen des Bestellers erkennbar wäre.

[38] Der Anwendungsbereich des § 650b BGB ist daher in diesem Fall teleologisch zu beschränken, weil der Normzweck, nämlich branchentypischen Änderungsinteressen Rechnung zu tragen, nicht einschlägig ist. Die Einschränkung ist zudem verfassungsrechtlich geboten.⁴⁵ Eine vollständige Loslösung von der Ausführung des ursprünglichen Vertragsinhalts ist dem Besteller nach der gesetzlichen Systematik nur durch Kündigung nach § 648 BGB und anschließenden Neuabschluss eines Vertrags nach § 311 BGB möglich.⁴⁶

(3) Kein Anordnungsrecht zur Art der Ausführung (insbesondere Baumstände und Bauablauf)

[39] Ebenfalls nicht vom Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB umfasst sind Anordnungen zur sonstigen, nicht den eigentlichen Werkerfolg betreffenden Art der Ausführung, also etwa zu anderen Baumständen oder zum Bauablauf und ebenso wenig solche zur vertraglichen Bauzeit. Die Bauzeit und sonstige Art der Ausführung oder Bauablauf gehören schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu dem nach Nr. 1 änderbaren „Werkerfolg“; denn vertragliche Regelungen dazu betreffen nicht die Beschaffenheit des Werks, sondern den weiteren Vertragsinhalt.⁴⁷ Insofern ist deshalb die Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Anordnungsrecht für diesen Fall anders als bei notwendigen Anordnungen nach Nr. 2 (vgl. dazu Rdnr. [26] ff.) – unabhängig von einem häufig gegebenen praktischen Bedürfnis für solche Anordnungen⁴⁸ – zu respektieren.

(4) Zumutbarkeit

[40] Begrenzt wird der eher weite Anwendungsbereich im Fall willkürlicher Anordnungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB zudem maßgeblich durch die Anforderung nach § 650b Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach die Ausführung dem Unternehmer zumutbar sein muss. In Anlehnung an die vergleichbare Bewertung bei Änderungsvorbehalten des Klauselverwenders für die von ihm selbst zu erbringende Leistung in § 308 Nr. 4 BGB (vgl. Rdnr. [9] f.) wird damit die wesentliche Anforderung an die Zulässigkeit einseitig ändernder Anordnungen des Bestellers im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen des Unternehmers normiert, die auch aus verfassungsrechtlichen Gründen mit Blick auf die nach Art. 12 GG geschützte sog. negative Vertragsfreiheit des Unternehmers zwingend erforderlich ist.⁴⁹

[41] Ohne eine solche Bindung würde es sich bei dem Änderungsvorbehalt um ein einseitiges Gestaltungsrecht handeln, das dem Vertragspartner einen Vertragsinhalt einseitig aufzwingt, dem er nicht zugestimmt hat. Das käme wertungsmäßig einem ungebundenen Kontrahierungszwang gleich,⁵⁰ der mit Art. 12 GG offensichtlich nicht in Einklang stehen könnte. Die Prüfung der Zumutbarkeit der Änderung für den Unternehmer stellt daher auch den Schwerpunkt für die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit solcher Anordnungen dar.

cc) Regelung der Verhandlungsphase nach § 650b Abs. 1 BGB

(1) Verhandlungsgebot

[42] Das gesetzliche Bauvertragsrecht gliedert den Ablauf bei der Anordnung von Änderungen in zwei Abschnitte. Zunächst ist in § 650b Abs. 1 BGB eine Verhandlungsphase vorgesehen, in der die Parteien nach Abs. 1 Satz 1

„Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung“ anstreben, sich also zu der Änderung um eine solche Einigung zu bemühen⁵¹ haben. Die Regelung ist Ausdruck des in der Rechtsprechung des BGH entwickelten Kooperationsverpflichtung der Bauvertragsparteien.⁵²

[43] Erst bei Scheitern einer Einigung schließen sich daran die Regelungen zum Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 2 BGB und zu der ohne Einigung im Fall einer nachfolgenden Anordnung vom Besteller geschuldeten Nachtragsvergütung nach § 650c BGB an. Die erste (Verhandlungs-)Phase wird in § 650b Abs. 1 Sätze 2 bis 5 BGB näher ausgestaltet, und zwar dahin,

- dass und unter welchen Voraussetzungen vom Unternehmer ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung vorzulegen ist (Sätze 2 und 3),⁵³
- dass der Besteller bei von ihm übernommener Planungsverantwortung eine entsprechende Planung auch für die Änderung vorzulegen hat (Satz 4)⁵⁴ und schließlich
- dass sich die anzustrebende Einigung bei notwendigen Änderungen, für die dem Unternehmer nach § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. dazu Rdnr. [340] ff.) aufgrund eigener Planungspflichten kein Anspruch auf Änderung der Vergütung zusteht, nur auf ein Einvernehmen über die Änderung bezieht (Satz 5).

(2) Planungspflicht für die Änderung

[44] Zur Planungspflicht betrifft die Regelung in § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB dabei zwar zunächst eigentlich nur die Mitwirkung des Bestellers im Rahmen der Verhandlungen über eine Änderung nach § 650b Abs. 1 BGB. Sie hat allerdings eine darüber hinausgehende, verallgemeinerungsfähige Bedeutung auch für die weitere Umsetzung von begehrten (§ 650b Abs. 1 BGB) oder angeordneten (§ 650b Abs. 2 BGB) Änderungen; denn der Gesetzgeber stellt damit klar, dass sich eine Verantwortlichkeit des Bestellers für die Erstellung von Planunterlagen für das Bauvorhaben in einer entsprechenden Zuweisung von Planungsverantwortung bei Änderungen des vereinbarten Werks fortsetzt. Der Gesetzgeber geht also grundsätzlich davon aus, dass – mangels abweichender vertraglicher Vereinbarungen – die dem Bauvertrag zugrunde liegende Aufgabenverteilung bei der Planung auch für die rechtliche Einordnung und Umsetzung von Änderungen durch Anordnung gilt.

[45] Im Grundsatz bleibt der Besteller damit für die zur Umsetzung der von ihm gewünschten Änderung auch hinsichtlich einer etwa erforderlichen Änderung der ursprünglichen Planung in der Planungsverantwortung, soweit er für die ursprüngliche Planung die Planungsverantwortung getragen hat. Er muss seine ursprüngliche Planung überdenken und bei Erfordernis – zunächst als Teil seines Änderungsverlangens (§ 650b Abs. 1 BGB) und im Fall der Anordnung (§ 650b Abs. 2 BGB) als geschuldete Mitwirkung an der weiterführenden Planung der angeordneten Änderung – anpassen, soweit er entweder bereits ursprünglich die Planung des Bauvorhabens geliefert oder die weitergehende, für die Umsetzung des Bauvorhabens erforderliche Planung nach dem Vertrag ohnehin selbst zu liefern hat.

[46] Der Umfang der vom Besteller vorzulegenden, geänderten Planung richtet sich dabei – mangels einer anderweitigen Regelung im Vertrag – danach, welchen Inhalt und welche Tiefe die von ihm ursprünglich erstellte Planung hatte; denn nur in diesem Umfang trägt der Besteller i.S.d. § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB „die Verantwortung für die Planung“. Hat der Besteller also bspw. ursprünglich für das beauftragte Bauwerk als Vertragsgrundlage eine Entwurfsplanung und als weitergehende Leistungsbeschreibung ein Leistungsverzeichnis⁵⁵ erstellt, so hat er diese Unterlagen auch im Zuge seines Änderungsverlangens entsprechend anzupassen und zur Verfügung zu stellen. Etwas anderes kann nur gelten, soweit bereits die Planung der Änderung selbst vom Besteller berechtigterweise angeordnet wird; solche Anordnungen sind jedoch im Hinblick auf die damit verbundene Änderung der vertraglichen Risikoverteilung in der Regel mit Blick auf die Anforderung der Zumutbarkeit problematisch.⁵⁶

(3) Rechtsfolgen bei Verletzung des Verhandlungsgebots

[47] Die jeweiligen Mitwirkungspflichten des Bestellers zur Vorlage einer Planung und des Unternehmers zur Vorlage eines Angebots zur Änderung der Vergütung sind echte vertragliche Verpflichtungen mit den entsprechenden gesetzlichen Folgen, also zum Beispiel einer Haftung auf Schadensersatz nach § 280 BGB, wobei sich etwaige Schadensersatzansprüche nicht auf durch die verzögerte Mitwirkung des Unternehmers entstehende Mehrkosten oder ein positives Interesse – im Sinne eines bestimmten Einigungsergebnisses – richten.⁵⁷

[48] Andere Rechtsfolgen sind bei einer Verletzung des Kooperationsgebots gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen. Allerdings findet § 162 BGB entsprechende Anwendung,⁵⁸ soweit eine Partei die Fortsetzung der Verhandlungen aufgrund einer qualifizierten Verletzung der Kooperationspflicht durch die jeweils andere Seite nach dem Rechtsgedanken der §§ 648a Abs. 2 und Abs. 3, 314 Abs. 2 und 3, 323 Abs. 2 BGB verweigern kann; denn wenn sogar eine Teilkündigung aus wichtigem Grund zulässig wäre, gilt dies erst recht für die bloße Einstellung der weiteren Verhandlungen über die Änderung (als ein „Weniger“). Der die Kooperationspflicht verletzenden Partei ist in diesem Fall die Berufung darauf verwehrt, dass die gesetzliche Verhandlungsfrist entweder noch nicht oder schon abgelaufen ist; das Anordnungsrecht entsteht deshalb sofort (bei qualifizierter Verletzung der Kooperationspflicht durch den Unternehmer) oder erst im Anschluss an eine nachgeholte Mitwirkung (bei qualifizierter Verletzung der Kooperationspflicht durch den Besteller).⁵⁹

dd) Keine Anordnungspflicht, auch nicht bei notwendigen Änderungen

[49] Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ergibt sich aus § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB keine Verpflichtung des Bestellers, Anordnungen zu treffen, und zwar auch nicht im Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, also bei Änderungen, die notwendig sind, um den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen; denn das Gesetz formuliert lediglich, dass der Besteller im Fall der Nichteinigung die notwendige Änderung anordnen „kann“, nicht aber, dass er diese tatsächlich auch anordnen muss.

[50] Auf den ersten Blick erscheint diese Regelung zumindest in den Fällen überraschend, in denen die fehlerhafte und für ein funktionstaugliches Bauwerk notwendig zu ändernde Planung bzw. Leistungsbeschreibung vom

Besteller stammt. Denn in diesem Fall sieht das Gesetz in § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB eigentlich sogar noch weitergehend vor, dass der Besteller eine Änderungsplanung bzw. -beschreibung übergeben muss, ohne die der Unternehmer nicht verpflichtet ist, auch nur ein Angebot für die Ausführung der Änderung zu unterbreiten. Gleichwohl ist die gesetzliche Regelung im Ergebnis konsistent. Sie betrifft nämlich zunächst nur den Fall, dass der Besteller von seinem Recht auf einseitige Änderung des Vertrags auch tatsächlich Gebrauch macht und hat dann insbesondere die Konsequenz, dass er auch das gesetzlich dafür vorgesehene Einigungsverfahren und einen etwa damit verbundenen Zeitverlust hinnehmen muss.

[51] Ohne einseitigen Eingriff des Bestellers verbleibt es demgegenüber auch im Fall notwendiger Änderungen an einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung bei der sich regelmäßig aus einer zutreffenden Auslegung des Bauvertrages ergebenden Rechtslage: der Unternehmer ist zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks verpflichtet, erhält jedoch für die dafür erforderliche Änderung der vereinbarten Leistungsbeschreibung eine geänderte Vergütung, weil nur die ursprünglich vereinbarte Leistungsbeschreibung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung abgegolten ist (vgl. Rdnr. [16] ff.). Der Anspruch auf Anpassung ergibt sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung; denn die Parteien haben den Fehler in der Leistungsbeschreibung bei Vertragsschluss nicht erkannt und müssen sich daher nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) an einer Auslegung ihrer Vergütungsvereinbarungen festhalten lassen, wonach nur die ursprüngliche Leistungsbeschreibung von den Vertragspreisen abgegolten ist (§ 157 BGB).⁶⁰ Inhaltlich richtet sich der Anspruch auf Anpassung auch im Fall der Nichteinigung nach § 650c BGB.⁶¹

[52] Zu beachten ist für diese Konstellation im Übrigen, dass auch dann, wenn der Besteller von einer Änderung absieht und daher die Änderungsplanung nicht als Grundlage für die Verhandlung über eine anzuordnende Änderung vorlegen muss, ggf. unabhängig davon eine Verpflichtung zur Vorlage einer Planung zur Anpassung der ursprünglichen Leistungsbeschreibung bestehen kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn vertraglich vereinbart oder als Ergebnis einer Auslegung des Vertrags anzunehmen ist, dass die Bauausführung nur auf der Grundlage einer dafür gefertigten oder einer vom Besteller freigegebenen Planung erfolgen darf und die Planungspflicht nach den vertraglichen Vereinbarungen beim Besteller liegt. Solange der Besteller in einem solchen Fall keine Planung vorlegt, darf der Unternehmer die Ausführung nicht fortsetzen; die in der Leistungsbeschreibung enthaltene (fehlerhafte) Leistung darf er nicht ausführen, weil er eine funktionstaugliche schuldet und die geänderte deshalb nicht, weil er nur nach freigegebener Planung ausführen darf. Er hat vielmehr seinen Änderungsvorschlag an den Besteller zu übermitteln und ihn zur Vorlage einer entsprechenden Änderungsplanung als Grundlage für seine Ausführungsleistung aufzufordern. Ähnliches gilt, wenn eine Änderungsplanung aus technischen Gründen erforderlich und dem Unternehmer deshalb die Ausführung ohne Änderungsplanung nicht zumutbar ist (vgl. Rdnr. [192]). Auch in diesem Fall muss der Unternehmer ohne eine Änderungsplanung des Bestellers die Ausführung nicht fortsetzen. Die auf eine entsprechende Aufforderung hin erfolgende Vorlage der Planung stellt dann jeweils die Erfüllung einer Mitwirkungspflicht des Bestellers an der Herstellung des funktionstauglichen Werks dar, ohne Vorlage der Planung gerät der Besteller in Annahmeverzug.

[53] Einer Anordnungspflicht des Bestellers bedarf es somit nicht, sie ergibt sich auch nicht aus seiner Kooperationsverpflichtung; der Besteller kann vielmehr durchaus sachgerechte Gründe dafür haben, die Entscheidung über eine notwendige Änderung dem Unternehmer zu überlassen.⁶² Aus seiner Verpflichtung zur

Kooperation ergibt sich in diesen Fällen lediglich, dass er sich zu notwendigen Änderungen überhaupt erklärt und vertragsgemäßen Vorschlägen des Unternehmers zur Änderung zustimmt.⁶³

2. Wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

a) Struktur und systematische Einordnung der gesetzlichen Regelung

aa) Willkürliche Änderung

[54] Die gesetzliche Neuregelung zur willkürlichen Anordnung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB steht im Spannungsverhältnis zwischen den baupraktisch sehr häufigen und branchentypischen Änderungsinteressen des Bestellers und den schutzwürdigen Interessen des Unternehmers, die sich daraus ergeben, dass er – zum einen – auf der Leistungsseite eine Erfolgsverpflichtung nur für ein bestimmtes Werk übernommen hat und sich – zum anderen – auf der Vergütungsseite die von ihm angebotene und mit dem Besteller vereinbarte Vergütung regelmäßig nur auf die in der Leistungsbeschreibung inhaltlich definierten Leistungen bezieht. Mit der Anordnungsberechtigung nach § 650b BGB wird dem Änderungsinteresse des Bestellers in Abweichung vom grundgesetzlich nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Grundsatz der negativen Vertragsfreiheit der Vorrang eingeräumt.⁶⁴ Der verfassungsrechtlich nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz deshalb gebotene Interessenausgleich wird vom Gesetzgeber dabei einerseits durch materiell-rechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit der Anordnung – in Form der Zumutbarkeit der Änderung für den Unternehmer – gewahrt, andererseits durch das in § 650b Abs. 1 BGB vorgeschriebene Verfahren, mit dem während der dort vorgeschriebenen Verhandlungsphase – nach wie vor – dem Konsensprinzip der Vorrang vor dem Weg einer einseitigen Anordnung eingeräumt wird.

bb) Deutliche Ausweitung der Befugnisse des Bestellers

[55] Mit dem Anordnungsrecht wird dem Besteller in sehr viel weiterem Umfang als bisher eine Disposition über den Inhalt der vereinbarten Bauleistung ermöglicht. Die Regelungen zur Kündigung nach § 648 BGB (früher § 649 BGB) betreffen entgegen der herrschenden Meinung⁶⁵ zur angeblichen Zulässigkeit einer Teilkündigung nur das Interesse an der Herstellung des Werks insgesamt. Das von der herrschenden Meinung angeführte argumentum a majore ad minus ist weder nach der Gesetzgebungsgeschichte noch mit Blick auf die Systematik und auch nicht nach der wertungsmäßigen, für das teleologische Verständnis maßgeblichen Einordnung des Problems überzeugend.⁶⁶

[56] Auch das neu geschaffene Recht zur Teilkündigung nach § 648a Abs. 2 BGB spricht deutlich gegen die zusätzliche Möglichkeit zur freien Teilkündigung; denn es ermöglicht eine inhaltliche Umgestaltung der zu erbringenden Werkleistungen nur in einem rechtlich besonders qualifizierten Fall, nämlich bei Vorliegen eines

wichtigen Grundes. Wenn dem Unternehmer in diesem Fall ein teilweiser Entzug der Leistung für das vereinbarte Werk abverlangt wird, dann rechtfertigt sich das aus der Unzumutbarkeit eines Festhaltens am Vertrag für diesen Leistungsteil für den Besteller bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und ist zudem auch noch auf abgrenzbare Teile der Leistung beschränkt, während eine solche Beschränkung für die angeblich zulässige freie Teilkündigung vollständig fehlt.

[57] Dass das Fehlen einer Beschränkung auf abgrenzbare Teile der Leistung innerhalb des Regelungsgegenstands nach § 648 BGB demgegenüber auf einem Redaktionsversehen beruhen sollte, das etwa durch eine analoge Anwendung von § 648a Abs. 2 BGB zu schließen wäre, ist methodisch nicht begründbar. Denn im Fall der Kündigung nach § 648a Abs. 2 BGB sprechen wichtige Gründe für die Herausnahme der Teilleistung, während es bei § 648 BGB ausschließlich um die willkürliche Lossagung von der vertraglichen Vereinbarung geht. Die beiden Fälle unterliegen daher teleologisch einer ganz unterschiedlichen Bewertung, was die Zulässigkeit einer Analogie methodisch ausschließt.

[58] Für die freie Kündigung nach § 648 BGB liegt weder ein wichtiger Grund noch sonst eine vergleichbare Qualifizierung oder Beschränkung vor, die den Unternehmer davor schützen und seine Interessen daran wahren würde, ein Werk erstellen zu müssen, dem er so nicht zugestimmt hat. Nach der gesetzlichen Regelungssystematik ist das aber als ein wesentlicher Grund für die Unzulässigkeit der Teilkündigung innerhalb dieser Norm anzusehen.⁶⁷ Die Tatsache, dass in der Gesetzesbegründung Gründe für die Zulässigkeit einer Teilkündigung vorgebracht werden, die man rechtspolitisch ggf. auch für eine freie Teilkündigung anführen könnten,⁶⁸ vermag nicht darüber hinwegzuhelfen, dass der Gesetzgeber diese Überlegungen für die freie Kündigung gerade nicht in eine gesetzliche Form gebracht und die Regelung deshalb auch nicht mit einer für diesen Fall erforderlichen, näheren Ausgestaltung der Teilkündigung versehen hat.

[59] Hätte der Gesetzgeber das getan, dann hätte er im Übrigen naheliegenderweise – und nicht zuletzt aufgrund der Wertungsparallelen zu § 650b Abs. 2 BGB – in Erwägung zu ziehen gehabt, bei der freien Teilkündigung eine dem entsprechende Schutzregelung zugunsten des Unternehmers vorzusehen, die Teilkündigung also bspw. nur dann zuzulassen, wenn sie dem Unternehmer zumutbar ist. Dass es an beidem für die freie Kündigung nach § 648 BGB fehlt, kann nicht einfach durch Analogie oder Rechtsfortbildung übergangen werden, selbst wenn praktische Gründe dafür sprechen mögen; denn das geltende Recht enthält mit § 139 BGB eine davon gerade abweichende Wertung, was sowohl eine analoge Anwendung der Beschränkung nach § 650b Abs. 2 Satz 2 BGB als auch eine entsprechende Rechtsfortbildung methodisch ausschließt.⁶⁹

[60] Soweit man dem nicht folgt und mit der herrschenden Meinung die freie Teilkündigung für zulässig hält, erscheint allerdings sowohl eine Ausnahme für nicht abgrenzbare Teile der Leistung als auch – mit Blick auf die durch Art. 12 GG betroffenen schutzwürdigen Belange des Unternehmers – eine Bindung der Teilkündigung an die Anforderung der Zumutbarkeit für den Unternehmer entsprechend § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB zwingend erforderlich. Zudem müssen dann auch die weiteren Folgeprobleme einer Teilkündigung geregelt werden. Genannt sei hier nur nochmals der Anspruch des Unternehmers darauf, vor der Verschaffung des Werks eine Abnahme

vom Besteller verlangen zu können, der es regelmäßig ausschließt, dass eine Teilkündigung vor einer solchen Abnahme vom Besteller zur Selbstvornahme der teilweise gekündigten Leistung genutzt wird.⁷⁰

cc) Verfassungsrechtliche Schranken des willkürlichen Änderungsrechts

[61] Die Ausweitung der Änderungsbefugnis kann nach der gesetzlichen Regelung nicht so verstanden werden, dass damit eine allgemeine und die Interessen des Unternehmers vollständig verdrängende Dispositionsmöglichkeit des Bestellers für den Werkerfolg und die konkrete Beschaffenheit des Werks geschaffen wäre.⁷¹ Vielmehr hat der Gesetzgeber zugunsten des Unternehmers sowohl dem Konsensprinzip – durch das Erfordernis vorgeschalteter Verhandlungen über die Änderung – als auch der Wahrung berechtigter Interessen an einer unverändert auszuführenden Leistung – durch das Erfordernis der Zumutbarkeit – Rechnung getragen. Der Unternehmer wird also nicht nur im Ergebnis vor unzumutbaren Änderungen geschützt, sondern es wird ihm durch die obligatorische Verhandlungsphase ein Mittel an die Hand gegeben, seine Interessen zusätzlich auch durch eine sachgerechte vorherige Verhandlung über die vom Besteller gewünschte Änderung zu wahren.

dd) Entscheidungsrecht des Bestellers über die Anpassung einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung

[62] Der Fall der notwendigen Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB betrifft demgegenüber die gesetzlich bislang unregelte Problematik des Verhältnisses einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung zu dem in der Rechtsprechung des BGH entwickelten funktionalen Mangelbegriff (vgl. Rdnr. [17]). Insofern war vor dem Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts lediglich ein Teilaspekt zur Gefahrtragung gesetzlich geregelt, nämlich derjenige, dass „das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden“ ist (§ 645 BGB).⁷² § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB trifft für die fehlerhafte Leistungsbeschreibung nunmehr die bislang fehlende vergütungsrechtliche Regelung und gibt dem Besteller ein Recht zur Entscheidung über die Fehlerbehebung, nachdem er ohnehin die Mehrkosten zu tragen hat und als regelmäßiger späterer Nutzer die Wirtschaftlichkeit einer Fehlerbehebung einordnen kann.⁷³

b) Leitbildfunktion einzelner Regelungen

[63] Die so ausgestaltete gesetzliche Regelung zum Anordnungsrecht des Bestellers wird von Teilen der Literatur insgesamt als gesetzliches Leitbild i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen.⁷⁴ Das wäre jedenfalls bei einem Verständnis des gesetzlichen Leitbilds zutreffend, wonach dieses Merkmal nur ein eher grobes Raster für Regelungen darstellt, denen keine berechtigten Interessen einer Vertragspartei zugrunde liegen und schwierige Wertungsfragen der abschließenden Gesamtbeurteilung im Rahmen der (unter abgestufter Berücksichtigung des jeweiligen Gerechtigkeitsgehalts der jeweiligen Norm) im zweiten Schritt vorzunehmenden Unvereinbarkeitsprüfung überlässt.⁷⁵ Demgegenüber nimmt die Rechtsprechung bereits in der ersten Prüfungsstufe eine Einteilung der gesetzlichen Vorschriften vor, und zwar in solche mit einem wesentlichen Gerechtigkeitsgehalt, die wichtige Schutz- und Ordnungsfunktionen erfüllen, und andere, die lediglich auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen.⁷⁶

aa) Verhandlungsgebot und Vorlage einer geänderten Planung

[64] Orientiert man sich für das gesetzliche Leitbild an der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung,⁷⁷ so normiert unseres Erachtens die Regelung zu einem – beide Vertragsparteien verpflichtenden – Streben nach Einigung in § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Mit der Regelung wird – zum einen – an die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zur Kooperationsverpflichtung im Bauvertrag⁷⁸ angeknüpft und diese für den Bereich des Änderungsrechts des Bestellers kodifiziert.⁷⁹ Die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht die Kooperationsverpflichtung jedoch zu Recht als wesentlichen Inhalt der – in der Regel lang andauernden und auf ein Zusammenwirken angelegten – Rechtsbeziehungen zwischen den Bauvertragsparteien an, was auch AGB-rechtlich zu berücksichtigen ist.

[65] § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB ist deshalb als gesetzliche Ausprägung grundlegender und wesentlicher Verpflichtungen der Bauvertragsparteien anzusehen; er beruht nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern entspricht auch bei der gebotenen objektiven Auslegung⁸⁰ einer vom Gesetzgeber bei der Einführung des Anordnungsrechts des Bestellers als maßgeblich anerkannten Ordnungsfunktion der bauvertragsrechtlichen Kooperationsverpflichtung.⁸¹ Hinzu kommt – zum anderen – der einleitend (Rdnr. [54] f.) angesprochene Gesichtspunkt, dass der mit einem einseitigen Änderungsrecht ausnahmsweise verbundene Eingriff in die (negative) Vertragsfreiheit einer Rechtfertigung bedarf, die vom Gesetzgeber auch dahin vorgenommen worden ist, dass dem Unternehmer zur Wahrung seiner Interessen die Möglichkeit vorheriger Verhandlungen zur Verfügung stehen soll.⁸²

[66] Das in der Literatur gegen eine Leitbildfunktion der Pflicht zum Streben nach Einigung vorgebrachte Argument,⁸³ dass es sich aufgrund fehlender Einigungspflicht insofern nur um einen bloßen Rechtsreflex handle, der nicht dazu bestimmt sein könne, den Interessen des Unternehmers zu dienen, übersieht, dass der Gesetzgeber im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH dem Gesichtspunkt der einvernehmlichen Streitbeilegung durch Kooperation bei der auf längere Frist angelegten Abwicklung des Bauvertrags⁸⁴ eine wesentliche Rolle zuweist.⁸⁵ Dass an dem gesetzlichen Modell eines zwingend vorgeschalteten Einigungsbemühens aus der Sicht der Baupraxis und auch rechtsvergleichend durchaus berechtigte Bedenken bestehen können,⁸⁶ kann nicht dazu führen, die gesetzgeberische Entscheidung im AGB-Recht einfach beiseite zu legen.⁸⁷ Dem grundsätzlich berechtigten Hinweis sowohl auf eine bestehende Missbrauchsgefahr durch den Unternehmer⁸⁸ als auch den fehlenden Anspruch des Unternehmers auf Einigung ist – systematisch korrekt – auf der Ebene der Unvereinbarkeitsprüfung und der dort stattfindenden Interessenbewertung Rechnung zu tragen (vgl. Rdnr. [108] ff.).

[67] Eine Leitbildfunktion ist – vor diesem Hintergrund – auch für die nähere Ausgestaltung der Verhandlungsphase in den Sätzen 2 bis 4 anzunehmen. Ohne die Vorlage eines Angebots für die Vergütungsänderung wären Verhandlungen über die Änderung nicht sinnvoll möglich, weil für den zweiten, wesentlichen Gegenstand der erforderlichen Einigung, nämlich die Anpassung der Vergütung, keine Grundlage vorhanden wäre. Die Verpflichtung ist deshalb wesentlich.

[68] Dasselbe gilt für die Verpflichtung zur Vorlage einer geänderten Planung durch den Besteller, soweit er nach dem Vertrag die Planungsverantwortung für den zu ändernden Leistungsinhalt trägt. Das Gesetz weist mit der Regelung dem Besteller im Rahmen der von ihm geschuldeten Kooperation nicht nur die Verpflichtung zur Vorlage einer geänderten Planung als zweiter, wesentlicher Grundlage der erforderlichen Verhandlungen über die Änderung zu. Sie trifft vielmehr darüber hinaus – im Sinne einer Klarstellung – eine verallgemeinerungsfähige Festlegung zur grundsätzlichen Verteilung des Planungsrisikos bei angeordneten Änderungen des Bauvorhabens, also der Verantwortung für die Planung und auch der Risiken aus der Planung (vgl. Rdnr. [44] f.).

[69] Die Regelung ist damit für den Umfang sowohl des mit dem Vertrag übernommenen Leistungsrisikos als auch des Vergütungsrisikos zentral; denn sowohl der Anspruch auf Anpassung der Vergütung als auch derjenige auf (Mängel-)Haftung für Fehler einer erstellten Planung stellen sich bei einer vom Besteller vorgegebenen Planung grundsätzlich abweichend vom Fall einer vom Unternehmer selbst erstellten Planung dar.⁸⁹ Auch dieser Aspekt der Regelung ist daher als ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung zur Anordnung von Änderungen einzuordnen.⁹⁰

bb) Willkürliche Änderungen

[70] Auch der zweite Teil der Änderungsregelung in § 650b BGB, nämlich das grundsätzliche Anordnungsrecht bei Nichteinigung nach § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB und die nachfolgend in den Sätzen 2 und 3 geregelte Begrenzung durch die Anforderung der Zumutbarkeit bei der willkürlichen Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB, enthalten jeweils wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

(1) Änderungsbefugnis

[71] Hinsichtlich des Anordnungsrechts bei der willkürlichen Änderung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB ist die Interessenlage⁹¹ dadurch geprägt, dass der Besteller Änderungen aus wirtschaftlichen Gründen in aller Regel nur mit dem beauftragten Unternehmer durchführen kann; die Beauftragung Dritter ist regelmäßig nicht praktikabel und würde zu einer erheblichen Verteuerung, wenn nicht gar zur Unausführbarkeit vieler nachträglicher Änderungen führen. Bei strikter Durchführung des Konsensprinzips ergibt dies jedoch ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien, weil der Unternehmer die Änderung verweigern oder – bis zu Grenze der Sittenwidrigkeit – von höheren Preisen abhängig machen kann.⁹² Einseitige Änderungsrechte waren daher schon vor dem Inkrafttreten des § 650b BGB – national wie international⁹³ – weithin üblich, um dieses strukturelle Ungleichgewicht zu beseitigen und eine wirtschaftlich für den Besteller vertretbare Umsetzung von Änderungen zu ermöglichen. Der Gesetzgeber hat das Änderungsinteresse des Bestellers mit § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB nunmehr für Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs auch gesetzlich als branchentypische⁹⁴ und wesentliche Eigenart des Bauvertrags anerkannt, die nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht.

(2) Zumutbarkeit für den Unternehmer

[72] Nicht minder wesentlich ist allerdings auch die Begrenzung der Berechtigung durch das Kriterium der Zumutbarkeit. Dem Unternehmer wird durch die einseitige Änderung abweichend von der verfassungsrechtlich nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit ein von ihm nicht konsentierter Vertragsinhalt aufgezwungen. Das ist nur bei angemessener Berücksichtigung der Interessen des Unternehmers zulässig, die nicht bereits deshalb gegeben ist, weil dem Unternehmer ein Anspruch auf Vergütungsanpassung zusteht.⁹⁵ Vielmehr ist es bereits auf der Stufe der Änderungsberechtigung für den Leistungsinhalt erforderlich, nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz einen Interessenausgleich herbeizuführen; dies geschieht in § 650b Abs. 2 BGB durch die Anforderung der Zumutbarkeit. Ist diese Anforderung somit im Kern bereits verfassungsrechtlich geboten,⁹⁶ muss sie zwingend auch im einfachen Recht einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung entsprechen.⁹⁷

(3) Begrenzung auf den Werkerfolg als gesetzliches Leitbild?

[73] Fraglich ist unseres Erachtens demgegenüber, ob es zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zum Anordnungsrecht bei willkürlichen Änderungen gehört, dass sich dieses Anordnungsrecht auf den vertraglichen Werkerfolg beschränkt. Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber ein auf andere Gegenstände einer vertraglichen Leistungsbeschreibung bezogenes Anordnungsrecht erwogen und schließlich jedenfalls für den Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB nicht übernommen hat (vgl. Rdnr. [39]). Allerdings ist die Begründung dafür nicht eindeutig einzuordnen. Der noch im Referentenentwurf enthaltene Vorschlag zu einem Anordnungsrecht zur Art der Ausführung der Bauleistung und zur Bauzeit sah vor, dass es greifen sollte, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen. Es sollten danach also ohne nähere Beschränkung sämtliche Änderungen zur Art der Ausführung und zur Bauzeit möglich sein. Darüber hinaus sollten dann allerdings im Vergleich zur Anordnung von Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs erschwerte Voraussetzungen im Rahmen der Abwägung gelten.

[74] Dieses Regelungskonzept war – zum einen – hinsichtlich des Gegenstands möglicher Anordnungen sehr weitreichend. Der vollständige Zugriff auf die Ausführungszeit betrifft den Kernbereich der unternehmerischen Dispositionsfreiheit und die Art der Ausführung Grundfragen der vertraglichen Risikoverteilung, weil dem Unternehmer grundsätzlich im Werkvertragsrecht die Wahl zusteht, unter Einsatz welcher betrieblichen Mittel er bereit ist, die Herstellungs- und Mängelrisiken für den vereinbarten Werkerfolg zu übernehmen. Hinzu kommt für Anordnungen zur Ausführungszeit, dass eine datumsmäßige Festlegung nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Verzug ohne Mahnung begründen könnte.

[75] Zum anderen war die Abgrenzung der Anforderungen im Rahmen der Abwägung von der nach § 650b Abs. 2 BGB für die Anordnungsberechtigung ohnehin vorzunehmenden Zumutbarkeitsprüfung, die ebenfalls eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Voraussetzungen erfordert,⁹⁸ unklar und die verwendeten Rechtsbegriffe in ihrer Handhabung schwer einzuordnen. Deshalb kann unseres Erachtens aus der Ablehnung des konkreten Regelungsvorschlags nicht gefolgert werden, dass der Gesetzgeber das Anordnungsrecht für die Art der Ausführung der Bauleistung und die Bauzeit generell verwerfen wollte, zumal diesbezügliche Inhalte der Leistungsbeschreibung teilweise in ihrer Abgrenzung zum Werkerfolg nicht einfach einzuordnen sind, gleichwohl aber eine durchaus vergleichbare, maßgebliche Bedeutung für die Kalkulation der Vertragspreise haben können. Eine eindeutige gesetzgeberische Bewertung, dass den Interessen des Unternehmers nach einer Begrenzung der zulässigen Eingriffe in seine baubetrieblichen Dispositionen auch in diesen Fällen daher immer – im Sinne eines gesetzlichen Leitbilds – der Vorrang einzuräumen wäre, liegt daher unseres Erachtens nicht vor.

[76] Zu beachten ist allerdings, dass damit zwar ein aus § 650b BGB ableitbares gesetzliches Leitbild zur Begrenzung einer Änderungsbefugnis auf den Fall von Änderungen des Werkerfolgs fehlt, jedoch ergänzend auch noch § 311 Abs. 1 BGB zu beachten ist, wonach auch „zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses [...] ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich [ist], soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.“ Auch dieser – verfassungsrechtlich geschützte – Einigungsgrundsatz ist innerhalb des bürgerlichen Rechts wesentlich und gehört deshalb zum gesetzlichen Leitbild des Vertragsrechts nach bürgerlichem Recht.

[77] Dabei ist im Fall von Änderungsvorbehalten, die aufgrund fehlender inhaltlicher Beschränkungen einem Kontrahierungszwang gleichkommen (vgl. dazu bereits Rdnr. [10]), davon auszugehen, dass der Einigungsgrundsatz direkt einschlägig und eine Ausweitung des Rechts zur Anordnung AGB-rechtlich daher an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu messen ist. Sind beschränkende Regelungen vorgesehen, so findet dagegen § 307 Abs. 1 BGB Anwendung. Auch in diesem Fall ist allerdings die besondere Schutzwürdigkeit des Verwendungsgegners in die AGB-rechtliche Bewertung einzustellen, die sich daraus ergibt, dass der Unternehmer bei einem einseitigen Abrücken von abschließend vereinbarten und bestimmten Inhalten des Vertrags wesentlich schutzwürdiger ist als in vergleichbaren gesetzlichen Fällen einer einseitigen Gestaltung des Vertragsinhalts (vgl. Rdnr. [9] ff.).

cc) Notwendige Änderungen

(1) Entscheidungsbefugnis des Bestellers

[78] Ebenso zum gesetzlichen Leitbild gehört das Änderungsrecht bei notwendigen Änderungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB. Zwar ist es richtig, dass der Besteller auch ohne dieses Anordnungsrecht nach der Rechtsprechung zum funktionalen Mängelbegriff (vgl. Rdnr. [21] f.) ein objektiv für seine Anforderungen ungeeignetes Werk nicht hinnehmen muss.⁹⁹ Indessen ist es für den Besteller von wesentlicher Bedeutung, in solchen Fällen einer funktional nicht geeigneten Leistungsbeschreibung auch auf die Ausführung erforderlicher Änderungen Einfluss nehmen zu können, nachdem er die Änderungen ohnehin zu bezahlen hat.

[79] Der Sache nach geht es bei der Einführung des diesbezüglichen Anordnungsrechts daher darum, dem Besteller, der nach der Rechtsprechung des BGH bei notwendigen Änderungen auch schon vor Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts die Mehrkosten von Änderungen in der Regel zu tragen hatte und sie auch nach § 650c BGB tragen muss, die Entscheidung über die notwendige Änderung zu überlassen (vgl. Rdnr. [62]).¹⁰⁰ Er kann sich damit als – wirtschaftlich dauerhaft Betroffener – sowohl für die Hinnahme etwaiger Mängel der Leistungsbeschreibung (etwa in Abwägung mit erhöhten Instandhaltungsaufwendungen) als auch für die konkrete Art und Weise der „Mängelbeseitigung“ (für den Fall, dass es verschiedene Möglichkeiten der „Nachbesserung“ gibt) entscheiden. Bis zur gesetzlichen Neuregelung hatte der Unternehmer demgegenüber ein Wahlrecht bei der Art und Weise der Mängelbeseitigung, obwohl er die Mehrkosten in der Regel nicht tragen musste. Das wollte der Gesetzgeber ändern.

[80] Mit der Neuregelung wird vielmehr nun dem wirtschaftlich Betroffenen die Änderungsbefugnis übertragen; was für den Normzweck dieses Anordnungsrechts bestimmend ist und folglich auch keine bloße Zweckmäßigkeitserüberlegung darstellt.¹⁰¹ Dass grundsätzlich in beiden Anordnungsfällen auch andere Bewertungen denkbar wären, kann nicht dazu führen, die gesetzgeberische Bewertung AGB-rechtlich zu übergehen. Die Neuregelung stellt vielmehr eine von der bisherigen Rechtslage grundsätzlich abweichende Zuordnung von Entscheidungsbefugnissen dar und ist deshalb ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung.¹⁰²

(2) Notwendigkeit

[81] Die Voraussetzung der Notwendigkeit hat für § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB die nicht minder wesentliche Funktion, Änderungsanordnungen zur Erreichung des Werkerfolgs, die nach § 650b Abs. 2 BGB ohne Zumutbarkeitsprüfung erfolgen können, auf das zwingend notwendige zu beschränken und alle anderen Änderungen der willkürlichen Anordnung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB zuzuordnen. In den Fällen, die danach gesetzlich der willkürlichen Anordnung zuzuordnen ist, wird der Unternehmer nach der gesetzlichen Systematik durch das AGB-rechtlich zum gesetzlichen Leitbild gehörende (vgl. Rdnr. [72]) Erfordernis der Zumutbarkeit geschützt. Deshalb gehört auch die Anforderung der Notwendigkeit nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB zum gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

(3) Vergütungsrechtliche Bedeutung einer vereinbarten Leistungsbeschreibung

[82] Aus der Systematik der Regelung zu notwendigen Änderungen folgt weiter, dass der Gesetzgeber den von der Rechtsprechung des BGH gegangenen Weg zur vergütungsrechtlichen Behandlung von Leistungsbeschreibungen gebilligt hat (vgl. Rdnr. [17] ff.); denn § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB regelt, dass Leistungen, die zur

Herbeiführung des Werkerfolgs notwendig sind, gleichwohl eine Änderung darstellen können, die zu einem Anspruch auf Anpassung der Vergütung führt. Betrachtet man allein § 631 Abs. 1 BGB, dann wäre das nicht nachvollziehbar; denn nach § 631 Abs. 1 BGB ist der vereinbarte Werkerfolg für die vereinbarte Vergütung herbeizuführen. Das würde jedoch bedeuten, dass der Unternehmer bereits für die im Vertrag vereinbarte Bezahlung alles, was zur Herbeiführung des Werkerfolgs notwendig ist, zu leisten hätte.

[83] Demgegenüber billigt der Gesetzgeber jedoch mit § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB offenbar, dass mit einer „vereinbarten“ Vergütung – je nach Auslegung der Vergütungsvereinbarung – auch eine Regelung getroffen sein kann, wonach diese Vergütung nur für die in einer vertraglichen Leistungsbeschreibung aufgeführten Leistungen vereinbart ist und demzufolge auch nur diese Leistungen mit der Vergütung abgegolten sind, obwohl die vertragliche Leistungspflicht (zur Herstellung eines mängelfreien Werks) weiter reicht. Die Voraussetzungen, unter denen dies angenommen werden kann, werden dabei zwar offensichtlich weiter einer Auslegung der vertraglichen Vergütungsvereinbarung überlassen. Der Gesetzgeber hat also davon abgesehen, etwa generalisierend einer jeden Leistungsbeschreibung – unabhängig von den Umständen des Einzelfalls – die beschriebene vergütungsrechtliche Rechtswirkung beizumessen, was nicht zuletzt mit Blick auf Verbraucherverträge auch kaum vertretbar gewesen wäre. Grundsätzlich ist eine entsprechende Auslegung damit vom Gesetzgeber aber anerkannt und – daran anknüpfend – eine Regelung getroffen worden, wonach auch bei Leistungen, die (nur) zur Herbeiführung des Werkerfolgs notwendig werden, eine Anpassung der Vergütung vorzunehmen ist, soweit die Auslegung des Bauvertrags ergibt, dass sich die Vergütung nur auf die beschriebenen Leistungen bezieht.

[84] Die gesetzgeberische Einordnung solcher Fälle hat dann auch Bedeutung für die AGB-rechtliche Einordnung von Klauseln, die bei einem Auslegungsergebnis, wonach nur die Leistungen gemäß der Leistungsbeschreibung abgegolten sein sollen, eine davon abweichende Regelung zur Vergütung treffen; denn mit der gesetzlichen Regelung ist geklärt, dass sich das vergütungsrechtliche Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ggf. – je nach Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen – nur auf die in einer vertraglichen Leistungsbeschreibung beschriebenen Leistungen beziehen kann. Damit ist auch gesetzlich klargestellt, dass Klauseln, die in das so geregelte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingreifen, zugleich das Prinzip der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung betreffen, das nach der Rechtsprechung jedoch seit jeher zu den wesentlichen Grundgedanken der für schuldrechtliche Verträge geltenden Regeln des bürgerlichen Rechts zählt.¹⁰³

[85] Die AGB-rechtlichen Folgen daraus sind auch für Klauseln bedeutsam, die den Leistungsinhalt des Bauvertrags insgesamt regeln und den Anspruch auf Anpassung der Vergütung bei Leistungen beschränken, die zur Behebung von Mängeln aufgrund einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung erforderlich werden. Die Herausnahme notwendiger Änderungen aus dem Geltungsbereich der vertraglich vereinbarten Vergütung hat zur Folge, dass für nicht abgegoltene notwendige Leistungen ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach § 650c BGB besteht, der seinerseits zum gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gehört (vgl. Rdnr. [384] ff.) und zur Unwirksamkeit von Klauseln führt, die in solchen Fällen den Anspruch auf Anpassung beschränken (vgl. Rdnr. [399]).

dd) 30-Tagesfrist

[86] Fraglich ist eine Leitbildfunktion von § 650b Abs. 2 BGB demgegenüber hinsichtlich der 30-Tagesfrist nach Satz 1. Die vom Gesetzgeber gewählte Dauer der Frist betrifft nämlich – als generalisierende Abgrenzung – eine Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen, die von der einfachsten Änderung einer einzelnen Qualitätsanforderung bis hin zu komplexen Umplanungen reichen können und für die daher ganz unterschiedliche Anforderungen an einen angemessenen Zeitraum für vorangehende Verhandlungen zu stellen sein können. Zumindest für die genaue Bemessung der Frist ist es unseres Erachtens daher naheliegend, sie dem Bereich bloßer Zweckmäßigkeitserwägungen zuzuordnen.¹⁰⁴

[87] In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der gesetzlichen 30-Tagesfrist aber jedenfalls nach oben hin um eine „Maximalfrist“ handelt und insofern deshalb auch von einer Leitbildfunktion auszugehen sei.¹⁰⁵ Zwar ist Anknüpfungspunkt der grundsätzlichen Regelung zur Verhandlungsphase selbst eher das bauvertragliche Kooperationsgebot und der Hintergrund der starren Fristenregelung könnte auch in der Vermeidung von Unsicherheit und Streit über die Berechnung einer angemessenen Frist gesehen werden. Für das Verständnis als einer gewollten Maximalfrist spricht jedoch, dass mit der starren Fristenregelung einem Einwand des Bundesrates abgeholfen werden sollte, wonach ohne eine derartige Regelung das Baugeschehen durch die Verhandlungen über Gebühr verzögert werden könnte; vom Gesetzgeber war daher eine absolute zeitliche Obergrenze gewollt, die sich innerhalb der Gesamtregelung deshalb als ein wesentlicher Grundgedanke der Ausgestaltung des Anordnungsrechts des Bestellers darstellt.¹⁰⁶

[88] Nicht zu verkennen ist trotz der fehlenden Einordnung als gesetzliches Leitbild im Übrigen allerdings, dass der Gesetzgeber mit der 30-Tages-Frist deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er den erforderlichen Einigungsversuch keineswegs als bloße Formalie betrachtet, sondern vielmehr als wesentliche, im bauvertraglichen Kooperationsgebot verankerte Verpflichtung (vgl. Rdnr. [64] f.). Das ist bei der AGB-rechtlichen Beurteilung von Klauseln zur Ausgestaltung der 30-Tagesfrist nach § 307 BGB zu berücksichtigen (vgl. Rdnr. [109] f.).¹⁰⁷

ee) Textform

[89] Das Erfordernis der Textform nach § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB betrifft das für beide Vertragsparteien wesentliche Interesse an der Beweisbarkeit sowohl der Anordnung selbst als auch ihres genauen Inhalts und für den Besteller darüber hinaus auch noch den Schutz vor Übereilung.¹⁰⁸ Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Warnfunktion nicht erforderlich sei, weil das Gesetz ohnehin mit der 30-tägigen Verhandlungsfrist ein Verfahren vorsehe, das den Besteller im Hinblick auf etwa entstehende Mehrkosten ausreichend warnt.¹⁰⁹ Denn die Schutzfunktion der Textform betrifft zum einen – wie gesagt – beide Parteien. Zum anderen besteht aber auch ein erhebliches Interesse beider Parteien an Rechtssicherheit in der Frage, ob eine einseitige Änderung überhaupt erfolgt ist oder nicht. Mit der Anordnung wird der Vertragsinhalt durch Ausübung eines vertraglichen Gestaltungsrechts umgestaltet und hat sich die gesamte Vertragserfüllung – vom Inhalt der vertraglichen Leistungsverpflichtung bis zur Einhaltung ggf. anzupassender Anforderungen an die vereinbarte Leistungszeit und daraus erwachsenden Verzugsfolgen – sodann auf den neuen Vertragsinhalt einzustellen. Das Gesetz differenziert daher ganz bewusst zwischen dem vorausgehenden Änderungsbegehren, das lediglich die Verhandlungsphase

einleitet und der Anordnung als einseitiger Gestaltungserklärung. Die Formanforderungen sind deshalb kein Selbstzweck; ihre beiderseitige Schutzfunktion innerhalb der gesetzlichen Ausgestaltung des Anordnungsrechts ist vielmehr jedenfalls mit Blick auf den Gesichtspunkt des Übereilungsschutzes und der beiderseitigen Rechtssicherheit über den jeweils geschuldeten Vertragsinhalt wesentlich.

[90] Fraglich ist die Leitbildfunktion demgegenüber in der entgegengesetzten Richtung, also mit Blick auf eine etwaige Verschärfung der Formerfordernisse. Nachdem der maßgebliche Schutzzweck sich gegen fehlende Rechtssicherheit bei nicht förmlichen Anordnungen richtet, dieser Zweck jedoch bei einer Verschärfung der Anforderungen sogar noch besser gewahrt wird als durch Textform, ist durch solche Regelungen unseres Erachtens kein wesentlicher Grundgedanke der Regelung betroffen. Allerdings ist in Verbraucherverträgen¹¹⁰ für eine Verschärfung der Formanforderungen das Klauselverbot nach § 309 Nr. 13 BGB zu beachten.

ff) Fehlende Verpflichtung des Bestellers zur Anordnung

[91] Für die Ausgestaltung des § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB als „Kann-Regelung“ auch im Fall notwendiger Anordnungen, also ohne Verpflichtung des Bestellers zur Anordnung solcher notwendigen Änderungen (vgl. Rdnr. [49] f), gibt es unseres Erachtens keinen ausreichenden Hinweis dafür, dass dies eine gesetzgeberische Entscheidung im Sinne einer grundlegenden Gerechtigkeitsanforderung und damit eines wesentlichen Grundgedankens der gesetzlichen Neuregelung darstellen sollte. Sie gehört daher auch nicht zum gesetzlichen Leitbild von § 650b BGB.

III. Vereinbarkeit einzelner Klauseln

1. Regelungen zur Verhandlungsphase

[92] Aufgrund der Leitbildfunktion der gesetzlichen Regelung zur Kooperationspflicht der Bauvertragsparteien in der Verhandlungsphase eines Änderungsbegehrens nach § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Ausschluss dieser Verpflichtung durch AGB, die ein Anordnungsrecht ohne jedwede Verpflichtung zu begleitenden Verhandlungen vorsehen, unseres Erachtens unwirksam; denn bei einer kompletten Abbedingung von Regelungen, die zum gesetzlichen Leitbild gehören, und damit einer diametral dem gesetzlichen Leitbild widersprechenden Regelung ist von einer Unvereinbarkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auszugehen, soweit nicht die Belastungen für den Verwendungsgegner ausnahmsweise nur geringfügig oder seine Interessen in anderer Weise gewahrt sind.¹¹¹

[93] Davon erfasst ist allerdings zunächst nur der vollständige Ausschluss der Verpflichtung zum Streben nach Einigung, der so weitreichend in der Praxis eher selten ist. Vielmehr enthalten einschlägige Klauselwerke in aller Regel mindestens Bestimmungen, wonach über die Anpassung der Vergütung vor Beginn der Ausführung eine Eini-

gung erzielt werden soll, wie sie etwa in § 2 Abs. 5 Satz 2 VOB/B oder § 2 Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 VOB/B enthalten sind. Seit dem Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts treten in der Praxis zudem Regelungen auf, die Einzelheiten der gesetzlichen Ausgestaltung der Verhandlungsphase modifizieren.

a) Einigungsklauseln

[94] In der Baupraxis werden teilweise Einigungsklauseln verwendet, nach denen Besteller und Unternehmer bei der Forderung nach Änderungen über eine Anpassung des Fertigstellungstermins und der Vergütung verhandeln und eine entsprechende Nachtragsvereinbarung abzuschließen ist. Bis zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts waren solche Klauseln unbedenklich, weil sie im Kern nur die beiderseitigen Verpflichtungen aus der Kooperationsverpflichtung wiedergegeben haben.

[95] Mit dem Inkrafttreten von § 650b BGB ist demgegenüber nun zu beachten, dass bei der im Rahmen der Inhaltskontrolle gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung¹¹² ein Verständnis solcher Regelungen dahin denkbar ist, dass Änderungen überhaupt nur über eine Änderungsvereinbarung umgesetzt werden können und nicht – im Fall der Nichteinigung – auch durch einseitige Anordnung. Bei diesem Verständnis wird durch solche Klauseln das Anordnungsrecht insgesamt ausgeschlossen, was gegen das gesetzliche Leitbild nach § 650b BGB verstößt (vgl. Rdnr. [70] f.) und deshalb bei Verwendung durch den Unternehmer unwirksam ist (vgl. Rdnr. [165] ff.).¹¹³

b) 30-Tagesfrist

aa) Unmittelbar ausübbares Änderungsrecht

[96] Zum Verhandlungsgebot stellt sich zunächst die Frage, ob es zulässig ist, in AGB ein unmittelbar ausübbares Änderungsrecht ohne vorherige Verhandlungen zu vereinbaren, wenn daneben zumindest das grundsätzliche Gebot zur Verhandlung und Kooperation erhalten bleibt. Bei einer AGB, die ein Anordnungsrecht ohne die Einschränkung durch einen zuvor durchzuführenden Einigungsversuch vorsieht, wäre dabei vorab zu prüfen, ob damit überhaupt die gesetzliche Verpflichtung zur Kooperation im Nachgang zur Anordnung abbedungen werden soll.

[97] Eine § 650b Abs. 1 BGB und das vertraglichen Kooperationsgebot bei der Umsetzung von Änderungen nicht verdrängende, sondern Raum für seine ergänzende Anwendung lassende Gesamtregelung bedürfte allerdings konkreter Anhaltspunkte. Es müsste sich unter Berücksichtigung der im Rahmen der Inhaltskontrolle gebotenen kundenfeindlichsten¹¹⁴ Auslegung aus dem Klauselwerk ergeben, dass neben der geregelten Berechtigung zu einer sofortigen Anordnung zusätzlich auch noch § 650b Abs. 1 BGB – und zwar beschränkt auf die Verpflichtung zur Verhandlung über die Einigung trotz und neben einer etwa ausgesprochenen Anordnung – Anwendung finden

soll. Bestehen solche Anhaltspunkte nicht, wäre die Regelung als vollständige Abbedingung des Verhandlungsgebots nach § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB zu verstehen und deshalb unwirksam (vgl. Rdnr. [92]).

[98] Aber auch wenn die Verpflichtung zur Kooperation und Verhandlung neben dem Recht zur sofortigen Anordnung ausdrücklich aufrechterhalten bleiben soll, könnte eine solche Regelung nur ausnahmsweise zulässig sein. Nachdem Verhandlungsgebot und Kooperationsverpflichtung zum gesetzlichen Leitbild gehören und im Sinne einer ausgewogenen Gesamtregelung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit wesentlich sind (vgl. Rdnr. [64] f.), müsste sie sich – zum einen – auf Fälle beschränken, in denen gewichtige Gründe für eine Abweichung zugunsten des Verwenders sprechen. Zum anderen wären die bestehenden schutzwürdigen Interessen des Unternehmers und ihr Gewicht zu beachten;¹¹⁵ die Interessen des Bestellers müssten ein ausreichendes Gewicht haben, um die bei einer Abweichung vom gesetzlichen Leitbild bestehende Vermutung für die Unwirksamkeit zu widerlegen.¹¹⁶ In der Regel ist das nur bei geringfügigen Abweichungen oder ausnahmsweise wesentlich überwiegenden Interessen des Bestellers oder aber bei solchen AGB möglich, die dem gesetzlich vorgegebenen Schutzbedürfnis des Unternehmers in anderer und gleichwertiger Art und Weise Rechnung tragen.¹¹⁷

(1) Unaufschiebbarkeit von Anordnungen

[99] Bei den Gründen für eine Änderung ist der Gedanke, dass Verfahrensregelungen in unaufschiebbaren Fällen durch eine Befugnis zu erforderlichen sofortigen Entscheidungen ergänzt werden, dem bürgerlichen Recht zunächst nicht fremd.¹¹⁸ Dem liegt der verallgemeinerungsfähige Gerechtigkeitsgedanke zugrunde, dass die Einhaltung der formalen Anforderungen in solchen Fällen zu einem materiell nicht gewünschten Ergebnis – also z.B. einem Rechtsverlust oder zu wirtschaftlichem Schaden durch den Aufschub – führen würde. Daran anknüpfend wären für eine sofortige Anordnungsberechtigung Fälle vorstellbar, in denen der mit einer Verhandlung verbundene Aufschub der sofortigen Umsetzung der Änderung entweder dazu führt, dass sie wegen des Fortschreitens der Arbeiten überhaupt nicht mehr oder nur noch mit erheblichen Mehrkosten umsetzbar ist, wobei insofern bspw. eine Anknüpfung an § 313 Abs. 1 BGB (unzumutbare Mehrkosten bei Abwarten vorheriger Verhandlungen) denkbar wäre.¹¹⁹

[100] Liegen solche Voraussetzungen vor, würde bei einem Beharren auf vorheriger (und nicht nur nachträglicher) Verhandlung ein wesentlicher Zweck der Neuregelung nach § 650b BGB – es nämlich dem Besteller als wirtschaftlich dauerhaft durch das herzustellende Bauwerk Betroffenen zu ermöglichen, die Beschaffenheit des Bauwerks geänderten Bedürfnissen anpassen zu können – vollständig verfehlt. Deshalb spricht sowohl der Gesetzeszweck als auch der – insofern übertragbare – Gerechtigkeitsgedanke vergleichbarer rechtlicher Regelungen zu Eilbefugnissen in unaufschiebbaren Fällen maßgeblich für die Zulässigkeit solcher Ausnahmen. Auch mit den schutzwürdigen Interessen des Unternehmers wäre eine solche Regelung vereinbar, weil das Gewicht seiner Interessen nach der gesetzlichen Regelung dadurch abgeschwächt ist, dass er im Ergebnis keinen Anspruch auf eine Einigung mit einem bestimmten Inhalt hat.¹²⁰

(2) Treuwidrigkeit der Berufung auf das Einigungsgebot

[101] Weitergehend wird in der Literatur erwogen, ein unmittelbares Anordnungsrecht in AGB auch in entsprechender Anwendung von § 281 Abs. 2 BGB zuzulassen.¹²¹ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, weil in solchen Fällen nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin eine entsprechende Anwendung von § 162 BGB geboten ist. Allerdings sollten für die Bewertung solcher Fälle die im Vergleich zur Zulässigkeit der sofortigen Geltendmachung von Schadensersatz sachnäheren Regelungen nach §§ 648a Abs. 2 und 3, 314 Abs. 2 und Abs. 3 3, 323 Abs. 2 BGB herangezogen werden (vgl. Rdnr. [48]).

(3) Minima non curat praetor

[102] Ob ein generelles vorzeitiges Anordnungsrecht weitergehend in Fällen von Geringfügigkeit, bspw. unter Bezugnahme auf feste Betragsgrenzen, zulässig sein kann, ist jeweils anhand der im Rahmen der Unvereinbarkeitsprüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB erforderlichen Gesamtabwägung und der dabei erforderlichen umfassenden Abwägung der Interessen beider Parteien¹²² zu klären und erscheint in Anknüpfung an den Grundsatz „minima non curat praetor“ unseres Erachtens denkbar. Der dem Grundsatz zugrunde liegende Gerechtigkeitsgedanke kommt bspw. in § 320 Abs. 2 BGB und damit einer Regelung zum Ausdruck,¹²³ die auf den vorliegenden Interessengegensatz durchaus übertragbar ist. Eine an § 320 Abs. 2 BGB anknüpfende Regelung, wonach unter den dortigen Voraussetzungen ein unmittelbares Anordnungsrecht besteht, ist daher – bei hinreichender Transparenz der Regelung – unseres Erachtens nicht zu beanstanden. Das im Rahmen der Prüfung der Unvereinbarkeit zu bestimmende Maß und die Intensität der Beeinträchtigung der Interessen des Unternehmers¹²⁴ ist in diesen Fällen bei einer an § 320 Abs. 2 BGB orientierten gesetzlichen Bewertung gemindert. Allerdings hätte eine entsprechende Geringfügigkeitsregelung weiter zu berücksichtigen, dass eine Unvereinbarkeit in der Regel anzunehmen ist, wenn die AGB dem gesetzlichen Schutzzweck ohne Kompensation diametral widerspricht.¹²⁵ Deshalb müsste sie sich unseres Erachtens auf Fälle beschränken, in denen dem Besteller durch den Aufschub der Anordnung greifbare Nachteile (z.B. Mehrkosten) entstehen.

[103] Dagegen wäre ein unterhalb der materiellen Schwelle eines – im vorstehenden Sinn – unaufschiebbaren oder geringfügigen Falls angesiedeltes, generelles vorzeitiges Anordnungsrecht – also etwa bei „nicht unerheblichen Nachteilen“ oder einer Gefährdung der „Vertragstermine und Projektziele“ und einem damit verbundenen, einfachen „Überwiegen“ der Interessen des Bestellers¹²⁶ – unseres Erachtens (auch unabhängig von der Frage der Transparenz solcher Regelungen nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) AGB-rechtlich zu beanstanden.

[104] Das gilt auch im Fall notwendiger Änderungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB. Zwar ist zuzugeben, dass in diesen Fällen das Interesse des Unternehmers aufgrund seiner ohnehin bestehenden Erfolgsverpflichtung abgeschwächt ist.¹²⁷ Gleichwohl hat der Gesetzgeber auch für die notwendige Änderung die vorgeschaltete Kooperation mit Einigungsversuch vorgesehen und geht damit davon aus, dass bis zum Ablauf der vorgesehenen

Einigungsfrist das Wahlrecht zwischen verschiedenen möglichen „Nachbesserungen“ der Leistungsbeschreibung beim Unternehmer verbleibt. Das Interesse des Bestellers, eine abweichende, ebenso geeignete Art der Änderung zu wählen, ist daher nicht wesentlich schutzwürdiger als sein allgemeines Änderungsinteresse im Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Besteller auch ohne eine Anordnung einen Anspruch auf die mängelfreie Herstellung hat (vgl. Rdnr. [78]), und er ohne das Anordnungsrecht also nur das Recht verliert auf den konkreten Inhalt der Herstellung Einfluss zu nehmen. Deshalb erscheint auch in diesem Fall die Beschränkung AGB-rechtlich zulässiger Änderungen auf die vorstehend dargelegten Fälle echter Unaufschiebbarkeit oder Geringfügigkeit ausreichend.

bb) Sonstige Änderungen der Frist

(1) Verlängerung

[105] Eine Verlängerung der Frist ist zunächst für den Fall zulässig, dass der Besteller Verhandlungen über sein Änderungsbegehren ernsthaft und endgültig verweigert oder ein ähnlich qualifizierter Fall (§§ 648a Abs. 2 und Abs. 3, 314 Abs. 2 und 3, 323 Abs. 2 BGB) vorliegt. Allerdings sind solche AGB-Klauseln des Unternehmers nur klarstellender Natur, weil für den Besteller die Berufung auf den Ablauf der gesetzlichen Verhandlungsfrist dann ohnehin in entsprechender Anwendung des § 162 BGB unzulässig ist und ein Anordnungsrecht selbst nach Ablauf der gesetzlichen Verhandlungsfrist nicht entsteht (vgl. Rdnr. [48]).

[106] Bei anderen in AGB eines Unternehmers geregelten Verlängerungen der Frist ist zunächst zu berücksichtigen, dass der 30-Tagesfrist Leitbildfunktion zumindest im Sinne einer „Maximalfrist“ zukommt. Die Phase vorheriger Verhandlungen soll nach dem Willen des Gesetzgebers das Baugeschehen jedenfalls nicht über Gebühr behindern (vgl. Rdnr. [87]). Eine Verlängerung der Frist könnte daher aufgrund der Vermutungswirkung dieses Leitbilds allenfalls bei gewichtigen Gründen für eine Abweichung zugunsten des Unternehmers als Verwender zulässig sein und würde zusätzlich voraussetzen, dass sie mit den schutzwürdigen Interessen des Bestellers vereinbar ist.¹²⁸

[107] Ein entsprechend gewichtiges Interesse des Unternehmers an der Verlängerung liegt unseres Erachtens nur vor, wenn die Ermittlung der Mehrkosten und eine anschließende Verhandlung innerhalb der gesetzlichen Frist nicht möglich sind; denn andernfalls muss sich der Unternehmer im Sinne der vom Gesetzgeber gewollten Beschleunigung um die Angebotslegung und Verhandlung innerhalb der Frist bemühen. Aber auch bei entsprechender zeitlicher „Unmöglichkeit“ dürfte

eine ausreichende Wahrung der schutzwürdigen Interessen des Bestellers angesichts der insofern klaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers und der abgeschwächten Schutzwürdigkeit des Unternehmers, der keinen Anspruch auf ein bestimmtes Einigungsergebnis hat (vgl. Rdnr. [66]), nur anzunehmen sein, wenn eine spätere Anordnung weder zu Verzögerungen beim Baugeschehen noch zu Mehrkosten führen kann; nur dann würde der

maßgebliche Grund für die entsprechende zeitliche Beschränkung des Erfordernisses vorheriger Verhandlungen nicht oder jedenfalls nicht vollständig eingreifen. Ohne derartige Beschränkungen hat das Beschleunigungsinteresse des Bestellers nach dem Willen des Gesetzgebers dagegen durchweg Vorrang und sind Verlängerungen der Frist deshalb unseres Erachtens AGB-rechtlich nicht zulässig.¹²⁹

(2) Verkürzung

[108] Auch eine Verkürzung der Frist in AGB des Bestellers ist – wie im umgekehrten Fall eine Verlängerung in AGB des Unternehmers (vgl. Rdnr. [105]) – bei ernsthafter und endgültiger Verweigerung von Verhandlungen durch den Unternehmer oder in ähnlich qualifizierten Fällen (§§ 648a Abs. 2 und Abs. 3, 314 Abs. 2 und 3, 323 Abs. 2 BGB) einer Verletzung der Kooperationsverpflichtung zulässig; entsprechende AGB-Klauseln haben auch hier nur klarstellende Natur, weil für den Unternehmer die Berufung auf das Erfordernis vorheriger Verhandlungen dann ohnehin in entsprechender Anwendung des § 162 BGB unzulässig ist (vgl. Rdnr. [48]).

[109] Baupraktisch sind solche Fälle allerdings eher selten. Vielmehr geht es bei der Verkürzung der 30-Tagesfrist in erster Linie um Fälle, in denen die Einhaltung der Frist entweder nicht praktikabel ist oder das vorgeschaltete Verhandlungsverfahren sich aus vom Unternehmer zu vertretenden Gründen unangemessen verzögert. In diesen Fällen ist nach der gesetzlichen Regelung keine Verkürzung der Frist oder ein an das Verhalten des Unternehmers anknüpfendes sofortiges Anordnungsrecht gegeben. Eine dafür erforderliche teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Verhandlungspflicht scheidet richtigerweise selbst bei einer Verletzung der Kooperationsverpflichtung durch den Unternehmer aus, solange nicht die Voraussetzungen entsprechend § 162 BGB vorliegen; sie wäre mit der gesetzgeberischen Zwecksetzung nicht vereinbar, nach der die vorherige Verhandlung gerade keine bloße Formalie darstellt (vgl. Rdnr. [88]).¹³⁰ Gleichwohl kann für den Besteller in solchen Konstellationen ein berechtigtes Interesse bestehen, in seinen AGB kürzere als die gesetzlichen Verhandlungsfristen vorzusehen.

[110] Das gesetzliche Leitbild nach § 650b BGB steht solchen Regelungen nicht entgegen, weil zu diesem Leitbild zwar das Verhandlungsgebot als solches gehört (vgl. Rdnr. [64] ff.), nicht aber die generalisierende und von den Besonderheiten des Einzelfalls abgelöste Abgrenzung der Verhandlungsfrist (vgl. Rdnr. [86]). Die AGB-rechtliche Beurteilung erfolgt daher anhand der Generalklausel nach § 307 Abs. 1 BGB. Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine umfassende Gewichtung und Abwägung der beiderseitigen Interessen¹³¹ voraus, wobei die gesetzliche Regelung als Orientierung dient¹³² und nach dem Normzweck und der Systematik der Gesamtregelung (vgl. Rdnr. [64] ff.) zu beachten ist, dass der Gesetzgeber den erforderlichen Einigungsversuch keineswegs als bloße Formalie betrachtet (vgl. Rdnr. [88]). Auf Seiten des Bestellers ist vor allem das Interesse an einer den zeitlichen und wirtschaftlichen Anforderungen entsprechenden Umsetzung der Änderung zu berücksichtigen, auf Seiten des Unternehmers ist es sein schutzwürdiges Interesse, seinen Vorschlag für die erforderliche Anpassung des Vertrags (Bauinhalt und Vergütung) nachvollziehbar aufzubereiten

und im Rahmen der Verhandlung dem Besteller mit dem Ziel einer einvernehmlichen Regelung vorzutragen und seine Interessen grundsätzlich im Rahmen von dem Konsensprinzip entsprechenden vorherigen Vertragsverhandlungen wahrzunehmen.

[111] Aus diesen Überlegungen lassen sich die Grundlinien für mögliche Verkürzungen der gesetzlichen Frist ableiten. Zum einen sind Abweichungen denkbar, wenn das Interesse des Unternehmers an den Verhandlungen durch sein eigenes Verhalten abgeschwächt wird, etwa weil er selbst gegen die gesetzliche Kooperationspflicht verstößt und das von ihm zu erstellende Angebot nicht innerhalb einer angemessenen Frist – dies wäre die nach § 271 BGB für die Erfüllung der Kooperationsverpflichtung maßgebliche – vorlegt. Die gesetzliche Folge in einem solchen Fall wäre zunächst nur, dass der Unternehmer den Besteller nach §§ 280, 249 BGB so zu stellen hätte, als wäre der Verpflichtung rechtzeitig nachgekommen worden. Eine wesentliche zusätzliche Folge in Form von Schadensersatz für eintretende Verzögerungskosten wäre dagegen aufgrund des bei rechtmäßigem Alternativverhalten des Unternehmers ebenfalls nicht vorhandenen Anspruchs auf Einigung nicht gegeben.¹³³ Damit würden Verletzungen des Kooperationsgebots aber weitgehend sanktionslos bleiben, was kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen dürfte. Im Sinne der grundsätzlichen Kooperationsverpflichtung erscheint daher zumindest bei Beachtung einer angemessenen Warnfunktion – etwa durch die Aufnahme einer Voraussetzung für die sofortige Anordnungsberechtigung, wonach der Unternehmer sich mit der Vorlage im Verzug befinden muss – zutreffend, in solchen Fällen die sofortige Anordnung zuzulassen.¹³⁴

[112] Ebenso wäre es mit Blick auf den Charakter der gesetzlichen Frist als generalisierende Festlegung ohne Bezug auf die Besonderheiten des Einzelfalls denkbar, dass in AGB eine Befugnis des Bestellers vorgesehen wird, für einzelne Schritte in der Verhandlungsphase jeweils angemessene Fristen zu setzen und bei Nichteinhaltung ein sofortiges Anordnungsrecht vorzusehen. Regelungen zur Strukturierung des Verhandlungsprozesses erscheinen – zumal bei komplexeren Bauvorhaben – im Hinblick darauf sinnvoll, dass die 30-Tagesfrist gesetzlich aufgrund der Vielzahl denkbarer Anwendungsfälle nicht näher ausgestaltet wird.¹³⁵ Dabei kann auch der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die generelle Frist von 30 Tagen in einfachen Fällen – gemessen an den berechtigten Anforderungen für eine Vorbereitung vertragsändernder Vorschläge – zu lang bemessen sein dürfte. Der Gedanke, dass der Gesetzgeber mit den gewählten 30 Tagen eine rechtssichere Frist gewählt hat, steht dem nicht entgegen, weil sich diese Frist nur auf die Gesamtdauer der Verhandlungen bezieht und es für gesetzlich geregelte Teilbeiträge der Parteien, wie etwa die Lieferung einer Planung durch den Besteller oder eines Angebots durch den Unternehmer, zur Feststellung einer pflichtgemäßen Kooperation bei der nach § 271 BGB zu bemessenden Frist verbleibt.

[113] Unzulässig wäre es demgegenüber, Anordnungen in AGB statt nach der gesetzlich vorgesehenen – kalendermäßig zu berechnenden – 30-Tagesfrist einfach insgesamt nach Verstreichen einer vom Besteller gesetzten „angemessenen“ Frist zuzulassen. Fraglich wäre hier bereits die ausreichende Transparenz einer solchen Regelung (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Davon unabhängig mag es zwar richtig sein, dass der (größere oder geringere) tatsächliche Zeitbedarf im Grundsatz ein berechtigtes Interesse des Klauselverwenders an der Änderung der Frist darstellen kann. Jedoch wird von der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber demgegenüber gerade eine einfach zu berechnende Frist gewählt hat, um Unsicherheit und Streit

zwischen den Parteien über die Berechnung angemessener Fristen zu vermeiden.¹³⁶ An dieser Entscheidung muss sich unseres Erachtens auch die AGB-rechtliche Beurteilung orientieren.¹³⁷

[114] In der Literatur wird deshalb vorgeschlagen, die Regelung mit der Einschränkung zu kombinieren, dass der Unternehmer berechtigt ist, in begründeten Fällen die Verlängerung auf die gesetzliche Frist von 30 Tagen zu verlangen.¹³⁸ Das erscheint vertretbar, wenn zu dem begründeten Fall konkret geregelt wird, dass der Unternehmer berechtigt vorzubringen hat, dass er aus betrieblichen Gründen zur Erstellung innerhalb der gesetzten Frist nicht in der Lage ist. Der Unternehmer ist zu einer solchen Darlegung ohne Weiteres in der Lage (oder muss es bei der zu erwartenden betrieblichen Organisation jedenfalls sein), so dass mit einer solchen Regelung auch der Überlegung einer grundsätzlich einfachen Handhabung ausreichend Rechnung getragen ist.

[115] Als Alternative wäre zwar vorstellbar, kürzere Fristen wiederum datumsmäßig bestimmbar vorzugeben. Dies würde aber auf die Schwierigkeit stoßen, dass sich die Regelung dann ihrerseits auf beschriebene Fallgruppen beziehen müsste, für die durchweg und ohne Rücksicht auf die jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls gilt, dass in allen für die Verkürzung vorgesehenen Fällen gerade (und nur) die jeweilige verkürzte Frist zur Bearbeitung erforderlich und angemessen ist; nur dann könnte im Rahmen der Bewertung nach § 307 Abs. 1 BGB das erforderliche berechnete Interesse des Klauselverwenders an einer solchen Regelung bestehen. Wie eine abstrakte Beschreibung solcher Frist bei einheitlicher Frist aussehen sollte, ist nicht ersichtlich. Liegen nicht andere, aus dem Normzweck des Verhandlungsgebots selbst herleitbare Gründe für eine Verkürzung der Frist vor – wie in den Fällen einer Verletzung der Kooperationsverpflichtung durch den Unternehmer (vgl. Rdnr. [111]) –, bestehen gegen eine Verkürzung der Frist ohne die Einschränkung, wonach der Unternehmer berechtigt sein muss, eine Verlängerung auf den aus betrieblichen Gründen zur Erstellung erforderlichen Zeitraum zu verlangen, deshalb unseres Erachtens regelmäßig durchgreifende AGB-rechtliche Bedenken.¹³⁹

c) Planung von Änderungen

aa) Anordnungsrecht ohne erforderliche Änderungsplanung

[116] Die Verpflichtung zur Vorlage einer Planung nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB gehört – als Bestandteil der vom Besteller im Rahmen seines Änderungsbegehrens geschuldeten Kooperation – ebenso zum gesetzlichen Leitbild der Regelung zur Verhandlungsphase, wie die inhaltliche Klarstellung des Gesetzgebers zur Verteilung der Planungsverantwortung für die Änderung und die Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Verpflichtung nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB (vgl. Rdnr. [67] ff.). Klauseln des Bestellers, die ein uneingeschränktes Anordnungsrecht vorsehen, obwohl der Besteller die für die Umsetzung der Änderung erforderliche Planung noch nicht vorgelegt hat, sind deshalb AGB-rechtlich zu beanstanden.

[117] Ein Anordnungsrecht des Bestellers kann in solchen Fällen auch nach Ablauf der 30-Tagesfrist allenfalls dann entstehen, wenn die fehlende Planung seitens des Bestellers nicht zugleich eine qualifizierte Verletzung der Kooperationspflicht darstellt (vgl. Rdnr. [48]), wobei in diesem Fall zu berücksichtigen ist, dass eine etwaige Verpflichtung des Bestellers zur Beistellung der Planung von der Frage der Entstehung eines Anordnungsrechts zu trennen ist (vgl. Rdnr. [52]). Liegt eine qualifizierte Pflichtverletzung vor, so entsteht kein Anordnungsrecht und

kann aufgrund der Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung sowohl nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB als auch nach §§ 648a Abs. 2 und Abs. 3, 314 Abs. 2 und Abs. 3, 323 Abs. 2 BGB ein Anordnungsrecht auch nicht durch AGB vorgesehen werden. AGB des Bestellers, die nach Ablauf der 30-Tagesfrist allgemein und ohne eine Ausnahme für den Fall, dass der Unternehmer aufgrund von Pflichtverletzungen des Bestellers Verhandlungen über die Änderung verweigern darf (vgl. Rdnr. [48]), ein Anordnungsrecht des Bestellers trotz nicht vorgelegter Planung vorsehen, sind deshalb unwirksam; denn auch sie widersprechen dem gesetzlichen Leitbild diametral.¹⁴⁰

bb) Klauseln zur Planung selbst

(1) Änderung der Planungsverantwortung

[118] Unwirksam ist aufgrund der Leitbildfunktion von § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB (auch) im Hinblick auf die inhaltliche Klarstellung zur Verteilung der Planungsverantwortung (vgl. Rdnr. [67] ff.) ebenso eine AGB des für die zu ändernde Planung verantwortlichen Bestellers, nach der bei einem von ihm erhobenen Änderungsbegehren diese Verpflichtung vollständig abbedungen oder eine Pflicht zur Angebotsvorlage ohne vorherige Vorlage einer Planung vorgesehen¹⁴¹ oder gar der Unternehmer dazu verpflichtet wird, die erforderliche Planung selbst zu erstellen. Solche Klauseln sind nur denkbar, soweit den Unternehmer nach dem Vertrag eine Planungsverantwortung oder -verpflichtung gerade auch für die zu ändernde Planung trifft.

[119] Dieselben Überlegungen gelten umgekehrt für AGB eines für die zu ändernde Planung verantwortlichen Unternehmers, mit denen ein wirksames Änderungsbegehren (entgegen der gesetzlichen Regelung, die das in § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB nur für die Verpflichtung zur Erstellung eines Kostenangebots vorsieht), die Vorlage eines Angebots (entgegen § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB) oder eine wirksame Anordnung (entgegen dem durch § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB klargestellten Rechtsgedanken der fortwirkenden Zuordnung der Planungsverantwortung – vgl. Rdnr. [44] f.) davon abhängig gemacht werden, dass der Besteller eine Änderungsplanung vorlegt.¹⁴² Soweit der Unternehmer die dem Vertrag zugrunde liegende und im Rahmen eines Änderungsbegehrens des Bestellers zu ändernde Planung selbst erstellt oder im Vertrag ihre Erstellung übernommen hat, trägt er auch bei berechtigten Änderungen durch den Besteller das Planungsrisiko, also insbesondere das Leistungs- und Vergütungsrisiko bei Planungsfehlern.

[120] Unwirksam sind generell alle Klauseln, mit denen der Umfang der vom jeweiligen Verwendungsgegner zur Verfügung zu stellenden Planunterlagen im Fall von Änderungen über das vertraglich Vereinbarte oder (im Fall des Bestellers als Klauselverwenders) wirksam nach § 650b BGB Angeordnete hinaus mehr als nur unwesentlich erweitert wird. Das folgt nicht nur aus der Abweichung vom gesetzlichen Leitbild nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB, sondern ergänzend auch daraus, dass mit einer solchen Regelung die vertragliche Risikoverteilung für Fehler der Planung (vgl. Rdnr. [67] ff.) grundlegend geändert wird. Die damit verbundene Überwälzung von Risiken, die nach dem Vertrag auch im Fall ansonsten berechtigter Änderungen eigentlich der selbst zur Planung verpflichtete

Klauselverwender (Besteller oder Unternehmer) zu tragen hat (Leistungs- und Vergütungsrisiko bei Fehlerhaftigkeit einer erstellten oder nach dem Vertrag noch zu erstellenden Planung), gefährdet aufgrund der damit einhergehenden Beschränkung wesentlicher Vertragspflichten den Vertragszweck (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

(2) Planungsverantwortung bei notwendigen Anordnungen

[121] Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für den Fall notwendiger Änderungen; denn die Regelung zu einer im Fall von Änderungen sich fortsetzenden Planungsverantwortung des Bestellers nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB gilt als gesetzliches Leitbild auch für eine etwa erforderliche Planung in diesem Anordnungsfall. Sie führt also auch dort zu der schon vor dem Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts in der Rechtsprechung geklärten Unwirksamkeit von (in der Praxis allerdings immer noch verbreiteten) Klauseln zur Überwälzung von Planungsrisiken aus einer vom Besteller erstellten und zur Vertragsgrundlage gewordenen Planung.¹⁴³

[122] Unwirksam sind aber nicht nur Klauseln, die den Verwendungsgegner zur Korrektur von Planungen verpflichten, für die der Klauselverwender nach dem Vertrag die Verantwortung trägt, sondern auch solche, durch die der Umfang der bei notwendigen Änderungen durch den Klauselverwender beizustellenden Planunterlagen mehr als nur unwesentlich eingeschränkt wird. Stellt sich bspw. die Fehlerhaftigkeit oder Unausführbarkeit einer vom Besteller für den geschlossenen Bauvertrag erstellten Entwurfsplanung heraus, so kann in AGB nicht geregelt werden, dass der Unternehmer die für ein mangelfreies und voll funktionstaugliches Bauwerk erforderlichen Änderungsleistungen ohne die Vorlage einer Änderungsplanung durch den Besteller und etwa (nur) gegen Erstattung von Mehrkosten bzw. Anpassung der Vergütung in eigener Verantwortung vorzunehmen hat.¹⁴⁴ Denn dadurch würde der Unternehmer gezwungen, die Ausführung auf der Grundlage eigener Überlegungen bzw. Planungen vorzunehmen und hätte damit auch die Risiken aus einem nochmaligen Fehlschlagen der – dann eigenen – Änderungsplanung zu tragen. Dies würde aber dem gesetzlichen Leitbild der Fortgeltung der vertraglichen Verteilung der Planungsverantwortung auch für erforderliche Änderungen widersprechen, wie es in § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB zum Ausdruck kommt.

[123] Die Tatsache, dass § 650b BGB grundsätzlich selbst im Fall der notwendigen Anordnung keine Verpflichtung des Bestellers zur Anordnung entnommen werden kann (vgl. Rdnr. [49] ff.),¹⁴⁵ steht dazu nicht in Widerspruch. Richtig ist zwar, dass der Unternehmer in den Fällen notwendiger Änderungen aufgrund seiner Erfolgsverpflichtung nach § 633 BGB auch bei mangelhafter Leistungsbeschreibung in der Regel ein funktionstaugliches Bauwerk herzustellen hat (vgl. Rdnr. [17]). Jedoch kann der Unternehmer, soweit für die Beseitigung eines Fehlers an vom Besteller zu verantwortenden, leistungsbeschreibenden Unterlagen die Erstellung einer Änderungsplanung nach den vertraglichen Vereinbarungen oder auch nur aus technischen Gründen erforderlich ist, die Mitwirkung des Bestellers an der Fehlerbehebung in Form der Beistellung dieser Planung verlangen, und zwar auch ohne eine Änderungsanordnung des Bestellers zum Inhalt der Fehlerbehebung (vgl. dazu bereits Rdnr. [52]); denn wenn der Unternehmer die zu ändernde Planung nicht selbst erstellt hat, ist ihm eine Übernahme von Risiken aus einer Fehlerbehebung an der Planung nicht zumutbar. § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB

stellt insofern klar, dass die materielle, ohnehin bestehende Verpflichtung des Bestellers auch bereits in der Phase der Verhandlungen über die vorzunehmenden Änderungen gilt.¹⁴⁶ AGB des Bestellers, die den Unternehmer in solchen Fällen ohne die Beistellung einer Änderungsplanung zur Nachbesserung verpflichten, sind deshalb auch im Fall notwendiger Anordnungen wegen des damit verbundenen Eingriffs in die vertragliche Verteilung der Planungsverantwortung nicht wirksam.

[124] Beruht eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung und das daraus resultierende Erfordernis einer Änderung auf einem Planungsfehler, den vertraglich der Unternehmer zu verantworten hat, so steht ihm nach § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB kein Anspruch auf Anpassung der Vergütung zu. Der Unternehmer kann in seinen AGB auch in diesem Fall seine Planungsverantwortung nicht einschränken (vgl. Rdnr. [119] f.) und daher weder die Mitwirkung des Bestellers an einer erforderlichen Änderungsplanung noch auch nur eine Anordnung der Änderung durch den Besteller verlangen. Vielmehr ist der Besteller in diesem Fall nach dem gesetzlichen Leitbild des § 650b Abs. 1 Satz 5 BGB im Rahmen seiner Kooperationspflicht allenfalls dazu verpflichtet, einem Änderungsvorschlag des Unternehmers zuzustimmen;¹⁴⁷ abweichende AGB des Unternehmers sind deshalb unwirksam.

(3) Geteilte Planungsverantwortung

[125] Die gesetzliche Regelung nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB ist im Fall einer zwischen dem Besteller und dem Unternehmer geteilten Planungsverantwortung – also etwa in dem baupraktisch sehr häufigen Fall, dass der Besteller die Entwurfsplanung zur Verfügung gestellt hat und der Unternehmer auf dieser Grundlage dann die Ausführungsplanung erstellen soll – richtigerweise so zu verstehen, dass sie den Besteller verpflichtet, soweit er die Planungsverantwortung trägt.¹⁴⁸ Ist im Beispielsfall also etwa die Entwurfsplanung des Bestellers fehlerhaft, so muss er eine erforderliche Änderung seiner Entwurfsplanung vornehmen und der Unternehmer hat dann auf dieser Grundlage die Änderung zu bearbeiten. AGB können dementsprechend bei geteilter Planungsverantwortung wiederum nur Regelungen treffen, mit denen die vertragliche Zuweisung nicht oder allenfalls unwesentlich geändert wird (vgl. Rdnr. [120]) und die demzufolge den „tatsächlichen vertraglichen Gegebenheiten entsprechende Haftungs- und Vergütungsfolgen vorsehen“.¹⁴⁹

d) Vorgaben zur Angebotslegung

aa) Vorlage eines Angebots

[126] Die Verpflichtung zur Vorlage eines Angebots nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB ist wesentlicher Bestandteil der vom Gesetzgeber vorgesehenen Kooperation im Vorfeld einer Anordnung und gehört zum gesetzlichen Leitbild (vgl. Rdnr. [67]); sie kann in AGB des Unternehmers daher nicht ausgeschlossen oder wesentlich eingeschränkt werden, wobei dieser Fall praktisch aufgrund der mit der 80 %-Regelung nach § 650c Abs. 3 BGB verbundenen Vorteile für den Unternehmer ohnehin kaum vorkommen dürfte.¹⁵⁰

bb) Inhalt des Angebots; insbesondere Vorgaben zur Preisbildung

[127] Relevanter sind Klauseln zum Inhalt des vorzulegenden Angebots. Dabei ist zur Auslegung von § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB allerdings davon auszugehen, dass an das Angebot keine inhaltlichen Anforderungen – insbesondere zur Art und Weise der Preisbildung – zu stellen sind, sondern grundsätzlich eine freie Neukalkulation der angebotenen Vergütung erfolgen kann; der Unternehmer hat schon nach dem Wortlaut nicht etwa Ermittlung des vermehrten oder verminderten Aufwands anzubieten, sondern vielmehr eine „Mehr- oder Mindervergütung“. Die Verhandlungsphase ist vielmehr – rechtlich konsequent – dem Bereich der Vertragsanbahnung bzw. Akquisition zuzuordnen, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil dem Unternehmer für die Erstellung des Angebots keine Vergütung zusteht.¹⁵¹ Inhaltlich besteht damit nur die Vorgabe, dass sich das Angebot auf die vorgelegte Planung beziehen und die Vergütung auf dieser Grundlage ausweisen muss. Es müssen also bspw. Preisangaben in einem vom Besteller aufgrund seiner Verpflichtung nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB zur Verfügung gestellten Leistungsverzeichnis – also in der dort berechtigterweise vorgegebenen Genauigkeit und Tiefe – gemacht werden.¹⁵²

[128] AGB des Unternehmers, mit denen der Inhalt des Angebots geregelt wird, müssen sich damit nur an diesen beschränkten gesetzlichen Anforderungen messen lassen. AGB-rechtlich problematisch könnten mit Blick auf die gesetzliche Kooperationsverpflichtung allenfalls Klauseln sein, mit denen der Inhalt über das beschriebene Maß hinaus so weit eingeschränkt wird, dass das Angebot nicht mehr sachgerecht überprüft und im Anschluss inhaltlich verhandelt werden kann; sie würden dem vom Gesetzgeber nicht als Formalie betrachteten (vgl. Rdnr. [88]) Kooperationsgedanken widersprechen.

[129] Umgekehrt wäre es in AGB des Bestellers zulässig, wenn eine im Wesentlichen an der ursprünglichen vertraglichen Aufgliederung der Preise orientierte Angebotsaufstellung gefordert wird, solange die Erstellung zugehöriger Leistungsbeschreibungen nicht – in Abweichung von § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB – überhaupt dem Unternehmer überbürdet wird; denn der Besteller hat an einer entsprechenden Aufgliederung zur Ermöglichung einer sachgerechten Prüfung ein berechtigtes Interesse und der Unternehmer hat sich auf die entsprechende Aufgliederung der Preisvereinbarung im Vertrag grundsätzlich einmal eingelassen. Allerdings dürfte es bei einer solchen AGB ausschließlich darum gehen, wie weit ein entsprechendes Angebot inhaltlich aufgegliedert werden muss, nicht aber – wie gesagt – etwa um eine Bindung an Kalkulationsgrundlagen aus der Preisvereinbarung für den unveränderten Vertrag; denn eine solche Bindung stünde im Widerspruch zum gesetzlichen Leitbild nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB und wäre aus diesem Grund unwirksam (vgl. Rdnr. [391] ff.). Zulässig wären also nur formale Anforderungen zur Tiefe der Aufgliederung der Preise mit dem Zweck, das Angebot einer sachgerechten inhaltlichen Prüfung unterziehen zu können; sie dienen ohne Bindung an die Vertragspreise im Kern nur der Schaffung preislicher Transparenz und damit dem grundsätzlichen Anliegen der hinter dem Verhandlungsgebot stehenden Verpflichtung zur Kooperation (vgl. Rdnr. [42]).

[130] Unzulässig sind unseres Erachtens demgegenüber Regelungen in AGB des Bestellers, wonach bereits in der Verhandlungsphase eine an § 650c Abs. 1 BGB orientierte Ausarbeitung des Angebots zu erfolgen hat. Zwar wird hierfür in der Literatur im Grundsatz zu Recht darauf hingewiesen, dass in dieser Regelung die letztendlich – im

Fall einer tatsächlich erfolgenden Anordnung – gesetzlich verbindliche Vorgabe für die Nachtragsvergütung zu finden ist und daher ein im Rahmen der Unvereinbarkeitsprüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB¹⁵³ als auch der Abwägung nach § 307 Abs. 1 BGB zu berücksichtigendes, berechtigtes Interesse des Bestellers bestehen kann, bereits in der Verhandlungsphase über diese Kosten informiert zu sein.¹⁵⁴ Auch erscheint es auf den ersten Blick merkwürdig, dass der Gesetzgeber die Parteien einerseits zur Einigung anhält, andererseits dann aber bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit jedwedes überhöhte Angebot des Unternehmers zulässig sein soll.¹⁵⁵

[131] Es ist jedoch zu bedenken, dass der Gesetzgeber – zum einen – für die Erstellung des Angebots keine Vergütung vorgesehen hat.¹⁵⁶ Vor allem bei inhaltlich komplexeren Änderungen würde deshalb die Vorgabe eines Angebots nach Maßgabe von § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB bedeuten, dass der Unternehmer ggf. erheblichen Aufwand in die Ermittlung tatsächlicher Kosten stecken müsste, für die er auch dann keine Gegenleistung erhält, wenn später keine Anordnung erfolgt und der Aufwand folglich für den Unternehmer komplett vergeblich war. Das mag für die dem Bereich der Akquisition zuzuordnende freie Angebotserstellung – wie wohl nicht unbedenklich, so doch – vertretbar sein, weil insofern davon ausgegangen werden kann, dass der Unternehmer ein grundsätzliches Interesse an der Ausführung hat. Bei vorgegebenen Anforderungen an die Preisbildung, die wesentlich von der üblichen Preisbildung in der Angebotsphase abweichen und zu erheblichem Aufwand führen können, ist das jedoch nicht vertretbar.

[132] Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Preisbildung in der Verhandlungsphase in der Regel auch noch erheblichen Kalkulationsrisiken ausgesetzt sein kann. Denn häufig werden einzelne – tatsächlich entstehende – Kosten erst später bei der Ausführung erkennbar oder erkannt. Müssten sie jedoch schon im Vorfeld angeboten werden und würde das Angebot angenommen, dann hätte der Unternehmer das Risiko zu tragen, obwohl er gesetzlich nach dem Leitbild des § 650c BGB davon durch die Erstattung der tatsächlichen Kosten gerade bewahrt werden soll; denn das Gesetz sieht vor, dass der Besteller, soweit er bereits die vertragliche Leistungsbeschreibung als Teil der Planung erstellt hat oder sonst die Verantwortung für die Planung trägt, für seine Änderung auch eine geänderte Planung übergeben muss (§ 650b Abs. 1 Satz 4 BGB) und demzufolge auch das Risiko einer vollständigen Beschreibung seiner Änderung zu tragen hat. Zudem soll es nach der gesetzlichen Regelungssystematik der §§ 650b, 650c BGB dem Unternehmer gerade freistehen, entweder eine Einigung zu treffen und damit ein Kalkulations- und Vergütungsrisiko einzugehen oder aber im Nachhinein – und ohne entsprechendes Risiko – die tatsächlich entstehenden Kosten vollständig ersetzt zu verlangen.

[133] Im Ergebnis sind solche Klauseln des Bestellers daher unseres Erachtens unwirksam.¹⁵⁷ Auch die grundsätzlich freie Angebotsbildung in der Verhandlungsphase gehört nach der Systematik und dem Normzweck der §§ 650b, 650c BGB zum gesetzlichen Leitbild; die Angebotslegung wird vom Gesetzgeber der – inhaltlich nur durch das Kooperationsgebot gebundenen – Akquisitionsphase zugeordnet.¹⁵⁸ Davon unabhängig würde der Unternehmer durch eine solche Regelung aufgrund der dargestellten erheblichen Nachteile durch eine Übernahme von Kalkulationsrisiken vor der Ausführung der Leistung unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 BGB).

cc) Entschädigungsklauseln für Mehraufwand des Unternehmers

[134] An die grundsätzliche Einordnung der Verhandlungsphase in die bindungsfreie Phase der Akquisition von Bauaufträgen und die damit verbundene Entscheidung des Gesetzgebers, dem Unternehmer für den ihm entstehenden Aufwand deshalb keinen Anspruch auf Entschädigung für den in dieser Phase entstehenden Mehraufwand zukommen zu lassen, knüpft sich die Frage, ob wenigstens insofern abweichende AGB des Unternehmers zulässig sind, in denen eine Entschädigung für die Angebotserstellung gefordert wird. Das wäre unseres Erachtens aufgrund der wesentlichen Bedeutung, die der Gesetzgeber der Kooperation der Vertragsparteien bei der vorherigen Verhandlung über Änderungen in seinem Regelungskonzept beimisst (vgl. Rdnr. [64] ff.), zu verneinen. Dabei ist auch die Wertung nach § 632 Abs. 3 BGB zu berücksichtigen, die von der Rechtsprechung (unseres Erachtens zu Recht) als wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung angesehen wird.¹⁵⁹ Denkbar sind solche Regelungen allenfalls dann, wenn sich der Unternehmer die Entschädigung nur für den Fall vorbehält, dass er ein über den Mindestinhalt nach § 650b Abs. 1 BGB hinausgehendes Angebot erstellt.

2. Regelungen zum Anordnungsrecht

[135] Zum Anordnungsrecht selbst sind Klauseln entweder in Richtung einer Ausweitung des Rechts über die sich aus der gesetzlichen Regelung ergebenden Beschränkungen hinaus (vgl. Rdnr. [136] ff.) oder einer Beschränkung ihres Gegenstands bzw. einer sonstigen Verschärfung der Anforderungen an ihre Ausübung (vgl. Rdnr. [165] ff.) denkbar. Weiter sind Regelungen zum Formerfordernis zu betrachten (vgl. Rdnr. [174] ff.). Eine spezielle Fragestellung stellen schließlich Klauseln zur Schaffung oder Regelung einer – nach der gesetzlichen Regelung eigentlich nicht bestehenden (vgl. Rdnr. [49] ff.) – Anordnungspflicht des Bestellers dar (vgl. Rdnr. [177] ff.).

a) Ausweitung des Anordnungsrechts

aa) Willkürliche Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB)

[136] Das Anordnungsrecht für willkürliche Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) betrifft nur den vereinbarten Werkerfolg. Eine allgemeine Grenze findet es bei Änderungen, die ihrer Natur nach keine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs mehr darstellen, sondern eine Kündigung des geschlossenen Vertrages, verbunden mit dem Wunsch ein anderes Bauwerk (aliud) zu errichten (vgl. Rdnr. [37]). Eine Ausdehnung in AGB über diesen zulässigen Inhalt hinaus und damit etwa die Zulassung der Anordnung eines Werkerfolgs, der ein aliud darstellt, verstößt gegen das gesetzliche Leitbild nach § 650b BGB und ist überdies verfassungsrechtlich nicht zulässig;¹⁶⁰ sie ist daher unwirksam. Als weitere Fälle von Ausweitungen kommen einerseits die Schaffung von Anordnungsrechten für Änderungen anderer Vertragsinhalte als des vereinbarten Werkerfolgs und andererseits Eingriffe in das Erfordernis der Zumutbarkeit in Betracht.

(1) Klauseln zur Anordnung von Änderungen der Art der Ausführung und der Leistungszeit

[137] Der Gesetzgeber hat das Anordnungsrecht bei willkürlichen Änderungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB auf diejenigen Inhalte einer vertraglichen Leistungsbeschreibung begrenzt, die den vom Unternehmer herzustellenden Werkerfolg betreffen; Regelungen zur Art der Ausführung, also etwa zu anderen als den eigentlichen Werkerfolg betreffenden Bauumständen, zu einem vereinbarten Bauablauf oder zur vertraglichen Bauzeit gehören damit nicht zu diesem änderbaren Werkerfolg (vgl. Rdnr. [39]).

[138] An der Änderung solcher Vertragsinhalte kann jedoch ein erhebliches Interesse bestehen, zumal sie häufig für die vertragliche Preisbildung von erheblichem Interesse sind. Wurde vom Besteller bspw. aufgrund drohender Nachbareinwände in der Leistungsbeschreibung vorgesehen, dass die Arbeiten zu bestimmten Tageszeiten nicht ausgeführt werden dürfen und erzielt der Besteller anschließend mit dem Nachbarn doch noch eine Einigung, so wäre eine entsprechende Anordnung des Bestellers zur Ausweitung der täglichen Arbeitszeit nicht möglich, und zwar auch dann nicht, wenn eine solche Änderung der Leistungsbeschreibung dem Unternehmer sogar noch weit eher zumutbar ist als eine inhaltliche Änderung der zu erbringenden Bauleistung. Ähnliches gilt, wenn auf der Baustelle mehrere Unternehmer tätig sind, die vom Besteller koordiniert werden müssen oder bei einer Einbindung der Bauarbeiten in eine parallel laufende Nutzung (Bauen im Bestand oder unter „rollendem Rad“).¹⁶¹ In diesem Fall kann eine Änderung bspw. zur Reihenfolge der Erbringung von Arbeiten, wenn diese Reihenfolge in der Leistungsbeschreibung vereinbart und daher im Grundsatz vertraglich verbindlich ist, ausschlaggebend für die effektive und wirtschaftliche Erbringung der vertraglichen Bauleistungen oder deren Durchführbarkeit überhaupt sein.¹⁶²

[139] Hinzu kommt, dass im Beispielsfall einer Einschränkung der täglichen Arbeitsdauer wegen betrieblicher Beschränkungen Änderungsanordnungen im Ergebnis zu kaum anderen Bindungen der betrieblichen Kapazitäten des betroffenen Unternehmers führen als dies bei einer Änderung des Werkerfolgs der Fall ist. Es macht für ihn in der Regel keinen wesentlichen Unterschied, ob es zu einer geänderten Bindung im Sinne einer zeitlichen Verlängerung des Einsatzes seiner Kapazitäten aufgrund einer Änderung des Werkerfolgs kommt oder dadurch, dass bspw. – gegenüber den ursprünglichen Inhalten des Vertrags – geänderte tägliche Arbeitszeiten angeordnet werden.

(a) AGB-rechtliche Bewertung

(aa) Vereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild nach § 311 Abs. 1 BGB

[140] Nach der hier vertretenen Auffassung gehört die Beschränkung des willkürlichen Änderungsrechts auf Änderungen des Werkerfolgs nicht zum gesetzlichen Leitbild (vgl. Rdnr. [73] ff.). Daher sind AGB zu einer auf die Art der Ausführung oder die Leistungszeit bezogenen Erweiterung des Anordnungsrechts unseres Erachtens jedenfalls mit Blick auf die Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des Anordnungsrechts des Bestellers nach

§ 650b BGB grundsätzlich denkbar, solange das einschränkende Erfordernis einer Zumutbarkeit solcher Anordnungen für den Auftragnehmer erhalten bleibt (vgl. Rdnr. [76]).¹⁶³ Der wesentliche Grundgedanke der gesetzlichen Regelung besteht nicht etwa in der der Beschränkung des willkürlichen Anordnungsrechts gerade auf Änderungen des Werkerfolgs. Er besteht vielmehr darin, dass aufgrund dem bei der Abwicklung von Bauverträgen typischerweise auftretenden Bedarf nach Änderungen Rechnung getragen und zumutbare Änderungen des Werkerfolgs auch ohne Zustimmung des Unternehmers ermöglicht werden sollten, weil ansonsten solche Änderungen überhaupt nicht oder jedenfalls nicht wirtschaftlich sinnvoll ausführbar wären (vgl. Rdnr. [70] ff.); dieser Gedanke ist auf andere Änderungen aber grundsätzlich übertragbar. Ein gesetzliches Leitbild nach § 650b BGB steht Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Zulässigkeit von Anordnungen betreffend die Art der Ausführung oder die vereinbarte Bauzeit daher nicht entgegen.

[141] Entscheidend ist für die AGB-rechtliche Beurteilung solcher Klauseln vielmehr das gesetzliche Leitbild nach § 311 Abs. 1 BGB bzw. eine an die Regelung anknüpfende Bewertung der schutzwürdigen Interessen des Unternehmers. Fehlt eine inhaltliche Beschränkung, so kann die mit einer Abweichung vom Einigungsgrundsatz verbundene Vermutung für die Unwirksamkeit¹⁶⁴ des insofern anwendbaren § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. Rdnr. [76]) von vorneherein nicht widerlegt werden und ist die Regelung daher unwirksam. Liegt eine entsprechende inhaltliche Beschränkung – etwa auf zumutbare Änderungen – vor, so ist allerdings gleichwohl zu berücksichtigen, dass der Unternehmer bei einem einseitigen Abrücken von abschließend vereinbarten und bestimmten Inhalten des Vertrags wesentlich schutzwürdiger ist als in vergleichbaren gesetzlichen Fällen einer einseitigen Gestaltung des Vertragsinhalts.

[142] Deshalb ist auch bei einer Bewertung von Klauseln mit inhaltlich beschränkten Änderungsvorbehalten anhand von § 307 Abs. 1 BGB (vgl. Rdnr. [76]) davon auszugehen, dass zwar ein bei dieser Abwägung zu berücksichtigendes Interesse des Bestellers an der Änderung im Grundsatz aufgrund der mit Änderungen des Werkerfolgs vergleichbaren Situation grundsätzlich schutzwürdig ist. Jedoch wird man für die im Rahmen von § 307 Abs. 1 BGB erforderliche Feststellung überwiegender Interessen des Verwenders davon ausgehen müssen, dass aufgrund der gleichwohl gegebenen besonderen Schutzwürdigkeit des Unternehmers bei einer einseitigen Änderung feststehender Vertragsinhalte ein erhebliches Gewicht der Gründe festgestellt werden muss, die für ihn sprechen. Das würde für entsprechende AGB-Klauseln bedeuten, dass sie einen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil für den Besteller als Voraussetzung enthalten und diese Anforderung transparent (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) definieren müssten, was vermutlich nicht leicht fallen wird.

[143] Als weitere Alternative kann die Vereinbarkeit jedoch auch dergestalt erreicht werden, dass dem gesetzlich vorgegebenen Schutzbedürfnis des Unternehmers in anderer und gleichwertiger Art und Weise Rechnung getragen.¹⁶⁵ Zieht man für die Wahrung des Schutzbedürfnisses die Bewertung der vergleichbaren Sachverhalte in § 308 Nr. 4 BGB und eben auch in § 650b BGB im Sinne der Zulässigkeit zumutbarer Änderungen heran (vgl. Rdnr. [9] f.), dann erscheinen entsprechende Klauseln im Grundsatz unter der Voraussetzung denkbar, dass sie – wie im gesetzlichen Anwendungsfall – auf das Kriterium der Zumutbarkeit für den Unternehmer abstellen. § 650b BGB kann nämlich auch keine negative Aussage etwa dahin entnommen werden, dass Anordnungsrechte für andere Änderungen als solche zum Werkerfolg nicht zulässig sein sollen; ein entsprechendes „negatives Leitbild“ nach § 650b BGB besteht nicht (vgl. Rdnr. [73] ff.).

[144] Zur konkreten Bewertung der Zumutbarkeit müsste allerdings zusätzlich auch noch den Besonderheiten der Interessenlage bei Klauseln zur Art der Ausführung und zur Leistungszeit Rechnung getragen werden. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass der Unternehmer nach der gesetzlichen Regelung in § 650b BGB zunächst nur mit willkürlichen Änderungen des Werkerfolgs rechnen muss; denn der Unternehmer hat die vertragliche Erfolgsverpflichtung für einen bestimmten Werkerfolg und dessen nach § 650b BGB zulässige Änderung übernommen. Deshalb sind an andere Änderungen und die damit verbundene erweiterte Bindung der Kapazitäten des Unternehmers generell höhere Anforderungen zu stellen. Einer davon unabhängigen weitergehenden Bindung seiner Kapazitäten müsste der Unternehmer im Grundsatz bei jedem von ihm nachgewiesenen und berechtigten betrieblichen Interesse widersprechen können, z.B. bei einer nach seinem unternehmerischen Ermessen bevorzugten Annahme eines anderen Auftrags. Wird die Zumutbarkeit in der Klausel entsprechend präzisiert, halten wir eine solche Regelung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht zuletzt mit Blick auf die Bewertung des vergleichbaren Falls in § 308 Nr. 4 BGB mit dem Grundgedanken von § 311 Abs. 1 BGB für vereinbar.

(bb) Änderungen der vertraglichen Leistungszeit

[145] Für die konkrete Ausgestaltung der AGB ist hinsichtlich der Anwendungsfälle von Anordnungen zur Bauzeit dann weiter zu differenzieren. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass für AGB zu diesem Gegenstand über das gesetzliche Leitbild nach § 650b BGB hinaus auch noch dasjenige der gesetzlichen Regelungen zur Leistungszeit nach § 271 BGB und zum Eintritt des Verzugs nach § 286 BGB zu berücksichtigen ist. Nach § 271 BGB bestimmt sich die vertragliche Leistungszeit zunächst nach der vereinbarten, hilfsweise nach den Umständen und einer daran orientierten, angemessenen Leistungszeit. Nachdem es bei angeordneten Änderungen keine vertragliche Vereinbarung zur Leistungszeit gibt, gilt damit die angemessene. Die Anordnung einer Leistungszeit, die mit Blick auf die zu erbringenden Leistungen nicht angemessen ist, wäre deshalb AGB-rechtlich zu beanstanden.

[146] Zudem wäre zu beachten, dass die Festlegung datumsmäßiger Fristen, die zu einem Eintritt des Verzugs ohne vorherige Mahnung führen können, an der Interessenbewertung nach § 286 BGB zu messen wäre. Danach wäre die einseitige Festlegung datumsmäßiger Fristen unseres Erachtens selbst dann, wenn die festgelegte Frist angemessen ist, eine unangemessene Benachteiligung des Unternehmers; denn der Eintritt des Verzugs ohne vorherige Mahnung und damit verbundene Warnung stellt nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Rechtsfolge dar, die dem Unternehmer nach der gesetzlichen Regelung aufgrund der mit dem Verzugsseintritt verbundenen einschneidenden Rechtsfolgen nur mit seinem Einverständnis zugemutet wird.

[147] Innerhalb dieses Rahmens ist ein Anordnungsrecht zu Bauablauf und Bauzeit unseres Erachtens jedoch denkbar. Die Tatsache, dass mit der Leistungszeit ein wesentlicher Gegenstand der sonst bestehenden unternehmerischen Dispositionsfreiheit betroffen ist, kann im Rahmen der umfassenden Zumutbarkeitsprüfung¹⁶⁶ ausreichend berücksichtigt werden; geltend gemachten berechtigten Interessen des Unternehmers ist danach in der Regel der Vorrang einzuräumen, was in der Klausel klargestellt sein muss.¹⁶⁷

(cc) Änderungen der Art der Ausführung

[148] Bei Anordnungen zur Art der Ausführung ist zu berücksichtigen, dass solche Anordnungen häufig den Kernbereich der unternehmerischen Dispositionsfreiheit betreffen, etwa das Herstellungs- und Mängelrisiko, wenn gegen eine Änderung bei der Art der Ausführung technische Bedenken geltend gemacht werden, oder die grundsätzliche Dispositionsfreiheit über den Einsatz der im Unternehmen vorhandenen Betriebsmittel, wenn bspw. der Einsatz eines bestimmten Geräts angeordnet werden soll. Auch in diesem Fall ist unseres Erachtens der Unternehmer jedoch durch die vorzunehmende – und wie vorstehend vorgeschlagene – Zumutbarkeitsprüfung ausreichend geschützt, soweit – wie oben (Rdnr. [144]) vorgeschlagen – der Vorrang jedes berechtigten betrieblichen Interesses des Unternehmers in der Klausel klargestellt wird. Eingriffe in wesentliche Kernbereiche der unternehmerischen Dispositionsfreiheit sind dann nicht zulässig; denn den berechtigten Interessen des Unternehmers ist der Vorrang einzuräumen.

[149] Soweit mit solchen Regelungen durch (mittelbare) Bezugnahme auf die Anforderung der „Zumutbarkeit“ ein inhaltlich noch nicht abschließend bestimmtes Kriterium im Rahmen einer AGB verwendet wird, steht dies einer entsprechenden Klausel unseres Erachtens zumindest dann nicht entgegen, wenn sie entsprechend präzisiert wird (vgl. Rdnr. [144]).

[150] Für dieses Ergebnis spricht auch die Wertungsparallele zu § 308 Nr. 4 BGB. Auch dort hat der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der Zumutbarkeit eine richterliche Bewertung ins Zentrum der AGB-rechtlichen Würdigung gestellt und diese Einordnung mit § 650b BGB aufgrund branchenspezifischer Anforderungen in eine generalisierende gesetzliche Regelung zum Bauvertragsrecht übertragen. Die mit der Ausfüllungsbedürftigkeit des Kriteriums der Zumutbarkeit verbundene Unsicherheit wird dem Unternehmer in beiden Fällen offenbar zugemutet. Das Regelungsmodell einer Zumutbarkeitsprüfung mit den sich ergebenden Unsicherheiten der Rechtsauslegung ist durch den Gesetzgeber mit der Einführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts also – über den Fall der Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB hinausreichend – aufgrund der branchentypischen als gesetzgeberischer Grundgedanke in das materielle Bauvertragsrecht überführt worden und daher auch für die AGB-rechtliche Interessenbewertung beachtlich.¹⁶⁸ Werden alle berechtigten Interessen des Unternehmers in der Klausel vorbehalten (vgl. Rdnr. [144]), bestehen deshalb unseres Erachtens AGB-rechtlich keine durchgreifenden Bedenken.

(dd) Keine entgegenstehende Wertung nach § 313 BGB

[151] Der in der Literatur gegen ein solches Verständnis vorgebrachte Einwand, dass „der Verwender durch die jeweilige Klausel die Möglichkeit erhält, über die Anpassung des Vertrags – wie sie beispielhaft in § 313 Abs. 1 Satz 1 BGB normiert ist – zu seinen Gunsten in Form des einseitigen Anordnungsrechts zu entscheiden und dadurch zugleich dem Klauselgegner jegliches rechtsgeschäftliches Mitspracherecht abzuschneiden“ und deshalb im „Ergebnis [...] auf diese Weise ein Kernbestandteil des Regelungsmodells des § 313 BGB abbedungen“ werde,¹⁶⁹ vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Denn die Fälle einer (sonstigen) Änderung der Art der Ausführung oder der Leistungszeit sind gerade nicht wie die Fälle des § 313 BGB dadurch gekennzeichnet, dass sie etwa nur Konstellationen betreffen, in denen ein Änderungsbedarf durch eine Änderung gemeinsamer

Grundlagen der Parteien für den Vertragsschluss entsteht. Vielmehr geht es um die weiterreichende Frage, ob Änderungen in diesem Bereich ganz allgemein deshalb zugelassen werden sollen, weil im Bauvertrag als einem auf längere Dauer angelegten Schuldverhältnis typischerweise ein nicht abschließend vorhersehbarer und als berechtigt anzuerkennender Änderungsbedarf entsteht, der bei voller Beachtung des Konsensualprinzips in aller Regel nicht umgesetzt werden könnte.

[152] Der Gesetzgeber hat diese Frage für die Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs entschieden¹⁷⁰ und dabei ein Regelungsmodell gewählt, wonach einseitige Änderungen zulässig sind und die an § 313 BGB angelehnte Zumutbarkeitsprüfung nicht etwa in dem in § 313 BGB vorgesehenen Konsensmodell – also als Anspruch auf Anpassung des Vertrags – behandelt wird, sondern als inzidente (und wesentliche) Voraussetzung der Zulässigkeit einer einseitigen Anordnung. Im Kern entspricht das – wie gesagt – auch einem bereits in § 308 Nr. 4 BGB abgebildeten Regelungs- und Wertungsmodell (vgl. Rdnr. [9] f.).

[153] Für Anordnungsrechte zu Änderungen der Art der Ausführung oder der Leistungszeit ist daher zu fragen, ob sich ein Bedürfnis für solche Anordnungen in vergleichbarer Weise stellt und daher ein berechtigtes Interesse für solche Anordnungen bestehen kann. Das ist unseres Erachtens der Fall; die konkrete Zulässigkeit klärt sich dann am Kriterium der Zumutbarkeit und den zu beachtenden berechtigten Interessen des Unternehmers, das in AGB nicht abbedungen werden kann (vgl. Rdnr. [155] ff.) und für das bei solchen Anordnungen – wie gesagt – besondere Anforderungen gelten (vgl. Rdnr. [141] ff.).

(b) Beschleunigungsanordnungen

[154] Speziell zur Frage sog. „Beschleunigungsanordnungen“ ergibt sich daraus ein geteiltes Bild. Grundsätzlich denkbar sind solche Klauseln, soweit sie nur Änderungen zur Art der Ausführung und zur Leistungszeit betreffen, die eine gegenüber den ursprünglichen vertraglichen Vereinbarungen zügigere Ausführung ermöglichen, ohne zugleich eine neue kalendarisch bestimmte Vertragsfrist festzulegen. Es kann damit durch eine entsprechende Anordnungsbefugnis bspw. der Einsatz zusätzlichen Geräts angeordnet werden, nicht aber die Einhaltung der beschleunigten Termine (vgl. Rdnr. [145]). Zur Zumutbarkeitsprüfung bei Beschleunigungsanordnungen wären bei der Formulierung der Klausel zudem die dargestellten, weiter reichenden Anforderungen im Sinne der Berücksichtigung berechtigter Interessen des Unternehmers zu beachten (vgl. Rdnr. [141] ff.).

(2) Klauseln zur Anforderung der Zumutbarkeit

(a) Abbedingen oder sonstige Abschwächung der Anforderung

[155] Die Anforderung der Zumutbarkeit ist nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen im Sinne eines dem Grundsatz der praktischen Konkordanz entsprechenden Interessenausgleichs zwingend und – neben der Vergütungsanpassung – erforderlich, um den einseitigen Eingriff des Bestellers in die nach Art. 12 GG geschützte negative Vertragsfreiheit zu rechtfertigen (vgl. Rdnr. [72]). Änderungen dieser Anforderung im Sinne jeder Art von Abschwächung oder Absenkung der Anforderung sind als AGB nicht wirksam.¹⁷¹

[156] Dies betrifft auch Klauseln, mit denen bspw. auch nur geregelt wird, dass eine in ihrer Wirksamkeit aufgrund der Frage der Zumutbarkeit für den Unternehmer streitige Anordnung zunächst ausgeführt werden muss und der Besteller bspw. die Vergütung vorstreckt oder sonst sicherstellt. Die Bezahlung des Mehrvergütungsanspruchs ist schon verfassungsrechtlich nur eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Anordnung.¹⁷² Hinzu muss immer die Vereinbarkeit mit den Interessen des Unternehmers im Sinne eines am Grundsatz der praktischen Konkordanz orientierten Interessenausgleichs kommen, die nur gegeben ist, wenn die Umsetzung der Anordnung dem Unternehmer zumutbar ist (vgl. Rdnr. [72]).

[157] Ebenso unzulässig ist es, die Zumutbarkeitsschwelle nach § 650b BGB durch die allgemein gültige nach § 275 BGB zu ersetzen, die mit dem Erfordernis eines groben Missverhältnisses zum Leistungsinteresse des Gläubigers einen deutlich strengeren Maßstab an die Unzumutbarkeit anlegt,¹⁷³ der im Rahmen der umfassenden Zumutbarkeitsprüfung und -abwägung nach § 650b BGB deutlich abgesenkt werden sollte (und im Hinblick auf die nach Art. 12 GG geschützte negative Vertragsfreiheit des Unternehmers: werden musste).¹⁷⁴

(b) Klauseln zur Beweislast

[158] Unzulässig sind schließlich auch Änderungen der Beweislast bei der Frage der Zumutbarkeit, wie sich aus § 309 Nr. 12 BGB ergibt, dem im unternehmerischen Rechtsverkehr bei der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB Indizwirkung zukommt.¹⁷⁵

(c) Präzisierungsklauseln

[159] In der Literatur wird teilweise vertreten, dass lediglich die „vollständige Abbedingung“ in AGB ausgeschlossen sein soll,¹⁷⁶ nicht aber eine Präzisierung, „solange die Klausel keine unangemessene Benachteiligung für den Vertragspartner des Verwenders mit sich bringt“. AGB-rechtlich ist es zutreffend, dass eine Abweichung vom

gesetzlichen Leitbild nicht zu einer absoluten Unwirksamkeit führt, sondern sich die sog. Unvereinbarkeitsprüfung anschließen würde.¹⁷⁷ Allerdings dürften solche – grundsätzlich somit vorstellbaren – Präzisierungsklauseln auf erhebliche kautelarjuristische Probleme stoßen; denn es müsste entweder immer und durchweg klargestellt sein, dass an der Anforderung der Zumutbarkeit allgemein nicht „gerüttelt“ werden soll oder es müsste eine Präzisierung auf Fallgruppen erfolgen, für die eine mit der Abweichung vom gesetzlichen Leitbild verbundene Vermutung der unangemessenen Benachteiligung widerlegt und zugleich sichergestellt werden kann, dass der mit der Anordnung verbundene Eingriff in die negative Vertragsfreiheit zu rechtfertigen ist.

[160] Klauseln zu wirtschaftlich geringfügigen Anordnungen – etwa eine feste Betragsgrenze für Mehrkosten „zumutbarer“ Anordnungen – erfüllen diese Anforderung nicht; denn auch für wirtschaftlich geringfügige Änderungen gibt es, wenn sie mit den Interessen des Unternehmers nicht vereinbar sind, keine Rechtfertigung des Eingriffs in die durch Art. 12 GG auch im Privatrechtsverkehr geschützte Vertragsfreiheit (vgl. Rdnr. [72]).

[161] Ähnliche Überlegungen dürften für Regelungen zu einer Festlegung von „immer zumutbaren“ Inhalten einer Anordnung gelten, also bspw. einer Regelung, wonach Änderungen des Fabrikats, solange das geänderte Fabrikat am Markt erhältlich ist, immer zumutbar sind. Denn entweder ergibt im Einzelfall aus diesem Grund die Interessenabwägung, dass die Zumutbarkeit gegeben ist oder es gibt doch ausnahmsweise Gründe, in denen dies nicht der Fall ist (etwa weil es immer Zweifel an der Eignung anderer Fabrikate geben kann). Allein diese Kontrollüberlegung dürfte dazu führen, dass „Präzisierungsregelungen“ AGB-rechtlich in aller Regel zum Scheitern verurteilt sind.

bb) Notwendige Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB)

(1) Klauseln zur Abschwächung der Anforderung der Notwendigkeit

[162] Im Fall notwendiger Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB) ist eine Ausweitung des Anordnungsrechts nur dergestalt vorstellbar, dass das Erfordernis der Notwendigkeit abgeschwächt wird und etwa auch Anordnungen zugelassen werden, die bspw. (nur) zweckmäßig oder geeignet sind, den Werkerfolg sicherzustellen. Mit einer solchen Regelung wird jedoch im Kern eine Änderung des Werkerfolgs angeordnet. Denn sie kann nur einschlägig sein, wenn es mehrere Möglichkeiten gibt, den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen und im Vertrag keine Festlegung auf eine dieser Möglichkeiten erfolgt ist. In diesem Fall ist der Unternehmer jedoch nach dem Vertrag frei, die ihm für geeignet erscheinende Möglichkeit zur Herbeiführung des Werkerfolgs zu wählen, weshalb ein Eingriff in dieses Leistungsbestimmungsrecht der Sache nach dann eine Änderung des Werkerfolgs darstellt, die an § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB zu messen ist.

[163] Entsprechende Ausweitungen des Anordnungsrechts für Änderungen nach der Nr. 2 sind daher an den für die Nr. 1 geltenden Anforderungen zu messen, was insbesondere bedeutet, dass die Anforderung der Zumutbarkeit in solchen AGB nicht abbedungen werden kann (vgl. Rdnr. [155] ff.) und in einer solchen AGB daher – soll sie wirksam sein – erhalten bleiben müsste. Ohne eine entsprechende Einschränkung sind entsprechende

Klauseln daher unwirksam; mit der Einschränkung laufen sie demgegenüber leer, weil sie dann nur das ohnehin bestehende Recht zu willkürlichen Anordnungen betreffen.

(2) Klauseln zur Erweiterung des abgegoltenen Leistungsinhalts auf notwendige Änderungsleistungen

[164] Unwirksam sind weiter auch Klauseln zum Leistungsinhalt des Bauvertrags, soweit sie den Anspruch auf Anpassung der Vergütung bei Leistungen dergestalt beschränken, dass die zur Behebung von Mängeln aufgrund einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung erforderlichen Mehrkosten von der vertraglichen Vergütung umfasst sein sollen. Sie sind in der Baupraxis häufig anzutreffen, wenn etwa formuliert wird, dass durch die vereinbarte Vergütung alle Leistungen abgegolten sein sollen, die für die mängelfreie Erstellung des Bauwerks erforderlich sind. Diese Regelung steht für den Fall einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB im Widerspruch zum gesetzlichen Leitbild (vgl. Rdnr. [82] f.); denn nach der gesetzlichen Regelung ist der Unternehmer bei einer entsprechenden Auslegung einer vereinbarten, aber fehlerhaften Leistungsbeschreibung zwar auf der Leistungsseite verpflichtet, den Fehler zu beheben und den funktionstauglichen Werkerfolg herzustellen, jedoch erhält er für die Änderung der Leistungsbeschreibung als Grundlage der Vergütung eine zusätzliche Vergütung. Solche AGB sind daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

b) Einschränkung des Anordnungsrechts

aa) Willkürliche Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB)

[165] Das willkürliche Anordnungsrecht des Bestellers gehört nach der hier vertretenen Auffassung zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Es stellt im Bauvertrag sicher, dass dem typischerweise auftretenden Änderungsbedarf Rechnung getragen werden kann und das aus dem Konsensprinzip resultierende Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien zugunsten der Umsetzung von Änderungen aufgehoben wird, soweit die Umsetzung dem Unternehmer zumutbar ist. Darin liegt ein tragender Gerechtigkeitsgedanke des Gesetzes.

[166] Ein vollständiger Ausschluss des Anordnungsrechts in AGB des Unternehmers ist deshalb nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.¹⁷⁸ Denkbar sind allenfalls Regelungen, mit denen das Anordnungsrecht erschwert oder beschränkt wird. Sie sind im Rahmen der nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei Eingriffen in das gesetzliche Leitbild erforderlichen Unvereinbarkeitsprüfung¹⁷⁹ und der dort stattfindenden umfassenden Interessenabwägung daraufhin zu überprüfen, ob aufgrund berechtigter Interessen des Unternehmers in den geregelten Fällen die gesetzliche Vermutung der unangemessenen Benachteiligung des Bestellers nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB widerlegt werden kann.

[167] Für die Kautelarpraxis ergeben sich daraus hohe Hürden für die zulässige Ausgestaltung solcher AGB. So dürfte es in aller Regel AGB-rechtlich nicht zulässig sein, feste Betragsgrenzen für den Mehrvergütungsanspruch

vorzusehen, ab denen dann bei besonders hohen Mehrkosten eine Anordnung generell unzulässig ist.¹⁸⁰ Denn die Tatsache, dass auch besonders umfangreiche und teure Änderungen angeordnet werden können, soweit sie dem Unternehmer zumutbar sind, bedeutet auch, dass dem Unternehmer die Ungewissheit über den Vergütungsanspruch auch in diesen Fällen vom Gesetzgeber zugemutet wird, weil er die Sicherheit hat, tatsächliche Mehrkosten einschließlich angemessener Zuschläge für die Leistung zu erhalten.

[168] Erforderlich wäre daher die Anknüpfung an weitergehende Qualifizierungsmerkmale, bei deren Erfüllung ein vom Gesetzgeber und im Rahmen der gesetzlichen Zumutbarkeitsprüfung nicht abschließend gewürdigtes Interesse des Unternehmers besteht, einseitige Anordnungen nicht zuzulassen. So wäre etwa daran zu denken, dass Anordnungen nicht zugelassen werden, die bei sachgerechter Planung durch den Besteller vorherzusehen waren. Allerdings ist in solchen Fällen zu bedenken, dass aufgrund der im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung nach § 650b Abs. 2 i.V.m. § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB gebotenen umfassenden Interessenabwägung dieser Aspekt schon im Rahmen eben dieser Zumutbarkeitsprüfung dazu führen kann, dass die Anordnung nicht zulässig ist.¹⁸¹ Soweit dies aber ausnahmsweise doch der Fall ist, etwa weil keine erheblichen Nachteile oder Interessen des Unternehmers entgegenstehen,¹⁸² ist auch die gesetzliche Vermutung einer ungemessenen Benachteiligung des Bestellers durch den Ausschluss des Anordnungsrechts nicht widerlegt.

[169] Ähnliche Überlegungen gelten für Regelungen, durch die einzelne Inhalte von Änderungsanordnungen des Bestellers beschränkt werden, bspw., weil der Unternehmer auf deren Ausführung nicht eingerichtet ist oder weil für bestimmte Inhalte denkbarer Änderungen ausgeschlossen werden kann, dass es ein Bedürfnis dafür gibt.¹⁸³ Auch hier dürfte das praktische Bedürfnis fraglich sein, weil eine erteilte Änderungsanordnung dem Unternehmer entweder ohnehin nicht zumutbar ist oder aber – soweit dies ausnahmsweise doch der Fall sein sollte – die Vermutungswirkung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für diese speziellen Fälle nicht ausgeräumt werden kann und sich deshalb wiederum die gesetzgeberische Wertentscheidung durchsetzt, nach der Änderungsanordnungen im Bauvertrag in den Grenzen der Zumutbarkeit zulässig sein sollen.¹⁸⁴ Im Ergebnis erscheinen AGB-rechtlich wirksame beschränkende Regelungen des Unternehmers daher kaum vorstellbar; der Unternehmer ist durch die gesetzliche Anforderung der Zumutbarkeit umfassend und in einer Weise geschützt, die ein Erfordernis für ergänzende (und das Anordnungsrecht noch weiter einschränkende) Regelungen ausschließen dürfte.

bb) Notwendige Änderungen (§ 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB)

[170] Im Fall notwendiger Anordnungen geht es um Änderungen der vereinbarten Leistungsbeschreibung, die erforderlich werden, weil die in der Leistungsbeschreibung beschriebene Art der Ausführung zur Herstellung der Funktionstauglichkeit für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung nicht ausreichend ist und das so hergestellte Werk deshalb mangelhaft wäre (vgl. Rdnr. [17]). Bei AGB des Unternehmers, in denen das Recht des Bestellers zur Anordnung in diesem Fall eingeschränkt wird, ist zwischen solchen, die zu einer Einschränkung der bauvertraglichen Erfolgspflicht führen und anderen, bei denen lediglich der Einfluss auf die konkrete Art der Ausführung eingeschränkt wird, zu unterscheiden.

(1) Regelungen mit Einschränkung der bauvertraglichen Erfolgsverpflichtung

[171] AGB des Unternehmers, die Anordnungen zur Änderung der Leistungsbeschreibung in den Fällen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB (zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderliche Änderungen) in der Weise ausschließen, dass zugleich der Unternehmer berechtigt sein soll, das Werk nur wie ursprünglich beschrieben – und damit nicht funktionstauglich bzw. zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs nicht geeignet – herzustellen, schränken die werkvertragliche Erfolgsverpflichtung des Unternehmers ein; sie sind deshalb schon nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

(2) Mehrere gleichwertige Ausführungsvarianten

[172] Denkbar sind damit allenfalls AGB-Klauseln des Unternehmers, die für den Fall, dass es bei mangelhafter oder ungeeigneter Leistungsbeschreibung als Ersatz mehrere gleichwertige Ausführungsvarianten gibt (die alle geeignet sind, den vereinbarten Werkerfolg zu erreichen), das Wahlrecht beim Unternehmer belassen. Solche Klauseln werden in der Literatur für zulässig gehalten.¹⁸⁵ Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass es im Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB der wesentliche Zweck des Anordnungsrechts des Bestellers ist, ihm die Entscheidung über die Umsetzung erforderlicher Änderungen der Leistungsbeschreibung zu überlassen,¹⁸⁶ nachdem er ohnehin die wirtschaftlichen Folgen der Änderung in Form der entstehenden Mehrkosten zu tragen hat (vgl. Rdnr. [62]). Auch die Zuordnung der Entscheidungsbefugnis bei notwendigen Änderungen zum Besteller gehört daher zum gesetzlichen Leitbild (vgl. Rdnr. [78] ff.).

[173] Eine abweichende AGB des Unternehmers hätte daher die Vermutungswirkung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Rahmen der Unvereinbarkeitsprüfung¹⁸⁷ zu widerlegen, was allenfalls in eng beschränkten Ausnahmefällen gelingen dürfte. Es müsste ein in der jeweiligen AGB abstrakt definiertes, berechtigtes Interesse des Unternehmers bestehen, nur ganz bestimmte abweichende Ausführungsarten verwenden zu müssen, bspw., weil es sich dabei um regelmäßig eingesetzte und bewährte Verfahren handelt. Nachdem die Nr. 2 jedoch im Kern Fälle „übersehener“ Mängel der Leistungsbeschreibung betrifft, dürften solche AGB kaum je im Vorfeld identifizierbar sein. Am ehesten wären daher noch negative Regelungen denkbar, wonach bestimmte Ausführungsarten – etwa aufgrund bestehender negativer Erfahrungen des Unternehmers – als Gegenstand notwendiger Anordnungen nach der Nr. 2 ausgeschlossen werden, soweit ebenso geeignete Alternativen zur Verfügung stehen.

c) Regelungen zum Formerfordernis

[174] Für Verschärfungen der gesetzlichen Textform gilt das Klauselverbot nach § 309 Nr. 13 BGB, das allerdings im unternehmerischen Verkehr keine Indizwirkung hat.¹⁸⁸ Dort ist es deshalb eine Frage der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, ob eine ausreichende Rechtfertigung für eine Erschwerung der Formanforderungen – bspw. in Richtung der vereinbarten Schriftform – vorliegt. Dabei gehört das Erfordernis der Textform nach der hier vertretenen

Auffassung allerdings mit Blick auf Erschwerungen der Form nicht zum gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB; denn es bezweckt in erster Linie den in die gegensätzliche Richtung weisenden Übereilungsschutz und den Aspekt der Rechtssicherheit, den Verschärfungen ebenso erfüllen (vgl. Rdnr. [90]).

[175] Im unternehmerischen Verkehr kann deshalb die Vorgabe eines Schriftformerfordernisses AGB-rechtlich grundsätzlich zulässig sein. Zu beachten ist allerdings, dass in der Klausel die schärfere Form hinreichend klar in die Richtung formuliert sein muss, dass dadurch nicht auch konkludente Änderungsvereinbarungen mit umfasst werden, die AGB-rechtlich bei einer einseitigen und von den sonstigen Regelungen im Vertrag abweichenden Ausgestaltung problematisch sein können.¹⁸⁹

[176] In der umgekehrten Richtung – also bei einer Abschwächung der Formanforderung – gehört das Erfordernis der Textform demgegenüber nach der hier vertretenen Auffassung im Hinblick auf die vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtssicherheit über die Ausübung des Gestaltungsrechts zur Änderung des Vertrags und den Übereilungsschutz zugunsten des Bestellers zum gesetzlichen Leitbild (vgl. Rdnr. [89]). AGB zur Änderung des gesetzlichen Formerfordernisses sind daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB regelmäßig unwirksam.¹⁹⁰ Ohne Beachtung der Form erfolgte Anforderungen können damit nur dann zu einer Änderung des Vertrags führen, wenn sie vom Unternehmer berücksichtigt und vollzogen werden und deshalb im Einzelfall die Anforderungen an eine konkludente Änderungsvereinbarung gegeben sind.

d) Anordnungspflicht des Bestellers bei notwendigen Änderungen in AGB des Unternehmers

[177] Aus § 650b Abs. 2 BGB ergibt sich richtigerweise keine Verpflichtung des Bestellers zur Anordnung, und zwar auch nicht im Fall notwendiger Anordnungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB (vgl. Rdnr. [49] ff.). Es fragt sich daher, ob eine solche Verpflichtung durch AGB des Unternehmers begründet werden kann. Dabei ist unseres Erachtens davon auszugehen, dass die Ausgestaltung als bloße „Kann-Regelung“ nicht zum gesetzlichen Leitbild des § 650b BGB gehört (vgl. Rdnr. [91]). Zugleich kann ein berechtigtes Interesse des Unternehmers an einer Entscheidung des Bestellers durchaus gegeben sein.

[178] Gleichwohl dürfte die Schaffung einer uneingeschränkten Anordnungsverpflichtung den Besteller in aller Regel unangemessen benachteiligen, weil er in diesem Fall sämtliche Verzögerungen hinzunehmen hätte, die mit dem gesetzlich vorgesehenen Einigungsverfahren über die notwendige Änderung verbunden sind. Entsprechende Regelungen müssten deshalb insofern Ausnahmen vorsehen oder dem Besteller im Fall drohender Nachteile aus einer Verzögerung zumindest ein sofortiges Anordnungsrecht einräumen, was in AGB des Unternehmers möglich wäre, weil sie den Verwendungsgegner lediglich begünstigen würde.

[179] Die umgekehrte Regelung in AGB eines Bestellers, wonach keine Verpflichtung zur Anordnung besteht, ist nach der hier vertretenen Auffassung demgegenüber unproblematisch, weil eine solche Verpflichtung – wie gesagt – bereits nach der gesetzlichen Rechtslage nicht besteht. Sie dürfte im Übrigen aber auch dann keine

unangemessene Benachteiligung des Unternehmers darstellen, wenn man der hier vertretenen Auffassung nicht folgen wollte.¹⁹¹

IV. Anordnungsrechte nach der VOB/B

[180] Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie § 308 Nr. 1a und 1b BGB findet nach § 310 Abs. 1 BGB nicht statt, wenn die VOB/B „ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist“. Das ist in der Praxis überaus selten und die nachstehend dargestellte Inhaltskontrolle von Regelungen der VOB/B zum Anordnungsrecht des Bestellers am Maßstab (auch) des gesetzlichen Bauvertragsrechts daher die Regel.

[181] Besonderheiten werden für die Anwendung des AGB-Rechts auf die VOB/B in der Literatur insofern vertreten, als es sich um ein kollektiv ausgehandeltes Regelwerk handelt, für das deshalb zahlreiche allgemein in der Rechtsprechung anerkannte Grundsätze, wie etwa derjenige der kundenfeindlichsten Auslegung bei der Inhaltskontrolle,¹⁹² keine Anwendung finden sollen.¹⁹³ Die dabei in Bezug genommene Rechtsprechung des I. Zivilsenats des BGH zu transportrechtlichen Regelwerken, nämlich den ADSp¹⁹⁴ und den AGNB,¹⁹⁵ kann auf die VOB/B indessen richtigerweise nicht übertragen werden; denn für dieses Regelwerk gab es zwar ebenfalls ältere Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH, die in eine ähnliche Richtung gegangen ist.¹⁹⁶ Jedoch beruhte diese Rechtsprechung zum früheren AGBG – übrigens ganz ähnlich der Argumentation des I. Zivilsenats des BGH im Transportrecht –¹⁹⁷ auf der Überlegung, dass die VOB/B dann, wenn sie ohne wesentliche Änderung vereinbart wurde, ein Regelwerk darstellt, das einen „im ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen“ beider Vertragsparteien enthält.¹⁹⁸

[182] Dieser Sachverhalt ist nunmehr jedoch in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB gesetzlich (und abschließend) geregelt, und zwar dahin, dass das AGB-Recht (nur dann) keine Anwendung findet, wenn es „ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist“. Das beruht genau auf der für kollektiv ausgehandelte Regelwerke zum AGB-Recht in der älteren Rechtsprechung des BGH zur VOB/B herangezogenen Überlegung, dass dieses kollektiv ausgehandelte Regelwerk dann (und nur dann) auch AGB-rechtlich hingenommen werden kann, wenn die kollektiv ausgehandelten Vor- und Nachteile im Wesentlichen unberührt bleiben und der Verwender sich demgegenüber keine einseitigen Sondervorteile verschaffen will. Ist das nicht der Fall, gilt nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB im Gegenschluss uneingeschränkt das AGB-Recht und kann sich der Verwender, der einzelne Regelungen nicht gegen sich gelten lassen will, eben auch nicht auf eine vorgeblich darüber hinausgehende – gesetzlich nicht vorgesehene – Privilegierung der VOB/B im AGB-Recht berufen.

[183] Der Gesetzgeber hat sich zur Frage von Anordnungsrechten des Bestellers im gesetzlichen Bauvertragsrecht im Übrigen sogar ausdrücklich dagegen entschieden, zugunsten der in der VOB/B vorgesehenen Anordnungsrechte eine über die bereits bestehende Regelung in § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB hinausgehende Privilegierung bei unveränderter Vereinbarung (nur) der diesbezüglichen Regelungen in § 1 VOB/B zu schaffen.¹⁹⁹ Auch das kann nur bedeuten, dass außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB Anordnungsrechte nach der VOB/B der uneingeschränkten Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen.

1. § 1 Abs. 3 VOB/B

a) AGB des Bestellers

[184] Während die Wirksamkeit von § 1 Abs. 3 VOB/B in AGB des Bestellers vor dem Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts umstritten war, geht seit dem 01.01.2018 die herrschende Meinung zu Recht davon aus, dass die Regelung einer Inhaltskontrolle jedenfalls nach neuem Recht nicht (mehr) standhält.²⁰⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung gilt dies bereits deshalb (und galt daher auch schon vor Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts),²⁰¹ weil es in der Regelung an der gebotenen Einschränkung des Anordnungsrechts auf dem Unternehmer zumutbare Anordnungen fehlt.

[185] Zutreffend ist zwar, dass die herrschende Meinung in der Literatur eine entsprechende Beschränkung im Wege der Auslegung auch für Anordnungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B für anwendbar hält.²⁰² Ein solches Verständnis steht jedoch in einem offenkundigen Widerspruch zu dem insofern eindeutigen Wortlaut von § 1 Abs. 3 VOB/B, der eine solche Einschränkung nicht enthält. Auf die Frage, ob der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung²⁰³ auf die Kontrolle der VOB/B überhaupt Anwendung findet (vgl. Rdnr. [181] ff.),²⁰⁴ kommt es deshalb hier gar nicht an.

[186] Unbeschadet dessen ergibt sich die Unwirksamkeit von § 1 Abs. 3 VOB/B aber ohnehin auch bereits daraus, dass dort das zum gesetzlichen Leitbild gehörende (vgl. Rdnr. [64] ff.) vorherige Einigungsverfahren und die gesetzlich vorgesehene 30-Tagesfrist vollständig abbedungen werden, und zwar ohne Einschränkung auf unaufschiebbare Fälle oder andere denkbare Ausnahmeregelungen (vgl. Rdnr. [96] ff., [106] ff.). Schließlich folgt sie nach der hier vertretenen Auffassung auch aus der Abbedingung des zum gesetzlichen Leitbild gehörenden Formerfordernisses für die Anordnung (vgl. Rdnr. [176]).

b) AGB des Unternehmers

[187] In AGB des Unternehmers gilt im Ergebnis dasselbe. Zwar ist in diesem Fall sowohl die Abbedingung des Zumutbarkeitserfordernisses als auch des vorherigen Einigungsverfahrens unbedenklich, weil diese Regelungen in erster Linie den Unternehmer schützen. Das gilt jedoch nicht für das Formerfordernis, das nach der hier vertretenen Auffassung zum gesetzlichen Leitbild gehört (vgl. Rdnr. [176]).

[188] Zudem wäre in AGB des Unternehmers aber auch der Gegenstand des Anordnungsrechts bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung beschränkt, weil er sich dort nur auf „Änderungen des Bauentwurfs“ bezieht. Bei Zugrundelegung der im Rahmen der Inhaltskontrolle gebotenen²⁰⁵ kundenfeindlichsten Auslegung wäre darunter nur die dem Bauvertrag zugrunde liegende Entwurfsplanung zu verstehen, nicht aber sonstige vertragliche Beschaffenheitsvereinbarungen, mit denen der Werkerfolg anders als durch eine vereinbarte Planung beschrieben wird. Daher würde mit der Regelung in AGB des Unternehmers das zum Leitbild gehörende (vgl. Rdnr. [70] f.)

Recht des Bestellers zur Anordnung willkürlicher Änderungen beschränkt, ohne dass dies – mangels näherer Ausgestaltung – in allen erfassten Fällen durch berechnigte Interessen des Unternehmers gedeckt wäre; deshalb wäre die Regelung auch aus diesem Grund bei Verwendung durch Unternehmer unwirksam (vgl. Rdnr. [165] ff.).

2. § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B

a) AGB des Bestellers

[189] Die vorstehenden Überlegungen zur Unwirksamkeit von § 1 Abs. 3 VOB/B in AGB des Bestellers im Rahmen der Inhaltskontrolle gelten sinngemäß auch für § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B. Denn § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B weicht insofern von der gesetzlichen Regelung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB ab, als dort – zum einen – das Merkmal der Notwendigkeit durch dasjenige der Erforderlichkeit ersetzt wird und – zum anderen – in § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B bereits die Erforderlichkeit zur „Ausführung der vertraglichen Leistung“ für eine Anordnung ausreichend ist und somit nicht an die Notwendigkeit zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs angeknüpft wird.

[190] Für beide Merkmale – sowohl die bloße Erforderlichkeit als auch den Bezug lediglich auf die vertragliche Leistung – ist bei Zugrundelegung der im Rahmen der Inhaltskontrolle gebotenen²⁰⁶ kundenfeindlichsten Auslegung aber ein Verständnis denkbar, wonach sich dieses Anordnungsrecht nicht mehr nur auf Änderungen bezieht, die zur Sicherstellung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind und bei denen es sich daher im Kern um willkürliche Änderungen handelt. Dies betrifft bspw. den Fall übersehener Leistungen²⁰⁷ oder von Leistungen, die nur erforderlich werden, weil sie für nach § 1 Abs. 3 VOB/B angeordnete Entwurfsänderungen ausgeführt werden müssen und deshalb in der Literatur ebenfalls als von § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B gedeckt angesehen werden.²⁰⁸ § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB betrifft demgegenüber vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber hier – anders als bei den willkürlichen Anordnungen nach Nr. 1 – auf das Erfordernis der Zumutbarkeit verzichtet hat, im Sinne eines gesetzlichen Leitbilds nur im engeren Sinn notwendige und nicht etwa nur dem Werkerfolg dienliche oder für ihn zweckmäßige Leistungen (vgl. Rdnr. [23], [81]).²⁰⁹

[191] § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B enthält jedoch als Beschränkung der Anordnungsbefugnis keine allgemeine Beschränkung auf zumutbare Anordnungen, sondern vielmehr lediglich die Beschränkung, dass die Anordnungen vom Unternehmer nicht ausgeführt werden müssen, „wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist“. Damit sind aber nicht alle Fälle von Unzumutbarkeit erfasst und wird deshalb die Anordnungsbefugnis auf vertragliche Leistungen bezogen, für die bei kundenfeindlichster Auslegung keine Beschränkung auf zumutbare Änderungsleistungen besteht. Durch § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B werden damit willkürliche Änderungen ermöglicht, ohne dass die Zumutbarkeit und damit die für diesen Fall zum gesetzlichen Leitbild gehörende – und durch AGB nicht abdingbare (vgl. Rdnr. [155] ff.) – Einschränkung nach § 650b Abs. 2 Satz 2 BGB beachtet wäre. In AGB des Bestellers ist § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B daher unwirksam.²¹⁰

b) AGB des Unternehmers

[192] In AGB des Unternehmers ergibt sich die Unwirksamkeit des § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B demgegenüber bereits daraus, dass mit der Regelung die werkvertragliche Erfolgsverpflichtung auch in den Fällen beschränkt wird, in denen der Unternehmer für zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendige Änderungen weder ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 BGB hat noch sonst eine Auslegung des Vertrags ergibt, dass die notwendige Änderung ausnahmsweise nicht zur Erfolgsverpflichtung des Unternehmers gehört;²¹¹ denn in § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B ist als Beschränkung vorgesehen, dass das Anordnungsrecht voraussetzt, dass der Betrieb des Unternehmers auf derartige Leistungen eingerichtet ist, was von der gesetzlichen Regelung abweicht. Eine Verwendung der VOB/B wäre aber bei der im Rahmen der Inhaltskontrolle gebotenen²¹² kundenfeindlichsten Auslegung so zu verstehen, dass die Änderung vom Besteller überhaupt nicht verlangt werden kann und vom Unternehmer daher auch nicht erbracht werden muss. Deshalb entzieht sich der Unternehmer mit der Regelung nicht nur in den seltenen Ausnahmefällen seiner Leistungspflicht, in denen eine Auslegung des vereinbarten Werkerfolgs ergibt, dass bestimmte Ausführungsarten überhaupt nicht von der vertraglichen Leistungsverpflichtung umfasst sind,²¹³ sondern generell für jedwede erforderliche Änderung. Das widerspricht dem gesetzlichen Leitbild sowohl von § 275 BGB als auch von § 650b BGB.²¹⁴

3. § 4 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B

[193] § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B ermöglicht nach zutreffendem Verständnis nur rein deklaratorische Anordnungen und ist damit insbesondere dann unanwendbar, wenn der Unternehmer berechtigte Bedenken gegen die technische Eignung oder auch nur die Zweckmäßigkeit geltend gemacht hat.²¹⁵ Gegen die Regelung bestehen daher keine AGB-rechtliche Bedenken.

[194] Demgegenüber ermöglicht § 4 Abs. 1 Nr. 4 VOB/B es dem Besteller, sich über berechtigte Bedenken des Unternehmers durch vertragsändernde Anordnungen hinwegzusetzen²¹⁶ und sieht als Beschränkung nur entgegenstehende „gesetzliche oder behördliche Bestimmungen“ vor, nicht aber das zum gesetzlichen Leitbild bei willkürlichen Änderungen gehörige Merkmal der Zumutbarkeit für den Unternehmer. Die Regelung hält daher in AGB des Bestellers einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ebenso wenig stand, wie § 1 Abs. 3 VOB/B (vgl. Rdnr. [184] ff.). In AGB des Unternehmers ist sie dagegen unbedenklich, weil das fehlende Erfordernis der Zumutbarkeit nur den Unternehmer schützt (vgl. Rdnr. [40]).²¹⁷

4. Sonderfall der „anderen Anordnung“ nach § 2 Abs. 5 VOB/B

[195] Die VOB/B kennt im Bereich willkürlicher Anordnungen auch noch die sogenannten „anderen Anordnungen“ nach § 2 Abs. 5 Satz 1, 2. Alt. VOB/B. Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, der den Fall der Änderung des Bauentwurfs nach § 1 Abs. 3 VOB/B in § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B als 1. Alt. gesondert regelt, können hier nur Fälle einer Übertragung von Leistungen für eine vom Besteller angeordnete Änderung gemeint sein, für die kein Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B besteht, in denen aber gleichwohl vom Besteller eine Anordnung getroffen wird, zu der er auf anderer Grundlage vertraglich berechtigt ist.²¹⁸ In Betracht kommen dafür entweder

Vereinbarungen der Parteien für weitere – über § 1 VOB/B hinausgehende – Anordnungsrechte oder aber der in der Praxis nicht seltene Fall, dass Anordnungen getroffen werden, die zwar nicht von einem der Anordnungsrechte nach § 1 VOB/B gedeckt sind, aber vom Unternehmer trotzdem umgesetzt werden.

[196] Die VOB/B regelt diesen Fall in § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B dahin, dass eine solche Übertragung – dort sogenannter – „anderer Leistungen“ nur mit Zustimmung des Auftragnehmers möglich ist. Die gesetzliche Vergütungsfolge einer solchen Übernahme von Leistungen, für die keine vertragliche Vergütung vereinbart ist, ergibt sich aus § 632 BGB: dort ist in Abs. 1 – zum einen – vorgesehen, dass eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Leistung „den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist“, was in der Regel der Fall ist. Zum anderen sieht § 632 Abs. 2 BGB dann vor, dass in Ermangelung einer Vereinbarung die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Nur diesen vergütungsrechtlichen Teil der Folgen einer „anderen Anordnung“ regelt § 2 Abs. 5 Satz 1 2. Alt. VOB/B im Sinne einer Gleichbehandlung mit den Fällen der Anordnung einer Änderung des Bauentwurfs nach § 1 Abs. 3 VOB/B. Dagegen schafft er kein weiteres selbständiges Anordnungsrecht. AGB-rechtliche Fragen stellen sich daher insofern nicht mit Blick auf ein zusätzliches Anordnungsrecht, sondern nur zu der dort geregelten vergütungsrechtlichen Folge (vgl. Rdnr. [434] ff.).

5. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit der Anordnungsrechte

[197] Zu den Rechtsfolgen der Unwirksamkeit der Anordnungsrechte nach der VOB/B ist darauf hinzuweisen, dass im AGB-Recht eine sog. personale Teilunwirksamkeit anzunehmen ist, wonach eine für den Verwender und den Kunden einheitlich geltende Regelung, nur zu Lasten des Verwenders unwirksam ist, zugunsten des Verwendungsgegners jedoch aufrechterhalten wird, soweit er sich nicht auf die Unwirksamkeit beruft (vgl. dazu auch Rdnr. [438] f.).²¹⁹

[198] Für die Anordnungsrechte nach der VOB/B ist dies insofern von Interesse, als die Regelungen auch dann, wenn sie als wirksam zu behandeln sind, nach AGB-rechtlichen Grundsätzen (§ 305c Abs. 2 BGB) verwennderfeindlich auszulegen sind. Das betrifft bspw. den gegenüber der Änderung des Werkerfolgs eher engeren Begriff der „Änderung des Bauentwurfs“ in § 1 Abs. 3 VOB/B oder auch die Tatsache, dass die Anordnung zusätzlicher Leistungen nach § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B nur für Leistungen möglich ist, auf die der Betrieb des Unternehmers eingerichtet ist, während § 650b Abs. 2 BGB diese Einschränkung für notwendige Anordnungen nicht kennt. Im Anwendungsbereich von § 1 Abs. 3 VOB/B kommt hinzu, dass für diese Regelung nach der herrschenden Meinung ebenfalls eine Beschränkung auf zumutbare Änderungen besteht (vgl. Rz. [185]), so dass die Regelung auch insofern für den Unternehmer nicht ungünstiger ist. Nachdem andererseits die Verwendung der VOB/B nach § 305c Abs. 2 BGB im Zweifel so zu verstehen ist, dass dadurch die Anordnungsrechte des BGB verdrängt werden, kann der Unternehmer also dadurch, dass er sich nicht auf die Unwirksamkeit beruft, erreichen, dass für die Anordnungen des Bestellers die nach AGB-rechtlichen Auslegungsgrundsätzen strengeren Anforderungen der VOB/B gelten.

D. Änderungsvergütung nach § 650c BGB

[199] Korrespondierend zu § 650b BGB hat der Gesetzgeber mit § 650c BGB auch die Vergütungsanpassung und damit die vergütungsrechtliche Rechtsfolge einer Änderungsanordnung des Bestellers für den Fall geregelt, dass sich die Vertragsparteien nicht auf eine Vergütungsanpassung einigen können. Danach ist der vertragliche Vergütungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB oder – bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung zur Höhe der Vergütung – nach § 632 Abs. 2 BGB anhand der in § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB festgelegten Berechnungsmethoden anzupassen. Maßgeblich ist nach Abs. 1 der vermehrte oder verminderte Aufwand, der nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zu erfassen und mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu versehen ist. Zur Berechnung kann nach Abs. 2 auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgegriffen werden. Wird diese Methode gewählt, so wird vermutet, dass das Ergebnis der zutreffenden Vergütung nach Abs. 1 entspricht; die Vermutung ist widerleglich.

[200] Die Baupraxis kannte Preisanpassungsregelungen bis zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts nur aus der VOB/B; vergleichbare Vorgängerregelungen, die für das Verständnis des § 650c BGB herangezogen werden könnten, gibt es nicht. Die Forderung nach einer Abrechnung von Nachtragsforderungen anhand tatsächlicher Kosten hatte vor dem Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts vielmehr lediglich in einem Spezialfall Eingang in die Rechtsprechung gefunden, nämlich im Fall der höchststrichterlich anerkannten Ansprüche von Auftragnehmern öffentlicher Aufträge wegen verzögerter Vergabe.²²⁰ Darüber hinaus wurde die Abrechnung nach tatsächlichen Mehrkosten in der Literatur bereits in Spezialfällen vertreten, bspw. unter dem Stichwort „Grenzen der vorkalkulatorischen Erfassbarkeit von Preisänderungen“ für den Fall der Preisfortschreibung bei Preiserhöhungen für Änderungsleistungen.²²¹

[201] Diese Sonderfälle sind durch Besonderheiten gekennzeichnet, die auch Einfluss auf ihre juristische Bewertung haben können. So ist es etwa bei der verzögerten Vergabe so, dass die „Störung“ der vertraglichen Rechtsbeziehung durch einen Wettbewerber entsteht, der die vergaberechtlich zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe ausschöpft und so einen rechtzeitigen Zuschlag und den rechtzeitigen Leistungsbeginn verhindert. Der entstehende Regelungsbedarf wird also „von außen“ in das Vertragsverhältnis hineingetragen und kann den Vertragsparteien selbst nicht per se zugerechnet werden. Deshalb fehlt es hier von vorneherein an einer Begründung dafür, Auswirkungen der Störung des Vertragsverhältnisses dem Risikobereich einer der beiden Vertragsparteien zuzuordnen und sie innerhalb des Systems der vertraglichen Preisvereinbarung oder durch eine Fortentwicklung der Vertragspreise abzuwickeln. Hinzu kommt, dass ein Bieter, der sich (wie regelmäßig in diesen Fällen erforderlich) mit einer Verlängerung einer Bindefrist einverstanden erklärt, zwar nach Auffassung des BGH nicht die Mehrkostenrisiken, aber doch zumindest die Preisrisiken aus dieser Erklärung zu tragen haben soll, was vom BGH als Begründung dafür angeführt wurde, weshalb für die Ermittlung der Höhe der zu zahlenden Mehrvergütung diejenigen Mehrkosten maßgeblich sein sollen, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind.²²²

[202] Der zweite Sonderfall hängt demgegenüber mit der für die Anwendung der VOB/B in der Praxis verwendeten, sog. „vorkalkulatorischen“ Berechnungsmethode für Nachtragspreise zusammen. Bei Preiserhöhungen für Änderungsleistungen versagt diese Methode der Preisfortschreibung nämlich systembedingt, weil kalkulatorische Betrachtungen grundsätzlich nur vorhersehbare Umstände abbilden können.²²³ Und selbst wenn Preisentwicklungen in gewissem Umfang antizipiert werden können: wie sollte das mit Blick auf einen Leistungsinhalt möglich sein, der bei der Kalkulation der Vertragspreise noch gar nicht feststeht? Es ist hier vielmehr eine Frage der Billigkeit, ob man die Vertragsparteien an Kalkulationsansätzen, mit denen Kostenerhöhungen in den Vertragspreisen für längere Vertragslaufzeiten berücksichtigt sind, auch dann festhalten kann und soll, wenn es bei der Ausführung von Änderungsleistungen zu unerwarteten Preissprüngen gekommen ist, die durch solche Ansätze per definitionem nicht abgebildet sind und sein können.²²⁴

[203] Allerdings gibt es aus rechtlicher Sicht für die Orientierung an den tatsächlichen Kosten durchaus auch Wertungsgesichtspunkte, die nicht nur für die behandelten Spezialfälle Gültigkeit haben, sondern sich verallgemeinern lassen. Im Kern handelt es sich dabei um wettbewerbliche Überlegungen. Nicht zu verkennen ist nämlich, dass die nachvertragliche Preiskorrektur in solchen Fällen maßgeblich dadurch gekennzeichnet ist, dass sie außerhalb des Wettbewerbs erfolgt und diese Besonderheit des Sachverhalts auf die „normalen“ Anordnungsfälle durchaus übertragen werden kann; denn die nachträgliche Anordnung erfolgt zu einem Zeitpunkt, zu dem der Besteller und der Unternehmer „auf Gedeih und Verderb“ aneinander gebunden sind²²⁵ und die deshalb genau wie der Fall der verzögerten Vergabe zur Notwendigkeit einer Preisbildung außerhalb echter Wettbewerbsbedingungen führt. Ohnehin fehlt es für die Bindung an eine vom Unternehmer einseitig erstellte Kalkulation an einem Grund dafür, warum der Besteller, der an dieser Kalkulation selbst gar nicht mitgewirkt hat, noch sie im Regelfall bei Vertragsschluss auch nur kennt, an ihre Ansätze gebunden sein sollte.²²⁶ Das mit dem System der kalkulatorischen Preisfortschreibung zwangsläufig verbundene Ungleichgewicht führt hier zu Spekulationsanreizen und einseitigen Vorteilen des kalkulierenden (und ein etwaiges Nachtragsgeschehen möglicherweise antizipierenden) Unternehmers, die mit dem Grundsatz der Privatautonomie schwerlich zu vereinbaren sind und in der bauvertraglichen Praxis zunehmend als unbefriedigend empfunden wurden.

[204] Die rechtswissenschaftliche Diskussion hatte sich deshalb schon vor der Ausarbeitung des gesetzlichen Bauvertragsrechts in Richtung eines Modells der Abrechnung nach tatsächlichen Kosten entwickelt und die Abrechnung auf kalkulatorischer Basis wurde dabei von gewichtigen Stimmen in der Literatur zunehmend in Frage gestellt.²²⁷ Ganz in diesem Sinn hat der 4. Deutsche Baugerichtstag eine Empfehlung für die Reform des deutschen Bauvertragsrechts beschlossen, die dem Vorschlag einer nur um die Vermutungswirkung einer hinterlegten Urkalkulation ergänzten Abrechnung nach den tatsächlichen Kosten gefolgt²²⁸ und die mit der gesetzlichen Neuregelung nun im Wesentlichen umgesetzt wurde.

[205] War für die bauvertragliche Praxis das jetzt zum Gesetzesinhalt gewordene Ergebnis zur Nachtragsvergütung demnach zwar das Ergebnis eines bewussten Diskussionsprozesses, so wird man gleichwohl konstatieren müssen, dass das neue Abrechnungsmodell auch nach Jahren immer noch weit davon entfernt ist, eine für die Baupraxis verlässliche und inhaltlich geklärte Grundlage der Ermittlung für die Vergütung von Änderungsleistungen zu bieten. Das Modell hatte sich bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts nur auf einen kleinen Kreis von Ausnahmefällen – nämlich die Fälle einer verzögerten Vergabe – bezogen, während für die weit überwiegenden Zahl der Fälle die Abrechnung nach der für die VOB/B entwickelten sog. vorkalkulatorischen

Berechnungsmethode erfolgt ist, die neuerdings zudem durch die Rechtsprechung des BGH in Frage gestellt ist.²²⁹ Da andererseits weder das Gesetz selbst noch auch nur die Gesetzesbegründung wirklich detaillierte Angaben zu den Berechnungsgrundlagen, der genauen Berechnungsmethode oder zu der Vielzahl von konkreten Fragestellungen und Problemen der „neuen“ Form der Nachtragsberechnung machen, ist es Aufgabe der Gerichte und der mit der Neuregelung befassten Rechtsanwender, anhand der gesetzlichen Neuregelung konkrete rechtliche Grundlagen für die Nachtragsberechnung zu entwickeln.

[206] Für die AGB-rechtliche Einordnung des neuen Rechts ist es vor diesem Hintergrund entscheidend, zunächst den Inhalt und die daraus abzuleitenden wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vollständig und korrekt zu erfassen, weil erst auf dieser Grundlage eine Anwendung der Vorschriften zur Inhaltskontrolle nach § 307 BGB möglich ist. Dabei werden zunächst die in der Diskussion etwas stiefmütterlich behandelten verfassungsrechtlichen Fragen der Neuregelung betrachtet.²³⁰ Zwar steht die Regelung grundsätzlich mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Einklang,²³¹ jedoch sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen auch hier²³² maßgeblich für ein zutreffendes Verständnis und im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung der Regelung von Bedeutung.

I. Gesetzliches Leitbild

1. Das grundsätzliche gesetzgeberische Regelungskonzept nach § 650c BGB

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

[207] Die grundrechtlich geschützte Privatautonomie schließt unter anderem auch die Vertragsfreiheit ein. Geschützt ist dabei die Freiheit sowohl des Abschlusses wie auch des Nichtabschlusses (sog. negative Vertragsfreiheit) und weiter auch der Gestaltung privatrechtlicher Verträge.²³³ Erfassen gesetzliche Regelungen die Vertragsfreiheit im Bereich beruflicher Betätigung, wie dies jedenfalls beim Unternehmer regelmäßig der Fall ist, bemisst sich der grundrechtliche Schutz nicht nach der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG, sondern dem spezielleren Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG.²³⁴ Auch wenn die Vorschriften das Rechtsverhältnis zwischen zwei privatwirtschaftlich tätigen Personen regeln, stellt die gesetzgeberische Einführung dieser Vorschriften einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Art. 12 Abs. 1 GG wirkt damit in seiner klassischen Funktion als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.²³⁵

[208] Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB steht in einem unmittelbaren und untrennbaren Zusammenhang mit dem Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB. Erst das Anordnungsrecht schafft die Notwendigkeit einer Anpassung der Vergütung. Im Falle eines Fehlschlagens des Versuchs der Parteien, Einvernehmen über die Änderung und die Mehr- oder Mindervergütung zu erzielen, ändert die Anordnung des Bestellers einseitig den Vertragsinhalt. Die Einführung dieses gesetzlichen Anordnungsrechts des Bestellers greift damit in die Vertragsgestaltungsfreiheit ein und die als Folge der Anordnung des Bestellers in § 650c BGB geregelte

gesetzliche Vergütungsanpassung greift in die Freiheit ein, das verbindliche Entgelt für berufliche Leistungen privatautonom und eigenverantwortlich auszuhandeln.²³⁶ Beide Regelungen sind deshalb am Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

[209] Mit dem Erfordernis des Nachweises eines Anspruchs auf Vergütungsanpassung nach den „tatsächlichen“ Kosten kann sich zudem ein Konflikt mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 GG) betroffener Arbeitnehmer des Unternehmers ergeben. Eine Offenlegung tatsächlicher Kostenstrukturen im Bereich der Lohnkosten würde nämlich in letzter Konsequenz auch die Preisgabe von Vertragsdetails aus den jeweiligen Arbeitsverträgen betroffener Arbeitnehmer erfordern. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Weitergabe solcher personenbezogener Daten im Rahmen der Nachweisführung für die Entstehung „tatsächlicher“ Kosten würde deshalb in das Recht der betroffenen Arbeitnehmer auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen; denn dieses Recht umfasst auch die Befugnis, grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.²³⁷ Wird durch Gesetz eine Verpflichtung zwischen Privaten zur Offenlegung von persönlichen Daten geschaffen, so wirkt auch hier das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in seiner klassischen Funktion als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.²³⁸

[210] Schließlich ist ein den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügender Geheimnisschutz zu beachten. Denn das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet auch den Schutz der unternehmerischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.²³⁹ Müssen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offen gelegt werden oder kann deren Offenlegung verlangt werden, so ist deshalb Art. 12 Abs. 1 GG in seinem Schutzbereich berührt. Durch die Verpflichtung zur Offenlegung kann die Ausschließlichkeit der Nutzung des betroffenen Wissens für den eigenen Erwerb im Rahmen beruflicher Betätigung beeinträchtigt werden.²⁴⁰

[211] Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass mit dem Abschluss des Bauvertrags eine einvernehmliche Grundlage für die Abwicklung des Bauvorhabens besteht und der Unternehmer bei der Geltendmachung von Ansprüchen auf Anpassung der Vergütung nur eigene Interessen wahrnimmt; denn damit würde übergangen, dass dem Unternehmer die geänderte Art der Ausführung gerade nicht mit seiner Zustimmung übertragen wird und er daher mit der gesetzlich vorgesehenen Vergütungsberechnung ggf. zu einer Offenlegung von Betriebsgeheimnissen gezwungen wird, die er bei einem im Rahmen der Vertragsfreiheit eigentlich gewährleisteten freien Aushandeln von Preisen nicht offenzulegen hätte.

b) Vom Gesetzgeber grundsätzlich verfolgter Interessenausgleich

[212] Das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB wird vom Gesetzgeber in erster Linie mit dem branchentypisch auftretenden Bedarf nach einer Zulassung von Änderungen begründet, dem es widersprechen würde, wenn – wie bis zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts – die Umsetzung von Änderungen bereits dem Grunde nach stets nur mit Zustimmung des Vertragspartners möglich wäre; denn ein Rechtsanspruch auf eine solche Zustimmung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) war nur in eng begrenzten Sonderfällen denkbar. Daher konnte der Unternehmer in aller Regel die Zustimmung davon abhängig machen, dass auf seine Vorstellungen für eine Anpassung der Vergütung eingegangen wird, ohne dass für den Besteller insofern – wie im

Normalfall vor Vertragsschluss – eine Möglichkeit zur Verhandlung gegeben gewesen wäre. Dieses Ungleichgewicht wollte der Gesetzgeber im Sinne der branchentypischen Anforderungen beseitigen und erlaubt deshalb dem Besteller die einseitige Anordnung von Änderungen, soweit sie dem Unternehmer zumutbar sind.²⁴¹

[213] Aus dem einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers folgt zwangsläufig die Notwendigkeit, eine gesetzliche Regelung zur Vergütungsanpassung zu schaffen; denn ohne die Regelung der Auswirkungen auf die Vergütung des Unternehmers wäre jedes gesetzliche Anordnungsrecht ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit des Bauunternehmers. Für den Gesetzgeber ergeben sich bei der Aufgabe, die kollidierenden Grundrechtspositionen der Parteien nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen, insbesondere zwei Fragenkreise: Zum einen stellt sich die grundsätzliche Frage, wie sich konkret die Höhe des Vergütungsanspruches des Unternehmers verändern soll. Daneben aber, und jedenfalls aus Sicht des Unternehmers mit gleicher Bedeutung, ist zu regeln, wie der Bauunternehmer den geänderten Vergütungsanspruch durchsetzen kann. Dabei ist für beide Regelungsbereiche im Ausgangspunkt zu beachten, dass das BVerfG dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zugesteht. Eine Grundrechtsverletzung liegt erst vor, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.²⁴² Im Ergebnis beschränkt dies die Prüfung auf die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

[214] Die Vergütungsanpassungsregelung nach § 650c BGB greift gleichermaßen auf Seiten des Bauunternehmers und des Bestellers in die Vertragsfreiheit ein; denn sie weicht von dem – verfassungsrechtlich geschützten – Regelmodell nach § 311 Abs. 1 BGB ab, wonach nicht nur zur „Begründung“, sondern auch „zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses [...] ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich [ist]“. Auch die Änderung der Vertragspreise bedarf danach grundsätzlich einer Vereinbarung zwischen den Parteien. Die Preisvereinbarung für die Leistung zählt zum Kern der Privatautonomie und wird durch das Gesetz in der Regel eigentlich dem Marktmechanismus überlassen.²⁴³

[215] Aus der Sicht des Bestellers ist dabei aufgrund des kompensatorischen Charakters zu seinem Anordnungsrecht der Eingriff in die nur für die ursprüngliche Leistung getroffene Preisvereinbarung dem Grunde jedoch zunächst einmal offensichtlich gerechtfertigt. Zum Inhalt der erforderlichen Preisanpassung ist die Interessenlage auf Seiten des Bestellers dann dadurch gekennzeichnet, dass die erforderliche Anpassung außerhalb eines funktionierenden Wettbewerbs erfolgt, wie er an sich für das Funktionieren jeder privatautonomen Festlegung von Preisen erforderlich ist. Daraus folgt auf Seiten des Bestellers ein spezifisches Schutzbedürfnis. Er muss vor allem – und über den allgemeinen gesetzlichen Schutz vor Preisüberhöhung nach § 138 BGB hinausgehend, der nur Fälle sittenwidriger Preisverlangen umfasst – vor einer intransparenten und für ihn nicht durchschaubaren Bildung der neuen Preise geschützt werden. Denn in der Baupraxis hat sich gezeigt, dass Preisbildungssysteme, die darauf abstellen, dass die Bildung von Nachtragspreisen anhand einseitiger Preisermittlungsgrundlagen des Unternehmers zu Fehlanreizen für spekulative Preisbildung und entsprechendem Missbrauch führen können. Der Unternehmer ist aufgrund seiner Fachkunde häufig in der Lage, bestehenden Änderungsbedarf zu antizipieren und seine – später dann für die Bildung von Nachtragspreisen heranzuziehenden – Preisermittlungsgrundlagen deshalb auf solche Änderungen auszurichten. Er kann für zu erwartende Änderungen dann ggf. vorhersehen, welche konkreten geänderten Leistungen auftreten werden und die dafür

erforderlichen Preise besonders hoch kalkulieren. Dem wollte der Gesetzgeber im Rahmen des verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen im Sinne des Grundsatzes praktischer Konkordanz durch Regelungen zum Schutz vor unfairer Preisbildung Rechnung getragen.

[216] Im Einzelnen hat der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund in § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB die Lösung gewählt, dass einerseits der Besteller dadurch geschützt wird, dass die Berechnung der Preise für die Änderung weitgehend transparent anhand tatsächlicher Kosten zu erfolgen hat. Wörtlich sieht das Gesetz vor, dass der Vergütungsanspruch „für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand [...] nach den tatsächlich erforderlichen Kosten“ zu ermitteln ist. Damit wird die Vergütung von den Kalkulationsgrundlagen für die Ermittlung der Vertragspreise auf Seiten des Unternehmers gelöst und an den tatsächlichen Aufwand geknüpft. Die Vertragspreise für die unveränderte Leistung und die auf diese Preise bezogenen Preisermittlungsgrundlagen sind für die zu bestimmenden Nachtragspreise zunächst einmal irrelevant. Weder nicht auskömmliche Preise noch solche, die auf Seiten des Unternehmers zu erheblichen Gewinnen führen würden, werden bei der Bildung der Nachtragspreise fortgeschrieben; vielmehr beschränken sich Gewinne oder Verluste aus diesen Preisen auf die Preisbildung für die unveränderte Vertragsleistung.

[217] In der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf wird zu diesem zentralen Motiv für die gesetzliche Regelung zur Vergütungsanpassung bei angeordneten Änderungen ausdrücklich hervorgehoben, dass die für die „Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne“ nur „in ihrer ursprünglichen Höhe (d.h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden“ soll. Die Bindung an das vertragliche Preisniveau durch den „sogenannten Vertragspreisniveaufaktor“ wird in der Begründung deshalb ausdrücklich verworfen:²⁴⁴

Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung wird nicht um einen sogenannten Vertragspreisniveaufaktor ergänzt. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen wäre, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führen würde. Stattdessen soll die im Wettbewerb für die Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe (d. h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden.

[218] Etwa in spekulativer Absicht gebildete, überhöhte Einzelpreise oder – umgekehrt – nicht auskömmliche Preise können innerhalb des § 650c BGB für die Kostenermittlung bei der Änderungsleistung demgegenüber nach § 650c Abs. 2 BGB nur dann herangezogen werden, wenn sich sowohl der Besteller als auch der Unternehmer damit einverstanden erklärt haben, weil „vereinbarungsgemäß“ – und damit mit seiner Zustimmung – zur Preisermittlung eine Urkalkulation des Unternehmers hinterlegt worden ist. Selbst in diesem letzteren Fall verbleibt beiden Parteien zudem der Gegenbeweis, dass die tatsächlichen Kosten geringer sind; denn selbst der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation wird gesetzlich nach § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB nur eine Vermutungswirkung dahin zugesprochen, dass die Ermittlung auf dieser Grundlage den tatsächlichen Kosten entspricht.

[219] Auf Seiten des Unternehmers wird die erforderliche Kompensation – zum einen – dadurch erreicht, dass er bei Rückgriff auf tatsächliche Kosten keine Preisrisiken aus einer vor der Leistungserbringung erfolgenden, notwendig nur prognostischen und daher fehleranfälligen Kalkulation des Aufwands für die vereinbarten Leistungen tragen muss. Vielmehr kann der Unternehmer den Aufwand abrechnen, der ihm tatsächlich entsteht. Er bleibt nur für die ursprüngliche Vertragsleistung selbst, nicht aber für den gesonderten Aufwand zur Erbringung der Änderungsleistung an seine Kalkulation zu den Vertragspreisen gebunden. Etwaige Fehler bei der Ermittlung der ursprünglichen Vertragspreise, z.B. fehlerhafte Annahmen zu dem erforderlichen Aufwand für bestimmte zu erbringenden Leistungen oder nicht realisierbare Preise für von ihm zu beschaffende Produktionsmittel, belasten ihn nur hinsichtlich der Vertragsleistung, nicht aber für die angeordnete Änderung.

[220] Zum anderen kann der Unternehmer auf den entstehenden Mehraufwand angemessene Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn verlangen. Der Gesetzgeber hat damit eine Regelung gewählt, nach der dem Unternehmer bei Befolgung der ohne seine Zustimmung möglichen Anordnung offensichtlich angemessene Gewinnmöglichkeiten für die von ihm für Änderungsleistungen eingesetzten Betriebsmittel erhalten bleiben sollen. Nur für die Vertragsleistung werden die durch den vertraglichen Konsens bestehenden Gewinn- und Verlustrisiken gewissermaßen „eingefroren“. Für die Änderungsleistung kann der Unternehmer demgegenüber die für die Änderung angemessenen Gewinnzuschläge ersetzt verlangen.

[221] Sowohl der Begriff der tatsächlichen Kosten als auch derjenige der Angemessenheit der Zuschläge sind – für den vorliegenden Zusammenhang – neue unbestimmte Rechtsbegriffe, die einer Ausfüllung durch den Rechtsanwender bedürfen. Das gilt für den interpretationsbedürftigen Begriff der „tatsächlichen Kosten“, aber – und mehr noch – für denjenigen der „Angemessenheit“. Die Beurteilung eines Ergebnisses als angemessen setzt nämlich eigentlich ein Bezugssystem voraus, mit dem angesetzte Zuschläge verglichen und als angemessen eingeordnet werden können. Ein solches Bezugssystem hat der Gesetzgeber aber nicht abschließend vorgegeben, sondern vielmehr nur grundsätzlich zum Ausdruck gebracht, dass die auf der Grundlage einer umfassenden Bewertung angemessenen Zuschläge zu bezahlen sein sollen. Die vergleichsweise offenen Rechtsbegriffe müssen deshalb unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Anforderungen und etwa zur Verfügung stehender anderer gesetzlicher Wertungen für vergleichbare Fälle vom Rechtsanwender entwickelt werden.

[222] Zu berücksichtigen ist bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe auf der Vergütungsseite, dass auf der ersten Ebene des Anordnungsrechts des Bestellers – also auf der Leistungsseite –, das Auslöser für die Vergütungsanpassung ist, die gesetzliche Regelung die Interessen des Bestellers eindeutig höher gewichtet und ihnen Vorrang einräumt. Das erfordert auf der zweiten Ebene, der – kompensatorischen – Vergütungsanpassung, eine ausgleichende, umgekehrte Gewichtung, weil es allein der Besteller in der Hand hat, von seinem Anordnungsrecht Gebrauch zu machen. Damit wird ihm – bei fehlender Zustimmung des Unternehmers zur Änderung – nämlich einseitig das Recht eingeräumt, eigennützig fremde betriebliche Kapazitäten ohne eine darauf gerichtete Willensentscheidung des betroffenen Unternehmers – und damit auch ohne den im Sinne der negativen Vertragsfreiheit eigentlich zwingend erforderlichen Konsens – für sich in Anspruch zu nehmen. Für diese einseitige Bindung muss der Unternehmer jedoch in einer Art und Weise entschädigt werden, die im Sinne der erforderlichen praktischen Konkordanz der Regelung einen ausreichenden Ausgleich dafür schafft, dass dem Unternehmer durch die zusätzliche Inanspruchnahme seiner betrieblichen Mittel die Möglichkeit entzogen wird, anderwärts und ohne gesetzliche Preisbindung die in seinem Betrieb üblicherweise möglichen Erträge bzw. Gewinne zu erzielen.

[223] Interessant ist dabei ein Vergleich mit der eigentumsrechtlichen Wertung in Art. 14 GG. Der dort mögliche Entzug von Eigentum – im Vergleichsfall wäre das bei einer Bindung betrieblicher Kapazitäten ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – trifft im Fall einer Enteignung im Grundsatz auf eine Rechtsposition, die grundgesetzlich mit einer Gemeinwohlbindung belastet ist; ein etwaiger Eingriff erfolgt somit nicht allein im privaten Interesse eines Dritten, sondern auf der Grundlage einer grundgesetzlich bereits vorgegebenen Gemeinwohlbindung. Die zu leistende Entschädigung für die – nur unter den strengen Voraussetzungen nach Art. 14 GG, „zum Wohle der Allgemeinheit“ zulässige – Enteignung umfasst dann zwar einen Vermögensausgleich; jedoch muss dieser Ausgleich aufgrund der vorgegebenen Gemeinwohlbindung nicht notwendig auch entgangenen Gewinn oder Erträge mit umfassen, die ohne den staatlichen Zugriff hätten erzielt werden können.²⁴⁵ Gleichwohl nimmt die Rechtsprechung in den Fällen eines – mit der vorliegenden Konstellation vergleichbaren – zeitlich begrenzten Eingriffs bzw. Entzugs betrieblicher Ressourcen an, dass sich die angemessene Entschädigung nach der konkreten Ertragsbeeinträchtigung zu richten hat.²⁴⁶

[224] Bei den hier zu betrachtenden Fällen §§ 650b, 650c BGB handelt es sich demgegenüber um eine anlasslose und nicht gemein-, sondern vielmehr rein dritt- bzw. fremdnützige Inanspruchnahme oder Entziehung betrieblicher Mittel, nämlich im privaten Interesse eines Dritten. Das ist ein sehr viel weiter reichender Eingriff in die Rechte des Unternehmers, der dem Besteller durch die gesetzliche Regelung jedoch erlaubt wird. Mit Blick darauf muss sich in der dafür zu leistenden Kompensation niederschlagen, dass die fremdnützige Inanspruchnahme durch einseitige Regelungsmacht auf der Anordnungsseite erfolgt; der Ausgleich hat zu berücksichtigen, dass auf der Anordnungsseite dem Bestellerinteresse in der Abwägung zunächst weitgehend der Vorrang eingeräumt wird. Dem Besteller wird die Möglichkeit gegeben, Kapazitäten zusätzlich zu dem durch den bisherigen Vertragsschluss konsentierten Umfang einseitig zu binden, die dem Unternehmer – und damit relevant für die Vergütungsseite – ohne die einseitige Bindung für anderweitige Ertrags- und Gewinnmöglichkeiten zur Verfügung stehen würden.

[225] Würde in dieser Situation ein Vergütungsmodell gewählt, das sich von den Ertrags- und Gewinnmöglichkeiten des Unternehmers löst, dann würde die Regelung den Anforderungen des Grundsatzes der praktischen Konkordanz nicht entsprechen. Denn das gesetzgeberische Ziel ist es nur, die Ausführung von Änderungen, deren Erforderlichkeit oder Zweckmäßigkeit branchentypisch häufig erst im Zuge der Bauausführung

und damit nach Vertragsschluss erkannt wird, zu ermöglichen und den Besteller bei der Umsetzung vor intransparenter Preisbildung und überfordernden Nachtragspreisen zu schützen. Dieses Ziel ist aber bereits dadurch erreicht, dass der Unternehmer nur im Fall einer „vereinbarungsgemäß“ hinterlegten Urkalkulation auf seine eigene, willkürliche Preisbildung in dieser Kalkulation und auch nur im Sinne einer Beweisvermutung zurückgreifen darf. Dass ihm darüber hinaus die einseitig gebundenen Betriebsmittel auch noch zu Preisen zur Verfügung stehen, die – etwa im Sinne eines objektiven Drittvergleichs – marktüblich sind, ohne auf die Ertrags- und Gewinnmöglichkeiten des konkreten Unternehmers abzustellen, ist im Sinne der gesetzgeberischen Zielsetzung nicht erforderlich und daher unverhältnismäßig. Im Ergebnis ist es deshalb für einen verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen auf der Vergütungsseite notwendig, dass der Unternehmer einen vollständigen Ausgleich seiner üblichen unternehmerischen Ertrags- und Gewinnmöglichkeiten erhält. Für den Besteller ist dies deshalb zumutbar, weil er sich durch die Auswahl des Unternehmers beim ursprünglichen Vertragsschluss auf die Abwicklung mit gerade diesem Unternehmer eingelassen hat und er sich mit seiner Entscheidung für die (weitere) Bindung der Betriebsmittel gerade dieses Unternehmers entschieden hat.²⁴⁷

[226] Bestätigt wird diese wertungsmäßige Einordnung durch einen Blick auf die gesetzgeberische Bewertung des Falls einer vertraglichen Vereinbarung nur zur Entgeltlichkeit der Bauleistung, nicht aber zur Höhe der Vergütung. § 632 Abs. 2 BGB sieht dazu vor, dass dann eine marktübliche Vergütung zu bezahlen ist. Der Unternehmer muss sich also nach § 632 Abs. 2 BGB (nur) in diesem Fall daran festhalten lassen, dass er sich zur Erbringung der Bauleistung verpflichtet hat, ohne die Vergütung zu regeln. Er hat die Leistung dann ohne Berücksichtigung etwaiger anderweitiger Verdienstmöglichkeiten zu marktüblichen Preisen zu erzielen, weil er sich auf der Leistungsseite mit der Bindung seiner Betriebsmittel einverstanden erklärt hat, ohne die Vergütung zu vereinbaren. Im Fall nach §§ 650b, 650c BGB wird der Unternehmer aber – davon abweichend – gegen seinen Willen und einseitig gebunden, und wird damit auf der Leistungsseite zunächst den Interessen des Bestellers der Vorrang eingeräumt; auf der Vergütungsseite fehlt es dann aber im Vergleich zum Fall nach § 632 Abs. 2 BGB an dem Einverständnis des Unternehmers mit der Bindung seiner Mittel, weshalb wertungsmäßig auch eine abweichende Einordnung erforderlich ist.

[227] Der Gesetzgeber ist mit der Regelung zur Vergütungsanpassung in § 650c BGB sowohl dieser systematischen Einordnung in das bauvertragliche Vergütungsrecht als auch den dargelegten verfassungsrechtlichen Überlegungen gefolgt. Das ergibt sich insbesondere aus der Regelung zur Zulässigkeit des Ansatzes von „angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ in § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Bindung an seine Preisentscheidung sollte für den Unternehmer nur zum ursprünglichen und unveränderten Leistungsinhalt fortbestehen, für den durch die Änderung entstehenden Aufwand sollen seine „angemessenen“ Gewinnmöglichkeiten demgegenüber erhalten bleiben. Auch die weiteren unbestimmten Rechtsbegriffe sind für dieses Verständnis offen, wie nachfolgend im Einzelnen zu zeigen sein wird.

c) Verfassungsrechtliche Einzelfragen zum Regelungskonzept

aa) Betriebswirtschaftlicher Kostenbegriff; kein konkreter Mittelabfluss beim Unternehmer erforderlich

[228] Beginnt man mit dem Kostenbegriff, so steht ein in der Literatur teilweise vertretenes²⁴⁸ Verständnis des Begriffs der tatsächlichen Kosten, wonach den tatsächlichen Kosten „ein konkreter Mittelabfluss beim Unternehmer gegenüberstehen“ müsse, jedenfalls dann mit Art. 12 GG nicht im Einklang, wenn darunter der Abfluss konkreter Zahlungen verstanden wird. Denn der Einsatz von betrieblichen Kapazitäten des Unternehmers schlägt sich nicht immer in einem konkreten Mittelabfluss nieder,²⁴⁹ wie sich etwa an dem Beispiel des Einsatzes von vorhandenem und sowohl bezahltem wie bilanziell abgeschriebenem Gerät zeigt. Wollte man in diesem Fall – mangels echter Ausgaben im Sinne eines Mittelabflusses – das Vorliegen tatsächlicher Kosten für eine Änderungsleistung bestreiten, so hätte der Unternehmer seine Betriebsmittel für Änderungsleistungen ohne Vergütung zur Verfügung zu stellen, was offensichtlich nicht zutreffend sein kann.

[229] Allerdings zwingt schon der Wortlaut des § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu einem solchen Verständnis.²⁵⁰ Denn der Begriff „Kosten“ ist durch den Gesetzgeber selbst jedenfalls für die Kostenbewertung im Bereich des Einsatzes eigener Betriebsmittel nicht etwa einem ganz bestimmten Kostenbegriff zugeordnet worden und deshalb offen für ein den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechendes Verständnis im Sinne eines betriebswirtschaftlichen Kostenbegriffs. Im betriebswirtschaftlichen Sinn der Kostenrechnung wird unter Kosten „der in Geldeinheiten bewertete Verbrauch an Produktionsfaktoren verstanden, der durch die betriebliche Produktion verursacht wird“.²⁵¹ Kosten setzen unter Zugrundelegung des betriebswirtschaftlichen Kostenverständnisses demzufolge nicht immer einen Mittel- oder Geldabfluss voraus, sondern können auch in einem anders bewerteten oder zu bewertenden Einsatz von betrieblichen Kapazitäten bestehen.

[230] Im Gesetzeswortlaut kommt das auch dadurch zum Ausdruck, dass für die Höhe des Vergütungsanspruchs wegen der Änderungen an einen „vermehrten oder verminderten Aufwand“ angeknüpft wird und damit an eine Begrifflichkeit, die im Gesetz auch an anderer Stelle verwendet wird und dort ebenfalls nicht zwingend einen Mittelabfluss voraussetzt. So ist etwa im Bereich der Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 670 BGB oder – innerhalb des Werkvertragsrechts – beim Aufwendungsersatz im Fall der Ersatzvornahme nach § 637 BGB oder beim Schadensersatz nach § 635 BGB anerkannt, dass der Einsatz der eigenen Arbeitskraft ersatzfähigen Aufwand darstellen kann, auch wenn es zu keinem Mittelabfluss kommt.²⁵² In allen diesen Fällen ist der Begriff des Aufwands dabei jeweils am Zweck der jeweiligen Ausgleichsnorm zu orientieren, was in den genannten Fällen jeweils zu der Bewertung führt, dass der Ersatz auch bei Einsatz eigener Mittel dem Gerechtigkeitsgedanken dieser Normen entspricht. Die Einbeziehung des Einsatzes eigener Betriebsmittel ohne konkreten Mittelabfluss folgt der Bewertung des Falls nach § 1835 Abs. 3 BGB.²⁵³

[231] Im Fall nach § 650c BGB, bei dem es um die einseitige – und deshalb von vorneherein nur entgeltlich und gegen Vergütung denkbare – Inanspruchnahme von Produktionskapazitäten des Unternehmers durch den Besteller geht, ist die Einbeziehung des Einsatzes eigener Betriebsmittel ohne konkreten Mittelabfluss für eigene Sachmittel ebenso zwingend; denn bezogen auf § 650c BGB ist bei den Grundsätzen, nach denen diese

Bewertung zu erfolgen hat, aus verfassungsrechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass dem Unternehmer kompensatorisch (vgl. Rdnr. [215] f.) ein finanzieller Ausgleich für den Verlust der Möglichkeit geschaffen werden muss, durch anderweitigen Einsatz seiner Produktionsmittel Erträge bzw. Gewinne zu erzielen. Deshalb muss eine nach der gesetzlichen Regelung zu bestimmende angemessene Vergütung eine Bezahlung für den Einsatz der einseitig geforderten Betriebsmittel unabhängig von einem etwaigen Wertverzehr oder Mittelabfluss vorsehen. Wird dies im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung, für die der Wortlaut des § 650c BGB offen ist, berücksichtigt, so bestehen gegen die Regelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken.²⁵⁴

[232] Der Ausgleich kann sich damit jedoch nicht etwa danach richten, welchen Marktwert im Beispiel das Gerät tatsächlich noch hat und diesen Marktwert im Verhältnis der Restlebensdauer des Geräts auf die durch die Anordnung verursachte zusätzliche Einsatzzeit umlegen; denn der Unternehmer erzielt auch mit vollständig abgeschriebenem Gerät Erträge und diese Möglichkeit darf ihm durch die einseitige Anordnung des Bestellers nicht ohne Entschädigung entzogen werden. Zudem ergibt sich diese Bewertung der Begrifflichkeit auch zwingend aus der Systematik des werkvertraglichen Vergütungsrechts. Eine übliche Vergütung dergestalt, dass nur die üblichen Marktpreise ohne Berücksichtigung etwaiger betrieblicher Besonderheiten verlangt werden können, wird dem Unternehmer nämlich innerhalb des werkvertraglichen Vergütungsrechts nur dann zugemutet, wenn er freiwillig einen Auftrag annimmt, ohne seine Vergütung der Höhe nach zu vereinbaren. Das ist der Fall nach § 632 Abs. 2 BGB; der Unternehmer bedarf hier jedoch – anders als im Fall nach § 650c BGB – keines Schutzes, weil er die Inanspruchnahme seiner Betriebsmittel freiwillig hingenommen hat, ohne eine vertragliche Regelung zur Höhe seiner Vergütung zu treffen. Richtigerweise ist für die Kostenbewertung beim Einsatz eigener Betriebsmittel deshalb nicht eine marktübliche Vergütung,²⁵⁵ sondern es ist der Betrag anzusetzen (und ggf. nach § 287 ZPO zu schätzen), der den üblichen Verdienstmöglichkeiten des Unternehmers mit seinem Gerät oder üblicherweise für sein Gerät zu bezahlenden Mieten (die der Unternehmer somit ohne die einseitige Inanspruchnahme durch den Besteller erzielen könnte) entspricht.²⁵⁶

[233] Dasselbe gilt für die Ermittlung der Kosten sonstiger betrieblicher Kapazitäten, also etwa diejenigen für Lohn²⁵⁷ und Stoffe. Zahlt der Unternehmer bspw. niedrigere Löhne als marktüblich oder verfügt er über besonders günstige Kiesabbauflächen und erzielt dadurch regelmäßig Gewinne, weil er seine Preise mit höheren Löhnen oder mit höheren Preisen für Kies, den er auf seinen Abbauflächen günstiger abbauen kann, kalkuliert und anbietet, so wäre es verfassungsrechtlich nicht zulässig, ihm diese Ertragsmöglichkeit zu entziehen. Denn die Tatsache, dass er sein Personal oder seine Stoffe für den Besteller einsetzen muss, beruht auf einer einseitigen Anordnung; der Unternehmer hätte daher die allein seinen betrieblichen Ertragschancen zurechenbaren, günstigen Löhne oder die Kostenvorteile seiner Abbauflächen fremdnützig und ohne ausreichende Entschädigung für den Besteller einzusetzen. Er wäre – mit anderen Worten – der Möglichkeit beraubt, Gewinne mit den zunächst (aufgrund seiner fehlenden Einwilligung zur Änderung) nur ihm zustehenden betrieblichen Kostenvorteilen zu erzielen.

[234] Auch in diesen Fällen muss daher dem Unternehmer der Ansatz üblicherweise von ihm angesetzter Kosten ermöglicht werden, wobei dies aus der gesetzlichen Regelung hilfsweise auch deshalb folgen würde, weil das Gesetz den Ansatz angemessener Gewinnzuschläge vorsieht, in die jedenfalls bei verfassungskonformer Auslegung auch die Gewinne aus dem Einsatz kostengünstiger Arbeitnehmer oder Betriebsstoffe einzurechnen wären; dem Unternehmer müsste dafür, dass er aufgrund seiner konkreten Kostenstruktur regelmäßig – durch den

Ansatz höherer Löhne als der von ihm selbst bezahlten – Gewinne erzielt, auch bei der Erbringung der Änderungsleistung die entsprechende Gewinnmöglichkeit erhalten bleiben und als „angemessen“ ein dem entsprechender außerordentlicher Gewinnzuschlag gewährt werden. Solange er dem geänderten Einsatz seiner Betriebsmittel nicht zugestimmt hat, muss die im Rahmen praktischer Konkordanz vorzunehmende Interessenbewertung berücksichtigen, dass sich der Besteller zumindest die Gewinnmöglichkeiten aus diesem geänderten Einsatz nicht durch einseitige Anordnung verschaffen kann.

[235] Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass damit für die Nachtragspreise doch wieder auf einseitige Ermittlungsgrundlagen des Unternehmers zurückgegriffen wird, die für den Besteller nicht durchschaubar sind. Denn für die verfassungsrechtliche Bewertung kommt es nur darauf an, dass der Besteller einseitig die Kapazitäten des Unternehmers bindet und sie deshalb nach den vom Unternehmer nachgewiesenen, in seinem Betrieb bestehenden Ertragschancen zu bezahlen hat. Dafür ist auch ohne konkreten Nachweis eines entgangenen Füllauftrags mit entsprechend höheren Preisen zu fordern, dass der Unternehmer im Sinne der beweisrechtlichen Anforderungen (§ 286 ZPO) zur Überzeugung des Gerichts nachweisen kann, dass entsprechende Kosten von ihm üblicherweise als angebotene Preise erwirtschaftet werden oder ein entsprechender Ertrag bzw. Gewinn üblicherweise (z.B. aufgrund üblicher Lohnansätze in den Baupreisen oder bauüblicher Gerätemieten) am Markt zu erwirtschaften ist. Mit den beweisrechtlichen Anforderungen ist deshalb sowohl der erforderliche Schutz des Bestellers vor Missbrauch – auch im Sinne einer praktischen Konkordanz der Regelung – als auch eine ausreichende Transparenz der Preisbildung gewährleistet.

[236] Fraglich könnte allenfalls sein, ob es verfassungsrechtlich darüber hinaus erforderlich ist, dem Unternehmer den konkreten Nachweis zu ermöglichen, dass er – bspw. durch einen möglichen Füllauftrag, den er angenommen hätte – bei Ausbleiben der Anordnung sogar noch höhere Gewinne erzielen hätte können. Das würde im Ergebnis einer schadensrechtlichen Einordnung entsprechen und nach den schadensersatzrechtlichen Bewertungen voraussetzen, dass die Anordnung vom Gesetzgeber gleichsam als Pflichtverletzung bewertet werden muss.²⁵⁸ Eine so weitreichende Anforderung ist aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen aber weder ableitbar noch wäre dies systematisch gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat vielmehr durch das neue Recht der Änderungen beim Bauvertrag der Tatsache Rechnung getragen, dass solche Änderungen während der Bauausführung den branchenüblichen Anforderungen entsprechen. Zwar reicht dies nicht aus, um dem Unternehmer die Zurverfügungstellung seiner Betriebsmittel für Änderungen ohne Rücksicht auf seine im Betrieb üblicherweise erzielten Erträge bzw. Gewinne aufzuerlegen. Es liegt aber nicht außerhalb des nach der Rechtsprechung bestehenden gesetzgeberischen Gestaltungs- und Bewertungsspielraums (vgl. Rdnr. [213]), wenn zumindest für einmalige Sondererlöse der Verlust unternehmerischer Chancen durch das Eingehen eines Bauauftrags dem unternehmerischen Risiko zugerechnet wird und für die Berechnung einer verfassungsrechtlich ausreichenden Kompensation damit außer Ansatz bleibt.

bb) Angemessene Zuschläge

[237] Ähnliche Überlegungen gelten für die Bildung der im Gesetz vorgesehenen angemessenen Zuschläge. Von den verschiedenen in der Literatur erörterten Berechnungsmöglichkeiten²⁵⁹ müssen von vorneherein diejenigen ausscheiden, die keinen Bezug zu dem von der Anordnung betroffenen Unternehmen aufweisen, also bspw. die

Verwendung markt- oder branchenbezogener Ansätze. Wie sich aus der Wertung nach § 632 Abs. 2 BGB ergibt, werden Marktpreise dem Unternehmer vom Gesetzgeber nämlich – abweichend vom Modell des § 650c BGB – ausschließlich dann zugemutet, wenn er freiwillig einen Bauauftrag annimmt, ohne dass er zuvor mit dem Besteller die Höhe der Vergütung regelt (vgl. Rdnr. [226]). In diesem Fall ist er aber das Risiko einer entsprechend unsicheren und ggf. seine sonstigen betrieblichen Gewinnmöglichkeiten unterschreitenden Vergütung freiwillig eingegangen.

[238] Anders im Fall nach §§ 650b BGB, 650c BGB: dort kann ihm daher unter Berücksichtigung der Wertung des § 632 Abs. 2 BGB, aber auch aus verfassungsrechtlicher Sicht aufgrund der einseitigen Inanspruchnahme seiner Betriebsmittel als Kompensation (vgl. Rdnr. [219] ff.) für diese Bindung der betrieblichen Kapazitäten nicht nur dasjenige zustehen, was am Markt üblicherweise für solche Leistungen an Zuschlägen bezahlt wird. Vielmehr müssen ihm die für seinen konkreten Betrieb typischerweise bestehenden Ertrags- und Gewinnmöglichkeiten ersetzt werden. Wenn der Unternehmer daher nachweisen kann, typischerweise mit seinem Betrieb höhere Gewinnzuschläge zu erzielen als die marktüblichen, so muss ihm der Ansatz dieser höheren Zuschläge für die ohne seine Zustimmung erfolgende Inanspruchnahme seiner betrieblichen Kapazitäten ermöglicht werden.

[239] Ebenso scheiden danach allerdings auch alle Ansätze aus, die auf die Vertragspreise oder die Kalkulationsgrundlagen für die Vertragspreise abstellen – ausgenommen nur den Fall nach § 650c Abs. 2 BGB. Denn entweder würde dies für den Unternehmer den Ansatz spekulativ hoher Zuschläge ermöglichen, vor denen der Gesetzgeber den Besteller jedoch gerade schützen wollte (vgl. Rdnr. [203], [215] f.) oder es würde der Unternehmer an nicht auskömmlichen Zuschlägen festgehalten, die er jedoch nur für den ursprünglichen Leistungsumfang zugestimmt hat. In beiden Fällen wäre daher die vom Gesetzgeber für die Situation des einseitigen, ändernden Eingriffs im Sinne der praktischen Konkordanz der abzuwägenden Interessen gewählte Lösung verfehlt: spekulative Preise sollen aufgrund des ohne Anordnungsrecht bestehenden Ungleichgewichts zwischen den Parteien gerade vermieden und etwaige Verluste des Unternehmers auf den Umfang begrenzt werden, der bei Ausführung der Vertragsleistung entstanden wäre.

[240] Richtigerweise kommt daher nach den zu berücksichtigenden sonstigen gesetzlichen Wertungen, aber auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nur ein Berechnungssystem in Betracht, das auf das konkrete Unternehmen und die dort typischerweise bestehenden Möglichkeiten, bestimmte Zuschlagssätze zu verdienen, ausgerichtet ist.²⁶⁰ Denkbar ist dabei grundsätzlich auch ein Rückgriff auf die Zuschläge, mit denen die Vertragspreise kalkuliert waren,²⁶¹ allerdings nur dann, wenn diese den üblicherweise vom Unternehmer bei seinen Angeboten bzw. Vertragsschlüssen angesetzten Zuschlägen entsprechen und nicht ausnahmsweise geringer angeboten waren.

[241] Im Sinne der Übertragung vorhandener gesetzlicher Wertungen auf den Begriff der Angemessenheit ist es ergänzend zudem denkbar auf vorhandene vergleichbare Regelungen zur vereinfachten Ermittlung von Zuschlägen zurückzugreifen, wie sie sich aus § 648 Satz 3 BGB als Mindestsätze ergeben. Dabei handelt es sich dann allerdings nur um eine Erleichterung der Abrechnung, ohne dass damit der Nachweis höherer Zuschläge ausgeschlossen wäre.²⁶²

cc) Informationelle Selbstbestimmung und Geschäftsgeheimnisse

[242] Mit der dargelegten verfassungskonformen Auslegung erledigt sich der grundsätzlich gegebene Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von Arbeitnehmern des Unternehmers im Zusammenhang mit der Ermittlung tatsächlicher Lohnkosten; denn der Besteller hat ohnehin keinen Anspruch darauf, konkret nur die Löhne bezahlen zu müssen, die der Unternehmer selbst an seine Arbeitnehmer bezahlt (vgl. Rdnr. [233] ff.). Eine Preisgabe personenbezogener Daten einzelner Mitarbeiter ist daher für die Ermittlung der tatsächlichen Lohnkosten nicht erforderlich. Ausreichend ist vielmehr die Bezugnahme auf die üblicherweise im Unternehmen bei der Kalkulation von Angeboten angesetzten Lohnsätze.

[243] Problematisch könnte bei der Nachweisführung weiter noch der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sein. Allerdings wird auch hier in der Regel eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werdende Lösung dadurch möglich sein, dass zur Kostenermittlung nicht auf geheime und dementsprechend schutzbedürftige, interne Betriebsdaten oder Berechnungsgrundlagen abgestellt werden muss, sondern Bezugssysteme gewählt werden, die auf marktgängige Drittkosten abstellen. Dem Unternehmer bleibt dann die Wahl, entweder durch genauere Angabe von internen Daten auf eigene Berechnungsgrundlagen abzustellen oder von der Offenlegung solcher Daten abzusehen und die Kosten unter Heranziehung anderer Bezugssysteme geltend zu machen.

dd) Anforderungen an den Nachweis tatsächlicher Kosten; Beweislast

[244] Besondere Schwierigkeiten können sich für den Unternehmer aufgrund des gesetzlichen Regelungsmodells schließlich mit Blick auf den Nachweis von tatsächlichen Kosten ergeben. Das Problem ist zweigeteilt:

Zum einen muss der Unternehmer zu dem Aufwand vortragen, der ihm tatsächlich für die Ausführung der unveränderten Leistung entstanden wäre (vgl. dazu näher bei Rdnr. [266] ff.). Dieser Nachweis ist deshalb schwierig, weil diese Leistung tatsächlich gar nicht ausgeführt wird und daher der korrespondierende Aufwand auch nicht etwa durch die üblichen baubetrieblichen Systeme einer Dokumentation und anschließenden Nachkalkulation erbrachter Bauleistungen erfasst werden kann.

Zum anderen ist dann der Aufwand für die Ausführung der geänderten Leistung entsprechend tatsächlichen Aufwandswerten zu ermitteln. Auch dies kann zu ganz erheblichen Erschwerungen bei der Durchsetzung von Nachtragsforderungen führen; denn gedanklich setzt es eigentlich voraus, dass eine detaillierte Erfassung und Dokumentation der Zuordnung aller eingesetzten Betriebsmittel – also insbesondere Lohn, Material und Gerät – zur Ausführung gerade der geänderten Leistung erfolgt. Eine solche Dokumentation müsste aber auch die Abgrenzung des jeweiligen Mitteleinsatzes von der Ausführung der übrigen (unveränderten) Vertragsleistung mit umfassen, es müssten also alle Schnittstellen zwischen Vertrags- und Änderungsleistung transparent zugeordnet und bspw. bei den Lohnkosten detaillierte Tätigkeitsnachweise im Sinne von Stundenlohnlisten mit einer entsprechenden Zuordnung jeder Einzeltätigkeit eines jeden einzelnen Arbeitnehmers geführt werden.

[245] Auch diese Fragestellung weist eine spezifisch verfassungsrechtliche Problemstellung auf. Das ist für die Nachweisführung zu den Kosten der unveränderten Leistung ohne Weiteres einleuchtend und der Eingriff insofern auch besonders gravierend: die Anordnung führt dazu, dass die unveränderte Leistung nicht ausgeführt und dem Unternehmer damit gerade das Mittel aus der Hand genommen wird, den etwa entstehenden Aufwand zu erfassen und auf diesem Weg direkt nachzuweisen. Um hier zu einer den Grundsätzen praktischer Konkordanz entsprechenden, verhältnismäßigen Anforderung zu gelangen, wird man Beweiserleichterungen in Betracht zu ziehen haben, etwa dergestalt, dass der Aufwand für die Vertragsleistung unter Bezugnahme auf übliche Kalkulationsansätze vorgetragen und der Besteller diesem Vorbringen sodann substantiiert zu widersprechen hat. Im gerichtlichen Verfahren wird auf dieser Grundlage sodann eine Schätzung des Aufwands nach § 287 ZPO zu erfolgen haben.

[246] Lässt sich selbst auf diesem Weg ein non liquet nicht vermeiden, dürfte aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Bestellers naheliegen. Denn beim Nachweis des tatsächlichen Aufwands für die Änderungsleistung führt die gesetzliche Regelung in § 650c Abs. 1 BGB dazu, dass dem Unternehmer eine vertragsfremde Abrechnungsmethode aufgezwungen werden kann. Im Normalfall kann der Unternehmer mit der konkreten Ausgestaltung der Vereinbarung der Vertragspreise und deren Abrechnung in einem Bauvertrag erreichen, dass er Kostennachweise – unter entsprechend erschwerten Bedingungen – für die Abrechnung seiner Leistung gerade nicht führen muss. Dies ist bei einem vereinbarten Pauschalpreis ohne Weiteres einleuchtend und gilt auch für den Einheitspreis, bei dem er nur die erbrachten Mengen ermitteln muss und diese dann abrechnen kann. Nur wenn der Unternehmer einer entsprechenden Preisvereinbarung zugestimmt hat – er also bspw. eine Stundenlohnvereinbarung getroffen oder Einheitspreise vereinbart hat, die auf einen definierten Geräteeinsatz für ganz bestimmte Leistungen abstellen – muss er entsprechend abrechnen. In diesem Fall hat er sich aber auf diese Erschwerung der Abrechnung auch tatsächlich eingelassen, während ihm mit einer einseitigen Anordnung diese Art des Kostennachweises und der Abrechnung einseitig aufgezwungen wird.

[247] Eine im Fall von Anordnungen etwa entstehende Beweisnot ist dem Unternehmer daher vertragsrechtlich nicht zurechenbar; sie wird durch den Besteller einseitig geschaffen. Das spricht dafür, dass der Besteller beweisrechtlich mit dem Nachteil leben muss, dass sich die tatsächlichen Kosten der unveränderten Leistung ggf. nicht mehr exakt feststellen lassen. Lässt sich das Vorbringen des Unternehmers zur Höhe der Kosten daher auch durch Schätzung nach § 287 ZPO weder beweisen noch widerlegen, trägt die Beweislast der Besteller und ist daher von der durch den Unternehmer dargelegten Höhe auszugehen.

[248] Im Ausgangspunkt ähnliche Überlegungen gelten für den Nachweis des Aufwands für die Änderungsleistung. Sie führen dort allerdings nur dazu, dass unverhältnismäßig und deshalb dem verfassungsrechtlichen Grundsatz praktischer Konkordanz nicht entsprechende Anforderungen an die Dokumentation zumindest durch Anwendung von § 287 ZPO auszugleichen sind. Dagegen dürfte die weiterreichende Folge einer Umkehr der Beweislast aufgrund der grundsätzlich gegebenen Möglichkeit zur Dokumentation des Änderungsaufwands für diesen Teil der Kostenermittlung für die Änderungsvergütung ausscheiden. Dem Unternehmer ist daher in jedem Fall eine möglichst genaue Dokumentation des Aufwands für Änderungsleistungen zu empfehlen.

ee) Änderungen mit Minderkosten

[249] Problematisch ist schließlich der Fall, dass sich bei dem in § 650c BGB vorgegebenen Vergleich des Aufwands von ursprünglicher und geänderter Leistung – etwa im Fall einer Optimierung einer dem Bauvertrag zugrunde liegenden Planung – ergibt, dass die Änderungsleistung kostengünstiger ausgeführt werden kann als die Vertragsleistung. Bei konsequenter Anwendung der in § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Berechnungsmethode würde dann bei Umsetzung der gesetzlichen Regelung, wonach die „Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b BGB Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand [...] nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln [ist]“, ein negatives Ergebnis des Aufwandsvergleichs um einen – ebenso negativen – Zuschlag zu erhöhen und von der vertraglichen Vergütung abzuziehen sein. Der Unternehmer würde einen Teil der ihm mit dem ursprünglichen Auftrag eigentlich versprochenen Erträge für den Einsatz seiner Kapazitäten und auch der Zuschläge durch einseitige Entscheidung des Bestellers wieder verlieren.

[250] Durch eine solche Auslegung des Gesetzes würde bereits innerhalb des einfachen Gesetzesrechts ein schwer zu erklärender Wertungswiderspruch zu § 648 BGB entstehen: denn dort ist zwar der durch eine Kündigung ersparte Aufwand vom Vergütungsanspruch des Unternehmers abzuziehen, allerdings nur dann, wenn er auch tatsächlich erspart worden ist. Können also bspw. die vorgesehenen Arbeitskräfte nicht anderweitig eingesetzt werden, müssen sie bezahlt werden; der Besteller wird daran festgehalten, dass er die betrieblichen Kapazitäten des Unternehmers einmal gebunden hat und er kann deshalb allenfalls dann von einer Kündigung profitieren, wenn die Arbeitskräfte bei einem gerade aufgrund der Kündigung angenommenen Füllauftrag eingesetzt werden können.

[251] Bei einer Änderungsanordnung wäre dies anders: sind für die Ausführung der optimierten Leistung weniger Arbeitskräfte erforderlich, könnte der Unternehmer die für die entfallenden Arbeitskräfte ursprünglich zu vergütenden Lohnkosten nicht mehr ersetzt verlangen. Er hätte den betrieblichen Aufwand für die Vorhaltung dieser Arbeitnehmer auch dann wieder selbst zu tragen, wenn er sie (mangels Füllauftrag) nicht anderweitig zur Erwirtschaftung von Kostendeckungsbeiträgen einsetzen könnte. Mehr noch: er würde zusätzlich sogar noch einen Teil seiner ursprünglich vereinbarten Vergütungsbestandteile für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn – nämlich diejenigen auf den Minderbetrag – verlieren.

[252] Vergleicht man die beiden in § 648 BGB und § 650c BGB geregelten Fälle, so liegt der Unterschied zwar darin, dass im Fall nach § 650c BGB die Vergütung für den von der Änderung betroffenen Leistungsteil deshalb nicht ohne jedweden Ausgleich entfallen würde, weil für die geänderte Leistung selbst wieder eine Vergütung zu bezahlen ist. Allerdings würde diese Vergütung dann, wenn im Fall einer Verringerung des Aufwands die dadurch entstehenden Minderkosten einfach in die Berechnung eingestellt würden, keine Kostendeckungsbeiträge mehr für Betriebsmittel (Arbeitskräfte, Gerät etc.) enthalten, die aufgrund der Anordnung nicht mehr eingesetzt werden.

[253] Deshalb wäre der Unterschied zur Wertung der in § 648 BGB geregelten Fälle je geringer, je weniger Aufwand für die Änderungsleistung anfallen würde und wäre jedenfalls dann, wenn der Aufwandsvergleich geradezu negativ ausfällt, das Ergebnis aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch; denn eine derartige Berechnung des Vergütungsanspruchs würde dazu führen, dass sich der Besteller von einem geschlossenen Vertrag – sei es auch nur teilweise – zur Höhe der Vergütung einfach ohne Ausgleich lösen könnte, wenn er sich von seinem Versprechen zur Bezahlung und damit Kostendeckung für die betroffenen betrieblichen Kapazitäten einfach lossagen könnte. Dem Unternehmer würde seine mit dem Vertragsschluss erlangte Rechtsposition, mit der er für die nunmehr aus der Vertragserfüllung entlassenen betrieblichen Kapazitäten eine Vergütung erlangt hätte, ohne Ersatz oder Entschädigung entzogen. Eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Vergütung müsste demgegenüber sicherstellen, dass der Unternehmer für entsprechende Nachteile ausreichend kompensiert wird (vgl. Rdnr. [287] ff.).

d) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung zur Abschlagszahlung nach § 650c Abs. 3 BGB

[254] Unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen hält die gesetzliche Regelung zur Nachtragsvergütung in § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB unseres Erachtens einer verfassungsrechtlichen Überprüfung stand.²⁶³ Bedenken ergeben sich jedoch gegen die gesetzlich zur Liquiditätssicherung vorgesehene Regelung über Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3 BGB.²⁶⁴

[255] Sie folgen zwar nicht bereits daraus, dass die dort vorgegebene Höhe der Abschlagszahlung überhaupt keinen rechtlichen Bindungen unterliegen würde; denn zur Einordnung überhöhter Zahlungsverlangen ist richtigerweise § 138 BGB heranzuziehen.²⁶⁵ Die Regelung erfordert zwar eigentlich das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts, das beim Angebot als bloßer Willenserklärung nicht vorliegt, weil unter einem Rechtsgeschäft nur durch Willenserklärung begründeten Rechtsakte zu verstehen sind, die eine Rechtsfolge herbeiführen und das bloße Angebot des Unternehmers führt – für sich genommen – noch keine Rechtsfolge herbeiführt.²⁶⁶ Indessen würde die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit mit der Annahme des Angebots eintreten. Deshalb ist rechtlich bereits das auf die Annahme gerichtete Angebot des Unternehmers unbeachtlich (arg e § 162 BGB); denn das Angebot zielt auf die Herbeiführung eines sittenwidrigen und deshalb nichtigen Erfolgs ab.

[256] Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Problematik überhöhter Nachtragsangebote etwa erkannt und durch § 650c Abs. 3 Satz 3 BGB (nur) im Sinne einer Sanktion für überhöhte Abschlagszahlungen in Form eines Rückzahlungsanspruchs nebst Verzinsung geregelt habe, kann dem nicht entgegengehalten werden.²⁶⁷ Denn die Rechtsfolge nach § 650c Abs. 3 Satz 3 BGB betrifft auch Angebote unterhalb der Sittenwidrigkeitsgrenze und verschärft somit gegenüber § 138 BGB die Rechtslage für den Unternehmer. Deshalb kann der Regelung aber auch nichts dafür entnommen werden, ob der Gesetzgeber ggf. sogar sittenwidrig überhöhte Angebote ausnahmsweise für zulässig erklären und nur mit der Rechtsfolge der Verzinsungspflicht belegen wollte, was aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung richtigerweise vielmehr auszuschließen ist.

[257] Gleichwohl kann der Unternehmer nach der gesetzlichen Regelung damit durch ein Angebot im Zuge des Einigungsverfahrens nach § 650b Abs. 1 BGB die Grundlage für Abschlagszahlungen einseitig festlegen und unterliegt dabei einer rechtlichen Kontrolle zunächst einmal nur durch die Grenze sittenwidriger und daher nach §§ 162, 138 BGB unbeachtlicher Zahlungsverlangen. Nach den für die rechtliche Bewertung überhöhter Preise durch die Rechtsprechung maßgeblichen Grundsätzen zur sittenwidrigen Preisüberhöhung²⁶⁸ bedeutet das aber, dass der Besteller ggf. eine um bis knapp unter 100 % überhöhte Vergütung bezahlen muss und wegen des Differenzbetrags für den Besteller keinerlei Schutz vor einer zwischenzeitlichen Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers bis zur Feststellung der tatsächlich geschuldeten Vergütung besteht. Denn mit einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB könnte er allenfalls die Sittenwidrigkeit der geltend gemachten Abschlagszahlung geltend machen. Dem Besteller wird also bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit das volle Vorleistungsrisiko übertragen; er muss ggf. einen eigentlich weit überhöhten Preis bezahlen, der der vom Gesetzgeber eigentlich materiell und im Sinne praktischer Konkordanz (vgl. Rdnr. [213]) für maßgeblich erklärten Bewertung nach § 650c Abs. 1 BGB widerspricht, ohne dass er im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmers für einen etwaigen Rückforderungsanspruch abgesichert wäre.

[258] Die Regelung steht damit in einem kaum auflösbaren Widerspruch zu dem grundsätzlichen Gedanken der Neuregelung, wonach es dem Besteller ermöglicht werden soll, Änderungen zu den wirtschaftlichen Bedingungen des in § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Preismodells umzusetzen, ohne auf die Zustimmung des Unternehmers angewiesen zu sein, um das insofern ansonsten bestehende Ungleichgewicht zwischen den Parteien zu beseitigen. Mit der Regelung zur Abschlagszahlung wird innerhalb dieses Regelungskonzepts nicht nur die verfassungsrechtlich gebotene Kompensation, sondern eine deutliche Überkompensation gewährt: der Unternehmer hätte nämlich auch ohne die gesetzliche Regelung in § 650c Abs. 3 BGB für auf die Änderungsanordnung hin erbrachte Teilleistungen den Anspruch auf Abschlagszahlung nach § 632a BGB, der nach Erbringung von Leistungen auch unschwer dadurch berechnet werden kann, dass einfach die für die erbrachten Teilleistung entstandenen tatsächlichen Kosten in Rechnung gestellt werden. Richtig mag zwar sein, dass damit den Liquiditätserfordernissen des Unternehmers bei Streit über die berechnete Höhe der Forderung zunächst nicht Rechnung getragen wird. Allerdings steht der Unternehmer in diesem Fall keineswegs schutzlos; denn er kann bei Bestehen einer berechtigten Forderung die weitere Erbringung der Leistung verweigern. Warum diese reguläre, gesetzlich in § 320 BGB verankerte Systematik von Leistungs- und Gegenleistungsrisiko im Fall des Bauvertrags nicht ausreichen sollte, erschließt sich nicht wirklich.

[259] Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Abschlagsregelung nach § 632a BGB nicht weiterhilft, weil sie dem Unternehmer im Sinne der gesetzgeberischen Zielsetzung keinen zeitnahen Liquiditätszuwachs verschafft. Zwar ist es zutreffend, dass die Parteien in solchen Fällen – wie sich an der fehlenden Einigung nach § 650b Abs. 2 BGB zeigt – gerade über die Nachtragshöhe streiten²⁶⁹ und deshalb die gerichtliche Klärung der Vergütung im Nachgang in der Praxis der Regelfall ist. Jedoch entbindet das nicht von der Notwendigkeit einer den Grundsätzen praktischer Konkordanz entsprechenden Regelung der wirtschaftlichen Folgen sowohl für den Besteller als auch für den Unternehmer.

[260] Die einseitige Festlegung der Vergütung bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit durch den Unternehmer würde einer verhältnismäßigen Bewertung der beiderseitigen Interessen daher unseres Erachtens nur dann entsprechen, wenn der Unternehmer sonst schutzlos gestellt wäre. Das ist mit Blick auf §§ 632a, 320 BGB jedoch offensichtlich

nicht der Fall. Es kommt hinzu, dass der Gesetzgeber keine effektiven Regelungen für einen wirksamen Schutz des Bestellers vor materiell – gemessen an der maßgeblichen gesetzlichen Wertung – überhöhten Zahlungsverlangen vorgesehen hat. Zwar kann der Besteller im Wege einer einstweiligen Verfügung gem. § 650d BGB eine „anderslautende gerichtliche Entscheidung“ beantragen, nach der die nach § 650c Abs. 1 BGB geschuldete Vergütung niedriger ist. Indessen sind in diesem Verfahren nach § 294 Abs. 2 ZPO nur präsente Beweismittel zulässig. Es ist deshalb fraglich, ob auf diesem Weg ein angemessener Schutz des Bestellers erreicht wird.²⁷⁰ Die Verzinsungspflicht nach § 650c Abs. 3 Satz 2 und 4 BGB erreicht einen solchen Schutz jedenfalls nicht, weil sie in den Fällen einer Insolvenz des Unternehmers – und damit in den Fällen, in denen naheliegenderweise ein besonders hohes Risiko von überhöhten Verlangen nach § 650c Abs. 3 BGB im Vorfeld besteht – nicht durchsetzbar ist und daher das Ziel eines effektiven Schutzes des Bestellers vollständig verfehlt.

[261] Ein effektiver Schutz des Bestellers hätte etwa im Wege eines demgegenüber beweisrechtlich um die Zulässigkeit baubetrieblicher, sachverständiger Feststellungen in einem Schnellverfahren ergänztes Erkenntnisverfahren erreicht werden können – etwa in einem entsprechend ausgestalteten Verfahren auf Erlass einer Bauverfügung, wie sie von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht ursprünglich vorgeschlagen, vom Gesetzgeber aber verworfen worden ist. Dieser Weg wurde vom Gesetzgeber jedoch nicht weiter verfolgt, obwohl mit der Änderung des Entwurfs für das neue Bauvertragsrecht durch die nachträgliche Einfügung von § 650c Abs. 3 BGB offenkundige Gefahren für den Besteller geschaffen worden sind. Der Gesetzgeber hat vielmehr trotz des auf der Hand liegenden Problems eines unzureichenden Schutzes vor überhöhten Forderungen nach § 650c Abs. 3 BGB von einer weiterreichenden Regelung für einen gerichtlichen Rechtsschutz ebenso abgesehen, wie von anderen ggf. vorhandenen und im Sinne des erforderlichen Interessenausgleichs für den Besteller mildereren und den Unternehmer ebenso geeigneten Mitteln. Solche hätten etwa darin bestehen können, eine erweiterte Zulässigkeit von Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung zu regeln, wie sie zur baubegleitenden Klärung von Streitigkeiten – etwa in Form der Adjudikation – tatsächlich in der Praxis üblich sind und zur Verfügung stehen.

[262] Unseres Erachtens bestehen gegen die Regelung daher erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Zumindest ist eine verfassungskonforme Auslegung geboten, mit der die Reichweite des einseitigen Bestimmungsrechts im Sinne eines ausreichenden Schutzes des Bestellers vor überhöhten Forderungen auf der Grundlage einer einseitigen Festlegung der Höhe von Abschlagsforderungen begrenzt wird (vgl. dazu Rdnr. [376] ff.).

2. Inhalt der gesetzlichen Regelung im Einzelnen

[263] Unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Rahmens bei der Auslegung wird im Weiteren zunächst der Inhalt der gesetzlichen Regelung betrachtet (vgl. Rdnr. [264] ff.), um im Abschluss die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Neuregelung zur Nachtragsvergütung zu erarbeiten (vgl. Rdnr. [380] ff.).

a) Berechnung der Vergütungsanpassung

[264] Das Gesetz unterscheidet in § 650c Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB zwischen zwei Berechnungsmethoden, anhand derer die Nachtragsvergütung ermittelt werden kann:

- Grundsätzlich ist nach Abs. 1 Satz 1 die „Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand [...] nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln“.
- Nach Abs. 2 Satz 1 darf der Unternehmer „zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen.“ Wählt er diesen Weg, so wird nach Abs. 2 Satz 2 „vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht.“

[265] Danach wird in Abs. 2 zwar grundsätzlich weiterhin und alternativ zur Berechnung anhand tatsächlicher Kosten mit angemessenen Zuschlägen die sog. (vor-)kalkulatorische Preisfortschreibung – als bis zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts praxisübliche – Berechnungsmethode zur Verfügung gestellt. Allerdings stehen die beiden Methoden in einem klaren Rangverhältnis; denn die Berechnung nach Abs. 2 ist nach der gesetzlichen Regelung lediglich eine – im Sinne der Praktikabilität – erlaubte Hilfsmethode, bei der vermutet wird, dass das Ergebnis dieser Berechnung der zutreffenden – und damit der Sache nach vorrangigen – Höhe des Anspruchs nach Abs. 1 entspricht. Es handelt sich mithin nur um eine Beweiserleichterung zugunsten des Unternehmers, die nichts daran ändert, dass ein Ergebnis der Berechnung nach Abs. 1 – sofern es vom Besteller bewiesen werden kann – materiell-rechtlich den Vorrang hat. In der Literatur wird deshalb sogar in Frage gestellt, ob es sich bei dem Vorgehen nach Abs. 2 überhaupt um eine selbständige Berechnungsmethode handelt²⁷¹ und eine einschränkende Auslegung von § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB vorgeschlagen (vgl. dazu näher Rdnr. [368] ff.).

aa) Tatsächliche Kosten für den geänderten Aufwand

(1) Grundsätzliche Berechnungsmethode

[266] Gefestigte Rechtsprechung und entsprechend abgesicherte baubetriebliche Berechnungsmethoden, anhand derer sich die Berechnung nach tatsächlich erforderlichen Kosten gem. § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ermitteln ließe, existieren bislang nicht. Der Rechtsanwender ist vielmehr auf den Gesetzestext und die erschienenen Publikationen verwiesen.²⁷² Einfach ist die Berechnungsmethode, wenn es sich bei der angeordneten Leistungsänderung um eine zusätzliche Leistung handelt, die sich auf die Vertragsleistung und den bisher vereinbarten Vergütungsanspruch nicht weiter auswirkt. In diesem Fall sind als „tatsächlich erforderliche Kosten“ die Aufwendungen für die Änderungsleistung in Ansatz zu bringen.

[267] Schwieriger gestaltet sich die Berechnung, wenn durch die Änderungsanordnung auch Leistungen des bisherigen Vertrags abgeändert werden. Die grundsätzlich unter Bezugnahme auf „tatsächlich erforderliche Kosten“ denkbaren Berechnungswege lassen sich dabei theoretisch auf zwei Rechenmethoden reduzieren:

- Entweder hat der Besteller die Vergütung für die ursprüngliche Leistung überhaupt keine Vergütung zu bezahlen, sondern schuldet den Aufwand für die Erbringung der Änderungsleistung, der sich anhand der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ ermittelt und angemessen bezuschlagt wird (Methode 1).
- Oder es wird die vertragliche Vergütung als Rechnungsposten unverändert und voll angesetzt und sodann lediglich der tatsächliche Kostenunterschied zwischen den hypothetischen tatsächlichen Kosten bei Erbringung der Vertragsleistung und tatsächlichen Kosten der Änderungsleistung ermittelt und der sich dabei ergebende Differenzbetrag bezuschlagt und von der vertraglichen Vergütung abgezogen oder ihr hinzugerechnet (Methode 2).

[268] Die beiden Rechenmethoden führen bei Mehr- wie Minderkosten zu unterschiedlichen Ergebnissen. Bei Methode 1 wird der für die ursprünglich vorgesehene Teilleistung kalkulierte Preis vollständig von der vertraglichen Vergütung abgezogen, wodurch ein Kostenvor- oder -nachteil bei auskömmlich oder nicht auskömmlich kalkuliertem Preis nicht bestehen bleibt. Anders verhält es sich bei Methode 2, bei der ein über die unterschiedlichen tatsächlichen Herstellungskosten der Änderungsleistung hinausgehender Kostenvor- oder -nachteil beim Unternehmer verbleibt, wobei dieser umso geringer ausfällt, je stärker die für die ursprüngliche Leistung kalkulierten Kosten den tatsächlichen Herstellungskosten entsprechen.

[269] Für die Kostenermittlung i.S.d. § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB kann nur der in Methode 2 vorgegebene Berechnungsweg der Maßgebliche sein.²⁷³ Denn nach dem Wortlaut des § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ist schon im Ansatzpunkt für die Vergütungsanpassung ein Vergütungsanspruch (nur) für den „infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand“ zu ermitteln. Das Gesetz geht also offenbar davon aus, dass für die Änderung überhaupt nur das tatsächliche Kostendelta zwischen einer Ausführung der ursprünglichen Leistung und der geänderten Leistung zu ermitteln ist, während der ursprüngliche Vertragspreis in § 650c BGB nicht erwähnt wird und demzufolge nur als unveränderter Rechnungsposten in die Berechnung einfließt.

[270] Auch der in der Gesetzgebungsgeschichte dokumentierte Sinn und Zweck des § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ist allein mit der Methode 2 zu verwirklichen. Der Gesetzgeber wollte das Äquivalenzgefüge des ursprünglichen Vertrags mit Einführung der ohnehin in die Vertragsfreiheit eingreifenden Vergütungsanpassungsnorm nicht verändern und also Gewinne oder Verluste, die bei Ausführung der ursprünglichen, nicht geänderten Vertragsleistung entstanden wäre, allein dem Unternehmer zuweisen. Einzig der durch die Änderungsanordnung anfallende erhöhte oder verminderte Aufwand sollte durch die Vorgabe der Berechnungsmethode nach tatsächlichen Kosten preisregulatorisch erfasst werden. Dies stellt jedoch allein die Methode 2 sicher. Als Beleg ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass der zur Kostenberechnung im Abschlussbericht der AG Bauvertragsrecht am 18.06.2013 entworfene Leitfaden durch den Gesetzgeber revidiert und wie folgt gefasst wurde:

„Bei der Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die

aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand“.274

Nur bei Methode 2 sind jedoch die hypothetischen tatsächlichen Kosten für die unveränderte Vertragsleistung von Bedeutung – also die „Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären“ –, weshalb auch nur diese Methode die zutreffende Kostenermittlungsmethode sein kann.

(2) Vergleichende Aufwandsberechnung

[271] Der Sache nach ist für die Berechnung der Nachtragsvergütung damit eine Vergleichsrechnung zu erstellen, mit der die tatsächlichen sog. „Einzelkosten der Teilleistung“ (also die Kosten ohne die Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn) als Aufwand zunächst für die ursprüngliche vertragliche Leistung und sodann für die durch die Anordnung geänderte Leistung erfasst und letzterer vom ersteren Betrag im dritten Berechnungsschritt abgezogen wird. Der ermittelte Differenzbetrag ist dann mit einem angemessenen Zuschlag für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu versehen und der vereinbarten Vergütung hinzuzurechnen.

(a) Begriff der tatsächlichen Kosten

[272] Unter tatsächlichen Kosten sind im Grundsatz die sog. „Ist-Kosten“ zu verstehen, also die Kosten, die aufgrund der Ausführung der Vertragsleistung tatsächlich entstanden wären bzw. für die Ausführung der Änderungsleistung tatsächlich entstehen. Der Kostenbegriff ist dabei – wie wir gesehen haben – betriebswirtschaftlich zu verstehen (vgl. Rdnr. [228] ff.). Zu ermitteln sind auf dieser Grundlage die jeweiligen sog. „Einzelkosten der Teilleistung“ unter Berücksichtigung von Lohn, Stoffen, Gerät und evtl. Drittkosten (z.B. für Nachunternehmer oder Drittgerät).275

[273] Anzusetzen sind auch die sog. Baustellengemeinkosten, die im Gesetzeswortlaut – ebenso wie die Einzelkosten der Teilleistung nicht – offensichtlich nur deshalb nicht im Sinne der üblichen baubetrieblichen Begriffsdefinition angesprochen werden, weil an diese Begrifflichkeit keine besonderen Rechtsfolgen geknüpft sind und daher (nur) der allgemeine Begriff „Kosten“ verwendet worden ist.

[274] Bei der Kostenermittlung selbst ist zwischen dem Einsatz eigener Mittel und Kapazitäten einerseits und der Verwendung von Drittmitteln (wie er insbesondere bei den Stoffen der Regelfall ist) einschließlich einem etwaigen Einsatz von Nachunternehmern andererseits, zu unterscheiden. In beiden Fällen sind die jeweils anzusetzenden Preise und die jeweils maßgeblichen Aufwands- und Leistungswerte zu betrachten.

(b) Aufwands- und Leistungswerte

[275] Beginnt man mit letzteren, so versteht man unter Aufwandswerten in der baubetrieblichen Kostenrechnung „die erforderlichen Arbeitsstunden (Lohnstunden) je Leistungsmenge [h/m³, h/m² usw.]“,²⁷⁶ die auch als Stundenansatz bezeichnet werden. Allgemeiner formuliert und auf alle betrieblichen Kapazitäten bezogen spricht man (übergeordnet) auch von Leistungswerten. Sie geben „(im Zusammenhang mit der Errichtung eines Bauwerks) [...] an, welche Produktionsmenge (z.B. Bruttorauminhalt [m³], Betonmenge [m³]) in einer bestimmten ausgewählten Zeiteinheit (z.B. Monat, Woche, Schicht, Tag, Stunde) erzeugt (hergestellt) wird“.²⁷⁷ Bei den Aufwands- und Leistungswerten handelt sich um wesentliche Messgrößen der Produktivität beim Einsatz betrieblicher Kapazitäten, die bei der kalkulativen Kostenermittlung neben den angesetzten Preisen entscheidenden Einfluss auf die auskömmliche Ermittlung der Preise haben.²⁷⁸ Aus den in der Kalkulation konkret angesetzten Werten ergeben sich immer dann, wenn die vertragliche Preisvereinbarung nicht – wie etwa ein Stundenlohn – an die Aufwands- oder Leistungswerte selbst anknüpft, wesentliche Risiken für die zutreffende Ermittlung der Vertragspreise in der Angebotsphase. Nachdem § 650c BGB den Unternehmer von diesen Risiken gerade entlasten soll, ist für die Berechnung tatsächlicher Kosten durchweg auf die im Nachhinein tatsächlich ermittelbaren bzw. ermittelten Aufwands- und Leistungswerte der erbrachten Änderungsleistung abzustellen.

[276] Etwas anderes könnte unter dem Gesichtspunkt einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Entschädigung des Unternehmers nur dann gelten, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass er für die angeordneten Leistungen in seinem Betrieb typischerweise Preise erzielt, die höher sind als die auf der Basis tatsächlicher Aufwands- und Leistungswerte ermittelten Nachtragspreise. In diesem Fall würde der vom Unternehmer mit anderweitiger Verwendung seiner betrieblichen Kapazitäten üblicherweise erzielte Preis nämlich gegenüber der Berechnung nach tatsächlichen Aufwands- und Leistungswerten einen Gewinn enthalten, der seinen üblichen Ertrags- und Gewinnmöglichkeiten entspricht und daher bei der Ermittlung angemessener Gewinnzuschläge berücksichtigt werden müsste (vgl. Rdnr. [237] ff.).

(c) Einsatz von Eigenmitteln

[277] Soweit eigene Betriebsmittel eingesetzt werden, sind als Kosten die für den Wert dieser Mittel üblicherweise und unter Berücksichtigung der jeweiligen Verdienstmöglichkeiten des Unternehmers für die durch die Anordnung gebundenen Betriebsmittel erzielbaren Preise anzusetzen (vgl. Rdnr. [228] ff.). Hilfsweise ist es denkbar, dass der Unternehmer zur Nachweisführung auf Preise zurückgreift, die üblicherweise am Markt für den Einsatz vergleichbarer Mittel (seien es als Lohnansätze oder Gerätemieten) erzielt werden, denn auch insofern ist zu

berücksichtigen, dass dadurch der Nachweis geführt wird, dass ihm üblicherweise mit dem Einsatz seiner Betriebsmittel ein solcher Gewinn möglich gewesen wäre.²⁷⁹

(aa) Gerätekosten

[278] Das bedeutet bspw. für abgeschriebenes Gerät, dass dafür nicht etwa nur die Kosten für den Betrieb der Geräte angesetzt werden können, sondern vielmehr die üblicherweise für vergleichbares Gerät erzielbaren Preise. In der baubetrieblichen Kostenrechnung der Unternehmen der Bauwirtschaft wird für Eigengerät dementsprechend auch verbreitet so vorgegangen, dass dieses Gerät abweichend von der bilanzrechtlichen Einordnung von abgeschriebenem Gerät mit internen Verrechnungssätzen bewertet und so in die Kalkulation von Baupreisen übernommen wird. Mit diesen Ansätzen werden dann vom Unternehmer Baupreise kalkuliert und am Markt vereinbart, obwohl für das abgeschriebene Gerät mit dem Einsatz auf der Baustelle kein auf den eigenen Wert bezogener Mittelabfluss mehr feststellbar ist. Diese Ansätze entsprechen in der Regel auch den üblicherweise mit dem Gerät erzielten Erlösen; sie sind deshalb für den Kostenbegriff maßgeblich. Wollte man das anders sehen, müssten spätestens bei der Berechnung angemessener Zuschläge entsprechende Beträge eingerechnet werden; denn der Unternehmer macht mit abgeschriebenem Gerät Gewinn und diese (angemessene) Gewinnmöglichkeit muss ihm erhalten bleiben.

(bb) Lohn- und Stoffkosten

[279] Dasselbe gilt schließlich auch für die Ermittlung der Kosten sonstiger betrieblicher Kapazitäten, also etwa diejenigen für Lohn²⁸⁰ und Stoffe (vgl. Rdnr. [233] ff.). Auch hier bleibt dem Unternehmer, der über die jeweiligen Betriebsmittel zu günstigen Kosten verfügen kann, dieser Vorteil erhalten, und zwar entweder indem bereits bei den tatsächlichen Kosten die im Unternehmen üblicherweise in der Kalkulation angesetzten Lohnsätze verwendet werden oder aber durch die Bildung von außerordentlichen Gewinnzuschlägen für den Fall, dass dem Unternehmer in seinem Betrieb Lohnkosten entstehen, die niedriger sind als bei Wettbewerbern.

(d) Einsatz von Drittmitteln, Nachunternehmer und Lieferanten

(aa) Tatsächliche Preise

[280] Während es nach den vorstehenden Überlegungen für die Verwendung eigenen Personals, Geräts oder eigener Stoffe nicht auf einen tatsächlichen Mittelabfluss ankommt, ist für alle Drittkosten des Unternehmers in der Regel auf solche tatsächlichen Kosten zurückzugreifen, also auf die tatsächlich vereinbarten Preise aus einer Drittbeschaffung. Zwar ist es grundsätzlich auch bei der Leistungserbringung durch Inanspruchnahme von Kapazitäten Dritter denkbar, dass der Unternehmer über besonders günstige Quellen verfügt, mit denen er üblicherweise bessere Preise erzielt, als die gerade mit dem Dritten vereinbarten. Allerdings sind solche betriebswirtschaftlichen Vorteile wohl bei keinem denkbaren Verständnis des Gesetzeswortlauts als ein „Aufwand [...] nach den tatsächlich erforderlichen Kosten“ zu qualifizieren. Für den „Aufwand“ muss es deshalb zunächst bei den mit dem Dritten vereinbarten Preisen bleiben.

(bb) Kostenberechnung bei günstigen Beschaffungsquellen, Rabatten etc.

[281] Erforderlich ist es nach den vorstehenden Überlegungen zum angemessenen Zuschlag bei § 650c BGB (vgl. Rdnr. [237] ff.) allerdings, zugunsten des Unternehmers in solchen Fällen einen außerordentlichen Gewinnzuschlag anzusetzen; denn die Tatsache, dass der Unternehmer aufgrund einer günstigen Bezugsquelle mit üblichen Preisen höhere Gewinne erzielen kann, ist bei der gebotenen unternehmensbezogenen Betrachtungsweise für die Ermittlung dieser Zuschläge dahin zu berücksichtigen, dass ihm solche Gewinne auch bei der Erbringung von Änderungsleistungen erhalten bleiben müssen (vgl. Rdnr. [233] ff.).

[282] Ein Beispiel dafür ist der in der Literatur²⁸¹ diskutierte Fall der Anmietung von Geräten einer Konzernschwesterengesellschaft zu Preisen, die aufgrund eines Konzernnachlasses unter denjenigen liegen, die am Markt verlangt werden. Kann die Konzerngesellschaft aufgrund der Preisvergünstigung üblicherweise am Markt Gewinne erzielen, dann muss ihr diese Möglichkeit auch bei der Ausführung der Änderung erhalten bleiben; denn der Besteller bindet die betrieblichen Kapazitäten einseitig und muss sie daher angemessen kompensieren. Die Begründung dafür ist entweder in einer verfassungskonformen Auslegung des Kostenbegriffs zu sehen (vgl. Rdnr. [228] ff.) oder aber darin, dass der Unternehmer in solchen Fällen mit dem Konzerngerät üblicherweise höhere Gewinne erzielen kann und ihm diese Gewinnmöglichkeit bei der Bestimmung eines angemessenen Zuschlags erhalten bleiben muss (vgl. Rdnr. [237] ff.).

[283] Das verfassungsrechtlich gebotene Ergebnis kann auch nicht mit der Begründung geändert werden, dass die Möglichkeit günstigeren Geräts in diesen Fällen vom Unternehmer unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit verlangt werden kann.²⁸² Auch für diesen Begriff gilt nämlich, dass seine Auslegung an den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu orientieren ist und deshalb die unternehmerischen Spielräume zu beachten hat, die bei einer fremdnützigen Inanspruchnahme der Betriebsmittel des Unternehmers durch einseitige Anordnung dem Unternehmer erhalten bleiben müssen (vgl. Rdnr. [222] ff., [315] ff.).

[284] Ähnliche Überlegungen gelten für Materialkosten als Drittkosten. Auch hier müssen dem Unternehmer seine auf seinen betrieblichen Möglichkeiten beruhenden besonderen Gewinnmöglichkeiten erhalten bleiben. Das bedeutet, dass Skonto, Mengenrabatte, Preisnachlässe, Gutschriften für zurückgesandte Verpackung, Jahresrückvergütungen oder nachträgliche Nachlässe etc. dann nicht abzusetzen sind, wenn der Unternehmer nachweisen kann, dass er aus diesen Vorteilen üblicherweise im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit Gewinne erzielt, weil er das Material regelmäßig zum ungekürzten Preis verkaufen kann.²⁸³

(cc) Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand des Dritten?

[285] Fraglich ist weiter, ob bei der Bewertung des Aufwands der im Zusammenhang mit angeordneten Änderungen entsteht, zwingend wiederum auf tatsächliche Kosten des Dritten abgestellt werden muss, also auf die tatsächlichen Kosten sowie Leistungs- und Aufwandswerte, die dem Dritten für die Erbringung der Änderungsleistungen entstehen. Das würde umgekehrt zu den oben (Rdnr. [280]) behandelten Fällen bedeuten,

dass der Unternehmer nicht jedweden vereinbarten Preis ansetzen könnte, sondern nur den durch den Drittunternehmer korrekt nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ermittelten.

[286] Ein solches Verständnis wäre jedoch schon verfassungsrechtlich nicht vertretbar. Das zeigt sich daran, dass keineswegs immer sichergestellt ist, dass stets ein Dritter eingesetzt wird, gegenüber dem der Unternehmer seinerseits Anspruch auf die Berechnung nach § 650c BGB hat. Nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB wird jedoch der „Aufwand“ ermittelt, der dem Unternehmer entsteht und nicht der Aufwand eines eingesetzten Dritten. Der relevante Aufwand besteht daher im Fall der Beauftragung Dritter mit den Änderungsleistungen aus den Kosten, die der Unternehmer dem Dritten für die Ausführung der Änderungsleistung zu bezahlen hat. Ob er dabei in seinem Verhältnis zum Dritten ggf. auf einer Abrechnung nach § 650c BGB bestehen muss, ist allenfalls eine Frage der Erforderlichkeit des angesetzten Aufwands (vgl. Rdnr. [325]).

(3) Vergütungsanpassung bei vermindertem Aufwand (Minderkosten)

[287] Der in § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB geregelte Aufwandsvergleich kann auch Fälle betreffen, in denen ursprünglich für die unveränderte Leistung vorgesehene Betriebsmittel nun nicht mehr eingesetzt werden müssen. Die gesetzliche Regelung spricht diese Möglichkeit als „verminderten Aufwand“ ausdrücklich an. Orientiert man sich an dem hier vertretenen betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff (vgl. Rdnr. [228] ff.), dann fallen Kosten als „der in Geldeinheiten bewertete Verbrauch an Produktionsfaktoren [...], der durch die betriebliche Produktion verursacht wird“,²⁸⁴ nicht an, wenn die jeweiligen Produktionsfaktoren für die geänderte Leistung nicht eingesetzt werden müssen. Das würde bedeuten, dass in diesem Fall auch kein Aufwand entsteht und die auf die jeweiligen Betriebsmittel bezogenen Vergütungsbestandteile demzufolge zu Lasten des Unternehmers entfallen. Dabei sind unterschiedliche Fälle zu betrachten.

(a) Vor einer wirksamen Anordnung bereits entstandener Aufwand

[288] Einfach ist die Beurteilung für bereits vor der Anordnung entstandenen und durch die Änderung somit frustrierten Aufwand. Wurde also bspw. ein für die unveränderte Leistung erforderlicher Kran bereits auf die Baustelle transportiert und ist aufgrund der Änderungsanordnung nunmehr dieser Kran nicht mehr erforderlich, dann leuchtet ohne Weiteres ein, dass bei den Transportkosten für den Kran nicht etwa von einem „infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 [...] verminderten Aufwand“ gesprochen werden kann, der für die Vergütungsberechnung beim Aufwandsvergleich etwa in Abzug zu bringen wäre; denn der vor der Anordnung für die Ausführung der unveränderten Leistung bereits entstandene Aufwand in Form der Krantransportkosten kann „infolge [der] Anordnung“ gerade nicht (mehr) entfallen. Das bedeutet, dass dieser Aufwand bei der Berechnung der Vergütung für die Änderung einfach weiter anzusetzen und aus der Abzugsposition für die unveränderte Vertragsleistung herauszunehmen bzw. von den Minderkosten für die Vertragsleistung abzuziehen ist.

(b) Aufgrund der Anordnung nicht (mehr) entstehender Aufwand

[289] Problematischer ist der Fall, dass die Anordnung einer Änderung dazu führt, dass für einzelne Betriebsmittel – also im Beispiel den nicht mehr erforderlichen Kran – aufgrund der Anordnung nunmehr einerseits keine Kostendeckungsbeiträge aus der Vergütung für die unveränderte Leistung mehr erzielt werden, andererseits dieses Betriebsmittel – also der Kran – aber auch nicht anderweitig kostendeckend eingesetzt werden kann. Nach dem Wortlaut von § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB wäre hier hinsichtlich der für die Änderung nicht (mehr) benötigten und eingesetzten Betriebsmittel von einem „infolge [der] Anordnung [...] verminderten Aufwand“ auszugehen und wären demzufolge die Kostenansätze für diese Aufwandspositionen beim gesetzlich geregelten Aufwandsvergleich kostenmindernd abzuziehen.

[290] Würde man § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB konsequent in diesem Sinn anwenden, dann könnte es im Ergebnis dazu kommen, dass der Aufwandsvergleich insgesamt negativ ausfällt und der Differenzbetrag vom Unternehmer zu erstatten wäre. Dabei wäre zwar nicht ohne Weiteres zu folgern, dass deshalb zusätzlich auch der auf den Minderkostenbetrag entfallende Anteil für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn vergütungsmindernd anzusetzen wäre. Denn insofern würde sich die Frage anschließen, ob die Änderungsvergütung bei einem Abzug auch der anteiligen Zuschläge noch die gesetzlich vorgesehenen – und verfassungsrechtlich als Kompensation für die einseitige Änderung zu fordernden (vgl. Rdnr. [222] ff., [252]) – „angemessenen“ Zuschläge abbildet. Das wäre kaum begründbar, soweit dem Unternehmer die ursprünglich mit der vertraglichen Vergütung insofern versprochenen Kostendeckungsanteile für allgemeine Geschäftskosten und unternehmerisches Wagnis bzw. die entsprechenden Ertragsanteile für Gewinn entschädigungslos entzogen werden könnten. Deshalb würde jedenfalls insofern eine verfassungskonforme Auslegung ergeben, dass ein etwaiger negativer Aufwandsbetrag nicht auch noch um (ebenso negative) Zuschläge zu erhöhen wäre. Etwas anderes könnte in entsprechender Anwendung von § 648 BGB allenfalls dann gelten, wenn der Unternehmer durch Füllaufträge diese Nachteile anderweitig ausgleichen kann.

(c) Kein negativer Kostensaldo aufgrund von Minderkosten

[291] Weitergehend wird zur Bewertung anfallender Minderkosten in der Literatur vertreten, dass als Vergütungsanspruch insgesamt nur ein positiver Zahlungsanspruch in Betracht komme; denn das Gesetz spreche selbst von der „Höhe des Vergütungsanspruchs“, was auch so verstanden werden könne, dass es sich durchweg nur um einen zur Vergütung hinzutretenden Zahlungsanspruch handeln soll. Bei einer Kürzung des Vergütungsanspruchs sei demgegenüber § 648 BGB entsprechend anzuwenden.²⁸⁵ In dem oben dargestellten Beispielfall eines für eine angeordnete Änderung nicht mehr erforderlichen Krans würde damit also zumindest insoweit, als durch die Änderungsanordnung nicht zugleich andere betriebliche Kapazitäten gebunden werden, die mindestens einen dem Kraneinsatz entsprechenden Aufwand verursachen, der Vergütungsanteil für den Kran anteilig weiter zu bezahlen sein, soweit der Kran nicht in entsprechender Anwendung von § 648 BGB anderweitig für einen Füllauftrag eingesetzt werden kann.

[292] Eine Berücksichtigung des durch fehlenden Kraneinsatz geminderten Aufwands ohne diese Einschränkung als „infolge [der] Anordnung [...] verminderte[r] Aufwand“ würde demgegenüber bedeuten, dass der Besteller sich von dem Versprechen einer Vergütung für den Kraneinsatz auch dann lösen könnte, wenn dadurch die vereinbarte Vergütung insgesamt geringer ausfällt, weil der durch den fehlenden Kraneinsatz ersparte Aufwand höher ist als der für die angeordneten Änderungen anzusetzende zusätzliche Aufwand. Der Unternehmer hätte, wenn er durch die anderweitige Bindung von betrieblichen Kapazitäten überhaupt keinen oder einen geringeren Ersatz erlangt, den teilweisen Entzug des Auftrags entschädigungslos hinzunehmen; der Auftragsentzug würde – abweichend von der rechtlichen Bewertung im Fall einer Kündigung nach § 648 BGB – seinem unternehmerischen Risiko zugeordnet, obwohl er auf einer einseitigen Vertragsaufsage durch den Besteller beruht.

[293] Ein solches Ergebnis wäre unseres Erachtens verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar. Der Besteller könnte sich von der vertraglichen Bindung von Produktionskapazitäten des Unternehmers auch dann lösen, wenn er als Ersatz nicht zumindest eine Änderungsleistung verlangt, die für den Unternehmer einen der Höhe der ursprünglichen Vergütung entsprechenden, betrieblichen Kostendeckungsbeitrag erbringt. Dem Unternehmer würde damit jedoch ein Teil der mit dem Vertragsschluss erlangten Rechtsposition ohne jedwede Kompensation einfach wieder entzogen. Das mag – im Sinne eines verhältnismäßigen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen – noch vertretbar sein, wenn statt der ursprünglichen in Anspruch genommenen Betriebsmittel nunmehr andere einzusetzen sind, die einen der ursprünglichen Vergütung entsprechenden Aufwand verursachen und mit der Änderungsvergütung nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend vergütungswirksam abgerechnet werden können. Es wäre als anlasslose teilweise Vertragsaufsage aber nicht zulässig, soweit die Berechnung insgesamt zu einer Verringerung der Vergütung führt und der Unternehmer keinen anderweitigen Ersatz durch Füllaufträge erlangen kann.

[294] Ohne die einseitige Änderung hätte der Unternehmer für die entfallenden Betriebsmittel Kostendeckungsbeiträge erwirtschaftet und zusätzlich die Möglichkeit gehabt, mit den durch die Anordnung nunmehr gebundenen Kapazitäten anderweitigen Ertrag zu erwirtschaften. Dass ihm das jetzt nicht mehr möglich ist, muss aus verfassungsrechtlicher Sicht angemessen kompensiert werden. Eine unterschiedliche Einordnung solcher Fälle einer durch Änderungsanordnung insgesamt reduzierten Inanspruchnahme von Kapazitäten des Unternehmers im Vergleich zu den Fällen der Reduzierung der vereinbarten Leistung durch Kündigung nach § 648 BGB würde einen nicht zu rechtfertigenden Wertungswiderspruch darstellen. Die einseitig erfolgende Änderung der vertraglichen Vereinbarung bedarf auf Seiten des Unternehmers zumindest in diesen Fällen einer Kompensation.

[295] Der Auffassung, wonach § 650c BGB insgesamt nur einen positiven Vergütungsanspruch regelt, ist deshalb zuzustimmen. Der Fall eines negativen Aufwandsvergleichs ist analog der gesetzlichen Wertung im Fall des Auftragsentzugs nach § 648 BGB zu behandeln.²⁸⁶ Ergibt der Aufwandsvergleich daher insgesamt eine Verringerung des Aufwands (also eine negative Vergütung bzw. ein „Minderkostennachtrag“), dann sind die Kostenpositionen für entfallende Inanspruchnahme betrieblicher Kapazitäten nur als Minderung der Vergütung ansetzbar, soweit der Unternehmer in entsprechender Anwendung von § 648 BGB anderweitigen Ersatz durch die Bearbeitung von angenommenen Füllaufträgen erzielen kann; nur dann ist es vertretbar, dass der Besteller von der durch seine einseitige Anordnung insgesamt reduzierten Inanspruchnahme der Produktionskapazitäten des Unternehmers profitiert. Kann also bspw. Gerät, mit dem an sich der unveränderte Bauauftrag bearbeitet werden

sollte, nicht anderweitig kostendeckend eingesetzt werden, dann mindert der entfallende Aufwand für dieses Gerät die Änderungsvergütung nur insoweit, als für die Änderung mindestens dieselbe Vergütung zu bezahlen ist wie für die ursprüngliche Leistung.

(4) Weitere Einzelfragen

(a) Kosten geänderter Baumstände und bauzeitbezogene Kosten

[296] Soweit aufgrund der Anordnung geänderte Dispositionen zum konkreten Einsatz der betrieblichen Kapazitäten erforderlich werden, sind dafür entstehende Mehrkosten bei der Ermittlung der geänderten Vergütung innerhalb der Grenzen der Erforderlichkeit zu berücksichtigen; denn es handelt sich bei dergestalt verursachten Kostenerhöhungen um einen „infolge der Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten [...] Aufwand“. Zu den ansatzfähigen Mehrkosten bei der Anordnung von Änderungsleistungen gehören deshalb auch solche aufgrund geänderter Baumstände, zusätzlich erforderlicher Kapazitäten oder einer verlängerten Bauzeit aufgrund der Ausführung der Änderung.²⁸⁷ Ebenso gehören dazu Kostenerhöhungen aufgrund einer Verschiebung der vertraglichen Bauzeit in einen Zeitraum, für den sich bspw. Kostensteigerungen bei den Anschaffungskosten für Material ergeben.

[297] Interessant ist dabei ein Vergleich mit der Parallelproblematik von Ansprüchen nach § 642 BGB, für die der BGH entschieden hat, dass Mehrkosten aufgrund solcher Kostenerhöhungen nicht verlangt werden können.²⁸⁸ Der in § 642 BGB geregelte Fall unterscheidet sich von § 650c BGB dadurch, dass der Besteller nach §§ 650b, 650c BGB mit einem vertraglichen Gestaltungsrecht den Vertragsinhalt zwar im Grundsatz berechtigt, jedoch einseitig und ohne die vorherige vertragliche Zustimmung des Unternehmers ändert.²⁸⁹ Der Fall nach § 650c BGB ist mit demjenigen einer Störung des Vertrags durch fehlende Mitwirkung daher wertungsmäßig nicht vergleichbar; denn der in § 642 BGB geregelte Annahmeverzug tritt ohne Verschulden des Bestellers ein und kann damit auch auf Umständen beruhen, die zwar im Grundsatz in seiner Risikosphäre liegen, die er aber nicht im engeren Sinn rechtlich zu verantworten hat. § 650c BGB behandelt dagegen die Folgen einer dem Besteller gesetzlich eingeräumten Möglichkeit zum einseitigen Eingriff in die Rechte des Unternehmers.

[298] Für den Annahmeverzug sieht das Gesetz deshalb nach der Auffassung des BGH nur bei einer vom Besteller tatsächlich zu vertretenden Pflichtverletzung nach § 280 BGB – also bei einem Vertragsbruch durch den Besteller, einer Verletzung der getroffenen Vereinbarung – vor, dass der Unternehmer in vollem Umfang schadlos gehalten werden muss, wobei er dann allerdings einen konkreten Schadensnachweis zu führen hat. Die Rechtsfolgen dieses Schadensersatzanspruchs reichen dabei – wie wir gesehen haben (vgl. Rdnr. [236]) – sogar noch weiter als im Fall nach § 650c BGB; dort ist lediglich die mit der berechtigten Anordnung eintretende Inanspruchnahme betrieblicher Mittel zu bezahlen, während der Schadensersatz als Folge einer rechtswidrigen

und schuldhaften Vertragsverletzung auch einen etwa entgangenen Gewinn umfasst, wenn dem Unternehmer der Nachweis eines solchen Schadens gelingt.

[299] Im Fall von § 650c BGB geht es dagegen nicht um die Bewältigung von Störungen innerhalb des geschlossenen Bauvertrags, die im Fall unverschuldeter oder verschuldeter Störungen – also bei Annahmeverzug oder einer schuldhaften Pflichtverletzung – jeweils eigenen Regeln folgt, denen sich der Unternehmer durch Vertragsschluss unterworfen hat. Vielmehr regelt § 650c BGB die erforderliche Anpassung des Vertragsinhalts bei einer einseitigen Änderung. Diese Änderung betrifft dort also nicht die Folgen der gestörten Parteiabrede, sondern vielmehr die einseitige Änderung der Parteiabrede selbst, der sich der Unternehmer – anders als dem ursprünglichen Vertrag – nicht durch Zustimmung unterworfen hat.²⁹⁰ Für die einseitige Änderung sieht das Gesetz daher einen weiterreichenden Schutz des Unternehmers vor. Es verlangt hier einen Ausgleich aller Folgekosten oder – in den Worten des § 650c BGB – des gesamten „infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand[s]“ und eine Entschädigung für den aufgrund der Anordnung anderweitig nicht mehr erzielbaren Ertrag bzw. Gewinn.

[300] Bezogen auf zeitbedingte Kostenerhöhungen folgt daraus, dass sie – anders als im Fall des Annahmeverzugs – vollständig ausgeglichen werden müssen; denn der Unternehmer hat das Risiko von Preissteigerungen nur für die Vertragsleistung übernommen und daher für einseitig vom Besteller vorgenommene Änderungen generell nicht zu tragen.²⁹¹ Nicht ausgeglichen wird dem Unternehmer dagegen ein darüber hinausgehender Schaden aus etwa entgangenen Geschäften mit Dritten, und zwar aufgrund der Einordnung der einseitigen Anordnung als branchenübliche Vertragsänderung, die dem Unternehmer zumutbar sein muss und daher vom Gesetzgeber auch gemessen an § 311 Abs. 1 BGB als berechtigt eingestuft wird; diese weiterreichende Rechtsfolge greift nach § 280 BGB nur bei einer Verletzung des geschlossenen Vertrags.

(b) Sonderfall: Bauzeitliche und bauablaufbezogene Anordnungen

[301] Ein bauzeit- und bauablaufbezogenes Anordnungsrecht steht dem Besteller nach der hier vertretenen Auffassung nur für notwendige Änderungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, nicht aber für willkürliche nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB zu (vgl. Rdnr. [26] ff., [39]). Deshalb ist für den Ansatz bauzeit- und bauablaufbezogener Kosten bei der Vergütungsanpassung zu berücksichtigen, dass zeitliche Folgen von angeordneten willkürlichen Änderungen nur für die durch die Änderung des Leistungsinhalts verursachte Änderung von Bauablauf, Baumständen und Ausführungszeit Berücksichtigung finden können. Nicht erfasst sind solche Änderungen daher, wenn sie sich nicht als mittelbare Folge einer willkürlichen Anordnung zur Änderung des Leistungsinhalts darstellen, sondern ihrerseits vom Besteller unmittelbar angeordnet werden. Trifft der Besteller solche unmittelbaren Anordnungen zu Bauzeit, Baumständen oder Bauablauf, dann sind sie vertragsrechtlich nur dann beachtlich, wenn der Unternehmer sich damit einverstanden erklärt.

[302] In der VOB/B ist dieser Fall für die Leistungsseite in § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B und vergütungsrechtlich in § 2 Abs. 5 Satz 1, 2. Alt. VOB/B geregelt, wobei diese Regelung bei einer Verwendung der VOB/B als AGB unanwendbar (weil unwirksam oder verwenderfeindlich auszulegen) ist (vgl. Rdnr. [434 ff.]). Das Gesetz sieht demgegenüber für die einverständliche Übertragung von Leistungen ohne vorherige Vereinbarung zur Vergütung

die gesetzliche Regelfolge nach § 632 BGB vor, es gilt also in der Regel eine übliche Vergütung für die durch die vom Unternehmer freiwillig beachtete Umsetzung einer solchen Anordnung als vereinbart (vgl. Rdnr. [195]). Ein Anwendungsfall nach § 650c BGB ist dagegen nicht gegeben, soweit sich nicht aus für die Auslegung des – in diesen Fällen in der Regel konkludenten – Parteiverhaltens maßgeblichen Umständen konkrete abweichende Anhaltspunkte im Sinne eines einvernehmlichen Parteiwillens ergeben, dass die Abrechnung der Anordnung sich an § 650c BGB oder anderen vertraglichen Regelungen zur Abrechnung richten soll.²⁹²

(c) Verzögerungen durch die Verhandlungsphase

[303] Fraglich ist in diesem Zusammenhang allenfalls, wie mit zeitlichen Verzögerungen umzugehen ist, die durch den gesetzlich vorgesehenen Verhandlungsprozess nach § 650b Abs. 1 BGB entstehen. Nach der gesetzlichen Regelung entstehen für den Unternehmer etwaige Kosten durch die Verhandlungsphase nicht „infolge einer Anordnung des Bestellers“ und können deshalb auch bei der angepassten Vergütung keine Berücksichtigung finden.²⁹³ Das ist für den Unternehmer auch nicht unbillig, weil er während der Verhandlungsphase berechtigt und mit Blick auf die Möglichkeit, dass eine Anordnung im Ergebnis der Verhandlungsphase auch unterbleiben kann, sogar verpflichtet ist, seine Leistungen einstweilen unverändert weiter auszuführen.²⁹⁴ Etwas anderes könnte unter Beachtung der vertraglichen Kooperationsverpflichtung und in entsprechender Anwendung von § 254 BGB allenfalls dann gelten, wenn die vorübergehende Aussetzung einer Fortführung von einem Änderungsverlangen des Bestellers nach § 650b Abs. 1 BGB betroffenen Vertragsleistung zu keinen Zusatzkosten führt, dann stellt sich die Frage einer Kostenerhöhung durch die Verhandlungsphase aber ohnehin nicht.

[304] Würde eine Aussetzung der Vertragsleistung dagegen zu Mehrkosten führen, dann kann der Unternehmer die Leistungserbringung einfach fortsetzen und erhält dann etwa zwischenzeitlich erbrachte und später aufgrund der Anordnung ggf. nutzlose Leistungen als frustrierten Aufwand auch dann bezahlt, wenn die Änderung nachträglich noch angeordnet wird (vgl. Rdnr. [288]). Der Unternehmer erleidet damit also keinen Nachteil, während etwaige Nachteile für den Besteller aus der zeitlichen Verzögerung aufgrund der erforderlichen Verhandlungsphase vom Gesetzgeber offenbar in Kauf genommen worden sind.

[305] Aus diesem Grund sind auch die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Mehrkosten aufgrund verzögerter Vergabe (vgl. Rdnr. [200]) – mangels einer durch ergänzenden Parteiwillen auszufüllenden Regelungslücke – auf den Fall von Verzögerungen durch die Verhandlungsphase nicht anwendbar; es handelt sich um eine eindeutige gesetzliche Rechtsfolge, die nicht durch eine im Fall verzögerter Vergabe ganz anders begründete (weil durch Dritte in das Vertragsverhältnis hineingetragene und keiner Vertragspartei eindeutig zurechenbare) ergänzende Vertragsauslegung korrigiert werden kann.²⁹⁵

[306] Dasselbe gilt auch im Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB,²⁹⁶ denn auch dort kann (und muss) der Unternehmer ggf. die zur Herstellung einer mängelfreien Leistung erforderlichen Leistungen notwendigen Änderungen nach der Rechtsprechung des BGH einstweilen auch ohne vorherige Anordnung des Bestellers ausführen (vgl. Rdnr. [17]). Das Anordnungsrecht des Bestellers dient im Weiteren nur dazu, dem Besteller ggf. innerhalb mehrerer möglicher Ausführungsvarianten zur Herstellung des mängelfreien Werkerfolgs die Möglichkeit zur Einflussnahme zu geben. In beiden Fällen gilt also: will der Besteller nutzlose Aufwendungen aufgrund einer

nach Abschluss der Verhandlungsphase von ihm angeordneten Änderung vermeiden, kann er dies nur durch eine vertragliche Regelung zu einer etwa dafür erforderlichen, zeitweisen Einstellung oder Verschiebung von Leistungen erreichen.

(d) Kosten der Nachtragserstellung

[307] Die weitere, in der Literatur streitige Frage, ob Kosten zur Ermittlung der Mehrvergütung für angeordnete Änderungsleistungen ersatzfähig sind, hat der BGH für den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 5 VOB/B verneint.²⁹⁷ Zur Begründung hat der BGH ausgeführt, dass nach § 2 Abs. 5 VOB/B Mehr- und Minderkosten bei objektiver Auslegung nur solche seien, die für die Ausführung der Änderung anfallen. Ob die Entscheidung aufgrund der neueren Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH, wonach § 2 Abs. 3 VOB/B überhaupt keine Grundlage für die Ermittlung der Vergütungsanpassung in den dort geregelten Fällen enthält,²⁹⁸ noch gültig ist, bleibt abzuwarten; aufgrund des identischen Wortlauts der Rechtsfolgenregelung spricht jedoch einiges dafür, dass dies nicht der Fall ist, sondern auch im Anwendungsbereich von § 2 Abs. 5 VOB/B eine an § 650c BGB orientierte Rechtsfolgenbetrachtung zu erfolgen hat.

[308] Auf das gesetzliche Anordnungsrecht nach § 650b BGB und die in der Folge vom Besteller geschuldete Vergütungsanpassung nach § 650c BGB ist die Entscheidung des BGH jedoch nicht übertragbar. Denn dort ist nach dem Wortlaut eine Vergütungsanpassung „für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand“ zu ermitteln, womit nicht nur der Aufwand für die Ausführung der Leistung erfasst ist. Hätte diese Einschränkung gelten sollen, so hätte formuliert werden müssen, dass die geänderte Vergütung (nur) den „infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand für die geänderte Ausführung“ betreffen soll; der Bezug des anzusetzenden Aufwands nur auf die Anordnung, nicht aber auf den Aufwand für die Änderung ist nach dem Wortlaut nicht misszuverstehen.

[309] Zu den damit erfassten Aufwendungen gehören nach dem Wortlaut („infolge einer Anordnung“) deshalb alle durch die Anordnung verursachten finanziellen Aufwendungen, und das sind sowohl diejenigen für die eigentliche Ausführung der angeordneten Änderungsleistung als auch ein etwaiger Aufwand für ihre Abrechnung und damit auch etwaige Kosten für die Erstellung von Kostenberechnungen zur Schaffung der Voraussetzungen für die Rechnungstellung; denn dieser Aufwand ist unzweifelhaft „infolge“ die Anordnung entstanden. Es kommt hinzu, dass das Gesetz weiter vorsieht, dass auf die ermittelten Mehrkosten „angemessene“ Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu gewähren sind. Solche Zuschläge umfassen aber regelmäßig auch entsprechend Ansätze für die in den Bauunternehmen vorhandenen Kalkulationsabteilungen, die entsprechende Nachtragsberechnungen erstellen.²⁹⁹

[310] Es stellt sich daher allenfalls die Frage, ob darüber hinaus auch noch besondere Kosten angesetzt werden können, die bspw. intern im Fall einer besonders komplexen Aufarbeitung von Kosten oder durch eine erforderliche baubetriebliche Begutachtung anfallen. Eine solche Aufarbeitung, ist den Anforderungen der Rechtsprechung des BGH³⁰⁰ – im Sinne der geforderten „bauablaufbezogenen Darstellung“ – in der Regel erforderlich ist und wird deshalb vom Unternehmer jedenfalls in komplexeren Fällen regelmäßig in Auftrag gegeben. Richtigerweise ist diese Frage sowohl nach den oben entwickelten Anforderungen an die Angemessenheit von Zuschlägen (vgl.

RdNr. [237] ff.) als auch aufgrund der rechtlichen Vorgaben für eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Auslegung der ansetzbaren Kosten (vgl. RdNr. [223] ff.) zu bejahen.

[311] Wenn der Unternehmer nachweisen kann, dass in seiner Kalkulationsabteilung für die Ermittlung der Nachtragsvergütung ein außerordentlicher Aufwand entstanden ist, der durch seine üblichen Zuschläge für AGK nicht abgedeckt ist, dann muss der ihm für eine einseitig auferlegte Änderung zu gewährende Zuschlag dies abdecken. Dass ein solcher zusätzlicher Aufwand entstehen kann, liegt dabei schon deshalb auf der Hand, weil die Kalkulation von Baupreisen, wie sie in allgemeinen Geschäftskosten üblicherweise abgedeckt ist, in aller Regel auf der Grundlage vom Besteller gestellter Unterlagen (Planungen, Leistungsverzeichnisse etc.) erfolgt. Werden solche Unterlagen vom Besteller entgegen § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB nicht gestellt, muss ein dadurch entstehender Mehraufwand bei der Berechnung der Vertragspreise durch entsprechend angepasste – und nur dann „angemessene“ – Zuschläge ausgeglichen werden. Hilfsweise würde dies auch aus § 280 Abs. 1 BGB folgen; denn die Verpflichtung zur Vorlage ausreichender beschreibender Unterlagen ergibt sich aus der bauvertraglichen Kooperationsverpflichtung und ist eine echte Vertragspflicht, deren Verletzung einen Anspruch auf Schadensersatz begründet. Es ist aber davon unabhängig bereits aufgrund der verfassungsrechtlich zugunsten des Unternehmers erforderlichen Kompensation für die einseitig erfolgende Vertragsänderung (vgl. RdNr. [223] ff.) zwingend geboten.

[312] Dasselbe gilt für den Ersatz von Privatgutachterkosten zur Erstellung der von der Rechtsprechung bei der Geltendmachung von bauzeitbezogenen Mehrkosten geforderten bauablaufbezogenen Darstellung der zeitlichen Auswirkung. Hätte der Unternehmer die Preise für die angeordneten Änderungsleistungen frei vereinbaren können, dann wäre ihm ein solcher Aufwand nicht entstanden, weil die Festlegung der für die Leistungserbringung erforderlichen Leistungszeit einvernehmlich hätte erfolgen und er demzufolge für die jeweils vereinbarte Leistungszeit seine bauzeitbezogenen Kosten hätte kalkulieren, anbieten und vereinbaren können. Dass ihm dies nunmehr nicht möglich ist und er stattdessen aufgrund der Anforderungen in der Rechtsprechung dazu gezwungen ist, die für die geänderte Leistungszeit angemessene Leistungszeit i.S.d. § 271 BGB im Wege eines Sachverständigengutachtens nachzuweisen, ist eine Anordnungsfolge, für die er aus verfassungsrechtlicher Sicht zu entschädigen ist (vgl. RdNr. [223] ff.).

[313] Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es sich dabei eben um Kosten der Rechtsverfolgung handelt, die rechtssystematisch in den Erstattungsregelungen der einschlägigen Verfahrensordnung (also der ZPO) abschließend geregelt wären. Diese Erwägung mag für alle gesetzlichen Ansprüche zutreffen, mit denen der Unternehmer im Allgemeinen bei der Abwicklung des Bauvertrags rechnen und die er dann unter Berücksichtigung der Risikoverteilung für Rechtsverfolgungskosten in der einschlägigen Verfahrensordnung (ZPO) verfolgen muss. Es kann aber für den Fall nicht zutreffend sein, dass ein solcher Anspruch durch den Besteller einseitig und zusätzlich geschaffen und deshalb das unternehmerische Risiko für die Entstehung von Rechtsdurchsetzungskosten vom Besteller ohne seine Zustimmung entsprechend umgestaltet wird.

[314] Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob es sich um eine Anordnung nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB oder nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB handelt. Zwar ist der Fall nach Nr. 2 dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer hier nur Leistungen erbringt, die der übernommenen Erfolgsverpflichtung entsprechen und deshalb nur vergütungsrechtlich zu klären ist, welche Vergütungsanpassung dafür geschuldet ist, weil die für die

Vergütung maßgebliche vertraglich vereinbarte Leistungsbeschreibung geändert wird. Jedoch wird auch hier dem Besteller eine Ausweitung der übernommenen Leistungsverpflichtung ermöglicht, weil er unter mehreren Möglichkeiten einer Änderung der Leistungsbeschreibung, von denen jede zur Herbeiführung einer funktional vertragsgemäßen Leistung ausreichend wäre, selbst wählen kann, welche umgesetzt werden soll. Würde er keine Anordnung treffen, dann stünde dem Unternehmer das Wahlrecht zu und wäre die Vergütung zwar ebenfalls anzupassen, aber nicht aufgrund eines einseitigen Eingriffs des Bestellers. In diesem Fall wären etwaige Gutachterkosten für die Ermittlung zeitbezogener Kostenfolgen dann – soweit er sie nicht nach den zivilprozessualen Grundsätzen als Rechtsverfolgungskosten erstattet erhalten kann – vom Unternehmer zu tragen und würde es sich – entsprechend der rechtlichen Einordnung des Falls durch den BGH – in der Tat um Rechtsverfolgungskosten handeln, die den Unternehmer im Rahmen seines unternehmerischen Risikos treffen, das er mit der Übernahme der Erfolgsverpflichtung eingegangen ist. Macht der Besteller jedoch von der Möglichkeit Gebrauch, in das Wahlrecht des Unternehmers einzugreifen und selbst eine Entscheidung zum Leistungsinhalt zu treffen, dann muss er auch die Folgen der dann einseitig erfolgenden Vertragsänderung tragen.

bb) Erforderlichkeit

(1) Umfang der Geltung des Gebots der Wirtschaftlichkeit

[315] Als zusätzliche Anforderung an die Abrechenbarkeit der „tatsächlichen Kosten“ schreibt § 650c BGB vor, dass es sich auch um „erforderliche“ Kosten handeln muss. Auch dieser Begriff wird vom Gesetzgeber ohne eindeutige Klarstellung des Bezugsrahmens für die Beurteilung der Erforderlichkeit verwendet und bedarf deshalb einer weitergehenden Klärung der insofern maßgeblichen gesetzlichen Wertungen. Dabei bedeutet diese Wortwahl des Gesetzgebers schon grammatikalisch offensichtlich mehr als eine bloße Ursächlichkeit etwaiger Mehrkosten im schadensrechtlichen Sinn. In der Literatur wird deshalb überwiegend angenommen, dass der Unternehmer bei der Leistungserbringung und Kostenberechnung an das Gebot der Wirtschaftlichkeit gebunden sei.³⁰¹ Weiter wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass zwar der Maßstab gegenüber § 670 BGB etwas verschärft,³⁰² aber trotzdem eine Ex-ante-Betrachtung maßgeblich sei.³⁰³

[316] Zur letzteren Frage einer Ex-ante- oder Ex-post-Betrachtung ist das Gesetz nicht ganz eindeutig; denn das Adjektiv „tatsächlich“ bezieht sich insgesamt auf die „erforderlichen Kosten“ und kann deshalb grammatikalisch auch so verstanden werden, dass es sich insofern um eine zusätzliche Anforderung handelt, nämlich im Sinne von Kosten, die sich auch im Nachhinein als „tatsächlich erforderlich“ erweisen und nicht nur ex ante als erforderlich angesehen werden durften. Für dieses Verständnis würde der Unterschied zur Formulierung bei § 670 BGB sprechen.

[317] Mit einer solchen Einordnung würde dem Unternehmer jedoch das Risiko einer zutreffenden Beurteilung der Erforderlichkeit zum Zeitpunkt des Entstehens der Aufwendungen auch bei Erkenntnissen zur Erforderlichkeit übertragen, die ihm zum Zeitpunkt der Umsetzung der Anordnung nicht zur Verfügung standen, sondern die sich nur ex post herausgestellt haben. Das ist mit Blick auf die Interessenlage und ihre gesetzliche Bewertung nicht

vertretbar; denn der Besteller hat es in der Hand, seine Anordnung auch mit Blick auf die zu ihrer Umsetzung einzusetzenden Mittel so weit zu präzisieren, dass er bei für verschiedene denkbare Ausführungsarten entstehenden, unterschiedlichen Kosten die günstigste vorgibt. Der Unternehmer hat Risiken zur Einschätzung der Entwicklung oder des Entstehens von höheren oder niedrigeren Kosten demgegenüber nur für die Vertragsleistung übernommen, nicht aber für die ihm einseitig übertragene Änderungsleistung. Wenn ihm daher mit der Anordnung überhaupt eine Verpflichtung zur Wahrung von Kosteninteressen des Bestellers übertragen werden kann, dann kann sich diese Verpflichtung schon vom Ansatz her nur auf die ihm bei der Ausführung der Anordnung bekannten Umstände beziehen. Maßgeblich können daher nur die Ex-ante-Sicht und das dem Unternehmer bei der Ausführung der Anordnung zur Beurteilung der Erforderlichkeit von Aufwendungen zur Verfügung stehende Wissen sein.

[318] Auch im Übrigen ist der Auffassung, wonach der Unternehmer an das Gebot der Wirtschaftlichkeit gebunden sei, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen (vgl. Rdnr. [207] ff.), nur mit Einschränkungen zu folgen. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist nämlich insgesamt sehr maßgeblich davon abhängig, aufgrund welcher Anforderungen beurteilt wird, ob eine wirtschaftliche Ausführung vorliegt. Dabei fragt sich auf der Leistungsseite – also der konkreten Art der Ausführung der Änderung –, ob der Unternehmer dann, wenn eine detaillierte inhaltliche Vorgabe – bspw. zum Einsatz eines bestimmten Materials – durch den Besteller nicht vorliegt, gehalten ist, eine Auswahl zu treffen, die auch Fragen des späteren Unterhalts des Bauwerks oder seines wirtschaftlichen Betriebs mit berücksichtigt. Das kann nur dann angenommen werden, wenn den Unternehmer nicht nur die Ausführungsverantwortung trifft, sondern er vielmehr auch die Planung zu erbringen hat; denn bei solchen Festlegungen handelt es sich um Planungsfestlegungen, die deshalb – wie sich auch aus § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB ergibt – der Besteller zu treffen hat, soweit ihn die Planungsverantwortung trifft („wer einmal plant, plant immer“).

[319] Solange der Besteller in diesem Fall aber seine Anordnung nicht weitergehend präzisiert, kann er durch seine Anordnung auch nicht etwa auf einem mittelbaren Weg eine Verpflichtung zur „Nachkontrolle“ einer der Anordnung zugrunde liegenden Planung durch den Unternehmer schaffen, welche der nicht konkret vorgegebenen Ausführungsarten zu wählen ist, um dem Gebot einer wirtschaftlichen Planung zu entsprechen. Vielmehr ist der Unternehmer allenfalls im Rahmen seiner allgemeinen Kooperationsverpflichtung gehalten, auf für ihn ohne Weiteres erkennbare wirtschaftlichere Ausführungsarten hinzuweisen. Wenn der Besteller demgegenüber eine weiterreichende Funktion des Unternehmers im Sinne einer planerischen Kontrolle der Wirtschaftlichkeit anstrebt, muss er dem Unternehmer auch die Planung der Änderung mit übertragen (und diese dann auch zusätzlich vergüten); eine abweichende Lösung – im Sinne echter vertraglichen Verpflichtungen des Unternehmers zu einer auch im planerischen Sinn wirtschaftlichen Ausführung – würde dem Unternehmer zusätzliche Risiken übertragen, die er vertraglich nicht übernommen hat. Sie könnten ihm allenfalls dann übertragen werden, wenn ihm auch eine entsprechende Planungsleistung angeordnet wird und ihm etwa mit der Planung verbundene zusätzliche Risiken auch zumutbar wären (arg e § 650b Abs. 2 Satz 2 BGB).

[320] Ähnliche Überlegungen gelten auch auf der Kostenseite. Auch bei der Auslösung von Kosten für die Änderung ist nämlich zu berücksichtigen, dass der Unternehmer die Ausführung der Änderung nicht freiwillig

übernommen hat und deshalb etwaige Ausführungsrisiken einer bestimmten Ausführungsart nicht mit seiner Zustimmung in seinen vertraglichen Risikobereich übergegangen sind. Gibt es deshalb für die angeordnete Änderung verschiedene Möglichkeiten, die zu unterschiedlichen Kosten führen, so ist der Unternehmer nicht ohne Weiteres verpflichtet, einfach nur die kostengünstigste Variante zu wählen. Vielmehr muss er im Rahmen einer ihm zu bewahrenden Dispositionsfreiheit bspw. eine Lösung wählen dürfen, die zwar nicht die billigste ist, die er aber aufgrund eigener Erfahrungen im Sinne einer Beherrschung etwaiger Ausführungsrisiken für erforderlich hält. Das gilt sowohl im Fall unterschiedlicher für die Ausführung geeigneter Materialien als bspw. auch bei der Frage, ob ein bestimmter kostengünstiger Nachunternehmereinsatz erfolgen muss oder – etwa bei fehlenden Erfahrungen mit der Leistungsfähigkeit des „billigen“ Nachunternehmers – stattdessen auf bewährte Nachunternehmer zurückgegriffen werden darf. Will der Besteller ein abweichendes, günstigeres Material eingesetzt sehen, dann muss er dies anordnen, was wiederum nur zulässig ist, wenn die Anordnung dem Unternehmer zumutbar ist und ihm zudem die Möglichkeit gibt, gegen die Anordnung Bedenken anzumelden und sich so von etwaigen Mängelrisiken zu befreien.³⁰⁴

[321] Zusammenfassend ist daher der Begriff der Erforderlichkeit nicht allein anhand der wirtschaftlichen Anforderungen aus der Sicht des Bestellers zu beurteilen, sondern – aufgrund der nicht einvernehmlichen Übertragung der Änderung – unter Wahrung der Dispositionsfreiheit des Unternehmers zur Beherrschung und Beherrschbarkeit der übertragenen bauvertraglichen (Ausführungs-)Risiken und der in diesem Zusammenhang von ihm nachvollziehbar vorgetragenen Gesichtspunkte. Für diese Auslegung spricht neben den dargelegten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten vor allem die Systematik der gesetzgeberischen Lösung für das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers; denn wenn der Besteller ganz bestimmte und nach seiner beabsichtigten Verwendung oder seinen betrieblichen Anforderungen wirtschaftliche Ausführungsarten umgesetzt sehen will, dann muss er seine Anordnung eben entsprechend präzisieren. Solange er die konkrete Art der Ausführung jedoch offenlässt, darf der Unternehmer die Umsetzung unter Berücksichtigung seiner Erfahrungen und seiner Einschätzung etwaiger ausführungstechnischer Risiken festlegen und wird seine Entscheidung dann im Kern nur noch auf einen etwaigen Missbrauch hin geprüft.³⁰⁵ Solange „wirtschaftlich vernünftige“³⁰⁶ Überlegungen für seine konkreten Dispositionen sprechen, sind die dadurch verursachten Kosten auch ansatzfähig.

(2) Erforderlichkeit der Gesamtkosten und einzelner Preisbestandteile

[322] Streitig ist in der Literatur, ob für die Beurteilung der Erforderlichkeit auf die Gesamtkosten der geänderten Ausführung abzustellen ist oder auf einzelne Preisbestandteile.³⁰⁷ Unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen zur unternehmerischen Dispositionsfreiheit bei der Frage der Wirtschaftlichkeit von Aufwendungen für die Änderung (vgl. Rdnr. [315] ff.) ist den Stimmen, die sich für eine Gesamtbetrachtung aussprechen, darin zuzustimmen, dass ein „Rosinenpicken“ des Bestellers in Form der Beanstandung einzelner überhöhter Preise jedenfalls nicht ohne Weiteres und unter Bezugnahme auf jedwede kostengünstigere Ausführungsvariante zulässig ist. Vielmehr sind zu einzelnen Kostenansätzen stets auch die Interessen des Unternehmers zu berücksichtigen, soweit berechnete Belange für die konkret aufgewendeten Kosten sprechen.

[323] Allerdings wird man daraus nicht die weitreichende Konsequenz ziehen können, dass der Besteller stets darlegen müsste, dass die Gesamtvergütung unangemessen ist. Denn bereits der Wortlaut von § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ist mit der Betrachtung des „vermehrten oder verminderten Aufwand[s]“ und den (allein ansetzbaren) „tatsächlich erforderlichen Kosten“ eher auf eine Überprüfung aller einzelnen Aufwandspositionen zugeschnitten, fehlt es doch an einem hinreichend klaren Bezug der Formulierung auf etwa nur zu prüfende „insgesamt erforderliche Gesamtkosten“. Ebenso spricht der Normzweck einer möglichst transparenten Weitergabe von tatsächlichem Aufwand jedenfalls dann für die Betrachtung einzelner Aufwandspositionen und nicht etwa des Gesamtaufwands, wenn dabei die dargestellten Anforderungen an die Bemessung eines auch für den Unternehmer wirtschaftlichen Aufwands berücksichtigt werden (vgl. Rdnr. [315] ff.) und demzufolge nicht jedwede kostengünstige Lösung bereits deshalb zwingend umgesetzt werden muss, weil sie die „billigste“ ist.

[324] Richtigerweise kann deshalb ein vom Besteller gerügter, überhöhter Aufwand bei einzelnen Kostenbestandteilen, für den sich keine Gründe im Sinne kaufmännisch vernünftiger Dispositionen des Unternehmers finden lassen, für den zu ermittelnden „vermehrten oder verminderten Aufwand“ nicht angesetzt werden; es handelt sich insofern nicht um die (nur ansetzbaren) „tatsächlich erforderlichen Kosten“. Wortlaut und Normzweck von § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB sind auf eine transparente Abrechnung ausgerichtet, die lediglich in berechtigten Interessen des Unternehmers ihre Schranke findet, es dem Unternehmer jedoch verwehrt, ohne sachgerechten Grund eine teurere Lösung zu wählen als erforderlich. Nachdem der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch insgesamt und für den gesamten entstandenen Aufwand nach tatsächlichen Kosten darlegen und beweisen muss, ist deshalb zu fordern, dass er zu etwa vom Besteller gerügten, besonders hohen Einzelkostenbestandteilen entsprechende kaufmännisch vernünftige Überlegungen seinerseits vorträgt und nachweist.

(3) Erforderlichkeit bei einer von § 650c BGB abweichenden Preisvereinbarung mit Nachunternehmern

[325] Weiter fragt sich, ob der Unternehmer bei der Beauftragung eines Dritten mit der Änderungsleistung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit ggf. auf einer Abrechnung nach § 650c BGB bestehen muss. Hier ist zu unterscheiden: soweit der Unternehmer vertraglich die Möglichkeit hat, gegenüber einem bei dem Bauvorhaben bereits eingesetzten Nachunternehmer auf einer Abrechnung nach § 650c BGB zu bestehen, wird er dazu in aller Regel gehalten sein. Das betrifft etwa den Fall, dass mit dem Nachunternehmer entweder ohnehin das gesetzliche Änderungs- oder Änderungsvergütungsrecht nach §§ 650b, 650c BGB vereinbart ist oder eine etwa als AGB vorgegebene Abrechnung auf kalkulatorischer Basis nicht wirksam vereinbart worden ist und der Unternehmer (als Besteller im Nachunternehmerverhältnis) sich darauf im Vertragsverhältnis mit seinem Nachunternehmer auch berufen kann (die Vereinbarung also nicht auf AGB des Unternehmers als Besteller beruht – vgl. Rdnr. [437] ff.).

[326] Liegt demgegenüber eine wirksame Vereinbarung zu einer von § 650c BGB abweichenden Ermittlung von Nachtragspreisen vor – und sei es auch nur, dass der Unternehmer selbst gegenüber seinem Nachunternehmer diese Abrechnung vorgegeben hat und der Nachunternehmer sich auf eine etwaige Unwirksamkeit dieser Vorgabe

aus AGB-rechtlichen Gründen nicht beruft – dann führt dies auch zu tatsächlich erforderlichen Mehrkosten i.S.d. § 650c BGB; denn der Unternehmer ist im Rahmen seiner unternehmerischen Dispositionsfreiheit (vgl. Rdnr. [315] ff.) nicht von vorneherein gezwungen, seinen Nachunternehmerverträgen ausschließlich diejenigen Bedingungen zugrunde zu legen, die auch in seinem Verhältnis zum Besteller gelten.

cc) Angemessene Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn

(1) Unternehmensbezogener Ansatz

[327] Nach den vorstehenden Ausführungen (vgl. Rdnr. [237] ff.) bedarf es vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 1 GG bei einer Änderungsanordnung nach § 650b Abs. 1 BGB aufgrund der daraus resultierenden zusätzlichen Bindung der betrieblichen Kapazitäten ohne Zustimmung des Unternehmers einer ausreichenden Kompensation auf der Vergütungsseite. Dabei sind im Gegenzug zu der vom Regelfall der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten (negativen) Vertragsfreiheit aufgrund der Einseitigkeit der Bindung die Ertragsmöglichkeiten des Unternehmers für den ansonsten möglichen anderweitigen Einsatz seiner betrieblichen Mittel zu berücksichtigen. Während sich nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB der Mehraufwand an den tatsächlichen Kosten orientiert, ist für die Zuschlagsberechnung dabei dem Grunde nach nur geregelt, dass die Zuschläge „angemessen“ sein müssen. Weitergehende Vorgaben macht das Gesetz selbst nicht; sie ergeben sich jedoch aus dem verfassungsrechtlichen Kontext dahin, dass die Kompensation für die über das vereinbarte Ausmaß hinausgehende Bindung von Betriebsmitteln einer an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens – also unternehmensbezogen – orientierten Entschädigung entsprechen muss.

[328] Es müssen danach sowohl die nicht konkret auf die Bauleistung bezogenen allgemeinen Geschäftskosten des Betriebs als auch die aufgrund der weitergehenden Bindung anderweitig nicht realisierbaren Geschäfts- und damit Gewinnmöglichkeiten und die eingegangenen Risiken abgedeckt sein und mit unternehmensbezogenen Ansätzen entlohnt und daher die im Unternehmen üblicherweise für eine vergleichbare Bindung von Kapazitäten und Eingehung von Risiken angesetzten Zuschläge bezahlt werden. Die Zuschlagsermittlung hat sich an den im Betrieb aus einzelnen Aufträgen üblicherweise erwirtschafteten Deckungs- bzw. Ergebnisbeiträgen zu orientieren.³⁰⁸

(a) Unternehmensbezogene Deckungsbeiträge für AGK

[329] Zu den Deckungsbeiträgen wird in der Literatur zur Ermittlung unternehmensbezogener Zuschläge eine Orientierung an den betriebswirtschaftlichen Kenn- bzw. Bilanzzahlen des Unternehmens und den anhand dessen orientierten durchschnittlich erwirtschafteten Deckungsbeiträgen der Vorjahre vorgeschlagen.³⁰⁹ Dem ist

hinsichtlich des Bezugs auf die wirtschaftlichen Grundlagen des durch die Anordnung gebundenen Unternehmens selbst zuzustimmen; allerdings bedarf der Ansatz im Detail einer Präzisierung. Denn die Verwendung ausschließlich der Kennzahlen aus der Ergebnisrechnung vergangener Jahre würde dazu führen, dass etwa in den vergangenen Jahren entstandene Verluste fortzuschreiben wären,³¹⁰ wenn das Unternehmen aufgrund fehlender Auslastung keine ausreichenden Deckungsbeiträge erwirtschaftet hat. Es kann deshalb zur Ermittlung der Zuschläge nur so vorgegangen werden, dass anhand der in jedem Unternehmen laufend ermittelbaren allgemeinen Geschäftskosten der insofern erforderliche, minimale Gesamtdeckungsbeitrag zur Abdeckung aller dieser Kosten ermittelt wird, und zwar unter der Annahme einer vollständigen Auslastung der betrieblichen Mittel. Daraus kann dann ein prozentualer Anteil je Euro des durch Bauleistungen erwirtschafteten Umsatzes ermittelt werden, der als erforderlicher prozentualer Deckungsbeitrag den unternehmensbezogenen Zuschlag für die AGK-Deckung ergibt.

(b) Angemessener Gewinnzuschlag und Mindestgewinn

[330] Als angemessener Gewinnzuschlag ist sodann die im Betrieb allgemein erzielbare Gewinnmarge anzusetzen. Dabei kann jedoch nicht ohne Weiteres von üblicherweise im Unternehmen bei der Kalkulation angesetzten Gewinnzuschlägen ausgegangen werden, weil für diese Zuschläge nicht klar wäre, ob sie tatsächlich die aus Bauaufträgen erzielte Gewinnmarge abbilden. Ebenso wenig könnte auf eine etwa im Unternehmen allgemein erzielte Umsatzrendite zurückgegriffen werden; denn die betriebswirtschaftlich insofern zur Verfügung stehenden Kennziffern dürften in der Regel als Vergleichsbasis auf der Kostenseite andere Grundlagen haben als diejenigen, die nach den vorstehenden Überlegungen für die Kostenermittlung nach § 650c BGB Gültigkeit haben. So sind bspw. in der unternehmerischen Ergebnisrechnung die Ansätze für Gerät dann, wenn das Gerät abgeschrieben ist, auf der Kostenseite nicht mehr wirksam. Wir hatten jedoch gesehen, dass solches Gerät auf der Kostenseite gleichwohl bei der Ermittlung der tatsächlichen Kosten mit üblichen Ansätzen Berücksichtigung finden muss (vgl. Rdnr. [228] ff., [277]). Damit würde jedoch eine Gewinnmarge, die auf die im Unternehmen erzielte Umsatzrendite abstellt, ggf. zu einer doppelten Berücksichtigung von abgeschriebenem Gerät führen.

[331] Vielmehr müsste als Rechengröße auf die Ergebnisse aus der in den meisten Betrieben üblichen Nachkalkulation von Bauaufträgen der Vergangenheit (in der Praxis so bezeichnete „Auftragskalkulation“ und deren Fortschreibung bei der Abwicklung eines erteilten Auftrags im Gegensatz zur „Angebotskalkulation“, die für das Angebot erstellt worden ist) zurückgegriffen werden. Solche Nachkalkulationen bilden die tatsächlichen wirtschaftlichen Gewinne ab, wobei im Sinne der für die gesetzlich geforderte Angemessenheit erforderlichen Vergleichbarkeit eine zeitliche Beschränkung auf die jüngere Vergangenheit zu erfolgen hätte. Zudem müsste auch hier eine Korrektur für den Fall erfolgen, dass die insofern relevanten Bauaufträge in der Vergangenheit zu Verlusten geführt haben; denn der Unternehmer kann nicht einseitig zu einer etwaigen Perpetuierung von in der Vergangenheit etwa entstandenen Verlusten gezwungen werden. Das Ergebnis der Ermittlung einer unternehmensbezogenen Gewinnmarge muss daher durch den Ansatz einer auch unabhängig von den konkreten Verhältnissen im Unternehmen zu gewährenden, angemessenen Mindestgewinnmarge korrigiert werden. Dies betrifft auch den in der Literatur behandelten Fall, dass etwa aufgrund der konkreten Marktsituation und der am Markt erzielbaren, für den Unternehmer „schlechten“ Preise für die Änderungsleistungen Gewinne in der

Vergangenheit nicht erzielt wurden und somit ein Gewinn nach dieser Berechnungsmethode nicht feststellbar wäre.³¹¹ Als ansetzbare Größe müsste in diesen Fällen dann vielmehr auf eine objektive Bemessung des Zuschlags zurückgegriffen werden. In Betracht kommt dafür etwa ein Ansatz von 5 %, wie ihn § 648 Satz 3 BGB als gesetzliche Regelvermutung für den Gewinn des Unternehmers ansieht (vgl. Rdnr. [241]).³¹² Auf die den Vertragspreisen zugrunde liegenden Gewinnzuschläge kann dagegen nur dann zurückgegriffen werden, wenn sie den üblicherweise im Unternehmen angesetzten Zuschlägen entsprechen und nicht ausnahmsweise niedriger angeboten waren (vgl. Rdnr. [240]).

[332] Die Richtigkeit dieses Ergebnisses ergibt sich aus der folgenden Kontrollüberlegung: Ohne die Anordnung wäre der Unternehmer im Fall einer unverändert ausgeführten Leistung in der Lage gewesen, keine weiteren verlustbringenden Aufträge anzunehmen und seine Kosten – z.B. durch Entlassungen oder andere betrieblichen Einsparungen – entsprechend zu reduzieren. Wenn er nun aber durch eine einseitige Entscheidung des Bestellers gezwungen ist, seine Kapazitäten weiter einzusetzen, obwohl sie sich in der Vergangenheit als unwirtschaftlich erwiesen haben, dann kann das nicht dazu führen, dass er diese Verluste auch für diesen einseitig übertragenen Auftrag in die Zukunft perpetuieren muss, obwohl er durch die Anordnung und den deshalb erforderlichen weiteren Einsatz seiner Kapazitäten seiner unternehmerischen Handlungsmöglichkeiten beraubt ist. Demgegenüber sieht das Gesetz auch und gerade für einen solchen Fall vor, dass ihm ein angemessener Gewinnzuschlag zusteht; er erhält den Gewinn als pauschalierten Ersatz dafür, dass er durch die Anordnung ohne seine Zustimmung in seinen unternehmerischen Handlungsmöglichkeiten beschränkt wird.

[333] Abgesehen von diesem Ausnahmefall ergibt sich unter Berücksichtigung der konkreten Unternehmenszahlen aus der Nachkalkulation vergleichbarer Bauaufträge ein für das konkrete Unternehmen erzielbarer Gewinnaufschlag. Im Ergebnis kommt es damit durchweg (nur) dem Unternehmer zugute, wenn er aufgrund einer günstigen Kostensituation in seinem Betrieb und der daraus resultierenden niedrigeren Belastung mit Einzelkosten der Teilleistung (also Lohn, Geräte, Baustellengemeinkosten etc.) und allgemeinen Geschäftskosten in der Regel höhere Gewinne erzielt als vergleichbare Wettbewerber. Dem Unternehmer bleiben bei der Zuschlagsberechnung – in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen – die auf seinem unternehmerischen Geschick beruhenden wirtschaftlichen Vorteile erhalten; er ist nicht gezwungen, seine betrieblichen Mittel weitergehend als vereinbart zur Verfügung zu stellen und dabei etwa geringere Ertragsmöglichkeiten oder gar einen Verlust hinzunehmen.

(c) Zuschlag für Wagnis

[334] Für die Ermittlung angemessener Zuschläge für Wagnis ist zunächst davon auszugehen, dass aufgrund des Ersatzes tatsächlich erforderlicher Kosten bereits ein erheblicher Teil etwa durch Wagniszuschläge erfassbarer Ausführungsrisiken abgedeckt ist.³¹³ Für gesonderte Wagniszuschläge können deshalb allenfalls Wagnisse aus Ausführungsrisiken in Betracht kommen, die sich erst im Nachgang zur Ausführung der Änderungsleistung und zur baubegleitend dann endgültigen Berechnung der Nachtragsvergütung ergeben. Der Sache nach handelt es sich also um Zuschläge für vorsorgliche Rückstellungen aufgrund etwaiger Rechte des Bestellers bei Mängeln. Auch insofern ist bei der Ermittlung von Zuschlägen in erster Linie auf unternehmensbezogene betriebswirtschaftliche Grundlagen, also etwa durchschnittliche Aufwendungen für Mangelbeseitigung bezogen auf den aus

Bauleistungen erwirtschafteten Umsatz, zurückzugreifen, soweit sich nicht aus den angeordneten Leistungen spezifische zusätzliche und von üblichen Zuschlägen nicht abgedeckte Risiken ergeben.

(2) Unterdeckung allgemeiner Geschäftskosten durch bauzeitliche Verzögerungen

[335] Ein spezielles Problem ergibt sich, wenn die Änderungsanordnung des Bestellers dazu führt, dass sich die Bauausführung zeitlich verschiebt und sich deshalb die mit dem Bauauftrag zeitanteilig über die Herstellungsdauer erzielten Umsätze auf eine spätere Abrechnungsperiode verschieben. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Wenn der Unternehmer beauftragt ist, eine Baugrubenumschließung herzustellen und eine Umplanung erfolgt, die längere Zeit in Anspruch nimmt, dann kann das dazu führen, dass der Umsatz aus diesem Bauauftrag sich in ein neues Rechnungsjahr verschiebt. Aus der Sicht des Unternehmers ist das nur dann unproblematisch, wenn es ihm gelingt, im Anschluss an die Anordnung einen anderen Auftrag zu akquirieren und er mit den für den ursprünglichen Auftrag des Bestellers eigentlich vorgesehenen Betriebsmitteln stattdessen diesen Auftrag abwickelt. Denn nur in diesem Fall kann er mit den Erträgen aus dem Füllauftrag seine zwischenzeitlich weiter anfallenden allgemeinen Geschäftskosten abdecken. Gelingt ihm das nicht, dann erleidet er demgegenüber einen dauerhaften Verlust, weil die allgemeinen Geschäftskosten fortlaufend anfallen und die spätere Abwicklung des Änderungsauftrags lediglich die in der späteren Rechnungsperiode anfallenden allgemeinen Geschäftskosten abdeckt, für die zwischenzeitlich angefallenen jedoch zu spät kommt. Die zwischenzeitlichen Verluste aufgrund nicht durch erzielte Umsätze gedeckte allgemeine Geschäftskosten können gleichsam nicht „aufgeholt“ werden, sie sind endgültig eingetreten.

[336] Damit würde dem Unternehmer also durch einseitige Anordnung ein Deckungsverlust aufgezwungen, den er nicht erlitten hätte, wenn der Besteller sich an die ursprüngliche vertragliche Vereinbarung gehalten hätte; die mit dem ursprünglichen Vertragsschluss entstandene, gesicherte Vermögensposition, mit der vereinbarten Leistung seine allgemeinen Geschäftskosten abdecken zu können, würde dem Unternehmer entzogen. Das führt zwangsläufig zu der Frage, ob und wie diese Nachteile aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in seine nach Art. 12 GG geschützte Rechtsposition entschädigt werden müssen.

[337] Die Behandlung dieser Fälle vor Inkrafttreten des § 650c BGB war seit jeher sehr umstritten. Die wohl herrschende Meinung ging davon aus, dass Ansätze für solche Unterdeckungen nicht oder nur sehr eingeschränkt zulässig sein sollten.³¹⁴ Spätestens nach dem Inkrafttreten des § 650c BGB kann dies unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben jedoch offensichtlich nicht mehr zutreffend sein. Denn der Gesetzgeber verlangt, dass die Bildung der Zuschläge „angemessen“ sein muss und das bedeutet nach den vorstehenden Überlegungen (vgl. Rdnr. [207] ff., [237] ff.), dass dem Unternehmer ein angemessener Ausgleich dafür gewährt werden muss, dass mit der Anordnung einseitig in seine bestehenden Ertragsmöglichkeiten eingegriffen wird. Der Sache kann sich der Besteller durch die Möglichkeit zur Änderungsanordnung einseitig von einer vertraglichen Vereinbarung zu lösen, bei deren unveränderter Erfüllung der Unternehmer den Nachteil ungedeckter allgemeiner Geschäftskosten

hätte vermeiden können. Ein im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen gebildeter – und nur dann „angemessener“ – Zuschlag muss dafür jedenfalls dann einen Ausgleich schaffen, wenn es dem Unternehmer – wie im geschilderten Beispielfall – nicht gelingt, seine zwischenzeitlichen Verluste anderweitig zu decken.

[338] Im Ergebnis ist dem Unternehmer daher in diesem Fall zusätzlich zu den Zuschlägen, die er für die (späteren) Leistungszeiträume auf die änderungsbedingten tatsächlichen Kosten erhält, ein außerordentlicher Zuschlag für entstandene Deckungsverluste zu gewähren, soweit er einen entsprechenden Deckungsverlust nachweisen kann. Zu den Anforderungen an einen solchen Nachweis kann dabei auf die vergleichbare gesetzliche Wertung in § 648 BGB zurückgegriffen werden, nach der darauf abzustellen ist, ob der Unternehmer infolge der Anordnung einen sog. „Füllauftrag“ akquirieren kann, mit dem er die Deckungsverluste vermeidet; denn die Norm betrifft die ähnliche Konstellation einer einseitigen Aufkündigung bestehender vertraglicher Vereinbarungen und des deshalb dem Unternehmer zu gewährenden Ausgleichs (vgl. auch Rdnr. [287] ff., [291] ff., zum ähnlichen Fall bei einem negativen Kostensaldo aufgrund der angeordneten Änderung).

[339] Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass § 650c BGB im Unterschied zu § 648 BGB im Grundsatz auf derartige hypothetische Betrachtungen eigentlich nicht abstellt. Richtig ist zwar, dass die gesetzliche Regelung nicht etwa so beschaffen ist, dass dem Besteller etwa – wie im Fall nach § 648 BGB – der Nachweis vorbehalten bliebe, dass mit dem erteilten Auftrag überhaupt keine Deckung der zeitanteiligen allgemeinen Geschäftskosten zu erzielen gewesen wäre. Jedoch kann die in § 650c BGB als Ausgleich für die Einseitigkeit der vertraglichen Bindung vorgesehene – und als gesetzliche Anforderung festgelegte – angemessene Deckung allgemeiner Geschäftskosten durch Zuschläge ohne Berücksichtigung der für das Unternehmen entstehenden wirtschaftlichen Folgen im Bereich allgemeiner Geschäftskosten nicht beurteilt werden. Die Einbeziehung dieser Folgen und ihre Einordnung in Anlehnung an die vergleichbare gesetzliche Wertung in § 648 BGB wird bei der Anwendung der – insofern mit dem Rechtsbegriff der Angemessenheit ausfüllungsbedürftigen – gesetzlichen Regelung erforderlich und ist nicht etwa eine Änderung der Berechnungsmethode insgesamt in Richtung des Regelungsmodells nach § 648 BGB.

dd) Planung durch den Unternehmer bei notwendigen Änderungen

[340] Nach § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB steht dem Unternehmer im Fall notwendiger Änderungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu, wenn die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks umfasst. Die Regelung gibt dem Rechtsanwender einige Rätsel auf. Einerseits verknüpft sie nach ihrem Wortlaut den Inhalt der Leistungsverpflichtung anscheinend uneingeschränkt mit der Frage der Vergütung. Der Unternehmer soll für notwendige Änderungen der Leistungsbeschreibung keine Vergütung erhalten, wenn seine Leistungspflicht auch die Planung umfasst. Das würde bei wortgetreuer Auslegung allerdings bedeuten, dass der Besteller dann, wenn er dem Unternehmer im Bauvertrag auch die Planung des Bauwerks überträgt, für die Beseitigung von Mängeln einer zur Vertragsgrundlage gewordenen Leistungsbeschreibung selbst dann nicht mehr verantwortlich wäre, wenn er diese Leistungsbeschreibung selbst zur Verfügung gestellt hat.

[341] Nachdem die Erstellung der Leistungsbeschreibung jedoch selbst – wie sich beispielhaft aus der Beschreibung der Leistungen der Leistungsphase 6 der Objektplanung nach § 34 Abs. 4 HOAI i.V.m. der Anlage

10.1 zu HOAI ergibt – bereits eine Planungsleistung darstellt, würde das bedeuten, dass der Besteller sich durch die Übertragung der Planungsleistung von Mängeln seiner eigenen vorherigen Planung freizeichnen könnte – ein Verständnis, das langjährige und gefestigte Rechtsprechung des BGH auf den Kopf stellen und zudem in einem kaum lösbaren Widerspruch zur Regelung der Frage in § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB stehen würde; denn diese Regelung kann nur so verstanden werden, dass der Besteller für seine fehlerhafte Planung verantwortlich bleiben soll (vgl. Rdnr. [44] f. und Rdnr. [68] f.) und das wäre in dem wirtschaftlich wesentlichen Punkt – nämlich der Bezahlung der Mehrkosten für die Planungsfehler des Bestellers – bei einem solchen Verständnis nicht (mehr) der Fall.

[342] Das Problem kann auch nicht etwa so gelöst werden, dass die Regelung nur Fälle betrifft, in denen der Unternehmer jedwede Planungsleistung erbracht und noch zu erbringen hat und er damit auch die Leistungsbeschreibung erstellt hat, die später zur Vertragsgrundlage geworden ist. Denn geregelt ist nach dem Wortlaut nur der Fall, dass „die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks“ umfasst. Wenn der Unternehmer jedoch bereits die Leistungsbeschreibung erstellt hat, an der eine Änderung notwendig wird, dann kann er diese Erstellung nur vor Vertragsschluss erbracht haben; sie war deshalb aber gerade (noch) nicht Gegenstand seiner – erst später und auf der Grundlage dieser Leistungsbeschreibung erstellten – „Leistungspflicht“.

[343] Ebenso wenig kann die Regelung so verstanden werden, dass sie nur den Fall betrifft, dass der Unternehmer im Sinne des in der Literatur so bezeichneten „Globalpauschalvertrags“ eine umfassende Planungsverpflichtung übernommen hat. Denn auch bei diesem Vertragstyp ist abzuschichten. Gemeint sind einerseits Fälle, in denen der herzustellende Werkerfolg in der Leistungsbeschreibung hinsichtlich der konkreten Art und Weise der Ausführung nicht oder nicht abschließend festgelegt wird, sondern die Anforderungen an das Bauwerk nur funktional beschrieben werden, bspw. indem eine Bewehrung eines Betonbauwerks in der Leistungsbeschreibung nur „nach den statischen und konstruktiven Anforderungen“ verlangt wird. Wird diese funktionale Beschreibung nicht geändert, sondern entsteht lediglich deshalb ein ungeplanter Mehraufwand, weil sich Annahmen des Unternehmers zu den „statischen und konstruktiven Anforderungen“ nicht bestätigen, so besteht nach der Rechtsprechung des BGH für solche unvorhergesehenen Änderungen kein Anspruch auf Mehrvergütung.³¹⁵

[344] Im eigentlichen Fall des sog. „Globalpauschalvertrags“ ist dann die gesamte Leistungsbeschreibung so angelegt, dass der Unternehmer auf der Grundlage lediglich funktionaler Vorgaben das Bauwerk auf der Grundlage einer vollständig eigenen Planung zu erstellen hat. Hier ist beim Auftreten unerwarteter Erschwernisse damit aber in der Regel nicht etwa die Leistungsbeschreibung selbst zu ändern; vielmehr trifft lediglich eine nicht zum Inhalt der vertraglichen Leistungsbeschreibung gewordene und damit einseitige Vorstellung des Unternehmers nicht zu, was vergütungsrechtlich keine Auswirkungen hat. Es gibt hier außer der funktionalen – und nicht zu ändernden – Anforderung eben keine weitergehende und vergütungsrechtlich etwa bindende Vereinbarung zur konkreten Art und Weise der Ausführung. Vielmehr wird die konkrete Ausführung überhaupt erst durch die Planung und damit durch einseitige Bestimmung des Unternehmers festgelegt; eine etwaige im Vertrag geregelte Planungspflicht des Unternehmers verschafft ihm zugleich das Recht zur Festlegung der konkreten Art und Weise der Ausführung, bei der er lediglich im Ergebnis die funktionale Anforderung zu erfüllen hat. Eine

Änderung des Vertragsinhalts i.S.d. § 650b BGB wird daher nicht erforderlich und damit liegt auch kein Fall nach § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB vor.

[345] Ist dies jedoch ausnahmsweise im Funktionalvertrag anders und muss bei Auftreten einer unvorhergesehenen Erschwernis auch der Inhalt der funktionalen Leistungsbeschreibung – also die dort festgelegten Anforderungen – angepasst werden, dann stellt sich auch bei diesem Vertragstyp wiederum die Frage, ob damit nicht auch eine Anpassung der Vergütung einhergeht; zumindest bei einer vom Besteller fehlerhaft erstellten funktionalen Leistungsbeschreibung ist dem Unternehmer nämlich jedenfalls dieser Teil der Planung nicht übertragen worden. Vielmehr ist der Besteller als Ersteller der funktionalen Leistungsbeschreibung planungsverantwortlich und bleibt dies auch im Rahmen der Vertragsabwicklung (vgl. Rdnr. [44] f. und Rdnr. [68] f.); die erforderliche Änderung der funktionalen Leistungsbeschreibung fällt daher nicht in die Planungsverantwortung des Unternehmers und die Ausnahmevorschrift greift deshalb wiederum nicht ein.

[346] Denkbar wäre damit allenfalls ein Verständnis dergestalt, dass der Unternehmer dann, wenn er für die vorvertragliche Planungsleistung der Erstellung der Leistungsbeschreibung verantwortlich war, die Leistungsbeschreibung also selbst erstellt hat, auch vergütungsrechtlich für diese vorvertragliche Leistung – im Sinne einer vergütungsrechtlichen Risikoübernahme – ausnahmslos verantwortlich bleibt. Auch dies ist jedoch – wie in der Literatur zutreffend hervorgehoben wird –³¹⁶ gesetzssystematisch nicht überzeugend; denn die vorvertraglich fehlerhafte Leistung stellt eigentlich allenfalls ein Verschulden bei Vertragsschluss dar und führt damit (nur) zu einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB. Dieser Anspruch umfasst aber nicht ohne Weiteres auch die Sowiesokosten, die auch dann entstanden wären, wenn die Leistungsbeschreibung von vorneherein zutreffend gewesen wäre. Wäre die Leistungsbeschreibung von vorneherein zutreffend erstellt worden, dann wäre vom Unternehmer auch die bereits geänderte Leistung angeboten und die Leistung daher regelmäßig sowieso entsprechend verteuert worden. Diese Verteuerung ist dann aber kein ersatzfähiger Schaden. Ein Anspruch auf Ersatz von Sowiesokosten in solchen Fällen sollte dem Unternehmer daher auch nicht abgeschnitten werden.³¹⁷

[347] Eine andere Frage ist, ob in solchen Fällen angenommen werden kann, dass der Unternehmer das Risiko der Vollständigkeit einer von ihm erstellten Leistungsbeschreibung zu übernehmen hat. Das ist eine Frage der Auslegung des Bauvertrags. Die Tatsache, dass eine Leistungsbeschreibung zum Gegenstand des Vertrags gemacht wird, bringt dabei zumindest im unternehmerischen Verkehr oder bei entsprechender Fachkunde des Bestellers regelmäßig das Verständnis beider Parteien zum Ausdruck, dass die konkret beschriebene Leistung auch diejenige ist, auf die sich die Vergütungsvereinbarung bezieht. Ob ein Angebot des Unternehmers im Fall einer diesem Angebot zugrunde liegenden von ihm selbst erstellten Leistungsbeschreibung zwingend so auszulegen ist, dass der Unternehmer auch vergütungsrechtlich ihre Vollständigkeit und Richtigkeit einzustehen hat, müsste sich daher aus den sonstigen, für die Auslegung relevanten Umständen ergeben und ist jedenfalls nicht zwingend. Kommt die Auslegung jedoch zu diesem Ergebnis, dann stellt die Bindung des Unternehmers im Kern eine vertragliche Risikoübernahme für die Vollständigkeit und Richtigkeit der von ihm erstellten Leistungsbeschreibung dar,³¹⁸ weshalb in der Literatur vertreten wird,³¹⁹ dass der Ausnahmefall eben diesen Fall regeln soll – der Unternehmer kann keine Mehrkosten verlangen, weil er die Planungsverantwortung vollständig und mit Wirkung sowohl für die Leistungs- als auch für die Vergütungsseite übernommen hat.

[348] Nachdem der Inhalt der Leistungsbeschreibung bei einer solchen Auslegung allerdings weder hinsichtlich des Leistungsinhalts noch auch nur der Vergütung verbindlich ist, muss der Vertrag durch die „Heilung“ der fehlerhaften Leistungsbeschreibung im Grundsatz eigentlich folgerichtig weder zum Leistungsumfang noch zur Vergütung geändert werden. Denn ohne eine Verbindlichkeit der Leistungsbeschreibung gibt es an sich weder zum Leistungsumfang noch zur Vergütung einen zu ändernden Vertragsinhalt. Insofern scheint es zunächst fraglich, ob hier überhaupt ein Fall einer Änderung durch Anordnung vorliegt, gibt es doch inhaltlich eigentlich nichts zu ändern.

[349] Gleichwohl ist die zitierte Literaturmeinung zutreffend. Denn es ist zu berücksichtigen, dass ein echtes Erfordernis für eine Anordnung bei notwendigen Änderungen nach der Rechtsprechung zum funktionalen Mangelbegriff ohnehin nur insofern besteht, als entweder bei mehreren gleichwertigen Alternativen zur „Heilung“ der fehlerhaften Leistungsbeschreibung die Auswahl dem Besteller überlassen (vgl. Rdnr. [25]) oder ihm ermöglicht werden soll, sich ausnahmsweise dafür zu entscheiden, den Fehler – aus welchen Gründen auch immer – hinzunehmen.³²⁰ Nur in diesen beiden Fällen wird bei notwendigen Änderungen tatsächlich der Vertragsinhalt geändert, während es sich sonst, also für den Fall, dass für die „Heilung“ der fehlerhaften Leistungsbeschreibung lediglich eine denkbare Alternative denkbar ist und der Besteller den Fehler behoben sehen will, um eine Anordnung mit deklaratorischem Inhalt handelt, analog dem Fall nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B. Ein entsprechendes Bedürfnis nach einem Entscheidungsrecht des Bestellers sieht der Gesetzgeber offensichtlich auch in den Fällen einer vertraglichen Risikoübernahme des Unternehmers für die Planung und stellt für diesen Fall im Übrigen sowohl für etwaige deklaratorische als auch für ändernde Anordnungen klar, dass eine Anpassung der Vergütung aufgrund der Risikovereinbarung nicht stattfindet.

[350] Dass darüber hinaus auch der Fall einer vom Besteller erstellten Leistungsbeschreibung oder einer zwar vom Unternehmer erstellten, jedoch bei zutreffender Auslegung des Vertrags gleichwohl vergütungsrechtlich maßgeblichen Leistungsbeschreibung erfasst sein sollte, entspricht demgegenüber – wie in der Literatur zu Recht betont wird –³²¹ nicht dem Willen des Gesetzgebers; selbst ein so zu verstehender Wortlaut wäre daher nach der ebenso zutreffenden und wohl herrschenden Literaturmeinung³²² teleologisch zu korrigieren.

b) Rückgriff auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation

[351] Nach § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB kann ein Unternehmer zur Berechnung des Anspruchs auf Änderung der Vergütung alternativ auch auf die Ansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Der Gesetzgeber geht in diesem Fall davon aus, dass sich die Bewertung der Nachtragsleistungen an der Bewertung von Leistung und Gegenleistung in der Form der vereinbarten Vertragspreise orientieren kann und eröffnet dem Unternehmer grundsätzlich ein Wahlrecht („kann“), seine Vergütung auf der – bei vereinbarungsgemäßer Hinterlegung – vom Gesetzgeber als vertraglich behandelten Grundlage zu berechnen.

aa) Normzweck der Richtigkeitsvermutung

[352] Nach der Systematik des § 650c BGB stehen Abs. 1 und Abs. 2 in Bezug zueinander. Maßgeblich für die zutreffende Nachtragsvergütung sind die tatsächlichen Kosten nach Abs. 1. Der Abs. 2 schafft lediglich eine zusätzliche Möglichkeit, die im Ergebnis aber dazu führen soll, dass die nach Abs. 2 anhand der Urkalkulation ermittelte derjenigen nach Abs. 1 „entspricht“. Die Richtigkeitsvermutung stellt daher im Kern nur ein vereinfachtes Berechnungsmodell für die nach § 650c Abs. 1 BGB den wertungsmäßig eigentlich maßgeblichen „tatsächlichen Kostenvergleich[...]“ zur Verfügung.³²³ Der Normzweck liegt nicht in einer für die rechtliche Bewertung etwa selbständig zu rechtfertigenden Schaffung einer (weiteren) Preisgrundlage für die Berechnung der Nachtragsvergütung. Maßgeblich für die Vergütung bleibt vielmehr stets das aus der Sicht des Gesetzgebers gegen Missbrauch weniger fehleranfällige Modell der Abrechnung nach tatsächlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen nach § 650c Abs. 1 BGB; es ist – wie in der Literatur zutreffend formuliert wird – „das Leitbild“.³²⁴

bb) Vereinbarungsgemäße Hinterlegung

[353] Für die Anwendbarkeit von § 650c Abs. 2 BGB ist von zentraler Bedeutung, dass es tatsächlich eine Vereinbarung der Parteien für eine solche Vorgehensweise bei der Nachtragsberechnung gibt, die Hinterlegung also – wie das Gesetz es formuliert – „vereinbarungsgemäß“ erfolgt. Das Gesetz orientiert sich mit dieser Einordnung zu Recht an der am Grundsatz der Vertragsfreiheit orientierten Wertung nach § 311 BGB: die Regelung der Folgen einer Änderung kann sich nur dann an den internen Berechnungsgrundlagen des Unternehmers zur Bildung der Vertragspreise orientieren, wenn es dafür eine Vereinbarung der Parteien gibt. Ohne eine solche Vereinbarung handelt es sich bei der Urkalkulation der Vertragspreise um eine einseitige Grundlage, für deren Verwendung zu Lasten des Bestellers – der sie nicht kennt und ihr auch nicht zugestimmt hat – nach § 311 BGB kein Raum ist.

[354] Aus diesem Grund kommt die Anwendung auch nicht etwa unter Rückgriff auf § 242 BGB in Betracht, wie dies in der Literatur teilweise erwogen wird.³²⁵ Die dafür angeführte Begründung, wonach sonst das „Wahlrecht“ des Unternehmers nach § 650c Abs. 2 BGB unterlaufen werden könne,³²⁶ übersieht, dass Grundlage eines solchen Wahlrechts nach der insofern eindeutigen – und mit Blick auf die verfassungsrechtlich abgesicherte Wertung in § 311 BGB auch überzeugenden – Regelung in § 650c Abs. 2 BGB eben eine „vereinbarungsgemäße“ Hinterlegung sein muss. Ohne eine solche Vereinbarung wird nicht etwa ein bestehendes Wahlrecht des Unternehmers umgangen, sondern liegt ein entsprechendes Wahlrecht gar nicht erst vor.

[355] Ausreichend ist es allerdings, dass die Urkalkulation auf der Grundlage einer Vereinbarung der Parteien hinterlegt wird. Die Regelung setzt damit nach ihrem – auch in diesem Punkt eindeutigen – Wortlaut nicht voraus, dass der Besteller etwa Kenntnis von den einzelnen Grundlagen der Urkalkulation genommen hat. Sie kann also auch verschlossen hinterlegt werden, soweit sich der Besteller auf eine solche Vorgehensweise einlässt. Der Gesetzgeber ist dabei offensichtlich davon ausgegangen, dass der Besteller dann, wenn er sich auf die Hinterlegung generell einlässt, nicht weiter schutzbedürftig ist, weil er der Hinterlegungsvereinbarung auch nur mit der Maßgabe zustimmen kann, die Urkalkulation vor ihrer Hinterlegung zu prüfen. Im unternehmerischen

Rechtsverkehr mag diese Überlegung zutreffen; ob sie auch im Verbraucherverkehr angemessen ist, erscheint vor dem Hintergrund der erhöhten Schutzbedürftigkeit dagegen zweifelhaft.

cc) Wahlrecht des Unternehmers

[356] Nach dem Wortlaut der Regelung („Der Unternehmer kann [...]“) handelt es sich bei der Ermittlung der Nachtragsvergütung nach § 650c Abs. 2 BGB um ein Wahlrecht des Unternehmers, das nach dem – insofern ebenso eindeutigen – Wortlaut der Regelung auch für jeden einzelnen „Vergütungsanspruch [...] infolge einer Anordnung“ – also für jede einzelne Anordnung gesondert ausgeübt werden kann.³²⁷ Es muss dann allerdings die gesamte „Vergütung für den Nachtrag“ nach Abs. 2, also anhand der Urkalkulation, ermittelt werden;³²⁸ eine Mischung mit der Abrechnung nach tatsächlichen Kosten gem. Abs. 1 ist nicht zulässig.³²⁹ Sie würde den vom Gesetzgeber beabsichtigten Schutz vor spekulativer Preisbildung verfehlen; denn der Unternehmer hätte es damit in der Hand, nur für ihn günstige Einzelteile der Urkalkulation zu verwerten, ohne mit nachteiligen Folgen an anderer Stelle leben zu müssen, er könnte in der Urkalkulation gefahrlos Elemente, für die er mit Änderungen rechnet in seinem Sinn kalkulieren, ohne zugleich Risiken von Fehlern an anderer Stelle tragen zu müssen, weil er dort im Fall einer Unterdeckung eben tatsächliche Kosten ansetzen könnte.

[357] Das trotz des bestehenden Mischungsverbots innerhalb eines Nachtrags noch für jede einzelne Anordnung – und damit jeden einzelnen Nachtrag – bestehende Wahlrecht des Unternehmers ist rechtspolitisch nicht unproblematisch³³⁰ und ermöglicht ggf. ein entsprechendes „Rosinenpicken“; denn der Unternehmer wird den Rückgriff auf die Urkalkulation für den einzelnen Nachtrag nur dann wählen, wenn es für ihn jeweils Vorteile hat. Ob damit dem Anliegen des Gesetzgebers, spekulative Preisbildung zu verhindern, durchweg Rechnung getragen ist, erscheint zweifelhaft. Der Unternehmer kann mit dieser Möglichkeit bei von ihm etwa vorhergesehenen Änderungen nach wie vor die Preisansätze seiner Urkalkulation so gestalten, dass sie ihm (nur) für die vorhergesehene Änderung einen Vorteil verschaffen, während er bei anderen – ggf. unterkalkulierte – Leistungen dann eben später die tatsächlichen Kosten abrechnet.

[358] Allerdings fehlt es für eine teleologische Korrektur des Wortlauts wohl schon deshalb an einer ausreichenden Grundlage,³³¹ weil das Gesetz ohnehin die Widerlegung der Preisbildung anhand der Urkalkulation zulässt und somit eine abgestufte Regelung trifft, die den Besteller nicht schutzlos stellt. Man wird die Gesamtregelung im Ergebnis deshalb nur so verstehen können, dass der vom Gesetzgeber bezweckte Schutz vor einer spekulativen Preisbildung durch den Unternehmer im Regel-/Ausnahmeverhältnis der Abs. 1 und 2 abgebildet ist, was einer darüber hinausgehenden teleologischen Korrektur die Grundlage entzieht. Bereits de lege lata sprechen die im Grundsatz berechtigten Bedenken in der Literatur allerdings für eine eher strenge Auslegung von § 650c Abs. 2 BGB zur Frage einer ausreichenden Aufschlüsselung der Urkalkulation (vgl. dazu nachfolgend Rdnr. [359] ff.).

dd) Anforderungen an den Umfang der Aufgliederung der Urkalkulation

(1) Erforderliche Vollständigkeit der Aufgliederung

[359] § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB spricht von einem Rückgriff auf die „Ansätze“ der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation. Nach der Gesetzesbegründung soll dabei die Vermutung nur dann eingreifen, wenn „die vom Unternehmer offenbarte oder zumindest hinterlegte Urkalkulation ausreichend aufgeschlüsselt ist“.332 Nach der überwiegenden Literatur333 liegt eine ausreichende Aufschlüsselung vor, wenn sich aus der Urkalkulation selbst die Bezugsgrößen (Kosten- und Zeit- bzw. Leistungsansätze) ergeben, die für eine Fortschreibung der Kalkulationssätze zum Zwecke der Nachtragsberechnung benötigt werden. Das stellt für die Praxis allerdings hohe Anforderungen und dürfte kaum durchgehend der Kalkulationspraxis der Unternehmen der Bauwirtschaft entsprechen, zumal dann nicht, wenn die Anforderung an sämtliche für die Nachtragspreisbildung relevanten Kalkulationsbestandteile gestellt wird.

[360] Zu berücksichtigen ist bei den Anforderungen an den Umfang der Aufgliederung insbesondere das bestehende Mischungsverbot mit der Berechnung nach § 650c Abs. 1 BGB (vgl. Rdnr. [356]). Es führt dazu, dass sich alle einzelnen Kostenpositionen der Änderungsleistung durchgehend aus der Urkalkulation herleiten lassen müssen.334 Die Berechnung muss also für alle Leistungselemente, die von der Ausgangsleistung abweichen, gesondert durchgeführt werden.335 Gelingt das nicht durchgehend, dann ist die Berechnung nach § 650c Abs. 2 BGB aufgrund des bestehenden Mischungsverbots insgesamt unanwendbar.336

(2) Unzulässigkeit einer nachträglichen Aufgliederung der Urkalkulation

[361] Es stellt sich daher die Frage, ob die Vermutungswirkung nicht schon dann eingreifen sollte, wenn der Unternehmer aus seinen Kalkulationsansätzen im Nachhinein – durch nachträgliche hinreichende Aufschlüsselung – Preisfortschreibungsansätze bilden kann, auf deren Grundlage zur Berechnung der Nachtragsvergütung dann eine Neuberechnung erfolgen könnte. Dafür spricht im Grundsatz die Gesetzesbegründung, in der es explizit heißt, dass „die Abrechnung praktikabel zu gestalten“337 sein und „wie bisher“338 von statten gehen solle. Die Gesetzesbegründung spricht sich damit offenbar für ein Beibehalten der bereits bislang praktizierten Nachtragsvergütungsermittlung mithilfe einer Neuberechnung anhand der hinterlegten Urkalkulationswerte aus, wie sie etwa in den lediglich nach Kostengruppen aufgegliederten Formblättern 221 bis 223 des Vergabehandbuchs des Bundes abgebildet ist. Auch der BGH hat zu den Parallelvorschriften der VOB/B entschieden,339 dass ein nachträgliches Aufschlüsseln der hinterlegten Urkalkulation erfolgen darf. Angesichts der identischen Preisermittlungsmethodik fragt sich deshalb, ob diese höchstrichterliche Bewertung auf § 650c Abs. 2 BGB übertragen werden kann.340

[362] Bei näherer Betrachtung wird man dies zu verneinen haben. Der Wortlaut der Regelung lässt zwar – wie in der Literatur zu Recht angemerkt wird – „im Dunkeln“³⁴¹ ob und wie weit eine solche Aufschlüsselung bereits in der hinterlegten Urkalkulation abgebildet sein muss. In § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB heißt es lediglich, der Unternehmer könne „zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen“ und die Regelung in Satz 2 knüpft die Richtigkeitsvermutung an eine „auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung“, was kaum anders als so verstanden werden kann, dass die gesamte Fortschreibung – also hinsichtlich aller ihrer Preisbestandteile – eine Grundlage in der Urkalkulation finden muss. Ob dies aber nicht auch dann der Fall sein kann, wenn sich die Fortschreibung hinsichtlich einzelner zu ermittelnder Kosten nur im Wege einer nachträglichen plausiblen Aufschlüsselung auf diese Basis stützen lässt, ist damit angesichts der eher vagen gesetzlichen Begrifflichkeit („auf Basis“) jedenfalls grammatikalisch nicht entschieden.

[363] Es ergibt sich vielmehr erst aus einer Würdigung des Zwecks der Regelung (vgl. Rdnr. [352]). Die Regelung zur Richtigkeitsvermutung in § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB hat nur Hilfsfunktion im Sinne einer zugunsten des Unternehmers geschaffenen Abrechnungsvereinfachung. Die Ermittlung „auf Basis“ der Urkalkulation ist anfälliger für spekulative Preisbildung und deshalb innerhalb der gesetzlichen Systematik bei einer nicht durch den Marktmechanismus abgesicherten Preisbildung gegenüber der Abrechnung nach tatsächlichen Kosten gem. Abs. 1 nur nachrangig. Für die Frage der Zulässigkeit einer nachträglichen Aufschlüsselung folgt daraus, dass ein solcher nachträglicher Eingriff kaum zulässig sein kann, würde er im Kern doch wiederum zu einer Art von „Neuberechnung“ der Vergütung führen – und sei es auch nur durch eine nachträgliche und anhand objektiver Kriterien nicht abschließend kontrollierbare Neuinterpretation einzelner Bestandteile der Urkalkulation. Nur eine solche – sicherlich strenge – Auslegung der Norm ist zudem im Kern mit der – wie dargelegt – vorrangigen und auch in § 650c Abs. 2 BGB gültigen („vereinbarungsgemäß“) gesetzlichen Wertung nach § 311 BGB (vgl. Rdnr. [353] f.) vereinbar: Preise oder Preisbestandteile, die sich nicht aus der Urkalkulation selbst, sondern nur durch ihre nachträgliche Aufschlüsselung – und damit letztlich: ihre nachträgliche, einseitige Interpretation – ergeben, sind vom Parteiwillen auch für eine etwaige Nachtragspreisbildung nicht umfasst.³⁴²

ee) Reichweite der Richtigkeitsvermutung

[364] Zur Reichweite der Richtigkeitsvermutung wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten, dass sie sich nur auf die Preise der Urkalkulation, nicht aber auf die Mengenermittlung – und damit wohl auch nicht auf die der Urkalkulation zugrunde liegenden Aufwandswerte – beziehen soll.³⁴³ Eine solche Beschränkung kann dem Wortlaut des Gesetzes jedoch nicht entnommen werden. Sie ist auch in der Sache nicht erforderlich, weil dem Besteller bei fehlerhaften Ansätzen der Urkalkulation zu den Aufwandswerten der Beweis eines abweichenden tatsächlichen Aufwands offen bleibt. Der Gesetzgeber hat daher offensichtlich eine vollständige Übernahme aller Ansätze der Urkalkulation – Kosten wie Aufwandswerte – zulassen wollen und die Vorrangigkeit der tatsächlichen Kosten einem vom Besteller anzutretenden Gegenbeweis zugeordnet. Richtigerweise sind daher alle Kalkulationsansätze zu übernehmen, seien es nun Preise, Kostenansätze, Aufwandswerte oder sonstigen Randbedingungen, wie z.B. Ansätze zu den zeitlichen Umständen der Ausführung.³⁴⁴

ff) Rechtsfolgen der Richtigkeitsvermutung

[365] Die Richtigkeitsvermutung hat die Rechtsfolgen nach § 292 ZPO: „der Beweis des Gegenteils“ ist also „zulässig“. Gelingt der Beweis, so bleibt dem Unternehmer nur die Abrechnung nach Abs. 1.³⁴⁵ Damit handelt es sich der Sache nach um eine Beweiserleichterung zugunsten des Unternehmers, eine Regelung also, mit der die an sich bestehende Beweislast für den Anspruch auf Anpassung der Vergütung zugunsten des Unternehmers modifiziert wird.

(1) Wirkungsweise und Bezugspunkt der Richtigkeitsvermutung

[366] Die Vorgehensweise zur Herstellung der Vermutungswirkung ist in § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB dahin geregelt, dass „zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurück[gegriffen]“ werden darf. Der Rückgriff muss dabei wie wir gesehen haben auch für alle einzelnen Kostenpositionen einzeln erfolgen (vgl. Rdnr. [356]). Die Rechtsfolge der Richtigkeitsvermutung besteht dann nach dem Wortlaut von § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB aber nicht etwa in einer Vermutung der Richtigkeit der dergestalt hergeleiteten, einzelnen Kostenpositionen. Vielmehr bezieht sich die Rechtsfolge nach dem Wortlaut von Abs. 2 Satz 2 auf das Ergebnis der Berechnung, indem dort vermutet wird, dass „die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung“, also das Ergebnis der Fortschreibung, „der Vergütung nach Abs. 1 entspricht“. Das Gesetz scheint also einen Ausgleich zwischen verschiedenen Kostenansätzen zuzulassen, wonach höhere Kosten bei einer Position durch niedrigere bei einer anderen die Vermutungswirkung nicht in Frage stellen, soweit nur beide Positionen eine korrekte Fortschreibung aus der Urkalkulation enthalten.

[367] In der obergerichtlichen Rechtsprechung und in Teilen der Literatur wird vor diesem Hintergrund und unter Bezugnahme auf die in Abs. 2 Satz 1 geregelte Anknüpfung der Berechnungsmethode nach Abs. 2 an die Berechnung einzelner Kostenansätze, also durch (Einzel-)Rückgriff auf Ansätze der Urkalkulation (vgl. Rdnr. [360]) eine teleologische Korrektur des Wortlauts von Abs. 2 Satz 2 vertreten. Danach soll sich die Richtigkeitsvermutung insgesamt nur auf die jeweilige Richtigkeit einzelner Kostenpositionen beziehen, die jeweils nach S. 1 korrekt hergeleitet sind.³⁴⁶ Diese Sichtweise kann sich auf die Gesetzesbegründung stützen; denn dort wird die Wirkungsweise der Richtigkeitsvermutung ebenfalls in Richtung einer Vermutung dahin formuliert, dass die einzelnen Preis- und Kostenansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung:³⁴⁷

„Ergänzend greift eine widerlegliche Vermutung, dass die in dieser Urkalkulation enthaltenen beziehungsweise fortgeschriebenen Preis- und Kostenansätze den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und hinsichtlich der Zuschläge weiterhin angemessen sind.“

Nimmt man hinzu, dass der Wortlaut des Gesetzes auch so verstanden werden kann, dass die Vermutung immer auch für die Gesamtvergütung streiten muss, weil Voraussetzung ihres Eingreifens ohnehin die korrekte Ableitung aller einzelnen Kostenpositionen ist (vgl. Rdnr. [360]), dann erscheint diese Auffassung überzeugend.

(2) Nachweisführung unter Berücksichtigung der Richtigkeitsvermutung

[368] Streitig ist vor dem Hintergrund des dargestellten Meinungsstreits in der Literatur entsprechend auch, ob sich die Nachweisführung des Bestellers auf die Unrichtigkeit des gesamten Vergütungsanspruchs beziehen muss oder der Nachweis einzelner falscher Ansätze ausreichend ist.³⁴⁸ Nach der zutreffenden Auffassung des KG (vgl. Rdnr. [367]) ist dies bereits deshalb der Fall, weil sich die Richtigkeitsvermutung auf die einzelnen Kostenansätze der Nachtragsberechnung bezieht, soweit sie jeweils korrekt fortgeschrieben sind. Weicht auch nur einer der Kostenansätze von den tatsächlichen Kosten ab, so steht die Richtigkeitsvermutung insgesamt in Frage. Allerdings wird die Bedeutung des Streits dadurch relativiert, dass auch die am Wortlaut des Gesetzes orientierte Forderung nach einem Nachweis der Unrichtigkeit des gesamten Vergütungsanspruchs auf die Grundsätze der sekundären Beweislast zurückgreift. Damit muss der Unternehmer im Fall des Nachweises einzelner fehlerhafter Ansätze zur Kompensation etwa fehlerhafter Ansätze vortragen.³⁴⁹

[369] Umgekehrt wird auch mit der (auch hier vertretenen) Gegenauffassung, wonach die Widerlegung einzelner Ansätze ausreichend ist, anzuerkennen sein, dass dem Unternehmer in diesem Fall noch der Nachweis offenbleiben muss, dass der etwaige Fehler in der Gesamtberechnung durch anderweitige ebenfalls zu korrigierende Ansätze ausgeglichen wird;³⁵⁰ daran ist kaum zu zweifeln, weil sonst die Berechnungsmöglichkeit nach Abs. 2 vom Besteller allzu leicht „ausgehebelt“ werden könnte und das Wahlrecht des Unternehmers damit weitgehend wertlos wäre.³⁵¹ Einer entsprechend korrigierten Berechnung wird man daher kaum absprechen können, dass sie – wie der Wortlaut von § 650c Abs. 2 BGB es verlangt – „auf Basis“ der Urkalkulation erfolgt ist.

c) Vorläufig pauschalierte Abschlagszahlung

aa) Zweck der Regelung

[370] § 650c Abs. 3 BGB soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers das unternehmerische Vorleistungsrisiko für den Fall ausgleichen, dass sich Besteller und Unternehmer nicht über die Nachtragsvergütungshöhe infolge einer Änderungsanordnung einigen können. Der Unternehmer ist insofern nicht mehr auf eine Klärung im Zuge der Schlussrechnung angewiesen, sondern kann nach § 650c Abs. 3 BGB eine vorläufig pauschalierte Abschlagszahlung i.H.v. 80 % der in dem Nachtragsangebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB genannten Mehrvergütung verlangen.

[371] Das Ziel der Regelung für diesen neu geschaffenen, „leicht zu begründenden vorläufigen Mehrvergütungsanspruch[...]“³⁵² besteht nach den zugehörigen Erwägungen in der Gesetzesbegründung darin, projektverzögernde Liquiditätskonflikte während der Bauphase zu vermeiden, während die tatsächlich geschuldete Nachtragsvergütung in voller Höhe erst nach Abnahme des Werks fällig wird. Das Risiko einer die Nachtragsvergütung nach § 650c Abs. 1 bzw. 2 BGB übersteigenden Abschlagszahlung trägt der Unternehmer nur insofern, als er gesetzlich nach § 650c Abs. 3 Satz 3 und 4 BGB zur Rückgewähr des zusätzlich noch verschuldensunabhängig zu verzinsenden Mehrbetrags verpflichtet ist. Das Vorleistungsrisiko, also das Risiko, dass der Rückgewähranspruch zu dem – ggf. sehr späten – Zeitpunkt der Schlussrechnung noch durchsetzbar ist, trägt allerdings der Besteller. Zu den im Hinblick darauf bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelung wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (vgl. Rdnr. [254] ff.).

bb) Wahlrecht des Unternehmers

[372] Es handelt sich – wie sich aus dem Wortlaut ergibt („kann“ und „Wählt der Unternehmer [...]“) – um ein Wahlrecht des Unternehmers. Der Unternehmer ist also uneingeschränkt berechtigt, statt der Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3 BGB solche nach § 632a BGB i.V.m. § 650c Abs. 1 oder Abs. 2 BGB (also in voller Höhe) zu verlangen.³⁵³ Nach zutreffender Auffassung in der Literatur kann das Wahlrecht zudem nur zugunsten des in der Einigungsphase nach § 650b Abs. 1 BGB jeweils niedrigsten Angebots ausgeübt werden.³⁵⁴

cc) Anwendbarkeit nur bei Streit der Höhe nach

[373] Anwendbar ist die Regelung zudem nur bei Streit über die Höhe der Änderungsvergütung; denn liegt dem Grunde nach eine Änderung des Vertrags gar nicht vor, hat die Anordnung lediglich deklaratorischen Charakter und stellt eine Aufforderung zur Erbringung der Vertragsleistung dar.³⁵⁵ Dann liegt jedoch auch kein Anwendungsfall von § 650c BGB vor.³⁵⁶ Der Wortlaut der Regelung kann anders nicht verstanden werden, weil er die Befugnis zum Ansatz der Höhe nach nur für die „gem. § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen“ gewährt und

den Anspruch an ein „Angebot nach § 650b Abs. 1 Satz 2“, also an einen Fall, in dem ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach § 650c BGB besteht.³⁵⁷ Ist das nicht der Fall, sind Zahlungen nicht nach §§ 632a, 650c BGB, sondern vielmehr nach §§ 631, 632a BGB geschuldet.

dd) Höhe des Anspruchs

[374] Die Höhe des Anspruchs nach § 650c Abs. 3 BGB wird ausschließlich durch das im Zuge des gesetzlich geregelten Einigungsbemühens vom Unternehmer vorgelegte Angebot bemessen. Dieses Angebot selbst unterliegt innerhalb der Grenzen des für seine Beachtlichkeit analog § 162 BGB heranzuziehenden § 138 BGB (vgl. Rdnr. [255]) dagegen keinen weitergehenden inhaltlichen Bindungen; denn die Regelung in § 650b Abs. 1 BGB ist noch vollständig durch das Konsensprinzip bestimmt, wie sich zwingend aus der Systematik des § 650b BGB und auch aus der Tatsache ergibt, dass eine normative Festlegung zur Höhe der Vergütung in § 650c BGB erst bei Scheitern der Einigung vorsieht.³⁵⁸

[375] Zu denken wäre allenfalls an eine inhaltliche Bindung dergestalt, dass die Grenzen nach § 138 BGB dadurch abgesenkt werden, dass sich aus dem § 650b Abs. 1 BGB zugrunde liegenden, bauvertraglichen Kooperationsgebot (vgl. Rdnr. [64]) weitergehende Verpflichtungen ergeben, deren Verletzung in entsprechender Anwendung von § 162 BGB dazu führen könnten, dass überhöhte Angebote treuwidrig und daher unbeachtlich sind. Indessen ergibt sich aus dem Kooperationsgebot kein Verbot, im Zuge von Verhandlungen über die Änderung zunächst (innerhalb der gesetzlichen Grenzen nach § 138 BGB) die eigenen Interessen in den Vordergrund zu stellen. Eine verlässliche anderweitige „Grenze“ für die zulässige Höhe von Angeboten lässt sich daher auch daraus nicht ermitteln.

ee) Anders lautende gerichtliche Entscheidung

[376] Als weitere, negative Voraussetzung ist in § 650c Abs. 3 BGB vorgesehen, dass der Anspruch nur besteht, soweit „keine anderslautende gerichtliche Entscheidung [ergeht]“. Gemeint ist hier eine Entscheidung im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB, wie sie auch in der Gesetzesbegründung als Alternative zur Abwehr überhöhter Forderungen angesprochen wird.³⁵⁹ Die Formulierung ist allerdings nicht ganz eindeutig, weil sie ihrerseits nicht klarstellt, welcher Maßstab für die gerichtliche Entscheidung gültig sein soll. Denkbar wäre es daher grundsätzlich auch, dass das angegangene Gericht darauf beschränkt ist zu prüfen, ob der Forderung nach § 650c Abs. 3 BGB überhaupt ein nach §§ 162, 138 BGB rechtlich beachtliches Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB zugrunde liegt.

[377] Allerdings kommt richtigerweise – wenn man die Regelung überhaupt für verfassungskonform hält (vgl. dazu Rdnr. [254] ff.) – als Maßstab nur eine nach § 650c Abs. 1 oder Abs. 2 BGB zutreffend berechnete Vergütung in Betracht.³⁶⁰ Mehr als ein nur vorläufiges und auch nur bis zu einer gerichtlichen Entscheidung im Verfahren auf

Erlass einer einstweiligen Verfügung bestehendes Bestimmungsrecht des Unternehmers³⁶¹ ist im Hinblick auf den materiellen Vorrang der Berechnung nach § 650c Abs. 1 BGB nicht vertretbar.³⁶²

[378] Das führt allerdings zu der Folgefrage, wie sich im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eigentlich die Darlegungs- und Beweislast für den Verfügungsanspruch darstellt. Steht dem Unternehmer entsprechend vorstehenden Ausführungen nur ein vorläufiges Bestimmungsrecht zu, das ein angegangenes Gericht nicht bindet, dann muss bei einem auf die negative Feststellung gerichteten Antrag des Bestellers, dass der Unternehmer einen geringeren als den geltend gemachten Betrag für eine Änderung verlangen kann, jeweils der Unternehmer darlegen und beweisen, dass ihm ein Vergütungsanspruch mindestens in der geltend gemachten Höhe zusteht. Der Besteller muss dagegen mit seinem Antrag lediglich die in dem zugrunde liegenden Angebot des Unternehmers verlangte Höhe – als nicht nach § 650c Abs. 1 BGB geschuldet bzw. nicht zutreffend danach berechnet – bestreiten.

[379] Für eine auch nur abgestufte Darlegungs- und Beweislast, wie sie in der Literatur teilweise vertreten wird,³⁶³ ist demgegenüber kein Raum, ebenso wenig für eine etwaige Vermutung zugunsten des Unternehmers, dass ihm der Anspruch i.H.v. 80 % zusteht.³⁶⁴ Für eine solche Auslegung spricht insbesondere, dass eine solche Vermutung – anders als etwa im Fall nach § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB für den Fall einer Berechnung auf Basis der Urkalkulation – gesetzlich nicht vorgesehen ist.³⁶⁵ Ist deshalb das angegangene Gericht an die Bestimmung des Anspruchs durch das Angebot des Unternehmers nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gebunden, gelten ohne eine abweichende Regelung zur Beweislast wieder die allgemeinen Grundsätze und hat im gerichtlichen Verfahren der Unternehmer die Höhe seines Anspruchs darzulegen und zu beweisen. Ein solches Vorgehen ist auch mit Blick auf die dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. dazu Rdnr. [254] ff.) geboten.

3. Gesetzliches Leitbild

a) Struktur und systematische Einordnung der gesetzlichen Regelung

[380] Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei § 650c BGB um einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch des Unternehmers, der sich in seinen wesentlichen Inhalten aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen ergibt. Er regelt die erforderliche Kompensation des Unternehmers bei einer Bindung seiner betrieblichen Kapazitäten durch einseitige Anordnung. Diese Bindung stellt einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Konsensprinzip gem. Art. 12 GG dar, nämlich in die sog. negative Vertragsfreiheit. Nach diesem Grundsatz wäre für die Bindung eigentlich eine Zustimmung des Unternehmers erforderlich. Als im Sinne der praktischen Konkordanz der betroffenen Grundrechtspositionen erforderliche Ausgleich für die fehlende Zustimmung musste der Gesetzgeber eine angemessene Bezahlung vorsehen, die sich mangels Einigung der Parteien der Höhe nach aus verfassungsrechtlichen Gründen an den Ertrags- und Gewinnmöglichkeiten des Unternehmers zu orientieren hat. Diese Regelung enthält § 650c Abs. 1. BGB. Soweit diese Abwägung grundrechtlich geschützte Belange betrifft, ist sie auch für die AGB-rechtliche Interessenbewertung – im Sinne eines wesentlichen Grundgedankens nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – zu beachten.³⁶⁶

[381] Inhaltlich erfolgt die Preisermittlung nach § 650c Abs. 1 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers anhand objektiver Feststellungen zu tatsächlich erforderlichen Kosten bzw. angemessenen Zuschlägen und damit insbesondere unabhängig von der Preisbildung für die Vertragspreise. Hintergrund ist die im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen praktischen Konkordanz der Regelung zu beachtende Schutzbedürftigkeit beider Vertragsparteien. Auf Seiten des Bestellers soll insbesondere dem Risiko spekulativer Preisbildung mit Blick auf vom Unternehmer bereits vorhergesehene Änderungen begegnet werden (vgl. Rdnr. [203], [215] f.). Demgegenüber soll der Unternehmer an Kalkulationsfehlern und dadurch unteretzten Preisen lediglich für die Bemessung des Anteils der Vertragsleistung innerhalb der Ermittlung der Änderungsvergütung festgehalten werden, nicht aber für die Änderungsleistung. Der Unternehmer trägt also – in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen – generell kein Preisrisiko für eine Leistung, die ihm ohne seine Zustimmung übertragen worden ist (vgl. Rdnr. [219]).

[382] Eine gewisse Funktion kommt dem Konsensprinzip noch im Rahmen der Hilfsregelung in § 650c Abs. 2 BGB zu. Der Gesetzgeber geht hier davon aus, dass sich der Kostenausgleich im Sinne einer Beweiserleichterung an einer beidseitig konsentierten – in der gesetzlichen Terminologie „einvernehmlich hinterlegten“ – Urkalkulation des Unternehmers orientieren kann. In der materiellen Bewertung vorrangig bleibt allerdings die nach Auffassung des Gesetzgebers den im Rahmen praktischer Konkordanz bestehenden Anforderungen an eine transparente Berechnung eher entsprechende Vorgehensweise nach Abs. 1. Die Verständigung auf Kalkulationsgrundlagen ist nach der gesetzlichen Bewertung eine vereinbarte Vereinfachung der Berechnung, die jedoch durch den Nachweis abweichender tatsächlicher Kosten bzw. angemessener Zuschläge – orientiert also an der vorrangigen Regelung nach Abs. 1 – widerlegt werden kann.

[383] § 650c Abs. 3 BGB enthält schließlich eine Zahlungsregelung nach der bei Streit über die Höhe der Vergütung die Festlegung durch einseitige Vorgabe des Unternehmers erfolgen kann. Der Grundgedanke des Gesetzgebers war offenbar, zur Kompensation der einseitigen Festlegung auf der Leistungsseite durch das Anordnungsrecht des Bestellers umgekehrt ein ebenso einseitiges Recht des Unternehmers auf Festlegung vorläufiger Zahlungen entgegenzusetzen. Die Festlegung erfolgt durch das Angebot des Unternehmers in der Verhandlungsphase und damit innerhalb der Grenzen der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB (arg e § 162 BGB – vgl. Rdnr. [255]) ohne eine darüber hinausgehende inhaltliche Bindung und kann somit auch – ggf. sogar erheblich – abweichend von der vom Gesetzgeber im Rahmen praktischer Konkordanz an sich für richtig gehaltenen Vergütung nach Abs. 1 erfolgen. Abweichende Regelungsmöglichkeiten zum Ausgleich des Vorleistungs- und Liquiditätsrisikos des Unternehmers hat der Gesetzgeber – unseres Erachtens zu Unrecht – nicht verfolgt; die Regelung unterliegt deshalb unseres Erachtens verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. Rdnr. [254] ff.).

b) Leitbildfunktion einzelner Regelungen

aa) Berechnung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 BGB

(1) Berechnung nach tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge

[384] Die Regelung zur Berechnung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB „nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen“ gehört vor dem dargestellten Hintergrund, nämlich der Schutzbedürftigkeit sowohl des Unternehmers als auch des Bestellers, insgesamt zu den wesentlichen Grundgedanken – zum sog. gesetzlichen Leitbild – der gesetzlichen Regelung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Für den Unternehmer ergibt sich das im Wesentlichen bereits aus den bestehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine ausreichende Kompensation der einseitigen Bindung seiner betrieblichen Kapazitäten, für den Besteller folgt es aus dem vom Gesetzgeber bezweckten Schutz des Bestellers vor intransparenter bzw. spekulativer Preisbildung (vgl. Rdnr. [203], [215]f.). Gesetzliches Leitbild für die Berechnung der Nachtragsvergütung ist es demzufolge, dass die für die „Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne“ nur „in ihrer ursprünglichen Höhe (d.h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden“ soll. Eine Bindung an das vertragliche Preisniveau durch den „sogenannten Vertragsniveaufaktor“ soll – im Interesse beider Parteien – ausdrücklich nicht bestehen (vgl. Rdnr. [217]).³⁶⁷

(2) Planungsverantwortung des Unternehmers

[385] Problematischer ist die AGB-rechtliche Einordnung des – hinsichtlich seines Regelungsgehalts schwer ergründbaren (vgl. Rdnr. [340] ff.) – § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Regelung so zu verstehen, dass es sich um eine Klarstellung dahin handelt, dass der Unternehmer, der eine vollständige Planung schuldet, keine Anpassung der Vergütung verlangen kann, soweit eine erforderliche Änderung eine von ihm selbst erstellte Leistungsbeschreibung betrifft und die Auslegung des Vertrags ergibt, dass er auch das Vergütungsrisiko für die Änderung tragen soll (vgl. Rdnr. [348]).

[386] Mit diesem Inhalt gehört sie ebenfalls schon deshalb zum gesetzlichen Leitbild, weil sie lediglich im Sinne des vertragsrechtlichen Äquivalenzprinzips klarstellt, dass der Unternehmer Leistungen, für die er mit der vertraglichen Vergütung wirksam das Vergütungsrisiko übernommen hat, (nur) für die vertragliche und ohne zusätzliche Vergütung ausführen muss. Das Äquivalenzprinzip selbst wird von der Rechtsprechung für

schuldrechtliche Verträge jedoch von jeher zu den wesentlichen Grundgedanken des geltenden bürgerlichen Rechts gezählt.³⁶⁸

[387] Zugleich ist § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB und § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB zu entnehmen, dass dem Unternehmer umgekehrt, soweit er für die Planung bzw. die Erstellung der Leistungsbeschreibung nicht verantwortlich war, ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung zusteht, soweit die vom Besteller zu verantwortende Planung durch Anordnung geändert wird (vgl. Rdnr. [44] f., [68] f., [340] ff.). Auch diese Bewertung betrifft das Äquivalenzprinzip (vgl. Rdnr. [82] ff.) und gehört damit zum gesetzlichen Leitbild.

bb) Rückgriff auf vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation

[388] § 650c Abs. 2 BGB enthält eine Regelung zur Beweiserleichterung, deren Änderung in AGB deshalb dem Anwendungsbereich von § 309 Nr. 12 BGB unterfällt,³⁶⁹ der gegenüber der Bewertung nach § 307 BGB vorrangig ist.³⁷⁰ Hinzu kommt im Wertungsgefüge der Norm allerdings noch die Tatsache, dass der Berechnung auf Basis der Urkalkulation als einer bloßen Beweiserleichterung innerhalb des § 650c BGB insgesamt nur eine nachrangige Funktion zukommt (vgl. Rdnr. [265], [352]). Sie dient nur dazu, die Berechnung der vom Gesetzgeber wertungsmäßig als für die Nachtragsvergütung eigentlich maßgeblich angesehene Ermittlung nach tatsächlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge zu vereinfachen und tritt deshalb folgerichtig bei Nachweis abweichender tatsächlicher Kosten oder angemessener Zuschläge zurück.

[389] Systematisch folgt aus der Regelung daher auch, dass es sich bei der Ermittlung auf Basis der Urkalkulation selbst dann, wenn sie vereinbarungsgemäß hinterlegt ist und abweichend von dem bis zum Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts maßgeblichen Verständnis („guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“) nicht um eine vom Gesetzgeber etwa als Grundlage einer echten Preisvereinbarung gebilligte Berechnungsart handelt. Vielmehr reicht die Preisbindung nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nicht über die Bindung für die Bewertung der Vertragspreise hinaus (vgl. Rdnr. [217]).

cc) Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3 BGB

[390] Nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. Rdnr. [254] ff.) bestehen gegen die Regelung verfassungsrechtliche Bedenken, die eine verfassungskonforme Auslegung erforderlich machen. Insbesondere aufgrund des Widerspruchs der Regelung zum gesetzlichen Leitbild für die Berechnung der Änderungsvergütung, nämlich die vom Gesetzgeber im Rahmen praktischer Konkordanz materiell für zutreffend gehaltene Bestimmung der Höhe der Änderungsvergütung nach § 650c Abs. 1 BGB, daran anknüpfender Risiken bei einem Vorgehen des Unternehmers nach § 650c Abs. 3 BGB für den Besteller (vgl. näher Rdnr. [254] ff.) und auch mit Blick auf die anderweitig bestehenden Schutzmöglichkeiten zugunsten des Unternehmers nach § 632a BGB und § 320 BGB ist unseres Erachtens nicht anzunehmen, dass es sich um einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung handeln kann. Vielmehr steht die Zweckmäßigkeitserwägung des Gesetzgebers im Vordergrund, dem Unternehmer zunächst – bis zu einer vorläufigen gerichtlichen Klärung nach § 650d BGB – eine einfache

Möglichkeit zur Stellung einer Abschlagsrechnung an die Hand zu geben. Die Beurteilung abweichender Klauseln hat deshalb nach § 307 Abs. 1 BGB zu erfolgen.

II. Vereinbarkeit einzelner Klauseln

1. Klauseln zu § 650c Abs. 1 BGB

a) Berechnungsmodell nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB

[391] Das Berechnungsmodell nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB gehört insgesamt zum gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. Rdnr. [384]). Das bedeutet, dass bei jeder Abweichung von dem Regelungsmodell eine Vermutung für die Unwirksamkeit spricht,³⁷¹ die im Rahmen der Unvereinbarkeitsprüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und der dort erforderlichen umfassenden Abwägung der Interessen beider Parteien³⁷² widerlegt werden müsste. In der Regel ist das nur bei geringfügigen Abweichungen oder solchen AGB möglich, die dem gesetzlich vorgegebenen Schutzbedürfnis des Verwendungsgegners in anderer und gleichwertiger Art und Weise Rechnung tragen.³⁷³

aa) Änderung des Berechnungsmodells insgesamt; Fortschreibung des Vertragspreisniveaus

[392] Das AGB-Recht schließt es nach dem dargestellten Leitbild (vgl. Rdnr. [384]) aus, dass sich ein Klauselverwender mit seinen AGB durch Bezugnahme auf die ursprüngliche Preisabrede ungerechtfertigte Preisvorteile verschafft. Soll durch eine Preisanpassungsklausel daher das ursprüngliche Vertragspreisniveau ganz oder zum Teil fortgeschrieben oder sonst zur Grundlage der Preisbildung für die Preise der Änderung gemacht werden, stellt das eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Zulässig ist die Bindung an die Preisbildungsgrundlagen der Vertragspreise nach dem gesetzlichen Leitbild nur in dem in § 650c Abs. 2 BGB geregelten Umfang, also unter den dort geregelten Voraussetzungen, wonach mit der Vereinbarung zur Hinterlegung die Bindung auf eine vertragliche Vereinbarung rückführbar ist und der Nachweis offen bleiben muss, dass die Berechnung nach tatsächlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge zu einem abweichenden Ergebnis (also einer höheren oder niedrigeren Änderungsvergütung) führt.³⁷⁴

[393] In der Literatur wird vertreten, dass eine Klausel des Unternehmers, die eine Bindung nur hinsichtlich eines ursprünglich im Vertrag generell höheren Preisniveaus vorsieht, AGB-rechtlich zulässig sein soll, weil es nicht unangemessen sei, dass ein Besteller, der sich bei Vertragsschluss auf ein erhöhtes Preisniveau eingelassen habe, daran festgehalten werde; jede andere Lösung stelle in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung einen nicht vertretbaren Wertungswiderspruch zu § 138 BGB dar.³⁷⁵ Dem ist nur in dem Umfang zuzustimmen, in dem es sich – im Sinne der mit diesem Beitrag vertretenen Auffassung – bereits aus einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Anwendung von § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt. Soweit der Unternehmer

nämlich nachweisen kann, dass er in seinem Betrieb generell höhere als marktübliche Preise erzielt und deshalb auch im Ausgangsvertrag vereinbart hat, sind die dadurch nachgewiesenen Preisgrundlagen die nach § 650c BGB maßgeblichen tatsächlichen Kosten bzw. angemessenen Zuschläge (vgl. Rdnr. [228] ff., [272] ff., [327] ff.). Entsprechende Klauseln würden daher auch nicht vom gesetzlichen Leitbild abweichen, soweit sie lediglich eine Festschreibung von Ansätzen für Kosten oder Zuschläge enthalten, die im Betrieb des Unternehmers üblicherweise erzielt werden.

bb) Erstreckung vertraglicher Preisgleitklauseln auf die Änderungsvergütung

[394] Die vorstehenden Überlegungen zur AGB-rechtlichen Unzulässigkeit von Klauseln zur Bindung an die vertraglichen Preisvereinbarungen bei Nachträgen (vgl. Rdnr. [392] ff.) haben über den engeren Bereich von Klauseln zur Nachtragsvergütung bei angeordneten Änderungen auch Bedeutung für Preisgleitklauseln, sofern diese nach ihrem Inhalt auch für die Preisbildung bei Nachträgen gelten sollen. So ist es etwa bei Gleitklauseln in der Regel so, dass dort für den Erhöhungsfaktor auf bestimmte Preisindizes oder andere, abstrakt beschriebene Bemessungsfaktoren für die Teuerung bestimmter Kostenpositionen abgestellt wird. Soweit eine solche Gleitklausel in AGB auch bei der Nachtragspreisbildung für verbindlich erklärt wird, kann das dazu führen, dass für vom Unternehmer nachgewiesene Preiserhöhungen, die über diejenigen nach dem jeweils in Bezug genommenen Index hinausgehen, kein Anspruch auf zusätzliche Vergütung besteht. Eine solche Regelung würde jedoch vom gesetzlichen Leitbild nach § 650c Abs. 1 BGB abweichen und wäre deshalb im Rahmen der erforderlichen Unvereinbarkeitsprüfung (vgl. Rdnr. [391]) allenfalls dann haltbar, wenn es sich um geringfügige Abweichungen handeln würde oder die Interessen des Unternehmers auf andere Art und Weise gewahrt würden, etwa dergestalt, dass dem Unternehmer der Nachweis höherer tatsächlicher Kosten erhalten bleibt.

cc) Erstreckung von Nachlässen auf die Änderungsvergütung

[395] Entsprechendes gilt für die in der Baupraxis verbreiteten Klauseln, nach denen ein vertraglich im Rahmen der Preisverhandlungen gewährter und im Vertrag ausgewiesener Nachlass auch auf eine aufgrund einer späteren Änderungsanordnung anfallende künftige Nachtragsvergütung Anwendung finden soll. Eine solche ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und Abs. 2 Nr. 1 BGB aufgrund der damit verbundenen Abweichung vom gesetzlichen Leitbild nach § 650c Abs. 1 BGB unwirksam. Das häufig anzutreffende Argument, dass die Preisreduzierung – wäre die nachträgliche Änderungsanordnung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Parteien bereits bekannt gewesen – vermutlich ebenso auf die Änderung gegeben worden wäre, verfängt nicht; denn dem Unternehmer würde durch die Festsetzung eines generellen Nachlasses ggf. eine unbegrenzte Verlustfortschreibung aufgezwungen.³⁷⁶

dd) Abweichung von tatsächlichen Kosten; feste Zuschlagssätze

[396] Um dem gesetzlichen Leitbild des § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB zu genügen (vgl. Rdnr. [384]), müssen AGB-Klauseln ganz generell für sämtliche Kosten, die dem Unternehmer durch die Änderungsanordnung

tatsächlich entstanden sind, sicherstellen, dass sie in die Nachtragsvergütung eingerechnet werden dürfen.³⁷⁷ Ist das nicht der Fall und kann die Regelung zu mehr als nur unwesentlichen Abweichungen vom Ergebnis einer Berechnung nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB führen, ist die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

[397] Dasselbe gilt für Klauseln, mit denen der Verwender für die Berechnung der Änderungsvergütung feste Zuschlagssätze vorgibt, die den Anspruch des Unternehmers auf Nachweis davon abweichender angemessener Zuschläge nach § 650c Abs. 1 BGB beschränken. Ausnahmen sind nach den für die Unvereinbarkeitsprüfung geltenden Grundsätzen (vgl. Rdnr. [391]) allenfalls in Fällen von Geringfügigkeit denkbar.

ee) Klauseln zum Ausschluss oder zur höhenmäßigen Begrenzung der Änderungsvergütung

[398] Ganz allgemein gilt weiter, dass Klauseln, die bei Vorliegen von Änderungen zu einem Ausschluss, einer Kürzung oder einer generellen höhenmäßigen Begrenzung der Änderungsvergütung führen, dem gesetzlichen Leitbild nach § 650c Abs. 1 BGB widersprechen und deshalb nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind. Diese Begründung tritt neben die außerdem auch noch gegebene Verletzung des Prinzips der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, das von der Rechtsprechung für schuldrechtliche Verträge seit jeher zu den wesentlichen Grundgedanken des geltenden bürgerlichen Rechts gezählt wird.³⁷⁸

[399] Auch im Fall von angeordneten notwendigen Änderungen, die nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und § 650b Abs. 2 i.V.m. § 650c Abs. 1 BGB zu einem Anspruch auf Anpassung der Vergütung führen, kann dieser Anspruch weder ausgeschlossen noch beschränkt werden, und zwar trotz der Tatsache, dass die Herbeiführung des Werkerfolgs und damit auch aller dafür notwendigen Leistungen vom Unternehmer als Leistungsinhalt geschuldet ist; denn aus der gesetzlichen Regelungssystematik ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH, wonach notwendige Leistungen, die von einer vertraglichen Leistungsbeschreibung abweichen, nicht immer durch die Vertragspreise abgegolten sind, gebilligt und deshalb zum Gegenstand einer Änderungsvergütung nach § 650c Abs. 1 BGB gemacht hat (vgl. Rz [82] f.).

b) Klauseln zu Planungsfehlern, Prüfklauseln

[400] § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB ist nach dem hier vertretenen Verständnis als Klarstellung zum Äquivalenzprinzip zu verstehen und gehört insofern ebenfalls zum gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. Rdnr. [385] ff.). Während AGB, die dies nur klarstellen, einer Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB standhalten, sind Klauseln, mit denen die vertragliche Risikoverteilung für Fehler der Planung entweder auf der Leistungsseite oder auch nur auf der Vergütungsseite geändert wird, nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam; erstere aufgrund eines Eingriffs in das gesetzliche Leitbild nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB (vgl. Rdnr. [118] ff.), letztere aufgrund der Abweichung vom Leitbild nach § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. Rdnr. [385] ff.). Das bedeutet insbesondere, dass Klauseln, die bei einer vom jeweiligen Verwender – sei es der Besteller oder der Unternehmer – zu verantwortenden Planung den Anspruch auf Anpassung der Vergütung ausschließen oder beschränken, nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind.

[401] Dies gilt auch für Prüfklauseln, mit denen vorgegeben wird, dass bei Mängeln einer als Vergütungsgrundlage vereinbarten Planung, die der Unternehmer bei einer pflichtgemäßen Prüfung hätte erkennen können, kein Anspruch auf Anpassung der Vergütung besteht. Denn Fehler des Unternehmers bei der Prüfung können nach der gesetzlichen Regelung allenfalls einen Schadensersatzanspruch wegen Verschulden bei Vertragsschluss begründen (§ 311 Abs. 2 BGB i.V.m. § 280 BGB). Ein solcher Anspruch führt jedoch nicht dazu, dass der Unternehmer auch die sogenannten „Sowiesokosten“ zu tragen hätte, also die Mehrkosten, die auch bei einem Hinweis des Unternehmers auf einen bestehenden Planungsfehler vor Vertragsschluss – also bei pflichtgemäßem Verhalten – entstanden wären (vgl. Rdnr. [346]).

[402] Deshalb wird mit solchen Prüfklauseln der gesetzliche Anspruch in Richtung einer rechtlich nur durch Vereinbarung der vollen Planungsverpflichtung des Unternehmers für die gesamte Planung denkbaren Übernahme des Vergütungsrisikos für Planungsfehler und somit garantieähnlich ausgeweitet. Dies und die damit verbundene Abweichung vom Leitbild nach § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB, der dies nur bei einer vertraglichen Verantwortung des Unternehmers gerade auch für die Erstellung der Leistungsbeschreibung und einer in diesem Zusammenhang vereinbarten Risikoübernahme für ihre Vollständigkeit vorsieht (vgl. Rdnr. [340] ff.), führt zur Unwirksamkeit solcher Klauseln.

2. Klauseln zu § 650c Abs. 2 BGB

a) Klauseln zur Hinterlegung

[403] Nach § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB kann der Unternehmer zur Berechnung der Nachtragsvergütung auf die Ansätze einer hinterlegten Urkalkulation nur dann zurückgreifen, wenn die Hinterlegung „vereinbarungsgemäß“ erfolgt ist. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass sich der Besteller ganz generell nicht auf eine Hinterlegungsvereinbarung einlassen muss und zwar auch nicht unter Rückgriff auf § 242 BGB (vgl. Rdnr. [353] f.). Eine einfache Abwehrklausel des Bestellers, wonach keine entsprechende Hinterlegung vereinbart wird, weicht deshalb nicht vom gesetzlichen Leitbild ab, auch wenn dadurch die Vergütungsberechnung nach § 650c Abs. 2 BGB wirksam „ausgeschlossen“ (im Sinne von nicht vereinbart) wird. Der Besteller kann auf diesem Weg also auch einseitig durch Vertragsbedingung festlegen, ob die Preisfortschreibung nach Maßgabe von § 650c Abs. 2 BGB als Abrechnungsalternative infrage kommt; er macht damit nur von seinem aufgrund des Vereinbarungserfordernisses nach § 650c Abs. 2 Satz 1 BGB bestehenden Ablehnungsrecht Gebrauch.³⁷⁹

[404] Zu beachten ist bei solchen Klauseln allerdings, dass davon abweichende tatsächliche Absprachen der Parteien zu einer Hinterlegung der Urkalkulation des Unternehmers nach § 305b BGB Vorrang haben. Dasselbe ergibt sich für den Fall, dass tatsächlich eine Hinterlegungsvereinbarung vorliegt, auch daraus, dass dann die Beweisvermutung eingeschränkt wird, was gegen das Klauselverbot nach § 309 Nr. 12 BGB verstößt (vgl. Rdnr. [405]). „Abwehrklauseln“ gegen das Vorliegen einer Hinterlegungsklausel sind daher eigentlich nur als klarstellende Klauseln in dem Sinn möglich, dass sie bei Fehlen einer Hinterlegungsvereinbarung auf die gesetzliche Rechtsfolge hinweisen. Sie sind damit im Kern leerlaufend: entweder liegt eine

Hinterlegungsvereinbarung nicht vor, dann ist § 650c Abs. 2 nicht anwendbar, oder sie wurde getroffen, dann tritt die Klausel nach § 305b BGB zurück oder ist nach § 309 Nr. 12 BGB unwirksam.

b) Abbedingung oder Einschränkung von § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB

[405] Demgegenüber führt ein ersatzloses Abbedingen des § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB trotz bestehender Hinterlegungsvereinbarung zur Unwirksamkeit der Vertragsbedingung nach § 309 Nr. 12 BGB, weil dadurch in eine Beweiserleichterung zugunsten des Unternehmers eingegriffen wird.³⁸⁰ Dasselbe gilt für sonstige Einschränkungen des Wahlrechts des Unternehmers für eine Berechnung nach § 650c Abs. 2 BGB. Unerheblich ist im Hinblick auf die Vorgabe nach § 309 Nr. 12 BGB, dass der Gesetzgeber das Wahlrecht nur mit der Erwägung begründet hat, dass die Berechnung nach Abs. 1 innerhalb des gesetzlichen Leitbilds Vorrang hat (vgl. Rdnr. [352]) und eine praktikable Abrechnungsmethode zur Verfügung gestellt werden sollte;³⁸¹ denn es handelt sich bei § 309 Nr. 12 BGB um ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit.

c) Verschärfung der Beweisvermutung nach § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB

[406] Unwirksam ist es in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowohl des Bestellers als auch des Unternehmers als Verwender weiter auch, die Beweisvermutung zu verschärfen, etwa dahin, dass die Berechnung auf Grundlage der Urkalkulation als abschließend verbindlich vorgegeben wird; denn eine solche Regelung würde dem als gesetzliches Leitbild des § 650c BGB insgesamt anzusehenden Vorrang einer Berechnung nach tatsächlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge widersprechen (vgl. Rdnr. [384], [388] f.).

d) Wahlrecht zugunsten des Bestellers

[407] Unwirksam sind damit auch Klauseln, mit denen § 650c Abs. 2 BGB zugunsten des Bestellers als Berechnungsmethode festgelegt wird. Sinn machen solche Klauseln nur, soweit sie den Abs. 2 zur zwingenden Abrechnungsmethode machen. Das weicht vom gesetzlichen Leitbild nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ab (vgl. Rdnr. [384], [388] f.) und ist deshalb unwirksam (vgl. Rdnr. [406]).

[408] Bleibt demgegenüber bei einem in AGB vorgesehenen Wahlrecht des Bestellers für die Abrechnung nach § 650c Abs. 2 BGB der Gegenbeweis offen, dann ist die Regelung im Ergebnis leerlaufend; denn entweder wählt der Unternehmer ohnehin auch selbst eine Abrechnung nach Abs. 2, dann geht die Klausel ins Leere oder er geht nach Abs. 1 vor, dann hat diese Berechnung – soweit sie zutreffend erstellt ist – Vorrang und bleibt die Klausel wiederum ohne Auswirkung.³⁸²

e) Kalkulationsaufschlüsselung

[409] Da § 650c Abs. 2 BGB keine konkreten Anforderungen an die Aufschlüsselung der hinterlegten Urkalkulation enthält (vgl. Rdnr. [359] ff.) und der Besteller die kalkulatorische Preisfortschreibung durch eine abwehrende AGB-Klausel auch ganz ausschließen könnte (vgl. Rdnr. [403]), scheint es auf den ersten Blick, als müsse es als Minus demgegenüber AGB-konform sein, strengere Aufschlüsselungsvorgaben festzulegen, zumal detaillierte Kalkulationsvorgaben der Vermeidung spekulativer Kostenverschiebungen dienen und damit den gesetzgeberischen Zielvorstellungen bei Einführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts entsprechen.

[410] Dagegen wird in der Literatur eingewandt, dass überspannte Anforderungen an die Urkalkulation das unternehmerische Wahlrecht leerlaufen lassen und deshalb mit dem gesetzlichen Leitbild nicht vereinbar seien.³⁸³ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, allerdings ergibt es sich bereits daraus, dass auf entsprechende Verschärfungen § 309 Nr. 12 BGB anzuwenden ist. Der erforderliche Umfang der Aufgliederung nach § 650c Abs. 2 BGB muss vom Rechtsanwender durch Auslegung ermittelt werden. Der so ermittelte Umfang fällt dann aber unter den Schutzbereich des Klauselverbots ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 Nr. 12 BGB, was es ausschließt, zu Lasten des Unternehmers höhere Anforderungen an den Nachweis zu stellen, wie es bei höheren Anforderungen auch nur an die Aufschlüsselung jedoch der Fall wäre.³⁸⁴

3. Klauseln zu § 650c Abs. 3 BGB

[411] Abweichungen von der Regelung sind auf der Grundlage einer erforderlichen verfassungskonformen Auslegung der Regelung (vgl. Rdnr. [376] ff.) an § 307 Abs. 1 BGB zu messen. Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine umfassende Gewichtung und Abwägung der beiderseitigen Interessen³⁸⁵ voraus, wobei die gesetzliche Regelung als Orientierung dient.³⁸⁶ Das Interesse des Bestellers, keine der materiell-rechtlich maßgeblichen Bewertung nach § 650c Abs. 1 BGB übersteigenden ungesicherten Vorauszahlungen leisten zu müssen, ist allerdings schützenswert und deshalb in der vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen.

a) Abbedingen von § 650c Abs. 3 BGB

[412] Ein vollständiges Abbedingen von § 650c Abs. 3 BGB ist – soweit man sie trotz bestehender verfassungsrechtlicher Bedenken (vgl. Rdnr. [254] ff.) für verfassungsgemäß hält – AGB-rechtlich nicht zulässig; denn auch im Rahmen der Beurteilung nach § 307 Abs. 1 BGB käme der gesetzlichen Regelung (in ihrer verfassungskonformen Auslegung) dann – wie gesagt – eine Orientierungsfunktion zu.³⁸⁷ Eine Regelung, mit der § 650c Abs. 3 BGB einfach abbedungen wird, wäre daher aufgrund der anderweitig bestehenden Schutzmöglichkeiten des Bestellers in Form gerichtlichen Rechtsschutzes nach Maßgabe von § 650d BGB und des Fehlens einer angemessenen Berücksichtigung des Liquiditätsinteresses des Unternehmers eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB.

b) Klauseln zu einem anderweitigen Schutz des Unternehmers

[413] Ebenso unzulässig dürften Regelungen sein, wonach dem Besteller die Möglichkeit eingeräumt wird, durch Sicherheitsleistung in Höhe des Angebots des Unternehmers den Anspruch abzuwehren, selbst wenn deren Kosten – abweichend von § 650f BGB – vom Besteller zu tragen wären. Zwar bestehen grundsätzlich mit § 632a und § 320 BGB anderweitige Schutzmöglichkeiten des Unternehmers. Jedoch würde durch eine solche Regelung im Kern die vom Gesetzgeber beabsichtigte Sicherung der Liquidität des Unternehmers wiederum nur durch den bloßen Schutz im Hinblick auf das Insolvenzrisiko ersetzt, ohne den schutzwürdigen und nach der gesetzlichen Regelung auch anerkannten Interessen des Unternehmers an einer Vereinfachung der Abrechnung in Streitfällen in anderer Weise Rechnung zu tragen.

[414] Um den AGB-rechtlichen Anforderungen gerecht zu werden, müssten entsprechende Klauseln demgegenüber die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigen und dabei insbesondere auch Regelungen für einen anderweitigen Schutz des Unternehmers gerade mit Blick auf eine zeitnahe Sicherstellung seiner Liquidität vorsehen. So wäre es unseres Erachtens etwa vertretbar, als anderweitige Möglichkeit für eine zügige Klärung die außergerichtliche und vorläufig verbindliche Klärung im Wege einer Adjudikation neben dem gerichtlichen Rechtsschutz nach § 650d BGB (vgl. zu dieser Anforderung Rdnr. [463]) vorzubehalten. Wird eine solche Regelung mit der Bestimmung verbunden, dass der Besteller den unstreitigen Betrag gemäß seinem Angebot in der Verhandlungsphase ausbezahlt und Sicherheit für die vom Unternehmer geforderte höhere Zahlung stellt, dann erscheint eine damit verbundene Abbedingung von § 650c Abs. 3 BGB vertretbar.

c) Bemessungswert der Abschlagszahlung

[415] Der in der Literatur vertretenen Auffassung, wonach Klauseln zulässig sind, die als Bezugspunkt der 80 %-Zahlung das „Mittel“ aus Besteller- und Unternehmerangebot vorschreiben, ist unseres Erachtens zuzustimmen.³⁸⁸ Ebenso wäre es denkbar, auf ein einseitiges Angebot des Unternehmers zu den tatsächlichen Kosten abzustellen, soweit dieses Angebot nicht an offensichtlichen Fehlern leidet. Beide Regelungsvorschläge hätten innerhalb des Wertgefüges der gesetzlichen Regelung den Vorteil, sich an der vom Gesetzgeber – als materiell gerecht und vorrangig gültig – vorgesehenen Bemessung nach § 650c Abs. 1 BGB zu orientieren. Nimmt man die anderweitigen Schutzinstrumente zugunsten des Unternehmers – insbesondere die Möglichkeit Sicherheit nach § 650f BGB zu verlangen – hinzu, dann halten wir solche Klauseln deshalb AGB-rechtlich für zulässig.

[416] Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass ein Abstellen auf das Angebot des Bestellers wiederum – gleichsam seitenverkehrt – erhebliches Manipulationspotential schaffen würde,³⁸⁹ denn dies gilt umgekehrt auch für den Unternehmer. Beide Angebote sind rechtlich in der Phase einer freien Verhandlung nur dann unbeachtlich, wenn sie sittenwidrig (hoch auf Seiten des Unternehmers oder niedrig auf Seiten des Bestellers) sind. Nach den von der Rechtsprechung dafür regelmäßig geforderten Abweichungen von 100 %³⁹⁰ würde damit das Überhöhungsrisiko für den Besteller auf 50 % abgesenkt, soweit er selbst ein den tatsächlichen Kosten entsprechendes Angebot macht. Schöpft er demgegenüber bei einem um 100 % überhöhten Angebot des

Unternehmers die Grenzen für eine Unbeachtlichkeit seines Angebots nach §§ 138, 162 BGB (vgl. dazu Rdnr. [255]) aus und macht selbst ein Angebot i.H.v. 50 % unterhalb der nach § 650c Abs. 1 BGB ermittelten Höhe, dann würde sich als Mittelwert ein Betrag 125 % der Höhe nach § 650c Abs. 1 BGB und eine Überhöhung von nurmehr 25 % ergeben. Damit wäre unter Berücksichtigung der üblicherweise im unternehmerischen Rechtsverkehr anzutreffenden Stellung von Überzahlungssicherheiten unseres Erachtens eine weit eher vertretbare Grundlage für eine vorläufige Vergütungsregelung gegeben als bei der gesetzlichen Lösung.

d) Fälligkeit der übrigen Nachtragsvergütung

[417] Gem. § 650c Abs. 3 Satz 2 BGB wird die noch ausstehende Nachtragsvergütung, die die pauschalierte Abschlagszahlung übersteigt, erst nach der Abnahme des Werks fällig. Eine Klausel des Unternehmers, nach der die gesamte Nachtragsvergütung noch vor der Abnahme in Höhe des anhand von § 650c Abs. 1 BGB ermittelten Betrags für fällig erklärt wird, verbunden mit einer Rückabwicklung etwa zuvor bereits erfolgter Zahlungsvorgänge nach § 650c Abs. 3 BGB, ist unseres Erachtens mit § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB vereinbar.³⁹¹ Ohnehin erscheint die starre gesetzliche Festlegung schwer nachvollziehbar, perpetuiert sie doch die Fortsetzung der dem eigentlichen materiellen Grundgedanken nach § 650c Abs. 1 BGB widersprechenden „Streitlösung“ nach Abs. 3 für den nicht absehbaren zusätzlichen Zeitraum bis zur Stellung der Schlussrechnung. Dass der Unternehmer – bei Rückabwicklung vorheriger streitiger Zahlungen – wieder auf die eigentlich gesetzlich für vorrangig gehaltene Lösung sollte umschwenken dürfen – auch um dem Zinsrisiko zu entgehen –, ist unseres Erachtens als innerhalb des Gesamtsystems an Abs. 1 orientierte, interessengerechte Regelung im Ergebnis einer AGB-rechtlichen Interessenabwägung ohne weiteres begründbar.

e) Abweichung von den Sanktionsregelungen

[418] Eine Abweichung von den Sanktionsregelungen in § 650c Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 BGB würde einer Inhaltskontrolle demgegenüber nicht standhalten. Insofern halten wir auch geringfügige Abweichungen beim Zinssatz für unzulässig, nachdem die Sanktionsregelung innerhalb des gesetzlichen Systems die maßgebliche und zentrale materiell-rechtliche Vorschrift zur Sicherstellung des Bestellers ist, dem sonst nur der Weg über ein gerichtliches Verfahren nach § 650d BGB verbleibt..

III. Nachtragsvergütung nach der VOB/B

[419] Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie § 308 Nr. 1a und 1b BGB findet in § 310 Abs. 1 BGB nicht statt, wenn die VOB/B „ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist“. Das ist in der Praxis überaus selten und die nachstehend dargestellte Inhaltskontrolle auch der Regelungen der VOB/B zur Nachtragsvergütung am Maßstab (auch) des gesetzlichen Bauvertragsrechts daher die Regel.

[420] Besonderheiten bestehen für die Anwendung des AGB-Rechts auf die VOB/B außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 1 BGB richtigerweise nicht; insbesondere sind die Grundsätze für ihre Auslegung und damit auch der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung im Rahmen der Inhaltskontrolle³⁹² anwendbar, selbst wenn es sich im Grundsatz um ein kollektiv ausgehandeltes Regelwerk handeln mag (vgl. dazu näher Rdnr. [181] ff.).

1. Unwirksamkeit der Vergütungsregelungen nach der VOB/B bei herkömmlicher Auslegung der Regelungen

[421] Für die AGB-rechtliche Einordnung der Regelungen der VOB/B zur Nachtragsvergütung ist zunächst ihr inhaltliches Verständnis ausschlaggebend. Herkömmlich wurde in der Literatur sowohl bei § 2 Abs. 5 VOB/B als auch bei § 2 Abs. 6 VOB/B eine unterschiedlich weit reichende, aber durchweg in gewissem Umfang bestehende Bindung an Preisermittlungsgrundlagen für die Vertragspreise angenommen.³⁹³ Legt man diese frühere Auslegung der VOB/B durch die Literatur zugrunde, wäre nach dem hier vertretenen Verständnis der wesentlichen Grundgedanken des § 650c BGB davon auszugehen, dass sowohl § 2 Abs. 5 VOB/B als auch § 2 Abs. 6 VOB/B unwirksam sind, und zwar unabhängig von den – unseres Erachtens ebenfalls berechtigten – Bedenken im Hinblick auf eine ausreichende Transparenz dieser Regelungen.³⁹⁴ Denn eine Bindung an Kalkulationsgrundlagen für die Vertragspreise, die dem Unternehmer nicht die ersatzweise Berechnung nach tatsächlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge gem. § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB offenhält, weicht vom gesetzlichen Leitbild des § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ab, wonach der Unternehmer an einer fehlerhaften Preisbildung für ihm einseitig und ohne seine Zustimmung übertragene Leistungen nicht festgehalten werden darf (vgl. Rdnr. [380] ff.). Die Bindung an die Preisermittlungsgrundlagen für die Vertragspreise führt deshalb zur Unwirksamkeit entsprechender AGB-Klauseln nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. Rdnr. [391] ff.).

2. Inhaltliche Neuausrichtung der Auslegung der VOB/B durch den BGH

[422] Allerdings ist das herkömmliche Verständnis der VOB/B durch das Urteil des BGH vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18 – ins Wanken geraten. Dort vertritt der BGH nunmehr für § 2 Abs. 3 VOB/B die Auffassung, dass diese – mit § 2 Abs. 5 VOB/B wortgleiche – Regelung keine deterministische Vorgabe für die Berechnung der Änderungsvergütung macht und deshalb im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung die Anpassung der Vergütung anhand der tatsächlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge – also gemäß der Regelung in § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB – zu erfolgen habe.

[423] Zum selben Ergebnis gelangt man – wie dargelegt (vgl. Rdnr. [421]) –, wenn man den Vorschriften der VOB/B zur Nachtragsvergütung – und sei es auch nur nach dem für die Klauselprüfung geltenden Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung³⁹⁵ – eine wie auch immer geartete Bindung an Preisermittlungsgrundlagen für die Vertragspreise annimmt; denn in diesem Fall fehlt es aufgrund der Unwirksamkeit dieser Bindung in Allgemeinen

Geschäftsbedingungen an einer Grundlage für die Preisbildung und ist deshalb das dispositive Recht heranzuziehen, also wiederum § 650c BGB.

[424] Geht man davon aus, dass die Rechtsprechung des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B auf § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B übertragen wird – wofür bei § 2 Abs. 5 VOB/B schon der identische Wortlaut und bei § 2 Abs. 6 VOB/B die Lückenhaftigkeit dieser Regelung spricht –,³⁹⁶ dann ist damit die Ermittlung der Nachtragsvergütung nach der VOB/B auf die gesetzliche Regelung nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB umgestellt.³⁹⁷

[425] Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der BGH davon ausgeht, dass § 2 Abs. 3 VOB/B überhaupt keine Regelung zur Ermittlung der Vergütung für die Änderung zu entnehmen ist. Bei einem solchen Verständnis entfällt aber sogar der – nach den vorstehenden Ausführungen aufgrund des Klauselverbots nach § 309 Nr. 12 BGB ggf. durchgreifende (vgl. Rdnr. [405]) – AGB-rechtliche Einwand gegen ein mögliches Verständnis von § 2 Abs. 5 VOB/B, wonach mit der Anlehnung an die Begrifflichkeit von Mehr- und Minderkosten bei der AGB-rechtlich gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung³⁹⁸ ausschließlich auf das Modell nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB verwiesen und also die Berechnung nach § 650c Abs. 2 BGB auch bei einvernehmlich hinterlegter Urkalkulation ausgeschlossen wird. Denn das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung müsste notwendig auch diese Ermittlungsvorschrift mit einschließen. Geht man deshalb den Weg des BGH und hält eine ergänzende Vertragsauslegung für zulässig, weil die Vergütungsregelung in § 2 Abs. 5 VOB/B – wie auch immer sie auszulegen sein mag – nicht vollständig ist, dann wäre auch dieser Einwand erledigt. Die VOB/B wäre damit hinsichtlich der Regelungen zur Ermittlung der Nachtragsvergütung schlicht redundant.

[426] Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass jedenfalls dann, wenn der jeweilige Verwendungsgegner sich auf das AGB-Recht beruft, die VOB/B bei jeder denkbaren Auslegung auf die Ermittlung der Vergütung für angeordnete Änderungen keine Anwendung findet – entweder weil sie wegen Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist oder weil ihr (nach der neueren Auslegung durch den BGH) keine Festlegungen zur Ermittlung der Nachtragsvergütung entnommen werden können. Nur wenn man die VOB/B nach herkömmlichem Verständnis auslegt – sei es im Fall nach § 2 Abs. 6 VOB/B oder nach § 305c Abs. 1 BGB zu Lasten des Verwenders³⁹⁹ – und der Verwendungsgegner sich auf die Unwirksamkeit nicht beruft, verbleiben für die konkreten Rechtsfolgen noch zusätzliche AGB-rechtliche Fragestellungen (vgl. Rdnr. [437] ff.).

3. Mengenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B

a) Inhaltskontrolle von § 2 Abs. 3 VOB/B

[427] Anders als in der VOB/B enthält das neue gesetzliche Bauvertragsrecht keine Regelungen, die bei reinen Mengenänderungen Vergütungsanpassungen vorsehen, es sei denn diese sind auf eine Änderungsanordnung nach § 650b BGB zurückzuführen.⁴⁰⁰ Die Einordnung von Mengenänderungen nach §§ 650b, 650c BGB ist deshalb nur dann denkbar, wenn sich die Menge einer zu erbringenden Teilleistung deshalb ändert, weil zugleich

die dem Vertrag zugrunde gelegte Leistungsbeschreibung geändert wird. Das ist nur der Fall, wenn sich die in einem Einheitspreisleistungsverzeichnis vorgesehenen Mengen nicht lediglich aufgrund einer – auf der Basis der sonstigen Leistungsbeschreibung – unzutreffenden Mengenangabe im Leistungsverzeichnis ändern, sondern aufgrund einer Änderung der sonstigen, von der Menge unabhängigen Beschreibung der Leistung.⁴⁰¹ In diesem Fall unterliegt aber auch die Preisanpassung innerhalb der VOB/B nicht § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern stellt einen Fall einer anordnungsbedingten Änderung dar. Deshalb unterliegt § 2 Abs. 3 VOB/B selbst auch nicht der AGB-Kontrolle anhand von § 650c BGB.

[428] Vielmehr stellt die Regelung dann, wenn man sie nach diesem (zutreffenden und) herrschenden⁴⁰² Verständnis nur auf reine Mengenänderungen (ohne angeordnete Änderungen der Leistungsbeschreibung) anwendet, einen allgemeinen Preisvorbehalt dar; der Verwender kann bei einem nach der reinen Preisvereinbarung ohne Rücksicht auf Mengenänderungen versprochenen Preis aufgrund der in § 2 Abs. 3 VOB/B bedungenen Preisnebenabrede Preisanpassungen verlangen. Solche Preisvorbehalte sind nicht an § 650c BGB, sondern an den allgemeinen Grundsätzen für Preisanpassungsklauseln in AGB zu messen.⁴⁰³ Danach muss für die Preisänderungsklausel ein sachlicher Grund vorliegen, der das Preisänderungsverlangen zu rechtfertigen mag. Das ist im Fall wesentlich abweichender Mengen, die zu abweichenden Preisermittlungsgrundlagen führen, der Fall. Gegen die Regelung bestehen insofern keine AGB-rechtlichen Bedenken, wobei sie nach der neueren Rechtsprechung des BGH (vgl. Rdnr. [422] ff.) ohnehin keine inhaltliche Vorgabe für die Preisanpassung enthält, sondern den Anpassungsanspruch nur dem Grunde nach regelt und im Übrigen zu einer entsprechenden Anwendung von § 650c BGB führt.

b) Abbedingen von Ansprüchen bei Mengenänderungen bzw. § 2 Abs. 3 VOB/B

[429] Eine andere Frage ist, ob in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Rechtsfolgen nach § 2 Abs. 3 VOB/B abbedungen werden können. Dazu ist zunächst zu klären, welche gesetzlichen Folgen es eigentlich bei einer Einheitspreisvereinbarung hat, wenn in einer dem Vertrag zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung angegebene Mengen über- oder unterschritten werden. Das ist eine Frage der vertraglichen Preisvereinbarung.

[430] Ist die VOB/B vereinbart, gilt § 2 Abs. 2 VOB/B, wonach die tatsächlichen Mengen abgerechnet werden und also auch bei einer Über- oder Unterschreitung eine Preisanpassung nur stattfindet, wenn § 2 Abs. 3 VOB/B nicht abbedungen wird. Bei einer solchen Preisvereinbarung kann ein Ausschluss von Ansprüchen bei Mengenänderungen indessen bedeuten, dass bei der im Rahmen der Inhaltskontrolle gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung⁴⁰⁴ auch Ansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB oder Verschulden bei Vertragsschluss ausgeschlossen werden sollen, was eine unangemessene Benachteiligung des Verwendungsgegners darstellen würde und deshalb in AGB nicht zulässig wäre. Nur wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall ist und auch bei kundenfeindlichster Auslegung Ansprüche nach § 313 BGB oder Verschulden bei Vertragsschluss nicht ausgeschlossen werden, hält die Klausel einer AGB-Inhaltskontrolle stand.⁴⁰⁵

[431] Danach ist allenfalls eine AGB-Klausel, die sich darauf beschränkt, dass § 2 Abs. 3 VOB/B keine Anwendung finden soll und bei der sich auch sonst keine weitergehenden Hinweise darauf ergeben, dass auch Ansprüche nach § 313 BGB erfasst werden, AGB-rechtlich nicht zu beanstanden. Unwirksam sind demgegenüber weitergehende Formulierungen wie etwa „Massenänderungen – auch über 10 % – sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur“⁴⁰⁶ oder solche, wonach „[d]ie dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise grundsätzlich Festpreise [sind] und für die gesamte Vertragsdauer verbindlich [bleiben].“⁴⁰⁷ Zu berücksichtigen ist in diesen Fällen zudem, dass sich der Verwendungsgegner ggf. weiter auf § 2 Abs. 3 VOB/B berufen kann, sofern die VOB/B vereinbart und die Berufung für ihn günstig ist.⁴⁰⁸ Das ergibt sich aus dem AGB-rechtlich insofern maßgeblichen Grundsatz der personalen Teilunwirksamkeit (vgl. Rdnr. [439]).

[432] Ohne Vereinbarung der VOB/B ist es demgegenüber eine Frage der Auslegung der vertraglichen Preisvereinbarung, ob der vereinbarte Einheitspreis bei Mengenabweichungen Gültigkeit haben soll oder nicht. Je nach dem dabei erzielten Auslegungsergebnis unterliegt dann die vereinbarte Abrechnung als Preisvereinbarung nicht der AGB-Kontrolle. Allerdings bedeutet das nicht, dass damit eine Klausel, wonach die Einheitspreise unabhängig von ausgeführten Mengen Gültigkeit haben sollen, schon mangels einer Abweichung von einer gesetzlichen Regelung wirksam wäre. Denn auch bei einer solchen Vereinbarung wird bei kundenfeindlichster Auslegung⁴⁰⁹ ein Anspruch nach § 313 BGB oder wegen Verschulden bei Vertragsschluss ausgeschlossen und ist eine entsprechende Preisnebenabrede daher unwirksam.⁴¹⁰

[433] Richtigerweise liegt daher in der Regel nicht nur bei einem vollständigen Ausschluss der Preisanpassungsmöglichkeit bei Mengenabweichungen, sondern auch bei einer einseitig in AGB vorgegebenen und wesentlichen Abweichung der in § 2 Abs. 3 VOB/B geregelten Toleranzgrenze, innerhalb der keine Einheitspreisanpassung möglich ist, ein Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild von § 313 BGB bzw. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 280 BGB vor und ist eine solche Regelung daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁴¹¹ Nur wenn Ansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder Verschulden bei Vertragsschluss im Ergebnis der (kundenfeindlichsten) Auslegung vorbehalten bleiben, halten entsprechende Klauseln einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. In diesem Fall ist nämlich bei wesentlichen Mengenabweichungen nach der neueren Rechtsprechung des BGH davon auszugehen, dass eine Anpassung der Vertragspreise in Anlehnung an § 650c Abs. 1 BGB vorzunehmen ist (vgl. Rdnr. [422] ff.).

4. Sonderfall der „anderen Anordnung“ nach § 2 Abs. 5 VOB/B

[434] Einen speziellen Fall enthält § 2 Abs. 5 VOB/B mit den dort so genannten „anderen Anordnungen“. Die Regelung ist unklar, weil ihr ein Bezug zu einem der Anordnungsrechte nach § 1 VOB/B fehlt: entweder legt man § 1 Abs. 3 VOB/B so aus, dass dort neben Änderungen der Leistungsbeschreibung als „Änderung des Bauentwurfs“ auch Änderungen der Ausführungsart oder des Bauablaufs umfasst sein können, dann wäre die Formulierung redundant. Versteht man sie jedoch so, dass sie keinen Rückbezug auf eine Anordnungsberechtigung nach § 1 Abs. 3 VOB/B hat, dann ist sie inhaltsleer, weil sie richtigerweise nur für berechnete Anordnungen gelten kann; Anordnungen ohne Berechnung sind aber schlicht unwirksam und können daher auch keine vergütungsrechtlichen Folgen haben.⁴¹²

[435] Aber auch der Vorschlag, die Regelung nur auf einvernehmliche Änderungen nach § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B zu beziehen, ist allenfalls für die individuell vereinbarte Geltung der VOB/B zwischen Unternehmern tragfähig, nicht aber – aus AGB-rechtlichen Gründen – auch dann, wenn die VOB/B gestellt wird. Denn für diesen Fall kann § 2 Abs. 5 VOB/B nach § 305c Abs. 2 BGB nicht gegen ihren Wortlaut („andere Anordnungen“) ausgelegt werden. § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B spricht nämlich nicht etwa von „anderen Anordnungen“, die etwa mit Zustimmung des AN übertragbar wären, sondern vielmehr von „[a]ndere[n] Leistungen“, die „dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden“ können.

[436] Durch die Neuausrichtung der Auslegung der vergütungsrechtlichen Regelungen in der neueren Rechtsprechung des BGH dürfte die Frage allerdings ohnehin an Bedeutung verlieren, denn danach ist § 2 Abs. 5 VOB/B keine deterministische Regelung der Vergütungsfolge zu entnehmen, sondern gelten stattdessen im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung die Vorgaben nach § 650c BGB (vgl. Rdnr. [422] ff.).

IV. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit von Klauseln zur vorkalkulatorischen Preisermittlung

1. Allgemeine Rechtsfolgen

[437] Folgt man der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B⁴¹³ und überträgt die dem zugrunde liegende rechtliche Einordnung der VOB/B – wie verschiedene Oberlandesgerichte das tun und das KG es auch schon vor dem Urteil des BGH getan hat –⁴¹⁴ auch auf die weiteren Vorschriften der VOB/B zur Nachtragsvergütung, dann enthalten die §§ 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B keine Regelungen zur Art und Weise der Preisermittlung, weshalb bei „gutem“ wie „schlechtem“ Preis in der Urkalkulation ohnehin nach tatsächlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge abgerechnet wird (vgl. Rdnr. [421] ff.). In der Baupraxis verbreitet ist jedoch die Verwendung von die VOB/B ergänzenden Klauseln zur Preisfortschreibung, die detailliertere Vorgaben zur Bindung an die Preisermittlung der Vertragspreise und teilweise ausdrücklich eine Bindung an das vertragliche Preisniveau oder einen „Vertragsniveaufaktor“ enthalten. Solche Klauseln sind AGB-rechtlich – wie wir gesehen haben – aufgrund der Abweichung vom gesetzlichen Leitbild nach § 650c Abs. 1 BGB unwirksam (vgl. Rdnr. [392] f.).

[438] Zu den Rechtsfolgen einer solchen Unwirksamkeit stellt sich die Frage, ob sie auch dann durchgreift, wenn sie für den Unternehmer nachteilige Folgen hat und er sich auf die Unwirksamkeit für eine konkrete Nachtragsberechnung überhaupt nicht beruft. Das ist nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH grundsätzlich nicht der Fall. Vielmehr gilt für den Rechtsfolgenbereich im AGB-Recht eine sog. personale Teilunwirksamkeit, wonach eine für den Verwender und den Kunden einheitlich geltende Regelung, nur zu Lasten des Verwenders unwirksam ist, zugunsten des Verwendungsgegners jedoch aufrechterhalten wird, soweit er sich nicht auf die Unwirksamkeit beruft.⁴¹⁵

[439] Der Sache nach handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion der nach dem Wortlaut von § 306 BGB an sich ungeteilten und einheitlichen Unwirksamkeitsfolge. Ziel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB ist es, den Vertragspartner vor ihn benachteiligenden Klauseln zu schützen, während der Verwender selbst aus solchen Klauseln – soweit sie für den Vertragspartner günstiger sind als das dispositive Gesetzesrecht – keine Vorteile aus der Unwirksamkeit ziehen dürfen.⁴¹⁶ Die auf der Tatbestandsseite geforderte Einseitigkeit von AGB gilt danach auch auf der Rechtsfolgenseite. Der stets nur einseitige Verstoß des AGB-Verwenders gegen die Grenzen zulässiger Vertragsgestaltung zieht eine ebenso einseitige, nur gegen den Verwender gerichtete Rechtsfolge nach sich. Unzulässige AGB sind deshalb im Rechtsstreit nicht per se unbeachtlich. Vielmehr ist es stets nur dem Verwender unzulässiger AGB untersagt, deren Inhalt der anderen Vertragspartei entgegenzuhalten.⁴¹⁷ § 139 BGB steht dem nicht entgegen, weil diese Auslegungsvorschrift auf vorformulierte Vertragsbestandteile keine Anwendung findet.⁴¹⁸

2. Problematik des „Rosinenpickens“

[440] Für die Nachtragspreisbildung würde diese personal beschränkte Rechtsfolge bedeuten, dass dem Unternehmer als Verwendungsgegner im Fall einer unwirksamen AGB, die eine Bindung an die Preisermittlungsgrundlagen der Vertragspreise vorsieht, innerhalb der allgemeinen Grenzen der Preiskorrektur (§§ 138, 313 BGB) zwei Optionen zur Verfügung stehen würden: er könnte

- entweder – wenn seine Vertragspreise nicht auskömmlich kalkuliert sind – die Nachtragsvergütung nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Bindung an die Urkalkulation ermitteln und dadurch entsprechende Verluste aus der Fortschreibung „schlechter“ Vertragspreise vermeiden
- oder – wenn er die Preise überhöht und mit erheblichen Gewinnanteilen gebildet hat – zur Berechnung der Mehrvergütung die Preisfortschreibungsklausel heranziehen und zu seinen ursprünglichen, höheren Preisen abrechnen.

[441] Die so ermittelte Rechtsfolge steht allerdings in Widerspruch zu einem der Regelungsziele von § 650c BGB: dort ist nämlich die Verhinderung spekulativer Preisbildung ein wesentliches gesetzgeberisches Anliegen und auch ein eindeutiger Vorrang der Preisbildung nach tatsächlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge vorgesehen. Ein gemischtes Vorgehen teilweise nach tatsächlichen und teilweise nach kalkulierten Kosten wollte der Gesetzgeber dabei ausdrücklich verhindern. In der Gesetzesbegründung wird dieser Aspekt wie folgt besonders hervorgehoben:⁴¹⁹

Für den Unternehmer ergibt sich also ein Wahlrecht, ob er „Nachträge“ auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation (Absatz 2) oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (Absatz 1) abrechnen will. Um Spekulationen bei der Preisgestaltung zu verhindern, kann der Unternehmer das Wahlrecht für jeden Nachtrag nur insgesamt ausüben („Vergütung für den Nachtrag“). Je nachdem wie er sich entschieden hat, hat er konsequent entweder die Urkalkulation fortzuschreiben oder die tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten für die nachträglich angeordnete Leistung darzulegen.

Es fragt sich deshalb, ob an der AGB-rechtlichen Rechtsfolgenbetrachtung vor diesem Hintergrund festgehalten werden kann und wenn ja, wie weit ein etwa daraus abgeleitetes Wahlrecht des Unternehmers reicht.

a) Nachtragsberechnung innerhalb eines einzelnen Nachtrags

[442] Betrachtet man zunächst den Fall, dass nur ein einzelner, einheitlicher Nachtrag verfolgt wird, dann ergibt sich aus § 306 Abs. 2 BGB für den Fall, dass sich der Unternehmer – etwa wegen einer nicht auskömmlichen Kalkulation der Vertragspreise – auf die Unwirksamkeit der Preisfortschreibungsklausel beruft, dass die Berechnung der Nachtragsvergütung nach dem Inhalt der gesetzlichen Vorschriften zu erfolgen hat, also nach § 650c BGB. Innerhalb dieser Regelung hat der Unternehmer das Wahlrecht, kann also ohne Einschränkungen nach § 650c Abs. 1 BGB – und damit ohne Bindung an seine Urkalkulation – vorgehen (vgl. Rdnr. [351]).

[443] Problematisch ist nur der umgekehrte Fall, wenn der Unternehmer sich nicht auf die Unwirksamkeit beruft. Hier ist zu klären, ob die übliche AGB-rechtliche Folgenbetrachtung, wonach die Unwirksamkeitsfolge nicht auch zu Lasten des Verwendungsgegners eingreift (vgl. Rdnr. [438] f.), aufgrund des Normzwecks des § 650c BGB und der Zielsetzung der Regelung, spekulative Preisbildung zu verhindern, seinerseits wiederum einer teleologischen Korrektur bedarf. Dafür könnte sprechen, dass das Verständnis von § 306 Abs. 2 BGB im Sinne einer personalen Teilunwirksamkeit (vgl. Rdnr. [438])

f.) in diesem speziellen Fall in der Tat zu einem Wertungswiderspruch mit dem Regelungszweck von § 650c Abs. 2 BGB führen kann; denn es ist nicht zu verkennen, dass der Unternehmer eine spekulative Preisbildung stets mit Blick auf Bereiche der zu erbringenden Bauleistung wählen wird, für die er mit Nachträgen rechnet. Mit der Annahme einer personalen Teilunwirksamkeit könnte daher ein Anreiz einhergehen, gerade im Hinblick auf solche nachtragsrelevanten Bereiche und die insofern denkbaren Arten von Änderungs- oder Zusatzleistungen mit besonders hohen Preisen in der Erwartung zu kalkulieren, dass die Abrechnung später nach der unwirksamen Klausel erfolgen kann und dabei die hohen Preise aus den für die vergleichbaren Leistungen gebildeten Vertragsleistungen Verwendung finden.

[444] Gegen eine solche Korrektur spricht jedoch, dass der Verwender einer unwirksamen Klausel generell nicht schutzwürdig ist, steht es ihm doch immer offen, seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einfach die gesetzliche oder eine nach AGB-Recht wirksame Regelung zugrunde zu legen. Die AGB-rechtliche Rechtsfolge einer personalen Teilunwirksamkeit ist nur Ausdruck der gesetzlichen Risikoverteilung, nach der ein Verwender von AGB im privaten Rechtsverkehr generell das Risiko der Verwendung unwirksamer Klauseln zu tragen hat. Die Verwendung unwirksamer Klauseln stellt richtigerweise sogar eine Pflichtverletzung dar, die ihn ggf. zum Schadensersatz verpflichtet.⁴²⁰ Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber den gegen spekulative Preisbildung gerichteten § 650c BGB gerade nicht als zwingendes Recht ausgestaltet hat. Er hat demzufolge die Vorschrift dem

aus der Rechtsprechung des BGH als bekannt vorauszusetzenden AGB-rechtlichen Rechtsfolgenregime und damit dem Konzept der personalen Teilunwirksamkeit unterstellt.

[445] Fraglich kann deshalb allenfalls sein, ob es innerhalb eines einheitlichen Nachtrags zulässig ist, dass der Unternehmer sich nur teilweise – etwa nur für bestimmte Nachtragspositionen – auf die Unwirksamkeit beruft, während er für andere Teile des Nachtrags die Unwirksamkeit nicht geltend macht und unter Berufung auf die Preisfortschreibungsklausel die Preise aus seiner Urkalkulation ansetzt. Die Rechtsprechung des BGH zu einer derartigen „anspruchs- oder norminternen“ personalen Teilunwirksamkeit ist uneinheitlich. Einerseits hat der für Baurecht zuständige VII. Zivilsenat des BGH⁴²¹ in einem bauträgerrechtlichen Fall entschieden, dass die Berufung eines Wohnungserwerbers auf die Unwirksamkeit einer Abnahmeregelung dazu führt, dass die Verjährung der Mängelansprüche mangels Abnahme nicht zu laufen beginnt und deshalb der geltend gemachte Vorschussanspruch nach § 637 BGB noch nicht verjährt ist. Für denselben Vorschussanspruch des Erwerbers, hat der Senat dann jedoch gleichwohl angenommen, dass sich der Bauträger als Verwender der unwirksamen Abnahmeklausel nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann, der Anspruch also besteht, obwohl er eigentlich eine wirksame Abnahme voraussetzt. Der Senat hat also innerhalb eines einheitlichen Anspruchs dieselbe Rechtsfrage einmal – werkvertragsrechtlich – zulasten des Verwenders (im Sinne der Wirksamkeit der Abnahmeklausel) und im zweiten Fall – verjährungsrechtlich – zugunsten des Verwendungsgegners (im Sinne der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel) entschieden.

[446] Demgegenüber hat der für das Mietrecht zuständige VIII. Zivilsenat im Fall einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel entschieden, dass der Mieter nur einheitlich erklären könne – und nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch zeitnah erklären müsse –, dass er diese Klausel gegen sich gelten lasse, wenn der Verwender gehindert sein soll, sich auf die Unwirksamkeit der Klausel zu berufen. Der Fall war im Vergleich zu der bauträgerrechtlichen Konstellation des VII. Zivilsenats allerdings durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass dem Verwendungsgegner (also dem Mieter) nach der gesetzlichen Regelung innerhalb eines einheitlichen Anspruchssachverhalts (Verpflichtung zur Ausführung und Kostentragung von Schönheitsreparaturen) die auf die Verpflichtung des Verwenders zur Ausführung von Schönheitsreparaturen bezogenen finanziellen Folgen (Mieterhöhung unter Umlage der Kosten für die Schönheitsreparaturen) gesetzlich zugemutet werden, wenn er selbst die Reparaturen unter Berufung auf die Unwirksamkeit der Klausel nicht ausführen will. Demnach lag hier ein direkter Widerspruch des Ergebnisses einer AGB-rechtlichen Teilunwirksamkeit zur gesetzlichen Bewertung der Kostentragung vor.

[447] Überträgt man die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats auf die Frage einer „norminternen“ personalen Teilunwirksamkeit bei der Anwendung des gesetzlichen Leitbilds nach § 650c BGB, so steht dort – ähnlich der erläuterten mietrechtlichen Konstellation – einer „normintern geteilten“ Rechtsfolge entgegen, dass nach der gesetzlichen Regelung in § 650c BGB eine Mischberechnung innerhalb eines einzelnen Nachtrags grundsätzlich unzulässig ist. Dem Unternehmer soll nach dieser gesetzlichen Wertentscheidung eigentlich einheitlich nur die eine oder die andere Berechnungsmethode zur Verfügung stehen soll. § 650c Abs. 2 BGB lässt den Rückgriff auf die Urkalkulation nur „für den Nachtrag“ zu und gemeint ist damit nach der Gesetzesbegründung der einheitliche Gesamtnachtrag (vgl. Rdnr. [356], [441]).⁴²² Die Nachtragsberechnung kann bei der Anwendung von § 650c BGB immer nur einheitlich entweder nach den tatsächlichen Kosten oder aber nach den Ansätzen der Urkalkulation erfolgen.⁴²³

[448] Berufet sich deshalb der Unternehmer innerhalb einer einheitlichen Nachtragsberechnung „für den Nachtrag“ auf die Unwirksamkeit einer Preisfortschreibungsklausel, so hat dies nach § 306 Abs. 2 BGB zur Folge, dass nach § 650c BGB für den gesamten Nachtrag nur ein „Entweder/Oder“ – im Sinne eines Verbots der Mischung der Abrechnung nach tatsächlichen oder kalkulierten Kosten⁴²⁴ – erlaubt ist. Zwar bezieht sich die gesetzliche Bewertung insgesamt eigentlich nur auf den Fall einer einvernehmlichen Hinterlegungsvereinbarung mit den Folgen nach § 650c Abs. 2 BGB und nicht auf die Vorgabe einer (vor-)kalkulatorischen Nachtragsberechnung in einseitigen AGB. Jedoch spricht einiges dafür, die gesetzliche Bewertung auf diesen Fall zu übertragen. Ein „Rosinenpicken“ innerhalb eines einheitlichen Anspruchs auf Anpassung der Vergütung aufgrund einer einzelnen Anordnung und der daraus resultierenden einheitlichen Nachtragsforderung wäre dann nach der AGB-rechtlichen Rechtsfolgenanordnung – nämlich der nach § 306 Abs. 2 BGB daraus folgenden Gültigkeit des dispositiven Gesetzesrechts nach § 650c BGB – aufgrund der entsprechenden Anwendung der dortigen Bewertung gegen eine Mischung zweier Berechnungsmethoden nicht zulässig.

b) Mehrere Nachträge innerhalb eines einheitlichen Bauvertrags

[449] Problematisch ist weiter die Frage, ob bei Verfolgung von Ansprüchen wegen mehreren Anordnungen innerhalb eines einheitlichen Bauvertrags – und daraus resultierender mehrerer Nachtragsforderungen – die Möglichkeit zur uneinheitlichen Geltendmachung von AGB-Verstößen besteht. Das würde bedeuten, dass es zulässig wäre, dass bei einem Nachtrag wegen einer ersten Anordnung unter Berufung auf die Unwirksamkeit der Preisfortschreibungsklausel nach § 650c BGB abgerechnet wird und in einem anderen Fall wegen einer weiteren Anordnung ohne Geltendmachung der Unwirksamkeit auf Basis der Urkalkulation. Zu klären ist also, ob der Unternehmer für die jeweils einzelnen Nachträge unterschiedliche Berechnungsmethoden zur Ermittlung der Nachtragspreise verwenden kann oder ob er als Verwendungsgegner zu einer einheitlichen Art und Weise der Nachtragsberechnung und Geltendmachung von Nachtragsforderungen für die gesamte Abwicklung eines einheitlichen Bauvertrags gezwungen ist.

[450] Eine unterschiedliche Nachtragspreisbildung für mehrere selbständige Nachträge könnte dabei bereits daran scheitern, dass Nachtragsforderungen nach herkömmlichem Verständnis nur Rechnungsposten des im Prozess allein gegenständlichen Saldos eines einheitlichen Werklohnanspruchs sind und daher auch nur innerhalb eines einheitlichen Prozessverfahrens geltend gemacht werden können. In der Literatur wird das mit der Begründung vertreten, dass eine einheitliche Werklohnforderung, die mehrere Nachträge enthält, nicht teilweise nach § 650c BGB und teilweise nach anderen Rechtsgrundlagen beurteilt werden könne. Vielmehr könne die Frage der AGB-rechtlichen Wirksamkeit etwaiger Kalkulationsklauseln für den gesamten Vergütungsanspruch in einem einheitlichen Prozessverfahren nur einheitlich beantwortet werden. Auch für den Fall, dass über die verschiedenen Nachträge in verschiedenen Prozessen gestritten werde, sei Gegenstand der (verschiedenen) Prozesse immer nur ein Saldo der Werklohnforderung, selbst wenn nur ein Teilbetrag eingeklagt werde. In jedem der Vergütungsprozess sei daher über die einheitliche Werklohnforderung insgesamt zu entscheiden und dabei könne die AGB-Frage auch nur einheitlich entschieden werden.⁴²⁵

[451] Indessen steht diese Argumentation im Widerspruch zur Systematik von §§ 650b, 650c BGB. Der Gesetzgeber hat sich bei der Neuregelung des Änderungsrechts des Bestellers nämlich dafür entschieden, jeder einzelnen Anordnung des Bestellers einen – wiederum einzelnen – Anspruch auf Anpassung der Vergütung zuzuweisen. Im Wortlaut von § 650c BGB kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass sich § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB unmissverständlich auf (jeweils) einzelne Anordnungen bezieht, indem er als seinen Regelungsgegenstand (jeweils) die „Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand[s]“ bezeichnet. Dogmatisch geht das Gesetz damit davon aus, dass für jede Anordnung ein gesonderter Anspruch auf eine jeweilige Anpassung der Vergütung besteht. Dass diese einzelnen Anpassungen dann ihrerseits in einem einheitlichen Werklohnanspruch aufgehen, ändert nichts daran, dass es sich um jeweils für sich zu betrachtende Rechtsfolgen handelt, die deshalb – aufgrund einer AGB-rechtlichen Bewertung zum Normzweck der Klauselprüfung – auch einer unterschiedlichen Rechtsfolgenregelung unterliegen können.

[452] Die Frage ist deshalb nicht bereits durch die Einordnung von Nachtragsforderungen als Rechnungsposten eines einheitlichen Werklohnanspruchs entschieden. Teilweise wird deshalb in der Literatur zur Bewertung des Problems angenommen, dass eine einmal getroffene Wahl aufgrund des Normzwecks von § 650c BGB nur für sämtliche Nachträge eines geschlossenen Bauvertrags einheitlich ausfallen könne. Begründet wird dies mit dem gesetzlichen Regelungsziel, spekulative Preisbildung einzuschränken; beschränke man das Wahlrecht nach § 650c Abs. 2 BGB nicht auf eine einmalige Wahl für den gesamten Vertrag, so sei „der Spekulation Tor und Tür geöffnet“.⁴²⁶

[453] So berechtigt die damit vorgebrachten Bedenken gegen eine je auf den einzelnen Nachtrag bezogene Wahl des Unternehmers aufgrund der – aus praktischer Sicht sehr realistischen – Gefahr spekulativer Preisbildung auch sein mögen, kann ihr gleichwohl angesichts des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes für die Auslegung von § 650c abs. 2 BGB nicht gefolgt werden. Allenfalls in der Gesetzesbegründung findet sich mit der im Plural von „Nachträgen“ abgefassten Formulierung zum Wahlrecht des Unternehmers⁴²⁷ ein vager Hinweis, dass für den Anwendungsbereich von § 650c Abs. 2 BGB eine weitergehende Beschränkung gewollt sein könnte. Diese Beschränkung ist jedoch gerade nicht in den Gesetzeswortlaut übernommen worden, der vielmehr ausdrücklich im Singular formuliert ist und entsprechend nur von der „Berechnung der Vergütung für den Nachtrag“ spricht. Die Regelung selbst knüpft weiter auch mit den Worten „zur Berechnung der Vergütung“ – gemeint ist die den Berechnung nach Abs. 1 – direkt an die Ermittlung der Vergütung für einzelne Anordnungen nach Abs. 1 an, der seinen Regelungsgegenstand unmissverständlich auf einzelne Anordnungen bezieht und mit der „Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 BGB vermehrten oder verminderten Aufwand“ bezeichnet.

[454] Davon unabhängig wird der vom Gesetzgeber beabsichtigten Abwehr spekulativer Preisbildung innerhalb von § 650c Abs. 2 BGB auch dadurch begegnet, dass es dem Auftraggeber unbenommen bleibt, die Übereinstimmung der kalkulatorisch fortgeschriebenen Kosten mit den tatsächlich erforderlichen Kosten zu widerlegen.⁴²⁸ Der Gesetzgeber hat sich daher jedenfalls für den Anwendungsbereich von § 650c Abs. 2 BGB im Interesse eines flexiblen Preisanpassungsmodells gegen eine auf den jeweiligen Gesamtvertrag bezogene Wahlmöglichkeit entschieden.⁴²⁹ Eine „einmal und für immer“ getroffene Wahl zur Art und Weise der Berechnung kann der gesetzlichen Regelung nicht entnommen werden.

[455] Aus diesem Grund gilt auch für die AGB-rechtlichen Rechtsfolgen im Fall unwirksamer Klauseln zur Bindung an die Vertragspreise bzw. ihre Kalkulationsgrundlagen keine entsprechende Beschränkung. Zwar ist zuzugeben, dass die Bewertung innerhalb von § 650c BGB selbst nicht ohne weiteres auf die AGB-rechtliche Rechtsfolgenbetrachtung übertragbar ist; denn bei Annahme einer personalen Teilunwirksamkeit stünde dem Besteller dann, wenn sich der Unternehmer nicht auf die Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel beruft, der Gegenbeweis abweichender tatsächlicher Kosten nicht offen, weil § 650c Abs. 1 BGB durch die – dann zugunsten des Unternehmers als wirksam zu behandelnde – Preisbindungsklausel gerade verdrängt wäre. Indessen ist der Gedanke der Abwehr spekulativer Preisbildung durch Vorgabe einer einheitlichen und ausschließlich gültigen Berechnungsmethode vom Gesetzgeber schon innerhalb von § 650c BGB nur für die Berechnung des jeweils einzelnen Nachtrags vorgegeben worden. Es fehlt deshalb für eine Fortentwicklung der – dergestalt beschränkten – gesetzlichen Wertung in Richtung einer für den gesamten Vertrag nur einheitlichen AGB-rechtlichen Rechtsfolgenregelung an einer Grundlage.

[456] Hinzu kommt zu der AGB-rechtlichen Frage die grundsätzliche Überlegung der gesetzlichen Risikoverteilung bei Verwendung unwirksamer Klauseln gegen eine teleologische Korrektur der AGB-rechtlichen Rechtsfolge. Der Verwender einer unwirksamen Klausel ist generell nicht schutzwürdig, steht es ihm doch – wie gesagt – immer offen, seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einfach die gesetzliche oder eine AGB-rechtlich zulässige Regelung zugrunde zu legen (vgl. Rdnr. [444]). Eine rechtliche Grenze findet die AGB-rechtliche Schutzwürdigkeit des Unternehmers nur in sehr engen Grenzen bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB), etwa nach dem Grundsatz des *venire contra factum proprium*.⁴³⁰ Hätte der Gesetzgeber auch bei Verwendung von AGB-Klauseln zur Bindung an die Vertragspreise bzw. ihre Kalkulationsgrundlagen eine spekulative Preisbildung vollständig ausschließen wollen, dann hätte die Regelung zwingend ausgestaltet werden müssen.

E. Einstweilige Verfügung nach § 650d BGB

I. Inhalt und Normzweck

[457] Gegenstand des § 650d BGB ist eine beweisrechtliche Erleichterung. Im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO ist – abweichend von der Beweisführung im normalen Erkenntnisverfahren – gem. §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrunds nach § 294 ZPO ausreichend, aber auch erforderlich. Diese Regelung wird im gesetzlichen Bauvertrag ab dem Beginn der Bauarbeiten dahin geändert, dass nach Beginn der Bauausführung der Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht werden muss. Je nach dem inhaltlichen Verständnis über die Reichweite der Regelung⁴³¹ wird damit die Beweisführung für den Antragsteller im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegenüber dem gesetzlichen Regelfall entsprechend erleichtert. Damit soll eine baubegleitende und zeitnahe Klärung von Streitigkeiten über Änderungsanordnungen des Bestellers und einen daraus resultierenden Anspruch auf Anpassung der Vergütung im Bauvertrag ermöglicht werden.

[458] Die Regelung geht auf Anregungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht zurück, die unter Hinweis auf die Gefährdung laufender Bauarbeiten durch Streitigkeiten über Nachträge vorgeschlagen hatte, eine sog. Bauverfügung einzuführen, mit der eine baubegleitende, beschleunigte gerichtliche Klärung solcher Streitigkeiten

ermöglicht werden sollte. Aufgrund von Bedenken des Bundesjustizministeriums wurde die vorgeschlagene Regelung sehr stark abgeschwächt und in das geltende System der einstweiligen Verfügung integriert.⁴³² Dabei wurden die zivilprozessualen Hürden nach §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO herabgesetzt, weil sie aufgrund der hohen Anforderungen an den Verfügungsgrund nach § 935 ZPO in Bausachen kaum zu erfüllen und Baustreitigkeiten daher dem einstweiligen Rechtsschutz weitgehend entzogen waren.

[459] § 650d BGB sollte demgegenüber die rasche Klärung von Streitigkeiten im Interesse beider Parteien ermöglichen. Insbesondere sollte für den vorleistungspflichtigen Unternehmer eine rasche gerichtliche Klärung ermöglicht werden.⁴³³ Ob dies gelungen ist, ist angesichts der eher geringfügigen Korrektur und vielfältiger Auslegungszweifel zum Inhalt der Norm,⁴³⁴ aber auch im Hinblick auf die weiter gültigen beweisrechtlichen Beschränkungen für den Verfügungsanspruch, der nach § 294 Abs. 2 ZPO nur mit präsenten Beweismitteln nachgewiesen werden kann, jedoch zweifelhaft.

II. Abdingbarkeit als Regelung des Zivilprozessrechts

[460] Dogmatisch handelt es sich bei § 650d BGB zwar nicht um eine Regelung des allgemeinen Zivilrechts, sondern vielmehr um eine des Zivilprozessrechts. Nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Prozessparteien vertraglich auch bereits vor der Anhängigkeit eines Rechtsstreits innerhalb der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grenzen zu einem bestimmten prozessualen Verhalten verpflichten können, soweit sich nicht aus dem Prozessrecht selbst – wie etwa hinsichtlich der Zulässigkeit einer Prorogation – weitergehende Schranken ergeben.⁴³⁵ Es wäre nicht nachvollziehbar, dass die Parteien im Zivilprozess weitgehend über die streitigen Ansprüche als Verfahrensgegenstand disponieren können, nicht aber über prozessuales Verhalten im Einzelnen, obwohl das gerichtliche Verfahren den Parteien in erster Linie als Hilfsmittel zur Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf ihre materiellen Ansprüche dient. Vorausgesetzt wird allerdings, dass das Verhalten für die Parteien jeweils möglich ist (also bspw. nicht Dritte oder die staatlichen Gerichte selbst verpflichtet, auf deren Verhalten die Parteien durch ihre gegenseitigen Vereinbarungen keinen Einfluss nehmen können) und nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt.⁴³⁶

III. AGB-rechtliche Einordnung in das Klauselverbot nach § 309 Nr. 12 BGB

[461] AGB-rechtlich ist die Norm als Beweiserleichterung allerdings in den Anwendungsbereich des Klauselverbots nach § 309 Nr. 12 BGB einzuordnen, weil diese Regelung ganz allgemein auf jede Erschwerung der Darlegungs- und Beweisposition des Verwendungsgegners Anwendung findet⁴³⁷ und jedenfalls im Hinblick auf Regelungen zur Beweisführung auch im unternehmerischen Rechtsverkehr Indizwirkung hat.⁴³⁸ Auf die Frage, ob § 650d BGB zum gesetzlichen Leitbild zu zählen ist, kommt es daher AGB-rechtlich nicht an, ebenso wenig auf eine etwa im Fall einer Regelung zu einem anderweitigen Ersatz für den einstweiligen Rechtsschutz etwa im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 oder § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung. Jedwede Regelung zur einstweiligen Rechtsdurchsetzung – in Form von Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung,

z.B. durch Adjudikation – müsste vielmehr schon aufgrund des Klauselverbots nach § 309 Nr. 12 BGB die Beweiserleichterung nach § 650d BGB unberührt lassen; eine Abbedingung von § 650d BGB kommt AGB-rechtlich nicht in Betracht.⁴³⁹

IV. Zulässigkeit von Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung

[462] Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes insgesamt ausgeschlossen oder erschwert bzw. durch Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung – bspw. in Form der Adjudikation nach §§ 22 ff. der Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL Bau) – ersetzt oder ergänzt werden kann. Im Verbrauchervertrag ist hier das Klauselverbot nach § 309 Nr. 14 BGB zu beachten,⁴⁴⁰ dem im unternehmerischen Verkehr allerdings keine Indizwirkung zukommt; die Inhaltskontrolle erfolgt dort vielmehr anhand von § 307 BGB.⁴⁴¹

[463] Für Bauverträge führt die nach § 307 Abs. 1 BGB vorzunehmende Interessenabwägung aufgrund der Besonderheiten des Bauvertrags als Langzeitverhältnis und den dort anzunehmenden besonderen Erschwerungen bei einer gerichtlichen Rechtsdurchsetzung dazu, dass solche Klauseln in der Regel zulässig sind, soweit § 650d BGB unberührt bleibt und damit das einschlägige Klauselverbot nach § 309 Nr. 12 BGB (vgl. Rdnr. [461]) nicht eingreift.⁴⁴²

[464] Zu achten ist allerdings auf eine angemessene Gestaltung, bspw. hinsichtlich des Erfordernisses einer einvernehmlichen Auswahl des Adjudikators, wie sie in § 22 Abs. 2 SL Bau vorgegeben ist. Auch jede andere, von grundlegenden verfahrensrechtlichen Wertungen abweichende Ausgestaltung entsprechender AGB-Klauseln führt zu deren Unwirksamkeit. Im Bauwesen empfiehlt sich deshalb eine Anlehnung solcher Regelungen bspw. an die Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL Bau).

V. VOB/B

[465] Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie § 308 Nr. 1a und 1b BGB findet nach § 310 Abs. 1 BGB nur dann nicht statt, wenn die VOB/B „ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist“. Das ist in der Praxis überaus selten und die nachstehend dargestellte Inhaltskontrolle auch von Regelungen der VOB/B zur Streitbeilegung am Maßstab (auch) des gesetzlichen Bauvertragsrechts und damit auch am Maßstab von § 650d BGB daher die Regel.

[466] Dabei ist davon auszugehen, dass § 650d BGB auch bei VOB-Verträgen Anwendung findet. Das ergibt sich bei einer Übertragung der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B auf die weiteren Vorschriften der VOB/B zur Vergütungsanpassung, also insbesondere auf § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B, für die einiges spricht (vgl. Rdnr. [424]), bereits daraus, dass dann § 650c BGB entsprechend heranzuziehen ist.⁴⁴³

Hilfsweise würde es zudem daraus folgen, dass ein Ausschluss der Berechnung der Nachtragsvergütung nach § 650c BGB einer Inhaltskontrolle nicht standhält und deshalb § 650d BGB jedenfalls Anwendung finden würde, wenn der Verwendungsgegner in einem VOB-Vertrag sich auf die dann anzunehmende Unwirksamkeit der Vergütungsregelungen der VOB/B (vgl. Rdnr. [421]) berufen würde.

[467] Aber selbst wenn dies nicht der Fall wäre, müsste § 650d BGB richtigerweise analog herangezogen werden; denn sein Normzweck – die Ermöglichung einer zeitnahen gerichtlichen Klärung von Streitigkeiten über Änderungsanordnungen und die Änderungsvergütung (vgl. Rdnr. [457]) – ist ohne Weiteres auch auf andere Grundlagen für Anordnungen des Bestellers übertragbar.⁴⁴⁴ Der Gesetzgeber wollte für den Bauvertrag als Langzeitverhältnis ausdrücklich eine erleichterte Möglichkeit zur baubegleitenden Streitbeilegung und damit – wie in der Literatur zutreffend betont wird – die Möglichkeit zeitnaher „Klarheit über die Verbindlichkeit der Anordnung und die Sicherung der Liquidität des Unternehmers schaffen“.⁴⁴⁵ Zudem enthält die VOB/B zur Streitbeilegung nur die wenigen – nachstehend zu behandelnden – Regelungen und jedenfalls keine Aussage zur gerichtlichen Klärung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes,⁴⁴⁶ wobei eine Abbedingung von § 650d BGB – wie wir gesehen haben – ohnehin nicht mit § 309 Nr. 12 BGB vereinbar wäre. Der Hinweis der Gegenmeinung darauf, dass den Gesetzesmaterialien kein Hinweis auf eine mögliche Anwendbarkeit auf VOB-Verträge entnommen werden kann,⁴⁴⁷ ist deshalb nicht überzeugend. Maßgeblich ist für eine analoge Anwendung von § 650d BGB vielmehr die Vergleichbarkeit der Interessenlage und die Übertragbarkeit des Normzwecks.

[468] Besonderheiten bestehen für die Anwendung des AGB-Rechts auf die VOB/B außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 1 BGB im Übrigen richtigerweise nicht; insbesondere sind die Grundsätze für ihre Auslegung und damit auch der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung im Rahmen der Inhaltskontrolle⁴⁴⁸ anwendbar, selbst wenn es sich im Grundsatz um ein kollektiv ausgehandeltes Regelwerk handeln mag (vgl. dazu näher Rdnr. [181] ff.).

1. § 18 Abs. 2 VOB/B

[469] § 650d BGB ist durch die Regelung zur außergerichtlichen Streitbeilegung nach § 18 Abs. 2 VOB/B nicht betroffen. Auch sonst ist die Regelung AGB-rechtlich unbedenklich, weil das dortige vorgerichtliche Verfahren nur als Soll-Vorschrift ausgestaltet ist und der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nicht beschränkt wird. Dasselbe gilt für die Anerkenntnisfiktion nach § 18 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/B, weil sie eine i.S.v. § 308 Nr. 5 BGB angemessene Fristregelung enthält und auch im Übrigen den Verwendungsgegner nicht unangemessen i.S.v. § 307 BGB benachteiligt.⁴⁴⁹

2. § 18 Abs. 4 VOB/B

[470] § 18 Abs. 4 VOB/B verpflichtet die Bauvertragsparteien nicht zur Durchführung eines Schiedsgutachterverfahrens. Der BGH hat deshalb entschieden, dass die Regelung einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhält, und zwar auch hinsichtlich der Bindungswirkung in Satz 1 letzter Halbsatz.⁴⁵⁰ § 650d BGB dürfte sich auf dieses Ergebnis zu § 18 Abs. 4 VOB/B zwar nicht auswirken, weil die dortige Beweiserleichterung nur den Verfügungsgrund betrifft, nicht aber den Verfügungsanspruch.

[471] Allerdings ist die Rechtsprechung gleichwohl mit Blick auf § 308 Nr. 12 BGB nicht überzeugend, weil durch die Bindung an das Schiedsgutachten die beweisrechtliche Situation des Verwendungsgegners verschlechtert werden kann und diese Regelung insofern ein Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit enthält.⁴⁵¹ Zudem ist die Regelung bei der für die Inhaltskontrolle zu wählenden kundenfeindlichsten Auslegung⁴⁵² so zu verstehen, dass die Bindung auch dann greift, wenn grundlegende rechtsstaatliche Anforderungen nicht beachtet werden; die in der Rechtsprechung⁴⁵³ demgegenüber angenommene fehlende Bindungswirkung in solchen Fällen steht im Widerspruch zu diesen AGB-rechtlichen Anforderungen an die Auslegung und ist deshalb abzulehnen.

F. Sicherungshypothek des Bauunternehmers nach § 650e BGB

I. Inhalt und gesetzliches Leitbild

[472] Die gesetzliche Regelung zur Sicherungshypothek des Bauunternehmers ist mit § 650e BGB in das gesetzliche Bauvertragsrecht eingegliedert worden. Sie sieht einen Anspruch des Unternehmers auf Verschaffung einer dinglichen Absicherung für seinen Vergütungsanspruch vor. Beim Bauen auf fremden Grund ist diese Absicherung schon deshalb besonders dringlich, weil die Verbindung der Baustoffe mit dem Baugrundstück nach § 94 BGB zum Eigentumsverlust führt. Das Sicherungsmittel tritt – mit eigenen Vor- und Nachteilen –⁴⁵⁴ neben die Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB. Beide Regelungen zusammen stellen das aufgrund der Vorleistungspflicht des Bauunternehmers notwendige Instrument zum Schutz vor einer Insolvenz des Bestellers dar. § 650f BGB ist dabei bereits gesetzlich zwingend ausgestaltet.

[473] § 650e BGB ist demgegenüber zwar durch Individualvereinbarung abdingbar, gehört aufgrund des Ausgleichszusammenhangs mit der Vorleistungspflicht aber AGB-rechtlich zum gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für die Sicherheitsleistung im Bauvertrag. Die Besonderheit im Unterschied zu § 650f BGB besteht darin, dass es sich dort um eine für den Unternehmer kostenfreie Sicherheit handelt, während er nach § 650f Abs. 3 BGB die Avalkosten zu tragen hat. Nicht zuletzt wegen dieses Unterschieds gehört die Regelung deshalb unseres Erachtens – einschließlich der dort vorgesehenen Kostenfreiheit – zum gesetzlichen Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

II. AGB-rechtliche Beurteilung abweichender Klauseln

[474] Abweichende Klauseln sind aus diesem Grund nur geeignet, die Vermutungswirkung dieses Leitbilds zu widerlegen, wenn den schutzwürdigen Interessen des Unternehmers in anderer Weise – also durch eine anderweitige angemessene Sicherstellung – Rechnung getragen wird.⁴⁵⁵ Ist das nicht der Fall, ist die Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nach der zutreffenden herrschenden Meinung unwirksam.⁴⁵⁶

[475] Die von der Gegenauffassung⁴⁵⁷ angeführte Überlegung, mit § 650f BGB stünde ein anderes Sicherungsmittel ohnehin zur Verfügung und im Unterschied zur dortigen Regelung sei § 650e BGB nicht zwingend ausgestaltet, überzeugt nicht. § 650f BGB hat aufgrund der Verpflichtung zur Tragung der Avalkosten erhebliche Nachteile für den Unternehmer und die fehlende zwingende Ausgestaltung besagt nichts dazu, welche Bedeutung einer zwar nicht zwingenden, aufgrund des Vorleistungsrisikos und wirtschaftlicher Nachteile bei der Inanspruchnahme der Sicherheit nach § 650f BGB aber innerhalb des Gesamtkonzepts gleichwohl wesentlichen Regelung innerhalb des gesetzlichen Gesamtbewertung zukommt.

[476] Deshalb spielt auch die Tatsache, dass nach § 650f Abs. 4 BGB der Anspruch nach § 650e BGB neben demjenigen nach § 650f BGB ausgeschlossen ist, für das Ergebnis keine Rolle; denn der geregelte Ausschluss setzt voraus, dass der Unternehmer die Sicherheit verlangt und dieses Verlangen steht ihm frei, was zeigt, dass die beiden Instrumente dem Unternehmer – nach seiner Wahl – nebeneinander zur Verfügung stehen sollen. Die Kostenfreiheit des zweiten Sicherungsmittels für den Unternehmer gehört deshalb unseres Erachtens ebenfalls zum gesetzlichen Leitbild (vgl. Rdnr. [472] f.); eine abweichende AGB ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

[477] Als geeignetes (Ersatz-)Sicherungsmittel bei einer Abbedingung kommt unseres Erachtens nur ein nach dem gesetzlichen Leitbild der Regelungen zur Sicherheitsleistung gem. § 232 BGB ausreichendes Sicherungsmittel in Betracht; denn auch der Sicherungshypothek selbst kommt nach § 232 BGB („Hypotheken an inländischen Grundstücken“) ein entsprechender Stellenwert zu. Im Übrigen muss die Sicherheit nach ihrem Sicherungszweck und der Höhe nach eine § 650e BGB entsprechende Absicherung gewährleisten.

[478] Strittig ist, ob im Fall einer wirksamen Abbedingung der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 650e BGB wieder auflebt, soweit sich die Vermögensverhältnisse des Bestellers verschlechtern.⁴⁵⁸ In der Regel wird dies weder aus § 313 BGB noch im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu begründen sein; ebenso wenig greift bei Vorliegen einer AGB-rechtlich für die Wirksamkeit der Klausel zu fordernden angemessenen (Ersatz-)Sicherheit der Einwand des Rechtsmissbrauchs.⁴⁵⁹

G. Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB

[479] Der früher in § 648a BGB a.F. geregelte Anspruch des Unternehmers auf Stellen einer Bauhandwerkersicherung wurde im Zuge der Einführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts numerisch verschoben. Die Regelung ist – wie bisher – zwingend ausgestaltet (§ 650f Abs. 7 BGB), so dass auch individualvertragliche Beschränkungen des Sicherungsanspruchs dem Abänderungsverbot unterliegen und eine Prüfung nach AGB-rechtlichen Grundsätzen demgegenüber zurücktritt. Einzig der nach § 650g Abs. 6 BGB privilegierte und in der Folge dem Anwendungsbereich der Norm entzogene Besteller-Personenkreis ist an die gesetzlichen Vorgaben der Abs. 1 bis 5 nicht gebunden. Für solche Besteller wird der Sicherungsanspruch insgesamt ausgeschlossen, so dass er in diesen Fällen auch nicht als Orientierung einer etwaigen AGB-rechtlichen Prüfung von AGB-Klauseln zur Sicherheitsleistung durch den Besteller dienen kann.

[480] Wird durch Vereinbarung das Beibringen einer zusätzlichen oder höherwertigeren Sicherheit festgeschrieben, steht dies nicht im Widerspruch zu § 650f Abs. 7 BGB.⁴⁶⁰ Denn § 650f BGB stellt kein abschließendes Sicherungsinstrument dar, sondern versteht sich als Ergänzung der bereits bestehenden Rechte zur Absicherung des unternehmerischen Vorleistungsrisikos, etwa dem Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) und der Sicherungshypothek (§ 650e BGB).

[481] Da bei Stellen einer Bauhandwerkersicherung nach § 650f Abs. 4 BGB nur der Anspruch nach § 650e BGB auf Einräumung einer Sicherungshypothek ausgeschlossen wird, lässt sich im Umkehrschluss daraus ableiten, dass andere Vereinbarungen zur Sicherheitsleistung grundsätzlich möglich sind.⁴⁶¹ Klauseln zu einer weitergehenden Absicherung des Unternehmers neben einem – auch bereits gestellten – Sicherungsverlangen unterliegen daher nur der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Dabei wird jeweils zu prüfen sein, ob die zusätzliche Sicherheit dem Unternehmer eine über den Schutz nach § 650f BGB hinausgehende, verbesserte Rechtsposition (bspw. hinsichtlich einer früher als im Fall nach § 650f BGB möglichen Inanspruchnahme) verschafft, die eine zusätzliche Belastung des Bestellers mit der weiteren Sicherheit rechtfertigt. Ist das der Fall, dürfte in der Regel auch eine AGB-Regelung ohne Anspruch auf Freigabe der zusätzlichen Sicherheit im Fall eines Verlangens nach § 650f BGB zulässig sein.

H. Zustandsfeststellung und Fälligkeit der Vergütung nach § 650g BGB

[482] § 650g BGB enthält zwei sachlich nicht zusammen gehörende Regelungen, nämlich die den Regelungsgegenstand der Abnahme nach § 640 BGB ergänzende Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme nach § 640 Abs. 1 – Abs. 3 BGB und weiter die § 641 BGB zuzuordnende Fälligkeitsregelung nach § 640 Abs. 4 BGB.

I. Inhalt und gesetzliches Leitbild

1. Zustandsfeststellung

[483] Die Verweigerung der Abnahme hat für den Unternehmer ganz erhebliche beweisrechtliche Nachteile, weil er einerseits für eine etwaige Verschlechterung seiner Leistung weiterhin sowohl die Beweislast als auch die Gefahr trägt, andererseits die Leistung aber häufig aus wirtschaftlichen Gründen bereits übergeben werden und in Betrieb gehen muss, um die Entstehung von Verzugschäden zu verhindern. Die Verweigerung der Übergabe stellt in der Regel wegen der daraus entstehenden finanziellen Schäden jedoch ein erhebliches Risiko dar. Entscheidet sich der Unternehmer daher zur Übergabe trotz fehlender Abnahme, stand ihm bisher als Ausweg nur die Möglichkeit eines gerichtlichen Beweisverfahrens offen, die praktisch als angemessene Lösung im Hinblick auf die Dauer entsprechender Verfahren schon aus zeitlichen Gründen nicht tauglich war. Vor diesem Hintergrund stellt der Anspruch auf Durchführung einer gemeinsamen Zustandsfeststellung ein wichtiges neues Schutzinstrument zugunsten des Unternehmers dar, das auch zu den wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zählt.

2. Fälligkeit der Vergütung

[484] Weiter hat der Gesetzgeber in § 650g Abs. 4 BGB die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs – über das allgemeine Werkvertragsrecht und die dortige Voraussetzung einer erklärten Abnahme nach § 641 Abs. 1 BGB hinausgehend – zusätzlich auch noch an das Erfordernis einer prüffähigen Schlussrechnung geknüpft. Dabei wurden die Anforderungen an die Prüffähigkeit gem. § 650g BGB Abs. 4 eher schwach („übersichtliche Aufstellung“, „nachvollziehbar“) ausgestaltet. Einwendungen sind begründet innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung vorzubringen (§ 650g Abs. 4 Satz 3 BGB). Für eine wirksame Rüge genügt es nicht, die fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung nur pauschal zu rügen, da für den Unternehmer erkennbar sein muss, welche Posten der Rechnung aus welchen Gründen beanstandet werden.⁴⁶²

[485] Die Regelung zur Rechnungstellung ist für den Besteller von erheblicher Bedeutung, weil ihm beim Bauvertrag meist erst eine prüfbare Rechnung ausreichende Kenntnis von Inhalt und Höhe seiner Zahlungsverpflichtung schafft. Anders ist dies nur bei Pauschalverträgen, aber auch dort ist es in der Praxis häufig so, dass mit der Schlussrechnung zahlreiche Nachtragsleistungen abgerechnet werden, was eine gesonderte Erläuterung des durch angeordnete Änderungen angepassten Werklohnanspruchs erforderlich macht. Nachdem die Fälligkeit zugleich eine Pflicht zur Verzinsung zur Folge haben kann, sieht der Gesetzgeber im Fall des Bauvertrags typischerweise eine Schutzbedürftigkeit des Bestellers, eine nachvollziehbare Information über die Berechnung des Vergütungsanspruchs zu erhalten.

[486] Während man nach früherem Recht hinsichtlich der Verzugszinsen noch das Verschulden des Bestellers in Frage stellen und so ggf. eine fehlende Zinspflicht begründen konnte, galt dies nicht für die Prozesszinsen nach §

291 BGB. Dort spielt das Erfordernis der Prüffähigkeit deshalb eine erhebliche Rolle. Nach früherem Recht trat bei sofortiger Fälligkeit nach Abnahme gem. §§ 641 Abs. 1, 271 BGB aufgrund von § 291 Satz 1 Halbs. 1 BGB in jedem Fall vom Eintritt der Rechtshängigkeit an eine Verzinsungspflicht ein. Nach neuem Recht gilt dies nur, soweit bei Klageerhebung bereits eine prüffähige Rechnung gestellt ist, weil dann nach § 291 Satz 1 Halbs. 2 BGB erst die spätere Fälligkeit für den Beginn der Verpflichtung zur Zahlung von Prozesszinsen maßgeblich ist. Liegt keine prüffähige Rechnung vor und besteht deshalb noch keine fällige Werklohnforderung, so tritt die Zinspflicht dagegen erst zu dem ggf. späteren Zeitpunkt ein, in dem die Prüffähigkeit – etwa durch Vorbringen im Zuge des Klageverfahrens – hergestellt wird. Die Rechtsfolge von Prozesszinsen trotz fehlender prüfbarer Aufstellung, wie sie bis zum Inkrafttreten von § 650g Abs. 4 BGB noch bestanden hat, war insbesondere bei komplexeren Zahlungsaufstellungen aus Bauverträgen kaum angemessen, solange dem Besteller keine ausreichende Kenntnis von der Zusammensetzung der Schlussrechnungsforderung verschafft worden war.

[487] Zugleich stellt § 650g Abs. 4 BGB aber auch im Interesse des Unternehmers die Voraussetzungen klar, unter denen die Fälligkeit aufgrund des Informationsanspruchs des Bestellers längstens hinausgeschoben werden kann und stellt insofern – wie gesagt – keine übermäßig strengen Anforderungen. AGB-rechtlich normiert der Gesetzgeber damit die im Rahmen von § 308 Nr. 1a BGB bei der Beurteilung von Fälligkeitsfristen und im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zu beachtende Vorgabe zur grundsätzlichen Fälligkeit des Anspruchs auf Vergütung im Bauvertrag. Durch § 650g Abs. 4 BGB wird zur Frage der Rechnungsstellung als Voraussetzung der Vergütung dabei ein neues gesetzliches Leitbild festgeschrieben; denn die Fälligkeitsregelung betrifft die Erfüllung der Werklohnforderung und damit die auf Seiten des Bestellers für die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung in zeitlicher Hinsicht zentrale Leistungsverpflichtung.⁴⁶³

[488] Für das Erfordernis der prüffähigen Schlussrechnung könnte man daran allenfalls deshalb zweifeln, weil an die ausreichende Kenntnis vom geschuldeten Werklohn je nach der Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarung ganz unterschiedliche Anforderungen zu stellen sein können und deshalb möglicherweise unterschiedliche interessengerechte Regelungen denkbar sind. Allerdings trägt die gesetzliche Regelung dem mit dem offenen Begriff der Prüffähigkeit Rechnung, indem je nach der Ausgestaltung der Vergütungsvereinbarung daran eben auch unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind. Bei ganz einfachen Abrechnungen – bspw. von Bauverträgen mit Pauschalvergütung ohne Änderungsleistungen – sind die Anforderungen an die Prüffähigkeit dann besonders gering, bleibt aber nach dem Willen des Gesetzgebers eine gesonderte Information des Bestellers über seine Zahlungspflicht gleichwohl erforderlich.

[489] Auch das für die Fälligkeit des Werklohns im gesetzlichen Bauvertrag beibehaltene Erfordernis der Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung ist für beide Bauvertragsparteien ein wesentlicher Grundgedanke der Regelung nach § 650g Abs. 4 BGB; denn der Besteller kann erst bei der Abnahme das Bauwerk auf Einhaltung der Anforderungen an die vertragliche Beschaffenheit prüfen und damit feststellen, ob ihm für den zu bezahlenden Werklohn die vertragsgemäße Leistung verschafft wird. Zuvor schuldet er generell nur Abschlagszahlungen nach § 632a BGB. Umgekehrt erklärt der Besteller mit der Abnahme vorbehaltlich etwa noch erklärter Vorbehalte wegen Mängeln, dass er das im Wesentlichen mängelfreie Werk erhalten hat, weshalb ein weiterer Aufschub des Werklohnanspruchs dem Grundsatz der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung widersprechen würde. Ergänzt werden die Fälligkeitsvoraussetzungen nach § 650g Abs. 4 BGB im Übrigen durch § 640 Abs. 1 BGB, der

regelt, unter welchen Voraussetzungen der Besteller verpflichtet ist, die Abnahme und damit in der Folge auch die Fälligkeit herbeizuführen.

[490] Zu unterscheiden ist die Fälligkeitsregelung nach § 650g Abs. 4 BGB von den gesetzlichen und AGB-rechtlichen Regelungen zur Verlängerung von Fälligkeitsfristen, also §§ 271a, 308 Nr. 1a BGB. Soweit AGB-Klauseln zur grundsätzlichen Fälligkeitsregelung nach § 650g Abs. 4 BGB zu einer Überschreitung der nach diesen rechtlichen Vorgaben gültigen Fälligkeitsfrist führen können, liegt zwar ggf. ein zusätzlicher Rechtsgrund für eine Unwirksamkeit der Klausel vor. Das bedeutet aber im Umkehrschluss nicht ohne Weiteres, dass jede aufgrund einer Ausschöpfung der nach diesen Regelungen noch möglichen Zahlungsziele jede durch AGB geregelte Abweichung von den Voraussetzungen nach § 650g Abs. 4 BGB schon allein deshalb AGB-rechtlich nicht zu beanstanden wäre (arg e § 271a Abs. 6 BGB).⁴⁶⁴ Für den gesamten Regelungskreis gilt hinsichtlich von Regelungen mit verlängerten Zahlungsfristen vielmehr einerseits die zwingende gesetzliche Regelung nach § 271a BGB, andererseits – und daneben – AGB-rechtlich (arg e § 271a Abs. 6 BGB) für vorformulierte Klauseln das Klauselverbot nach § 308 Nr. 1a BGB⁴⁶⁵ sowie mit Blick auf die weiteren Vorgaben zur Regelung der Fälligkeit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

[491] Vom Gesetzgeber nicht geregelt wurde das Problem, dass der Besteller mit der Berechtigung des Unternehmers zur Herbeiführung der Fälligkeit durch Schlussrechnung ggf. einen sehr späten Beginn der Verjährung für den Werklohn hinnehmen muss. Denn der Beginn der Verjährung setzt die Fälligkeit des Anspruchs voraus. Zugleich stellt die Möglichkeit, die Fälligkeit selbst durch Stellung einer Schlussrechnung herbeizuführen, keinen der Verjährung nach § 194 BGB unterliegenden Anspruch – also das „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“ – dar. Die Verjährung gilt nur in umgekehrter Richtung für den Anspruch des Bestellers auf Erstellung einer Schlussrechnung, sofern man einen solchen Anspruch als unregelmäßige Nebenpflicht annimmt. Aber auch eine entsprechende Anwendung von § 162 BGB dürfte nicht weiterhelfen, weil der Besteller auf die Erteilung einer Schlussrechnung klagen und so selbst die Fälligkeit herbeiführen könnte.⁴⁶⁶

II. Vereinbarkeit einzelner Klauseln

1. Zustandsfeststellung

[492] Der Anspruch auf Zustandsfeststellung führt AGB-rechtlich aufgrund der beweisrechtlichen Zielsetzung des Gesetzes, die ihren Ausdruck in der Vermutungswirkung nach § 650g Abs. 3 BGB findet, in den Anwendungsbereich des Klauselverbots nach § 309 Nr. 12 BGB. Das hat für jedwedes aus einer AGB-Klausel zu entnehmende Bestreben des Verwenders, die Beweisposition des Verwendungsgegners zu erschweren, die Unwirksamkeit solcher Klauseln zur Folge.⁴⁶⁷ Die Regelung ist daher nur individualvertraglich abdingbar.⁴⁶⁸

[493] Im Kern dürften nach diesen Grundsätzen AGB sowohl zur Ausgestaltung der Mitwirkungspflichten des Bestellers nach § 650g Abs. 1 BGB als auch der in Abs. 2 geregelten Rechtsfolgen bei Verletzung der Mitwirkungspflicht im Hinblick auf die gemeinsame bzw. einseitige Zustandsfeststellung nur in sehr engen Grenzen zulässig sein, nämlich soweit sie entweder nur klarstellender oder präzisierender Natur sind oder aus anderen Gründen keinen spürbaren Einfluss auf die beweisrechtliche Situation des Unternehmers haben.

[494] Das Klauselverbot nach § 309 Nr. 12 BGB gilt im Übrigen nicht nur zugunsten des Unternehmers, sondern auch umgekehrt zugunsten des Bestellers; denn auch für den Besteller legt die Regelung bei einer Verweigerung der Abnahme seine beweisrechtliche Position im Hinblick auf den Zustand des hergestellten, aber noch nicht abgenommenen Bauwerks fest, so dass etwaige Verschärfungen von Mitwirkungspflichten nach § 650g Abs. 1 bis Abs. 3 BGB seine Beweisposition erschweren würden.

2. Fälligkeit der Vergütung

a) Klauseln des Bestellers zur Erschwerung des Eintritts der Fälligkeit

[495] Klauseln des Bestellers, mit denen generell weitergehende Anforderungen als die Abnahme und die Stellung einer prüffähigen Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung gestellt werden, sind nicht wirksam, wenn sie zu einer zeitlich nicht bestimmaren Verschiebung der Fälligkeit führen. Das folgt bereits aus § 271a BGB, weil eine nicht bestimmare Verschiebung der Fälligkeit stets „grob unbillig“ ist und zur Folge hat, dass statt der verlängerten Fälligkeit die Werklohnforderung nach § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig wird und die dafür geltenden weiteren Sanktionen, wie etwa Zinspflichten und Verzug gelten.⁴⁶⁹ Es handelt sich insofern auch nicht um die für unwirksame AGB geltende personale Teilunwirksamkeit (vgl. Rdnr. [438] f.); vielmehr ist die Nichtigkeit im Rechtsstreit ohne Rücksicht darauf, ob der Verwendungsgegner sich darauf beruft, zu berücksichtigen.

aa) Erschwerung der Fälligkeit

[496] Bei Klauseln, die nicht zu längeren als den nach § 271a BGB zulässigen Fälligkeitsfristen führen, ist AGB-rechtlich dann weiter das Klauselverbot nach § 308 Nr. 1a BGB zu prüfen (arg e § 271a Abs. 6 BGB) und schließlich – soweit auch die dortigen Anforderungen eingehalten werden – § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dort ist im Rahmen der erforderlichen Unvereinbarkeitsprüfung zu klären, ob die Vermutungswirkung des gesetzlichen Leitbilds nach § 650g BGB (vgl. Rdnr. [485] ff.) widerlegt werden kann, weil ggf. im Einzelfall gewichtige Interessen des Bestellers die Klausel zu rechtfertigen vermögen und die schutzwürdigen Interessen des Unternehmers noch ausreichend beachtet werden.⁴⁷⁰ Die Tatsache allein, dass das Gesetz in § 271a BGB eine Prüffrist von 30 Tagen rechtlich anerkennt, bedeutet nicht, dass damit die Anforderungen nach § 650g Abs. 4 AGB-rechtlich ohne Weiteres zur Disposition stehen (arg e § 271a Abs. 6 BGB).⁴⁷¹ Dasselbe gilt im Ergebnis auch für § 308 Nr. 1a BGB; denn die Regelung bezieht sich allein auf die Vorgabe reiner Zahlungsfristen, nicht aber auf die sonstige Erschwerung der Fälligkeitsvoraussetzungen.

[497] Wird deshalb bspw. die Fälligkeit an die Vorlage von Bestandsunterlagen geknüpft, deren Fehlen bei der Abnahme keinen wesentlichen Mangel darstellt, die aber in kürzerer Zeit als innerhalb von 30 Tagen erstellt werden können, dann hält eine solche Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, weil ein weiterer Aufschub der Fälligkeit dem gesetzlichen Leitbild nach § 650g Abs. 4 BGB widerspricht; weder sprechen bei nicht wesentlichen Bestandsunterlagen gewichtige Interessen des Bestellers für eine solche

Regelung – er kann ohnehin aufgrund der fehlenden Unterlagen einen Einbehalt von der Vergütung vornehmen –, noch werden die schutzwürdigen Interessen des Unternehmers gewahrt.

bb) Fiktion der Prüffähigkeit

[498] Auch zur Fiktion der Prüffähigkeit nach § 650g Abs. 4 Satz 2 BGB ist davon auszugehen, dass Erschwerungen dieser Fiktion, bspw. durch Verlängerung der Frist, in den Anwendungsbereich von § 309 Nr. 12 BGB fallen, der jede Regelung betrifft, mit der verhindert werden soll, dass der Verwendungsgegner anspruchsbegründendes Vorbringen in den Rechtsstreit einbringen kann.⁴⁷²

[499] Selbst wenn man die Anwendung von § 309 Nr. 12 BGB verneinen wollte, würde zudem die Klauselprüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in der Regel zum selben Ergebnis führen; denn es geht bei der Frist für den Besteller nicht um eine vollständige Rechnungsprüfung, sondern vielmehr nur darum festzustellen, ob die Mindestanforderungen lediglich der Prüffähigkeit gegeben sind. Dass diese Feststellung selbst bei komplizierterer Abrechnung nicht in 30 Tagen möglich sein sollte, wird kaum je zu begründen sein.

b) Klauseln der Unternehmers zur Erleichterung des Eintritts der Fälligkeit

[500] Ähnliche Überlegungen gelten umgekehrt für AGB des Unternehmers, mit denen die Fälligkeit früher als in § 650g Abs. 4 BGB vorgesehen herbeigeführt werden soll. Auch dort wäre die Vermutungswirkung des gesetzlichen Leitbilds nach § 650g Abs. 4 BGB zu widerlegen, was in der Regel nicht gelingen wird. Die Interessen des Unternehmers sind in aller Regel ausreichend dadurch geschützt, dass an die Prüffähigkeit der Rechnung ohnehin keine hohen Anforderungen zu stellen sind (vgl. Rdnr. [484]) und er auch kaum ein berechtigtes Interesse daran haben kann, dass dem Besteller keine vorherige Prüfung des erstellten Bauwerks im Rahmen der Abnahme möglich sein soll.

3. VOB/B

[501] Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle der VOB/B nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie § 308 Nr. 1a und 1b BGB findet nach § 310 Abs. 1 BGB nur dann nicht statt, wenn die VOB/B „ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist“. Das ist in der Praxis überaus selten und die nachstehend dargestellte Inhaltskontrolle auch von Regelungen der VOB/B zur Zustandsfeststellung und zur Fälligkeit der Vergütung am Maßstab (auch) des gesetzlichen Bauvertragsrechts daher die Regel.

[502] Besonderheiten bestehen für die Anwendung des AGB-Rechts auf die VOB/B außerhalb des Anwendungsbereichs von § 310 Abs. 1 BGB richtigerweise nicht; insbesondere sind die Grundsätze für ihre Auslegung und damit auch der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung im Rahmen der Inhaltskontrolle⁴⁷³

anwendbar, selbst wenn es sich im Grundsatz um ein kollektiv ausgehandeltes Regelwerk handeln mag (vgl. dazu näher Rdnr. [181] ff.).

a) Zustandsfeststellung nach § 4 Abs. 10 VOB/B

[503] Die Zustandsfeststellung nach § 4 Abs. 10 VOB/B kann aufgrund ihrer systematischen Stellung⁴⁷⁴ selbst unter Berücksichtigung der für die Inhaltskontrolle zu wählenden kundenfeindlichsten Auslegung⁴⁷⁵ nicht als eine den § 650g BGB ausschließende oder verdrängende Regelung zu verstehen sein. Sie unterliegt dann (und nur dann) mit Blick auf § 650g BGB keinen AGB-rechtlichen Bedenken.

[504] Die beweisrechtlichen Rechtsfolgen von § 4 Abs. 10 VOB/B werden im Übrigen zwar in der Literatur nicht einheitlich beurteilt.⁴⁷⁶ Allerdings enthält die Regelung selbst keinerlei Aussage zu etwaigen beweisrechtlichen Folgen und kann auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht in Richtung beweisrechtlicher Folgen als Regelungsgegenstand ausgelegt werden, so dass ihr § 309 Nr. 12 BGB nicht entgegensteht.

b) Fälligkeitsregelungen nach § 16 VOB/B

aa) § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B

[505] § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B sieht vor, dass die „Leistungen [...] durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen [sind], die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss“. Die Regelung gilt allerdings nur für Abschlagszahlungen, so dass eine etwaige Abweichung von § 650g Abs. 4 Satz 2 BGB AGB-rechtlich nicht von Bedeutung ist. Maßgeblich ist vielmehr § 632a Abs. 1 Satz 3 BGB, dessen Formulierung § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B ohne wesentliche Abweichungen übernimmt. Hinzugefügt wird lediglich das Wort „prüfbare“ als Anforderung an die Abrechnung, wodurch aber die gesetzliche Anforderung einer „Aufstellung [...], die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss“ nicht verschärft wird.

bb) § 16 Abs. 3 VOB/B

[506] Bei den Fälligkeitsregelungen nach § 16 Abs. 3 VOB/B sind diejenigen zur Herbeiführung der Fälligkeit und zur Fälligkeitsfrist nach Nr. 1 und die Regelungen nach den Nrn. 2 – 5 zum Ausschluss von Nachforderungen durch Annahme von Zahlungen zu unterscheiden. Letztere betreffen nicht die in § 650g Abs. 4 BGB geregelte Fälligkeit; sie halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB allerdings aus anderen Gründen (und auch im unternehmerischen Rechtsverkehr) nicht stand, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden ist (§ 310 Abs. 1 BGB).⁴⁷⁷ Für die Nr. 1 ist demgegenüber zu unterscheiden:

(1) § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B

[507] Während nach § 650g Abs. 4 Satz 1 BGB die Fälligkeit bereits mit Zugang der prüffähigen Schlussrechnung, also ohne Fälligkeitsfrist und damit sofort eintritt, wird der Schlussrechnungsanspruch nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B erst nach Prüfung und Feststellung und sodann spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Schlussrechnungszugang, zur Zahlung fällig.

(a) Stellen der VOB/B durch den Besteller

[508] Zwar weicht die Fälligkeitsregelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B in AGB des Bestellers damit vom gesetzlichen Leitbild nach § 650g Abs. 4 BGB ab, weil dort nach Vorlage auch nur der prüffähigen Rechnung die sofortige Fälligkeit eintritt, während § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B die tatsächliche „Prüfung und Feststellung“ durch den Besteller verlangt, es also zunächst in die Hand des Bestellers legt, die Prüfung länger als erforderlich hinzuziehen.

[509] Indessen enthält § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B in seinen Sätzen 4 und 5 eine ergänzende Regelung, wonach die Prüfung nach Möglichkeit zu beschleunigen ist und unstrittige Guthaben ausbezahlt werden müssen. Damit ist aber für die Auslegung von Satz 1 davon auszugehen, dass die Formulierung „spätestens“ nur so verstanden werden kann, dass sich frühere Zeitpunkte bei Beachtung von Satz 4 ergeben können. Deshalb wird die späteste Fälligkeit nur bei entsprechendem Prüfaufwand und damit in Übereinstimmung mit § 271a Abs. 3 BGB auf 30 Tage verlängert und ist die bei geringem Prüfaufwand entsprechend verkürzte Frist durch berechnete Interessen des Bestellers – bei gleichzeitiger Beachtung der schutzwürdigen Interessen des Unternehmers durch die Regelungen nach den Sätzen 4 und 5 – gerechtfertigt; die Gesamtregelung ist daher AGB-rechtlich nicht zu beanstanden.⁴⁷⁸

(b) Stellen der VOB/B durch den Unternehmer

[510] Bei Stellen der VOB/B durch den Unternehmer wurden früher AGB-rechtliche Bedenken gegen § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 VOB/B aus dem Umstand hergeleitet, dass der Unternehmer mit der Regelung durch späte Stellung der Schlussrechnung den Beginn der Verjährungsfristen verzögern konnte.⁴⁷⁹ Diese Bedenken haben sich durch das Inkrafttreten von § 640g Abs. 4 BGB erledigt, weil dieser Aspekt der Regelung nunmehr gesetzliches Leitbild ist.

(2) § 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B

[511] Die Verlängerung der Prüffrist auf höchstens 60 Tage in Satz 2 knüpft zunächst an den generellen Fälligkeitstatbestand nach Satz 1 und die dortige Regelung zur Fälligkeit innerhalb dieser Frist („Prüfung und Feststellung“) an. Insofern gelten die vorstehenden Ausführungen (Rdnr. [508] f.).

[512] Die Verlängerung der Frist selbst steht im Übrigen in Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben nach § 271a BGB und ist auch nicht unangemessen nach § 308 Nr. 1a BGB, weil voraussetzt wird, dass die Verlängerung „aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde“. Damit ist ausreichend sichergestellt, dass sie nur im Rahmen eines typischerweise besonderes hohen Prüfaufwands bei komplexen Bauabrechnungen Anwendung finden kann, was im Zuge der Angemessenheitsprüfung berücksichtigt werden kann.⁴⁸⁰

I. Schriftform der Kündigung nach § 650h BGB

I. Inhalt und Normzweck

[513] Die Regelung enthält für die Kündigung des Bauvertrags ein gesetzliches Schriftformerfordernis nach § 126 BGB. Der Normzweck besteht einerseits im Schutz der Bauvertragsparteien vor Übereilung. Sie sollen vor übereilten Kündigungen mit weitreichenden Folgen bewahrt werden.⁴⁸¹ Darüber hinaus dient die Schriftform – wiederum für beide Vertragsparteien – aber auch der Rechtssicherheit und der Beweisbarkeit ausgesprochener Kündigungen.⁴⁸²

II. Abdingbarkeit

[514] Zur Frage der Abdingbarkeit wird in der Literatur überwiegend angenommen, dass es sich bei der Regelung um zwingendes Recht handelt, das also auch durch Individualvereinbarung nicht abbedungen werden kann. Das entspricht für Schriftformerfordernisse der verbreiteten und herrschenden Meinung zu zahlreichen anderen gesetzlichen Regelungen, wie etwa der Schriftform im Mietrecht nach § 550 BGB (für den Vertragsschluss) oder nach § 568 BGB (für die Kündigung).

[515] Allerdings ist davon auszugehen, dass sich der zwingende Charakter von Normen des bürgerlichen Rechts, solange er nicht – wie bspw. im Fall von § 650f BGB – ausdrücklich geregelt ist, allenfalls aus einer Auslegung der jeweiligen Norm ergeben kann. Dabei sprechen bei der gesetzlichen Schriftform in der Tat in vielen Fällen sehr gute Gründe für den zwingenden Charakter – in den genannten mietrechtlichen Fällen bei § 550 BGB etwa der Verkehrsschutz zugunsten von Erwerbern des Mietobjekts, weil er Dritte betrifft und deshalb nicht zur Disposition der Mietvertragsparteien steht. Ob dies gleichermaßen im Fall von § 650h BGB anzunehmen ist, erscheint demgegenüber unseres Erachtens zweifelhaft, dient die dortige Regelung doch dem Schutz beider Parteien, die

deshalb im Grundsatz in der Lage sein sollten über die hier nur betroffenen eigenen Interessen nach allgemeinen Grundsätzen zu disponieren. Die Erforderlichkeit eines solchen Schutzes gegen den Willen beider Parteien erscheint daher fraglich.

III. AGB-rechtliche Beurteilung abweichender Klauseln

[516] AGB-rechtlich zählt die Regelung nach ihrem Normzweck allerdings zum gesetzlichen Leitbild des Bauvertragsrechts.⁴⁸³ Der Gesetzgeber hat es für den Bauvertrag als Langzeitverhältnis als erforderlich angesehen – im Sinne eines gesetzlichen Regelfalls – zum Schutz beider Parteien eine entsprechende Anforderung zu schaffen. Die Abbedingung in AGB ist daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Dasselbe gilt für eine Abschwächung des Formerfordernisses geben, zumal der Gesetzgeber ausdrücklich davon abgesehen hat, wie im Fall von § 650b BGB die schwächere Textform ausreichen zu lassen.

IV. Kündigungsregelung nach § 8 Abs. 6 VOB/B

[517] Die Kündigungsregelung nach § 8 Abs. 6 VOB/B sah bis zum Inkrafttreten eine nach herrschender Meinung konstitutive vertragliche Schriftform für die Kündigungserklärung vor.⁴⁸⁴ Mit Inkrafttreten von § 650h BGB ist der Meinungsstreit erledigt; die Regelung gibt nun nur noch die gesetzliche Rechtslage wieder.⁴⁸⁵ AGB-rechtliche Bedenken gegen die Regelung bestehen somit nicht.

J. Verbraucherbauvertrag nach § 650i ff. BGB

[518] Die Regelungen im Verbraucherbauvertrag nach §§ 650i ff. BGB sind vom Gesetzgeber nach § 650o BGB auch gegenüber Individualvereinbarungen weitgehend – nämlich hinsichtlich §§ 650i bis 650l und 650n BGB – zwingend ausgestaltet worden. Insoweit sind sie AGB-rechtlich nur eingeschränkt relevant.⁴⁸⁶ Ausgenommen wurde vom zwingenden Charakter nur die Vorschrift zu Abschlagszahlungen nach § 650m BGB, an die jedoch das Klauselverbot nach § 309 Nr. 15 BGB anknüpft, weshalb die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB insoweit ebenfalls zurücktritt und abweichende Klauseln weitgehend unzulässig sind.⁴⁸⁷

| | |
|----|--|
| * | Die Verfasser sind Rechtsanwälte bei der LUTZ ABEL Rechtsanwalts PartG mbB, München. |
| 1 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 221. |
| 2 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 238 ff. |
| 3 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., 227 ff. |
| 4 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 98. |
| 5 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 102 ff. |
| 6 | Vgl. dazu Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 9. |
| 7 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 230 f. |
| 8 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 11. |
| 9 | Vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 308 Nr. 4 Rdnr. 4. |
| 10 | Vgl. dazu für den Fall nach § 315 BGB bereits Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1909 f.). |
| 11 | Vgl. dazu mit Blick auf § 1 Abs. 3 VOB/B bereits zutreffend Kaufmann, BauR 2005, 1806 (1808) und Jahrbuch Baurecht 2006, 35 ff.; a.A. von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rdnr. 130, allerdings ohne nähere Würdigung der wertungsmäßigen Besonderheiten einseitiger vertraglicher Änderungsvorbehalte im Vergleich zu den bestehenden gesetzlichen Bestimmungsrechten nach § 315 BGB oder § 363 BGB. |
| 12 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 230 f. |
| 13 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 243; der in der Literatur ebenfalls verwendete Begriff einer „freien Anordnung“ (vgl. etwa Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 253) ist etwas missverständlich, weil die Anordnung der Änderung im Fall nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB gerade nicht frei (also ohne weitergehende Bindungen wie im Fall nach Nr. 2) erfolgen kann, sondern nur, wenn die Änderung dem Unternehmer zumutbar ist. |
| 14 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 237 ff. |
| 15 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2055 f.). |
| 16 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 27; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2048 ff.). |
| 17 | BGH, UrT. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 – „Blockheizkraftwerk“. |
| 18 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 22. |
| 19 | Vgl. Pioch, AcP 2019, 703 ff.; zustimmend Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2022, VOB/B § 2 Rdnr. 31 ff.; kritisch auch Leicht, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 01.02.2020, BGB § 650b Rdnr. 14 ff. |
| 20 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2052). |
| 21 | Vgl. Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2022, VOB/B § 2 Rdnr. 38. |
| 22 | Vgl. dazu bereits Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2050 f.); kritisch zum Auslegungsergebnis Leicht, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 01.02.2020, BGB § 650b Rdnr. 19 (funktionaler Erfolg nur Geschäftsgrundlage – daraus folge Anspruch auf Vertragsanpassung). |
| 23 | Zu weiteren Einzelheiten vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (dort 2056 ff. – zur Änderung nach Nr. 2 allgemein, S. 2059 ff. – zur Notwendigkeit im Einzelnen). |
| 24 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2054 ff.). |
| 25 | Vgl. Abel/Schönfeld, a.a.O. (Fn. 24). |

| | |
|----|--|
| 26 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2057). |
| 27 | Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, S. 22; Referentenentwurf des BMJV, S. 20. |
| 28 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 27 m.w.N. |
| 29 | Vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, S. 21. |
| 30 | Vgl. in diesem Sinn zutreffend (und ebenfalls unter Hinweis auf die Gesetzgebungsgeschichte) bereits Althaus, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 2 Änderung der Leistungspflicht Rdnr. 468. |
| 31 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2057 f.); zustimmend Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 60; Althaus, in: Bartsch/Kattenbusch/Althaus, Nachträge, 2. Aufl. 2020, Teil 2 Änderung der Leistungspflicht Rdnr. 468; a.A. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 23 ff.; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 60 ff. |
| 32 | Vgl. den insofern berechtigten Hinweis von Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 63; an der abweichenden Beurteilung des bei Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2057) geschilderten Falls vertraglich vereinbarter Wochenendarbeit, für die keine Genehmigung erlangt werden kann, hält der Mitverfasser dieses Beitrags nicht mehr fest. Führt die Unzulässigkeit der Wochenendarbeiten in dem dort geschilderten Fall zu vom Unternehmer nicht zu vertretenden Verzögerungen, besteht ein Anspruch auf Anpassung der Bauzeit nach § 271 BGB sowie unter den Voraussetzungen nach § 642 BGB ein Anspruch auf Entschädigung. |
| 33 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2057) – vereinbarte technische Umsetzungsbedingungen, die zu Bauwerksmängeln führen würden; ein instruktives Beispiel bildet Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 60.1 (Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers durch Verlegung der Ausführungszeit, weil die beabsichtigte Ausführungszeit zu einem Mangel führen würde). |
| 34 | Zu solchen Fällen Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2054 f., 2057). |
| 35 | Vgl. dazu Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 240, unter Hinweis auf Rechtsprechung des BGH zum Aspekt branchentypischer Anforderungen. |
| 36 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 244; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1911 ff., 1916 ff.). |
| 37 | Vgl. auch Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 240. |
| 38 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1916) und BauR 2017, 2047 (2069). |
| 39 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 22. |
| 40 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2061). |
| 41 | Vgl. dazu im Einzelnen Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2062 ff.); von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 17 ff.; ähnlich: Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 46 f. |
| 42 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2067). |
| 43 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2066); von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 50; Mundt, in: BeckOGK 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 144. |
| 44 | So zutreffend Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 244; ebenso im Ergebnis von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 41; Motzke, FS Messerschmidt, S. 208; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2062 f.). |
| 45 | Vgl. zur verfassungsrechtlichen Begründung eines solchen Verständnisses des § 650b BGB im Einzelnen auch Abel/Schönfeld, a.a.O. (Fn. 44). |
| 46 | Vgl. Motzke, FS Messerschmidt, S. 208. |
| 47 | H. M.; vgl. etwa Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 245; von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 62 ff.; Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 48; Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 29; Oberhauser, NZBau 2019, 3 f.; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 66; Leicht, in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 01.02.2020, BGB § 650b Rdnr. 29 f.; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2066); a.A. Jousen, BauR 2018, 155. |

| | |
|----|---|
| 48 | Zu einer in Ausnahmefällen denkbaren rechtsgeschäftlichen Lösung durch ein Recht auf Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder allgemein aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 245; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 64; von Rintelen, in: Kniffka iBrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 68; jeweils m.w.N., auch zur diesbezüglichen Rechtsprechung des BGH. |
| 49 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1901 (1915). |
| 50 | Vgl. dazu bereits die Nachweise zur Literatur betreffend die (allerdings umstrittene) Frage eines faktischen Kontrahierungszwangs aufgrund der ungebundenen Änderungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 3 VOB/B bei Fn. 11. |
| 51 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (2). |
| 52 | Vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NZBau 2000, 130. |
| 53 | Vgl. näher Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3 f.). |
| 54 | Vgl. näher Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (4 f.). |
| 55 | Vgl. dazu etwa die Regelungen in der HOAI, Anlage 10 zu § 34 Abs. 4 BGB, § 35 Abs. 7 BGB – „Aufstellen von Leistungsbeschreibungen“ als Planungsleistung. |
| 56 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (4 f.). |
| 57 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3). |
| 58 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (6). |
| 59 | Die insofern missverständlichen Ausführungen bei Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (5, 9), die so verstanden werden könnten, dass auch bei Nichtvorlage einer Planung stets ein Anordnungsrecht entstehen könnte, weil § 650b Abs. 2 BGB den Fristbeginn an das Änderungsbegehren knüpft, das seinerseits nicht zwingend bereits die Vorlage einer Planung voraussetzt, sind in diesem Sinne korrekturbedürftig; an ihnen wird nur in dem hier dargelegten Umfang festgehalten. |
| 60 | Zutreffend KG, Urt. v. 07.09.2021 – 21 U 86/21; instruktiv dazu und im rechtlichen Ergebnis ähnlich Steffen, BauR 2022, 3 ff. |
| 61 | Zutreffend in diesem Sinn bereits Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 5a ff.; Steffen, BauR 2022, 3 (17). |
| 62 | A.A. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 241. |
| 63 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2052). |
| 64 | Vgl. zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eingehend Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1910 ff.). |
| 65 | Vgl. zum Meinungsstand und zur Rechtsprechung des BGH (die allerdings nur auf einem knapp begründeten Nichtannahmebeschluss beruht, der in diesem Punkt zudem nicht näher begründet ist) Schmitz, in: Kniffka iBrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 648a Rdnr. 29. |
| 66 | Vgl. dazu im Einzelnen Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1903 ff.) gegen die herrschende Meinung in der Literatur. |
| 67 | Vgl. dazu bereits Abel/Schönfeld, a.a.O. (Fn. 66). |
| 68 | Vgl. dazu Schmitz, in: Kniffka iBrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 648a Rdnr. 32. |
| 69 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1904 ff.). |
| 70 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1905 f.). |
| 71 | Zu weitgehend von Rintelen, FS Eschenbruch, S. 338 f., der dem Bestellerinteresse zu einseitig den Vorrang einräumt. Den dort mit Blick auf das gesetzliche Einigungsmodell aufgezeigten, durchaus berechtigten Belangen ist AGB-rechtlich i.R.d. Unvereinbarkeitsprüfung Rechnung zu tragen (vgl. dazu nachfolgend Rdnr. [96] ff.). |
| 72 | Vgl. Voit, FS Beuthien, S. 67 f. |
| 73 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1047 (1056). |

| | |
|----|---|
| 74 | Vgl. Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 83 und Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1 (auch mit dem im Grundsatz berechtigten Hinweis bei Rdnr. B 18 f., dass die Regelungen nach §§ 650b – 650d BGB AGB-rechtlich als ineinandergreifendes Gesamtsystem zu würdigen sind); Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 251. |
| 75 | So Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 223 f. |
| 76 | Vgl. dazu die Nachweise bei Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 m.w.N. |
| 77 | Zu Bedenken an der Durchführbarkeit der Abgrenzung durch die Rechtsprechung siehe allerdings Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 223 f. im rechtlichen Ergebnis dürften sich aus der unterschiedlichen Einordnung häufig keine Unterschiede im rechtlichen Ergebnis ergeben, weil einerseits das Gewicht einzelner Regelungsaspekte auch von der abweichenden Meinung von Fuchs (vgl. dazu a.a.O., § 307 Rdnr. 223 f.) maßgeblich in die Unvereinbarkeitsprüfung einfließt und andererseits bei einem Ausscheiden einzelner Regelungsaspekte aus den wesentlichen Grundgedanken gleichwohl noch die allgemeine Inhaltskontrolle stattfindet, die sich ebenfalls am einfachen Gesetzesrecht zu orientieren hat; vgl. dazu Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 98. |
| 78 | Vgl. BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NZBau 2000, 130. |
| 79 | Vgl. Althaus, BauR 2017, 412 (416); Langen, in: LBD, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, BGB § 650b, Rdnr. 30; Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 51. |
| 80 | A.A. dazu mit Blick auf § 650b BGB von Rintelen, FS Eschenbruch, S. 334 ff. |
| 81 | Ebenso Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 51; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 234; Oberhauser, in: DLOPS, Neues BauvertragsR § 2 Rdnr. 92; Oberhauser, NZBau 2019, 3 (9 f.); Langen, FS Messerschmidt, S. 149; von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, 4. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 66; a.A. Putzier, NZBau 2018, 131 f.; Leicht, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 01.02.2020, BGB § 650b Rdnr. 67 ff.; offenlassend noch Langen, NZBau 2019, 10, (11 f.). |
| 82 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 51; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1911 ff.); Langen, FS Messerschmidt, S. 149, mit dem zutreffenden Hinweis, dass die Regelung zwar von bisher gängigen Regelungsmodellen abweichen mag, dies jedoch zum Schutz der Interessen beider Parteien, also auch zum Schutz des Unternehmers. |
| 83 | Leicht, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 01.02.2020, BGB § 650b Rdnr. 67 ff. |
| 84 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 3. Einführung vor BGB § 631 Rdnr. 36: „Bauvertrag als Langzeit-Systemvertrag“. |
| 85 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 51. |
| 86 | Vgl. dazu eingehend von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 249 ff. und mit Bezug auf die AGB-rechtliche Bewertung der VOB/B Rdnr. 253 ff. |
| 87 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 52 f. |
| 88 | Vgl. dazu von Rintelen, FS Eschenbruch, S. 335. |
| 89 | Bei selbst erstellter Planung des Unternehmers besteht im Fall von Mängeln der Planung i.d.R. kein Anspruch auf Anpassung der Vergütung (vgl. § 650c Abs. 1 Satz 2 BGB) und auch kein Anspruch auf Beteiligung des Bestellers an den Sowiesokosten bei der Behebung von Mängeln, wie ihn die Rechtsprechung für die Mängelrechte des Bestellers bei Mängeln der vom Besteller beigestellten Planung annimmt (vgl. dazu Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 5 Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rdnr. 77 ff.). Es verbleiben damit allenfalls noch Ansprüche aufgrund eines sonstigen Mitverschuldens nach § 254 BGB, die aber nach der Rechtsprechung des BGH i.d.R. ebenfalls nur im Fall einer vom Besteller beizustellenden Planung bestehen (vgl. dazu Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 5 Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rdnr. 84). |
| 90 | Ebenso Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 88. |
| 91 | Vgl. zur Rechtfertigung des Anordnungsrechts näher Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1912 ff.). |
| 92 | Vgl. von Rintelen, FS Eschenbruch, S. 335. |
| 93 | Vgl. dazu die Nachweise bei Von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 3. |
| 94 | Vgl. dazu bereits Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 240, unter Hinweis auf korrespondierende Rechtsprechung des BGH. |

| | |
|-----|---|
| 95 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1915). |
| 96 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1911 ff., 1916 ff.). |
| 97 | Vgl. zu diesem Aspekt BAG, Urt. v. 20.05.2008 – 9 AZR 382/07, NJW 2009, 316. |
| 98 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2067 ff.). |
| 99 | Vgl. dazu Abel/Schönfeld BauR 2018, 1 (11), wobei dort aus dieser Überlegung Schlussfolgerungen gezogen wurden, an denen der Mitverfasser dieser Kommentierung nicht mehr festhält. |
| 100 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2056). |
| 101 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2055). |
| 102 | An der in BauR 2018, 1 (11) vorgetragenen, abweichenden Auffassung wird vom Mitverfasser dieser Kommentierung nicht festgehalten. |
| 103 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 215. |
| 104 | Ebenso Langen, in: LBD, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 122; Leicht, in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 01.02.2020, BGB § 650b Rdnr. 65; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 234; Retzlaff, BauR 2017, 1747 (1795); Putzier, NZBau 2018, 131; Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (13); von Rintelen, FS Eschenbruch, S. 342. |
| 105 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 54; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 234. |
| 106 | Zutreffend Leupertz, in: Staudinger a.a.O. (vorige Fn.), unter Hinweis auf BT-Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, BT-Drucks. 18/11437, S. 42, S. 47; ebenso OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 28.10.2020 – 29 U 146/19 –, NZBau 2021, 328 Rdnr. 109. |
| 107 | Die in Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 BGB (m.w.N.) angesprochene Schwierigkeit der Abgrenzung wesentlicher Grundgedanken von bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen zeigt sich hier allerdings exemplarisch. Es ist unseres Erachtens ebenso vertretbar (und dürfte inhaltlich auch nicht zu wesentlich abweichenden Ergebnissen führen), der Regelung zur Frist insgesamt Leitbildfunktion zuzumessen und die konkrete Beurteilung von AGB zur Verkürzung der Frist im Rahmen einer Unvereinbarkeitsprüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorzunehmen. |
| 108 | Vgl. Orłowski, BauR 2017, 1427 (1430); Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 217. |
| 109 | A.A. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 263. |
| 110 | Im unternehmerischen Rechtsverkehr hat § 309 Nr. 13 BGB keine Indizwirkung; vgl. dazu Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 13 Rdnr. 17. |
| 111 | Vgl. dazu allgemein Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229; zustimmend zu § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB Althaus, BauR 2017, 412, 415 f.; Langen, in: DLOPS, Neues BauvertragsR § 2 Rdnr. 29 f. Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 87; a.A. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 249 ff., 253 ff. (zur VOB/B); Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 234. |
| 112 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 113 | Vgl. zur Unwirksamkeit einer entsprechenden Einigungsklausel zutreffend OLG Frankfurt, a. M., Urt. v. 28.10.2020 – 29 U 146/19, ZfBR 2021, 251 (257) [BGH 17.12.2020 - III ZB 31/20]; a.A. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 264. |
| 114 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 115 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 230 f.; a.A. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 259 (vollständiger Ausschluss der Frist immer unzulässig), wobei dort (Rdnr. [394]) andererseits Regelungen bei „Gefahr im Verzug“ für zulässig gehalten werden. |
| 116 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 231. |
| 117 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229 ff. |

| | |
|-----|--|
| 118 | Vgl. etwa § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG. |
| 119 | Zustimmend bei „Gefahr im Verzug“ BeckOGK/Weiler, 01.04.2022, BGB § 308 Nr. 4 Rdnr. 26.1. |
| 120 | Vgl. dazu Leicht, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 01.02.2020, BGB § 650b Rdnr. 67 ff.; ähnlich Langen, FS Messerschmidt, S. 151, allerdings beschränkt auf den Fall notwendiger Anordnungen. |
| 121 | Vgl. BeckOGK/Weiler, 01.04.2022, BGB § 308 Nr. 4 Rdnr. 26.1; Orłowski, BauR 2017, 1427 (1430); ähnlich Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 73; Motzke, FS Messerschmidt, S. 216; Putzier, NZBau 2018, 131 (132 f.). |
| 122 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., 227 ff. |
| 123 | Vgl. Buß, NJW 1998, 337 (343). |
| 124 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229 f. |
| 125 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229 f. |
| 126 | So von Rintelen, FS Eschenbruch, S. 345. |
| 127 | Für eine weiterreichende Ausnahme in diesem Fall deshalb Langen, FS Messerschmidt, S. 151. |
| 128 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 230 f. |
| 129 | Zutreffend OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 28.10.2020 – 29 U 146/19, ZfBR 2021, 251 (261) [BGH 17.12.2020 - III ZB 31/20] (Verlängerung auf 36 Werktage bzw. 42 Kalendertage unzulässig); weitergehend und gegen jede Verlängerung Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 54. |
| 130 | Zutreffend von Rintelen, in: Kniffka iBrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 147 m.w.N. auch zu teilweise abweichenden Auffassungen in der Literatur. |
| 131 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 102 ff. |
| 132 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 98. |
| 133 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3). |
| 134 | A.A. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 113, die sich jedoch bei ernsthafter und endgültiger Verhandlungsverweigerung des Unternehmers sowie Gefahr in Verzug ebenfalls für eine sofortige Anordnung als Ausnahme aussprechen. |
| 135 | Vgl. dazu bereits Langen, FS Messerschmidt, S. 150. |
| 136 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 55; a.A. wohl Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 260, der eine „abstrakte Umschreibung“ eines „sachlichen Grundes“ zulassen will. |
| 137 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 98. |
| 138 | Vgl. Voit, in: BeckOK BGB, 62. Ed. 01.05.2022, BGB § 650b Rdnr. 43. |
| 139 | Weitergehend und generell gegen jede Verkürzung Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 55. |
| 140 | Vgl. dazu allgemein Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229. |
| 141 | Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 59. |
| 142 | Ebenso Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 88. |
| 143 | Vgl. dazu etwa BGH, Beschl. v. 05.06.1997 – VII ZR 54/96, ZfBR 1998, 35 („ECE-Entscheidung“), Klauseln I.14, I.15 und III.2. |
| 144 | Vgl. dazu etwa das Klauselbeispiel in dem instruktiven Beitrag von Meyn, BauR 2020, 1073 (1075); etwas abweichendes kann – wie Meyn (a.a.O., S. 1078 f.) für den sog. „Globalpauschalvertrag“ zutreffend darlegt – allenfalls in Fällen einer umfassenden Planungspflicht des Unternehmers gelten. |

| | |
|-----|--|
| 145 | Vgl. dazu auch schon Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2051 f.). |
| 146 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka IbrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 633 Rdnr. 62/1. |
| 147 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2052). |
| 148 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 61; Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (4). |
| 149 | So die treffende Formulierung bei Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 61. |
| 150 | Vgl. Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 60. |
| 151 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3 f.). |
| 152 | Weitergehend in der Tendenz noch Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (4): „Inhalt und Ergebnis des Einigungsbestrebens unterliegen ausschließlich der freien Willensentscheidung beider Vertragsparteien.“ Daran wird mit Blick auf den Normzweck des § 650b Abs. 1 BGB, die Parteien unter Wahrung gegenseitiger Verpflichtungen zur Kooperation anzuhalten, nur noch in dem oben dargestellten Umfang festgehalten; es kann nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, den Besteller einerseits zur Vorlage einer Leistungsbeschreibung zu verpflichten, andererseits dann aber dem Unternehmer freizustellen, ob er sein Angebot überhaupt unter Berücksichtigung dieser Grundlage erstellt. |
| 153 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., 227 ff. |
| 154 | Vgl. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 236, die eine entsprechende Vorgabe deshalb für „unbedenklich“ halten. |
| 155 | Vgl. in diesem Sinn Langen, FS Messerschmidt, S. 152. |
| 156 | Vgl. dazu bereits Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3 f.) sowie Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 255. |
| 157 | Ebenso Mundt, in: BeckOGK, a.a.O. (vorige Fn.); a.A. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 236 (ohne nähere Begründung); Langen, in: LBD, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 106 und Langen, FS Messerschmidt, S. 152 (unter Hinweis auf das gesetzlich vorgegebene Einigungsbemühen); berechnigte Bedenken gegen diese Auffassung bereits bei Mundt, in: BeckOGK, a.a.O. (Fn. 156). |
| 158 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3). |
| 159 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 225, Fn. 1116. |
| 160 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2062 f.). |
| 161 | Vgl. dazu bereits Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 86; Leupertz, in: Staudinger, Anh. zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 73 ff.; von Rintelen, in: Kniffka IbrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 246. |
| 162 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (12). |
| 163 | Ebenso Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 254; von Rintelen, in: Kniffka IbrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 246; ähnlich im Ergebnis wohl Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 86; Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 73 ff.; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 235; Langen, in: LBD, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 105; von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 125. |
| 164 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 231. |
| 165 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229 ff. |
| 166 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2067 ff.). |
| 167 | Ebenso von Rintelen, in: Kniffka IbrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 247; Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 254. |
| 168 | Vgl. dazu bereits Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (12). |
| 169 | So Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1, Rdnr. B 48. |

| | |
|-----|---|
| 170 | Vgl. Langen, FS Messerschmidt, S. 154. |
| 171 | Ebenso Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 85. |
| 172 | Vgl. dazu im Einzelnen Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1915). |
| 173 | Vgl. Langen, FS Messerschmidt, S. 150 f.; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2053 f.). |
| 174 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1910) und BauR 2017, 2047 (2067 ff.). |
| 175 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 26; Langen, FS Messerschmidt, S. 151. |
| 176 | Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 258 unter Hinweis auf Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 85 (der allerdings ausdrücklich ein „Absenken“ der Anforderungen an die Zumutbarkeit ausschließt); von Rintelen, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 125; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 235. |
| 177 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., Rdnr. 227. |
| 178 | Ebenso Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 33; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 234; Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 253. |
| 179 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., Rdnr. 227 ff. |
| 180 | An der vom Mitverfasser in BauR 2018, 1 (11) vertretenen abweichenden Auffassung wird nicht festgehalten. |
| 181 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2069). |
| 182 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2069). |
| 183 | Vgl. dazu etwa den bei Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 31 geschilderten Fall eines Baugrubenvertrags in einem Sanierungsgebiet, in dem bereits ein vollständiger Bodenaustausch stattgefunden hat und deshalb keine Änderungen aufgrund abweichender Bodenverhältnisse zu erwarten sind. |
| 184 | Zutreffend in diesem Sinn bereits Leupertz, a.a.O. (Fn. 183), Rdnr. B 32, der zu Recht darauf hinweist, dass die gesetzgeberischen Kriterien der auf längere Zeit ausgelegten Vertragsdauer, der Bauablaufkomplexität und eines Bedürfnisses nach Änderungen jedem Bauvertrag i.S.d. Legaldefinition des § 650a BGB immanent sind. |
| 185 | Vgl. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 254. |
| 186 | Näher dazu Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2055 f.). |
| 187 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., Rdnr. 227 ff. |
| 188 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 13 Rdnr. 17. |
| 189 | Vgl. BGH, Urt. v. 14.07.2016 – III ZR 387/15, NJW 2016, 2800 sowie aus der Literatur: Wollenschläger, in: BeckOGK, 01.11.2022, BGB § 127 Rdnr. 38. |
| 190 | Ebenso Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 264; a.A. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 263. |
| 191 | Vgl. dazu Meyn, BauR 2020, 1073. |
| 192 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 193 | Dagegen von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rdnr. 133a sowie von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B vor § 1 Rdnr. 137 ff., 145. |
| 194 | Vgl. BGH, Urt. v. 04.05.1995 – I ZR 70/93, BGH, NJW 1995, 3117. |
| 195 | Vgl. BGH, Urt. v. 04.05.1995 – I ZR 90/93, BGHZ 129, 323. |
| 196 | Vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82, NJW 1983, 816. |

| | |
|-----|--|
| 197 | Vgl. BGH, Urt. v. 04.05.1995 – I ZR 70/93, BGH, NJW 1995, 3117, zu II.3.b) der Entscheidungsgründe: die Regelung sei „unter Mitwirkung der maßgeblichen Verkehrskreise zustande gekommen“ und es enthalte „einen auf die Besonderheiten des gewerblichen Güterverkehrs mit Kraftfahrzeugen abgestimmten, im ganzen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen“. |
| 198 | Vgl. BGH, a.a.O. (Fn. 196), zu Ziffer 2.a) der Entscheidungsgründe. |
| 199 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 14, S. 57; Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 89; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 243; Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 280; Langen, in: LBD, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, BGB § 650b Rdnr. 107 ff.; Kapellmann, NZBau 2017, 635. |
| 200 | Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 343; Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 282; Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 92; Langen NZBau 2019, 10; Oberhauser, in: DLOPS, Neues BauvertragsR § 2 Rdnr. 92; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 36; Orłowski, BauR, 1427 (1436 f.); Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (12); von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2022, VOB/B § 1 Rdnr. 130 ff.; Popescu, BauR 2019, 317 (325 ff.); a.A. Kapellmann, NZBau 2017, 635 (638); von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24 Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 255. |
| 201 | Ebenso zutreffend bereits Kaufmann, BauR 2005, 1806 (1808) und Jahrbuch Baurecht 2006, 35 ff.; a.A. immer noch von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rdnr. 130. |
| 202 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650b Rdnr. 255/2 m.w.N. |
| 203 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 204 | Dagegen von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 1 Rdnr. 133a sowie speziell zu § 1 Abs. 3 VOB/B von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B vor § 1 Rdnr. 137 ff., 145. |
| 205 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 206 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 207 | Jansen, in: Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 1 Abs. 4 Rdnr. 16. |
| 208 | Jansen, in: Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 1 Abs. 4 Rdnr. 14. |
| 209 | Vgl. dazu auch schon Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2059). |
| 210 | Ebenso Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 282; Langen, NZBau 2019, 10; Oberhauser, NZBau 2019, 3 (9); Leupertz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650b Rdnr. 92; Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 344, der zusätzlich (und zu Recht) auf die in der VOB/B fehlende bzw. unzureichende Vergütungsregelung sowie auf das fehlende Klärungsmodell nach § 650c BGB i.V.m. § 650d BGB im VOB-Vertrag hinweist; von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B § 1 Rdnr. 135 ff., Rdnr. 16 und Rdnr. 23; a.A. Kapellmann, NZBau 2017, 635 (637 ff.); Wieseler, in: BeckOK VOB/B/, 31.10.2022, VOB/B § 1 Abs. 4 Rdnr. 22b. |
| 211 | Vgl. dazu näher Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2053 ff.). |
| 212 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 213 | Vgl. dazu Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (205 ff.). |
| 214 | Ebenso Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650b Rdnr. 282; Langen, NZBau 2019, 10; Oberhauser, NZBau 2019, 3 (9); a.A. Kapellmann, NZBau 2017, 635 (637 ff.); Wieseler, in: BeckOK VOB/B, 31.10.2022, VOB/B § 1 Abs. 4 Rdnr. 22b. |
| 215 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2061). |
| 216 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2061). |
| 217 | Ebenso Voit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, VOB/B § 4 Rdnr. 37, 39. |
| 218 | Vgl. Jansen, in: Beck VOB/B, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 2 Abs. 5 Rdnr. 29; NWJS/Kues, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 2 Rdnr. 225. |
| 219 | Vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 306 Rdnr. 16. |
| 220 | Vgl. BGH, Urteil des VII. Zivilsenats v. 10.09.2009 – VII ZR 152/08. |

| | |
|-----|--|
| 221 | Vgl. dazu Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Aufl., Teil 4 Rdnr. 205 m.w.N. Althaus, ZfBR 2007, 411 (415), Franz, BauR 2012, 380, Stemmer, BauR 2008, 182 ff. |
| 222 | BGH, Urt. v. 10.09.2009 – VII ZR 152/08, ZfBR 2010, 292. |
| 223 | Vgl. Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Aufl., Teil 4 Rdnr. 186 f. |
| 224 | Vgl. in diesem Sinn zu Recht Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, 2. Aufl., Teil 4 Rdnr. 189. |
| 225 | Vgl. zu diesem Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Anordnungsrechts nach § 650b BGB bereits Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1904). |
| 226 | Zutreffend dazu Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 203: „Es erscheint ohnehin ein merkwürdiges Anliegen, den Besteller zu zwingen, einen Preis zu akzeptieren, der sich auf einer ihm nicht bekannten Grundlage errechnet, die nicht einmal Geschäftsgrundlage des Vertrages ist.“ |
| 227 | Vgl. etwa Franz/Althaus/Oberhauser/Berner, BauR 2015, 1221 (1222) m.w.N. (in Fn. 4) zu entsprechenden Beiträgen von Kniffka, Jansen, Leupertz und Franz. |
| 228 | 6. Empfehlung des 4. Deutsche Baugerichtstags: „Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, in Fortentwicklung der Empfehlung 3 des AK VI und der Empfehlung 5 des AK I gesetzliche Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen einzuführen, mit denen das bisher überwiegend praktizierte Modell der (vor-)kalkulatorischen Preisfortschreibung dahingehend modifiziert wird, dass der Unternehmer eine Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nach den tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten erhält, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in seiner hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.“ |
| 229 | Vgl. BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, ZfBR 2019, 777. |
| 230 | Für wertvolle Hinweise und Unterstützung zum verfassungsrechtlichen Teil des Beitrags bedanken sich die Verfasser bei Herrn Dr. Thomas Schönfeld, München. |
| 231 | Vgl. dazu auch Schindler, Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB, Abschnitt E. |
| 232 | Vgl. zum Fall des § 650b BGB Abel/Schönfeld, BauR 2017, 1901 (1911 ff., 1916 ff.). |
| 233 | Vgl. Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. Erg.Lfg. März 2022, GG Art. 2 Rdnr. 101. |
| 234 | Vgl. BVerfG, Urt. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 u.a., BVerfGE 134, 204, Rdnr. 67. |
| 235 | Vgl. Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. Erg.Lfg. März 2022, GG Art. 2 Rdnr. 106. |
| 236 | Vgl. BVerfG, Urt. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 u.a., BVerfGE 134, 204, Rdnr. 66. |
| 237 | Vgl. Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. Erg.Lfg. März 2022, GG Art. 2 Rdnr. 175. |
| 238 | Vgl. Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. Erg.Lfg. März 2022, GG Art. 2 Rdnr. 106; zu den Besonderheiten der Wirkungsweise des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Rechtsverkehr zwischen Privaten vgl. demgegenüber Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. Erg.Lfg. März 2022, GG Art. 2 Rdnr. 189–191. |
| 239 | BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006 – 1 BvR 2087, 2111/03 Rdnr. 81. |
| 240 | BVerfG, a.a.O. (vorige Fn.), Rdnr. 84. |
| 241 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 53. |
| 242 | Vgl. BVerfG, Urt. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 u.a., BVerfGE 134, 204, Rdnr. 70. |
| 243 | Vgl. BVerfG, Urt. v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 u.a., BVerfGE 134, 204, Rdnr. 89. |
| 244 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 245 | Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz/Papier, GG, 98. Erg.Lfg. März 2022, GG Art. 14 Rdnr. 734. |
| 246 | Vgl. BGH, Urt. v. 20.12.1971 – III ZR 79/69, BGHZ 57, 359 (369), zu II. der Entscheidungsgründe m.w.N. zur Rechtsprechung des BGH; zustimmend Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz/Papier, GG, 98. Erg.Lfg. März 2022, GG Art. 14 Rdnr. 734. |

| | |
|-----|--|
| 247 | Vgl. zu diesem Aspekt bereits von Rintelen, in: Kniffka <i>ibrOK BauVertrR, BauvertragsR</i> , 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 184. Die dortigen Überlegungen von Rintelens zu den Grenzen einer Preisbindung für angeordnete Änderungsleistungen und zur Wertungsparallele zu § 138 BGB betreffen unseres Erachtens im Kern die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelung nach § 650c BGB. |
| 248 | Vgl. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 38 m.w.N. |
| 249 | Vgl. dazu bereits Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, <i>Nachträge</i> , 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 208, die für die Ermittlung der Nachtragsvergütung bei Eigengerät konsequent auf anderweitige Bezugssysteme abstellen; zustimmend Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 49. |
| 250 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, <i>Nachträge</i> , 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 23. |
| 251 | Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Kosten (Abruf: 06.08.2022); ebenso (zutreffend) bereits Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK <i>BauvertrR</i> , 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 12 – unter Hinweis auf Paul, in: Berthold/Krauß/Drees, <i>Kalkulation von Baupreisen</i> , S. 22; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 28a. |
| 252 | Vgl. dazu etwa Riesenhuber, in: BeckOGK, 01.06.2022, BGB § 670 Rdnr. 17 f.; Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK <i>BauvertrR</i> , 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 13; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 28b. |
| 253 | Vgl. dazu Riesenhuber, in: BeckOGK, a.a.O. (Fn. 252). |
| 254 | Vgl. auch Schindler, <i>Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB</i> , Abschnitt E. |
| 255 | Vgl. Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, <i>Privates Baurecht</i> , 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rdnr. 7; Retzlaff, <i>BauR 2017</i> , 1781 (1798); Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK <i>BauvertrR</i> , 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 10. |
| 256 | Vgl. dazu bereits Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, <i>Nachträge</i> , 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 208, die für die Ermittlung der Nachtragsvergütung bei Eigengerät zutreffend auf anderweitige Bezugssysteme wie Gerätemieten abstellen; ebenso Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 49. |
| 257 | Vgl. dazu für die Lohnkosten bereits Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, <i>Nachträge</i> , 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 206 f. |
| 258 | Für den Hinweis auf diese erforderliche Einschränkung der hier vertretenen Ansicht bedanken wir uns bei Herrn Prof. Dr. Rolf Kniffka. |
| 259 | Vgl. dazu Schindler, <i>Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB</i> , S. 76 ff. |
| 260 | Zutreffend in diesem Sinn bereits: Althaus, <i>NZBau 2019</i> , 15 (18); Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, <i>Nachträge</i> , 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 218. |
| 261 | Für allgemeine Zulässigkeit des Rückgriffs auf die aus den Vertragspreisen abgeleiteten Zuschläge demgegenüber Retzlaff, in: Grüneberg, <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> , 82. Aufl., 2023, BGB § 650c Rdnr. 5; soweit dieser Rückgriff jedoch auf Vertragspreise rekurriert, die nicht auskömmlich kalkuliert sind, würde das im Widerspruch sowohl zur gesetzgeberischen Grundentscheidung gegen eine Bindung an nicht auskömmliche Preise für die Änderungsvergütung (vgl. Rdnr. [217]) als auch zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen (vgl. Rdnr. [212] ff.) stehen. |
| 262 | Vgl. in diesem Sinn zutreffend Retzlaff, <i>BauR 2017</i> , 1781 (1800); Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, <i>Nachträge</i> , 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 221. |
| 263 | Vgl. dazu auch Schindler, <i>Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB</i> , Abschnitt E. |
| 264 | A.A. noch Schindler, <i>Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB</i> , S. 284 ff. |
| 265 | Vgl. Abel/Schönfeld, <i>BauR 2018</i> , 1 (3); Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK <i>BauvertrR</i> , 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 144 a.A. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 127, der eine Anwendbarkeit des § 138 BGB ablehnt, weil das Angebot des Unternehmers kein Rechtsgeschäft ist. |
| 266 | Vgl. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 127; Schindler, <i>Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB</i> , S. 138. |
| 267 | So aber noch Schindler, <i>Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB</i> , S. 138. |
| 268 | Vgl. BGH, <i>Urt. v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06</i> , <i>NZBau 2009</i> , 232 Rdnr. 11 m.w.N. Auf BGHZ 128, 255 (257 f.), BGHZ 141, 257 (263), BGHZ 146, 298 (301 f.) jeweils m.w.N. |

| | |
|-----|--|
| 269 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 190. |
| 270 | Vgl. zu solchen Entscheidungen allerdings KG, Ur. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20 sowie KG, Ur. v. 02.11.2021 – 27 U 120/21. |
| 271 | Vgl. dazu Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 1. |
| 272 | Vgl. u.a. Retzlaff, BauR 2017, 1781 (1798); Franz, BauR 2017, 380 (391 f.); Bötzkies, IBR 2017, 1039; Schindler, Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB, Abschnitt B.I.2. |
| 273 | Vgl. Schindler, Die Vergütungsanpassung nach § 650c BGB, S. 72 ff., Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 37. |
| 274 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 275 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 201 ff. |
| 276 | Vgl. https://baulexikon.beuth.de/AUFWANDSWERT.HTM (Abruf: 06.01.2023). |
| 277 | Vgl. Hofstadler, Bauablaufplanung und Logistik im Baubetrieb, Abschnitt 2: Grundlagen für Bauablaufplanung und Logistik, Quelle: https://bilder.buecher.de/zusatz/20/20853/20853674_lese_1.pdf (Abruf: 06.01.2023), Unterabschnitt 2.2.1.1. |
| 278 | Vgl. Hofstadler, Bauablaufplanung und Logistik im Baubetrieb, Abschnitt 2: Grundlagen für Bauablaufplanung und Logistik, Quelle: https://bilder.buecher.de/zusatz/20/20853/20853674_lese_1.pdf (Abruf: 06.01.2023), Unterabschnitt 2.2.1. |
| 279 | Zutreffend in diesem Sinn bereits Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 208, die für die Ermittlung der Nachtragsvergütung bei Eigengerät zutreffend auf die Zulässigkeit einer Verwendung anderweitiger Bezugssysteme wie Gerätemieten abstellen; ebenso Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 49. |
| 280 | Vgl. dazu für die Lohnkosten bereits Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 206 f. |
| 281 | Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 31. |
| 282 | A.A. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 31 ff. |
| 283 | A.A. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 44; Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 55. |
| 284 | Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Kosten (Abruf: 02.01.2023); ebenso (zutreffend) bereits Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 12 – unter Hinweis auf Paul, in: Berthold/Krauß/Drees, Kalkulation von Baupreisen, S. 22. |
| 285 | Vgl. dazu Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 68. |
| 286 | Zutreffend in diesem Sinn Mundt, in: BeckOGK, a.a.O. (Fn. 285). |
| 287 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 49 ff., 56; Kues/Thomas, NZBau 2021, 155, Ziffer 1 (mit ausführlicher und überzeugender Begründung). |
| 288 | Vgl. BGH, Ur. v. 26.10.2017 – VII ZR 16/17, NJW 2018, 544 [BGH 09.11.2017 - IX ZR 270/16]. |
| 289 | Vgl. Kues/Thomas, NZBau 2021, 155, Ziffer 1.b); Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (7 f.). |
| 290 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (7); Kues/Thomas, NZBau 2021, 155, Ziffer 1.b). |
| 291 | Vgl. Kues/Thomas, NZBau 2021, 155, Ziffer 1.c). |
| 292 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 56. |
| 293 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 57. |
| 294 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2052). |
| 295 | Zutreffend Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 57. |

| | |
|-----|---|
| 296 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 58. |
| 297 | BGH, Urt. v. 22.10.2020 – VII ZR 10/17. |
| 298 | BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18. |
| 299 | Zutreffend Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 53. |
| 300 | Vgl. BGH, Urt. v. 21.03.2002 – VII ZR 224/00, NJW 2002, 2716. |
| 301 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch, Nachträge, Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 26, m.w.N. bei Fn. 33. |
| 302 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 47; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 39, die zum Gebot der Wirtschaftlichkeit allerdings (zu Recht) eher zurückhaltend formulieren (nur „Schutz des Bestellers vor unnötigem Aufwand“ und „Missbrauchskontrolle“). |
| 303 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 48 („ex-ante-Betrachtung aus Sicht eines verständigen Unternehmers“ und „objektiv technisch sinnvoll und wirtschaftlich vernünftig“), unter Hinweis auf Lindner, BauR 2018, 1038 (1043); zustimmend zur Ex-ante-Betrachtung auch Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 39. |
| 304 | Vgl. Kober, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 634 Rdnr. 372 ff.; Abel/Schönfeld, BauR, 2017, 2047 (2052). |
| 305 | Zutreffend für eine Beschränkung auf Missbrauchskontrolle im Ansatz auch Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 39. |
| 306 | Ähnlich (und zutreffend) von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 48 m.w.N. aus der Literatur. |
| 307 | Für Einzelbetrachtung Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 26; für Gesamtbetrachtung von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 49; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 40. |
| 308 | Zutreffend Althaus, NZBau 2019, 15 (18); ähnlich Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 85. |
| 309 | Vgl. Althaus, NZBau 2019, 15 (18). |
| 310 | Vgl. dazu den instruktiven Beitrag von Zacharias, IBR 2022, 1001 (nur online), Abschnitt 3.1.1. |
| 311 | Vgl. Zacharias, IBR 2022, 1001 (nur online), Abschnitt 3.1.1. |
| 312 | Vgl. Retzlaff, BauR 2017, 1781 (1800). |
| 313 | Vgl. Zacharias, IBR 2022, 1001, Abschnitt 3.1.1.1. |
| 314 | Vgl. dazu etwa Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauvertrag, 3. Aufl. 2013, Teil 4, Rdnr. 226; Eschenbruch/Fandrey, BauR 2011, 1223; a.A. Leinemann, NZBau 2009, 624; Drittler, BauR 2008, 1217; Sundermeier, BauR 2010, 1145. |
| 315 | BGH, Urt. v. 27.06.1996 – VII ZR 59/95, BauR 1997, 126 – „Kammerschleuse“. |
| 316 | Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 308. |
| 317 | Vgl. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 45. |
| 318 | Vgl. dazu auch Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 44a. |
| 319 | Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 308; Retzlaff, BauR 2017, 1805. |
| 320 | Vgl. dazu bereits Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2055 f.). |
| 321 | Vgl. nur von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 79. |
| 322 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 308; von Rintelen, in: Kniffka, ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 79 m.w.N. |

| | |
|-----|---|
| 323 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 317. |
| 324 | Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 317. |
| 325 | Vgl. dazu Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 59; Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rdnr. 33. |
| 326 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 59. |
| 327 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 64. |
| 328 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 322. |
| 329 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 330 | Vgl. dazu von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 93. |
| 331 | A.A. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 322. |
| 332 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 333 | Vgl. etwa von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 98 mit Verweis auf weitere Fundstellen. |
| 334 | Vgl. dazu im Einzelnen Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 105 ff. |
| 335 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, a.a.O. (Fn. 334), Rdnr. 112 ff. |
| 336 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, a.a.O. (Fn. 334), Rdnr. 119. |
| 337 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 338 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 339 | Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06. |
| 340 | Für gewisse Spielräume in Anlehnung an die bisherige Praxis der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung etwa Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 315; Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 81. |
| 341 | Vgl. Von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 98. |
| 342 | Ebenso Oberhauser, in: DLOPS, Neues BauvertragsR § 2 Rdnr. 115 ff.; Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 60. |
| 343 | Vgl. KG, Urt. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20, Rdnr. 64, BeckRS 2021, 3418. |
| 344 | Zutreffend in diesem Sinn Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 106. |
| 345 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 321; Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge, 2. Aufl., Teil 3 Vergütungsanpassung Rdnr. 67. |
| 346 | Vgl. in diesem Sinn KG, Urt. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20, Rdnr. 64, BeckRS 2021, 3418; Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl., 2023, BGB § 650c Rdnr. 9. |
| 347 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 348 | Für erstere Lösung von Rintelen, NZBau, 2017, 315 ff.; für das Ausreichen der Widerlegung einzelner Ansätze Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 318. |
| 349 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 112. |

| | |
|-----|--|
| 350 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 318. |
| 351 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 112. |
| 352 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 57. |
| 353 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 154. |
| 354 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 123. |
| 355 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2064 f.). |
| 356 | Zutreffend Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 147; von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 119; a.A. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 103; Orłowski, ZfBR 2016, 419, 427. |
| 357 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 147. |
| 358 | Vgl. Abel/Schönfeld, BauR 2018, 1 (3 f.). |
| 359 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 57. |
| 360 | Zutreffend in diesem Sinn KG, Ur. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20, NZBau 2021, 523, Rdnr. 57 f.; Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 149. |
| 361 | Vgl. dazu Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 11; Retzlaff, BauR 2017, 1781 (1806 ff.); Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 327 ff.; von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, BauvertragsR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 132. |
| 362 | Zutreffend KG und Althaus/Kattenbusch, jeweils a.a.O. (Fn. 360); Langen, in: LBD, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, BGB § 650c Rdnr. 105. |
| 363 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 150. |
| 364 | Zutreffend in diesem Sinn KG, Ur. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20, NZBau 2021, 523; Retzlaff, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 12. |
| 365 | Zutreffend KG, a.a.O. (Fn. 360). |
| 366 | Vgl. BAG, Ur. v. 20.05.2008 – 9 AZR 382/07, NJW 2009, 316. |
| 367 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 368 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 215. |
| 369 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 8. |
| 370 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Vor BGB § 307 Rdnr. 7 ff. |
| 371 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 231. |
| 372 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., 227 ff. |
| 373 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229 ff. |
| 374 | Zutreffend in diesem Sinn von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 182 m.w.N. zum Meinungsstand in der Literatur. |
| 375 | Vgl. von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, a.a.O. (Fn. 247). |
| 376 | Vgl. dazu auch Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650c Rdnr. 159. |
| 377 | Von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 182; Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, |

| | |
|-----|---|
| | 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 160. |
| 378 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 215. |
| 379 | A.A. Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 69, der eine Weigerung des Bestellers als missbräuchlich ansieht, wenn diese ohne sachlichen Grund und allein zu dem Zweck, die Nachtragsberechnung nach § 650c Abs. 2 BGB zu verhindern, erfolgt. |
| 380 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 8. |
| 381 | A.A. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 186, allerdings ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit § 309 Nr. 12 BGB. |
| 382 | A.A. Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 186 f. (ohne nähere Begründung). |
| 383 | Vgl. Von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 187. |
| 384 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 8. |
| 385 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 102 ff. |
| 386 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 98. |
| 387 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 98. |
| 388 | So von Rintelen, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650c Rdnr. 190. |
| 389 | So aber Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 193. |
| 390 | Vgl. Jackl, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 138 Rdnr. 165. |
| 391 | Ebenso Leupertz, in: Staudinger (2019) Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 73. |
| 392 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 393 | Vgl. dazu Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 159; Althaus, BauR 2012, 359. |
| 394 | Vgl. dazu Retzlaff, BauR 2017, 1781 (1809 f.). |
| 395 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 396 | Vgl. dazu Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 199 ff. |
| 397 | Dafür etwa Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 208a. |
| 398 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 399 | Vgl. zu diesem Ansatz Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 351. |
| 400 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 65; Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650c Rdnr. 90a ff.; Abel/Schönfeld, BauR 2017, 2047 (2067 f.). |
| 401 | Vgl. dazu Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650b Rdnr. 28. |
| 402 | Vgl. dazu etwa Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 2 Rdnr. 269. |
| 403 | Vgl. dazu für den unternehmerischen Rechtsverkehr Fuchs/Zimmermann, in: Ulmer/Brandner/Hensen, BGB § 309 Nr. 1 Rdnr. 45 ff. |
| 404 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 405 | Vgl. BGH, Urt. v. 08.07.1993 – VII ZR 79/92, BauR 1993, 723 = ZfBR 1993, 277; in dem Fall ergab die vom BGH nicht beanstandete |

| | |
|-----|--|
| | Auslegung der Klausel durch das Oberlandesgericht keinen Ausschluss von § 313 BGB; BGH, Beschl. v. 04.11.2015 – VII ZR 282/14, NZBau 2016, 96 Rdnr. 25, zu einer Klausel, die aufgrund kundenfeindlichster Auslegung als Ausschluss von Ansprüchen u.a. wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu verstehen war. |
| 406 | Vgl. BGH, Beschl. v. 04.11.2015 – VII ZR 282/14, NZBau 2016, 96, Rdnr. 25. |
| 407 | Vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2017 – VII ZR 259/16, NJW 2017, 2762 [BGH 19.07.2017 - VIII ZR 278/16], Rdnr. 23 ff. |
| 408 | Vgl. BGH, a.a.O. (Fn. 407), Rdnr. 31. |
| 409 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 410 | Vgl. BGH, a.a.O. (Fn. 405). |
| 411 | Vgl. Jansen, in: Beck VOB/B, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 2 Abs. 3 Rdnr. 73 f. m.w.N. |
| 412 | Vgl. Jansen, in: Beck VOB/B, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 2 Abs. 5 Rdnr. 29. |
| 413 | BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18. |
| 414 | Zu § 2 Abs. 5 VOB/B: OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019 – 5 U 52/19, zu § 2 Abs. 6 VOB/B: OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020 – 11 U 153/18, zu § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B: KG, Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17 (bereits vor dem Urteil des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B); KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18. |
| 415 | Vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 306 Rdnr. 16. |
| 416 | Vgl. dazu etwa BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 49/15, Rdnr. 42; BGH, Beschl. v. 08.05.2018 – VIII ZR 200/17, Rdnr. 18.; Langen, NZBau 2019, 10 (12) m.w.N.; Kau, BauR 2019, 420 ff.; BeckOK BGB/H. Schmidt, 63. Ed. 01.08.2022, BGB § 307 Rdnr. 26. |
| 417 | Vgl. Kau, BauR 2019, 420 (425). |
| 418 | Vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 306 Rdnr. 1, Rdnr. 5, Rdnr. 16. |
| 419 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 420 | Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 03.05.2012 – 9 U 74/11, BeckRS 2012, 15477. |
| 421 | BGH, Urt. v. 12.05.2016 – VII ZR 171/15, Rdnr. 57 ff. |
| 422 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 423 | Vgl. dazu Kniffka, in: Kompendium des Baurechts, 4. Teil Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 322; Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rdnr. 36; Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 132; BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 424 | Vgl. Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 322. |
| 425 | Vgl. Rodemann, BauR 2020, 525. |
| 426 | So Kniffka, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 4 Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers Rdnr. 322. |
| 427 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56. |
| 428 | Vgl. Althaus/Kattenbusch, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 31.05.2022, BGB § 650c Rdnr. 137. |
| 429 | Vgl. Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 650c Rdnr. 36. |
| 430 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Vor BGB § 307 Rdnr. 65. |
| 431 | Vgl. dazu im Einzelnen Franz/Göpner, BauR 2018, 557 ff. |
| 432 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 55. |

| | |
|-----|--|
| 433 | Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 57 f. |
| 434 | Vgl. dazu Franz/Göpner, BauR 2018, 557 ff. |
| 435 | A.A. für § 650d BGB Leupertz, in: Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305 bis 310 Rdnr. B 1. |
| 436 | Vgl. MünchKomm.-Rauscher, ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO vor § 1 Rdnr. 466. |
| 437 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 8. |
| 438 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 26. |
| 439 | Ebenso (mit abweichender Begründung) Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650d Rdnr. 104, m.w.N. zum Streitstand in der Literatur. |
| 440 | Vgl. Boldt, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil. T. Außergerichtliche Streitbeilegung Rdnr. 114. |
| 441 | Vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 14 Rdnr. 18. |
| 442 | Ebenso allgemein Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 14 Rdnr. 18 und zu § 650d BGB Leupertz, in: BeckOK BauvertrR/Althaus, 19. Ed. 31.10.2021, BGB § 650d Rdnr. 52; zustimmend auch Boldt, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, I. Teil. T. Außergerichtliche Streitbeilegung Rdnr. 114, allerdings etwas missverständlich mit dem Schlusssatz, wonach „eine Abbedingung des § 650d BGB“ möglich sein soll; dem steht § 309 Nr. 12 BGB entgegen. |
| 443 | So zutreffend KG, a.a.O. (Fn. 270), Rdnr. 30; KG, Urt. v. 07.09.2021 – 21 U 86/21; KG, Urt. v. 02.11.2021 – 27 U 120/21. |
| 444 | Zutreffend Retzlaff, in: Kniffka, BauR 2017, 1781 (1821); Rehbein, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650d Rdnr. 17; Sacher/Jansen, NZBau 2019, 20; Manteufel, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rdnr. 333; a.A. Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650d Rdnr. 25; MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, BGB § 650d Rdnr. 6; Orłowski, BauR 2017, 1427 (1439). |
| 445 | Vgl. dazu zutreffend bereits Rehbein, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650d Rdnr. 17. |
| 446 | Vgl. Rehbein, a.a.O. (Fn. 445). |
| 447 | Vgl. Mundt, a.a.O. (Fn. 444). |
| 448 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 449 | Vgl. etwa Kölbl, in: Beck VOB/B, 3. Aufl. 2013, VOB/B § 18 Abs. 2 Rdnr. 55 m.w.N. |
| 450 | BGH, Urt. v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94, NJW 1996, 1346. |
| 451 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 8. |
| 452 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 453 | Vgl. dazu Kaminsky, in: NWJS, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 18 Rdnr. 42 m.w.N. zur Rechtsprechung. |
| 454 | Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650e Rdnr. 3 ff. |
| 455 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 229 ff. |
| 456 | Vgl. BGH, Urt. v. 03.05.1984 – VII ZR 80/82, NJW 1984, 2100 sowie aus der Literatur statt aller Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650e Rdnr. 78 m.w.N. |
| 457 | Vgl. Joussen, in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim, Anh. 1 Rdnr. 127; Fuchs, BauR 2012, 326 (342). |
| 458 | Vgl. zum Streitstand MünchKomm.-Busche, BGB, 9. Aufl. 2023, BGB § 650e Rdnr. 7. |
| 459 | Zutreffend Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650e Rdnr. 77. |
| 460 | Vgl. BGH, Urt. v. 27.05.2010 – VII ZR 165/09, NZBau 2010, 496 Rdnr. 15 und 20; ebenso Mundt, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650f Rdnr. 220. |

| | |
|-----|--|
| 461 | OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 04.03.2004 – 3 U 162/02, NZBau 2005, 157 [LG Frankenthal 20.10.2004 - 8 T 142/04]. |
| 462 | BT-Drucks. 18/11437, S. 43. |
| 463 | Ebenso Coester, in: Staudinger, 2013, BGB, § 307, Rdnr. 251; offen gelassen von OLG Hamburg, Urt. v. 20.12.2018 – 4 U 80/18 Rdnr. 33, BeckRS 2018, 39785. |
| 464 | Vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 13; Krafka, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 271a Rdnr. 50. |
| 465 | Vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 308 Nr. 1a Rdnr. 8. |
| 466 | Vgl. von Kiedrowski, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, BGB § 650g Rdnr. 53 ff. |
| 467 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 8 sowie mit Blick auf § 650g BGB Pause/Vogel, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650g Rdnr. 28. |
| 468 | Vgl. Pause/Vogel, in: Kniffka ibrOK BauVertrR, 24. Ed. 07.06.2021, BGB § 650g Rdnr. 27. |
| 469 | Vgl. Krafka, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 271a Rdnr. 51. |
| 470 | Vgl. Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 222 ff., Rdnr. 227 ff. |
| 471 | Vgl. BT-Drucks. 18/1309, S. 13; Krafka, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 271a Rdnr. 50; a.A. offenbar Hummel, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 25.02.2022, BGB § 650g Rdnr. 88. |
| 472 | Vgl. Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 12 Rdnr. 8. |
| 473 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 474 | Zur Berücksichtigung der systematischen Stellung bei der Auslegung von AGB vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl., BGB § 305c Rdnr. 76. |
| 475 | Vgl. Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 305c Rdnr. 61. |
| 476 | Vgl. dazu Gartz, in: NWJS, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 4 Rdnr. 206. |
| 477 | Vgl. BGH, Urt. v. 10.05.2007 – VII ZR 226/05, NZBau 2007, 581 (582). |
| 478 | Ebenso Hummel, in: NWJS, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 16 Rdnr. 147; Hummel, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 25.02.2022, BGB § 650g Rdnr. 88; Kandel, in: BeckOK VOB/B, 31.10.2022, VOB/B 16 Abs. 3 Rdnr. 46a; Messerschmidt, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, BGB § 650g Rdnr. 108. |
| 479 | Vgl. dazu etwa die Nachweise bei Hummel, in: NWJS, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 16 Rdnr. 148. |
| 480 | Vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 308 Nr. 1a Rdnr. 22. |
| 481 | Vgl. Kessen, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650h Rdnr. 5. |
| 482 | Vgl. Kessen, in: BeckOGK, 01.10.2022, BGB § 650h Rdnr. 5. |
| 483 | Ebenso Sienz, in: BeckOK BauvertrR, 19. Ed. 25.02.2022, BGB § 650h Rdnr. 7. |
| 484 | Vgl. dazu etwa OLG Celle 04.12.1972 – 13 U 14/72, MDR 1973, 136; Ingenstau/Korbion/Joussen/Vygen, VOB/B § 8 Abs. 5 Rdnr. 2 m.w.N.; mit Blick auf § 305c Abs. 2 BGB berechnete Zweifel dazu bei Vogel, BauR 2011, 311 (315). |
| 485 | Vgl. Vogel, in: NWJS, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 8 Rdnr. 169. |
| 486 | Vgl. dazu Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 307 Rdnr. 208 f. |
| 487 | Zu den Einzelheiten vgl. Abel/Schindler, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 15 Rdnr. 1 ff. |