

Die Verweigerung der Befolgung von Anordnungen wegen **Unzumutbarkeit** nach § 650b BGB in der Baupraxis



Prof. Dr. jur. Klaus Englert

*Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mitglied im BKM
Stellv. Vorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Baurecht
e.V.*

München - Aichach - Schrobenhausen.

www.englert.legal



Oh Gott, das neue
Bauvertragsrecht...!!



Das neue Bauvertragsrecht seit 01. Januar 2018



Vorfrage.....



Wie erreicht
man große Ziele?

Mit kleinen
Schritten.

Zum Verständnis!



Welche Rolle
spielt die
Zumutbarkeit
im neuen BVR?

Das Labyrinth des neuen Bauvertragsrechts

Zumutbarkeit

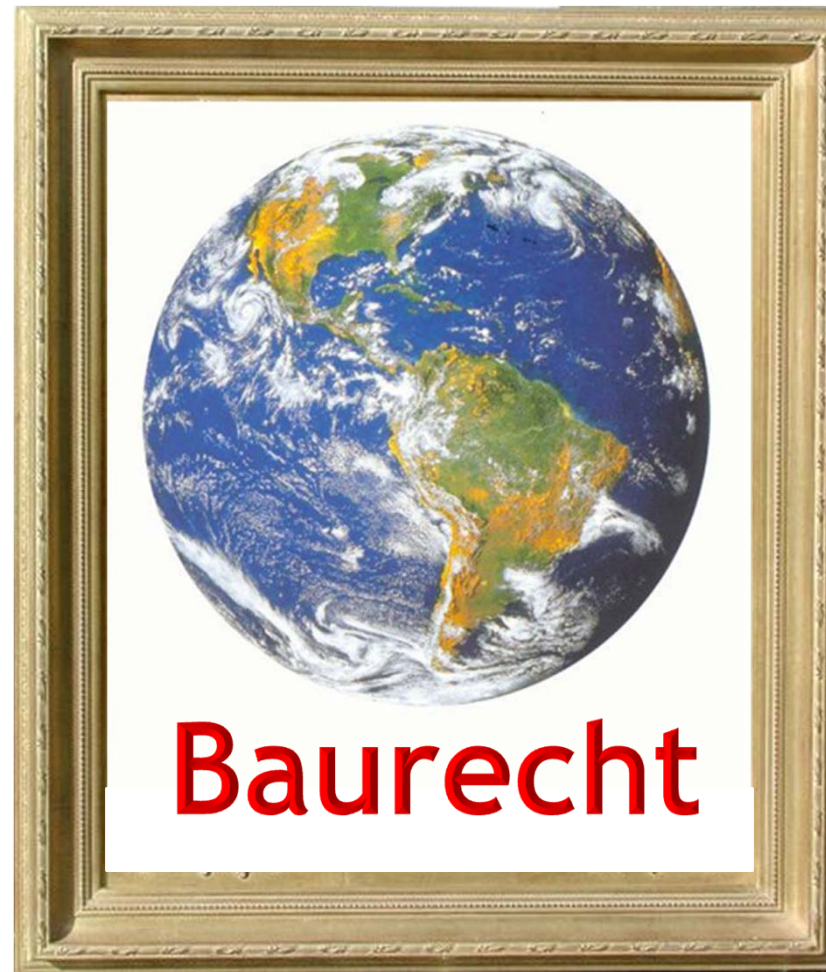
Der Weg: Steinig...



....aber als Gesetz zu beachten!

Es geht um das **KENNEN!**

Für Auftraggeber
Für Architekten
Für Bauunternehmer
Für Bauhandwerker
Für Lieferanten
Für Baujuristen
Für Baubetriebe



Warum interessiert eine Zumutbarkeit von Anordnungen?

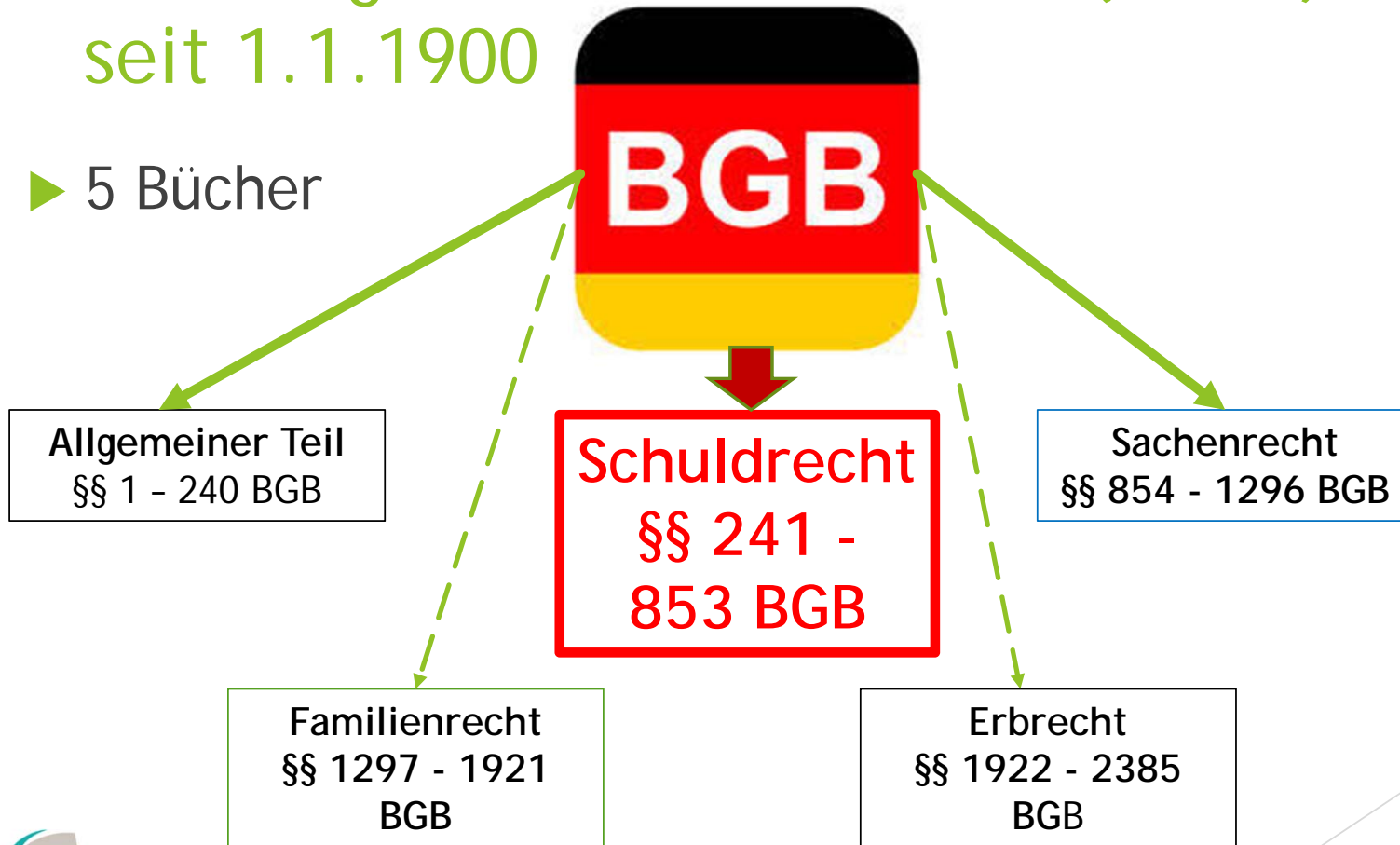


...jetzt wird es leider etwas trocken...

BGB

Das Bürgerliche Gesetzbuch (B G B) seit 1.1.1900

► 5 Bücher



Bauvertragsrecht 2018

Wesentliche Änderungen

AGB
§ 309 BGB

Werkvertrag

Bauvertrag

Verbraucher-
bauvertrag

Architekten- u. In-
genieurvertrag

Bauträgervertrag

Kaufvertrag

Lieferantenhaftung

Prozessrecht

Einstw. Verfügung

Baukammern-, Senate

Was hat sich insbesondere geändert? **Ein Überblick**

- ▶ Definition „Bauvertrag“
- ▶ Überarbeitung Abschlagszahlungen
- ▶ **Neuregelung Anordnungsrecht des Auftraggebers**
- ▶ Neuregelung Vergütungssystematik bei Anordnungen
- ▶ Neuregelung Zustandsfeststellung
- ▶ Neuregelung Abnahme
- ▶ Neuregelung Schlussrechnung

Was hat sich insbesondere geändert?

Ein Überblick

- ▶ Neuregelung Einstweilige Verfügung bei Streit der Bauvertragsparteien
- ▶ Neuregelung Gerichtszuständigkeit: Baukammern und Bausenate obligatorisch
- ▶ Neuregelung Kündigung
- ▶ Neuregelung Verbraucherbaupvertrag
- ▶ Neuregelung Architekten- und Ingenieursvertrag
- ▶ Neuregelung Bauträgervertrag

Regelungen zum Werkvertrag in den §§ 631 – 651 BGB: Grundregeln auch zum Bauvertrag!

- ▶ § 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag
- ▶ (1) Durch den Werkvertrag wird der **Unternehmer** zur Herstellung des versprochenen Werkes, der **Besteller** zur Entrichtung der vereinbarten **Vergütung** verpflichtet.



Grundregel:



Vergütung = Leistung!

Was ist ein Bauvertrag?

- ▶ § 650a Bauvertrag
- ▶ (1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines **Bauwerks**, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.



§ 650a BGB: Was ist ein Bauvertrag?

- ▶ (2) Ein Vertrag über die **Instandhaltung** eines **Bauwerks** ist ein **Bauvertrag**, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von **wesentlicher** Bedeutung ist.

- ▶ § 650b Änderung des Vertrages;
Anordnungsrecht des Bestellers
- ▶ (1) **Begehrt** der Besteller
 1. eine **Änderung des vereinbarten Werkerfolgs** (§ 631 Absatz 2) oder
 2. eine **Änderung**, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs **notwendig** ist,
streben die Vertragsparteien **Einvernehmen** über die **Änderung** und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an.

Abfolge Anordnungs-Procedere

- ▶ 1. Mitteilung des Änderungsbegehrens durch Auftraggeber
- ▶ 2. **Prüfung Zumutbarkeit** durch Auftragnehmer
- ▶ und zwingend Angebotslegung, wenn nicht unzumutbar bei Änderungsanordnung nach 650b I Nr.1 BGB. **Bei Nr.2 spielt Zumutbarkeit keine Rolle!**
- ▶ 3. Einigungsversuch über Leistung und Vergütung
- ▶ 4. Nach Ablauf von 30 Tagen: Anordnung durch Auftraggeber
- ▶ 5. Befolgt der Auftragnehmer die Anordnung nicht: Antrag auf **Einstweilige Verfügung** möglich, nicht unbedingt erfolgreich!

Zunächst also: AG = Bittsteller!

Ich begehre eine Änderung!



Dann Versuch des „Miteinander“ = Kooperation!



Änderung des vereinbarten Erfolgs

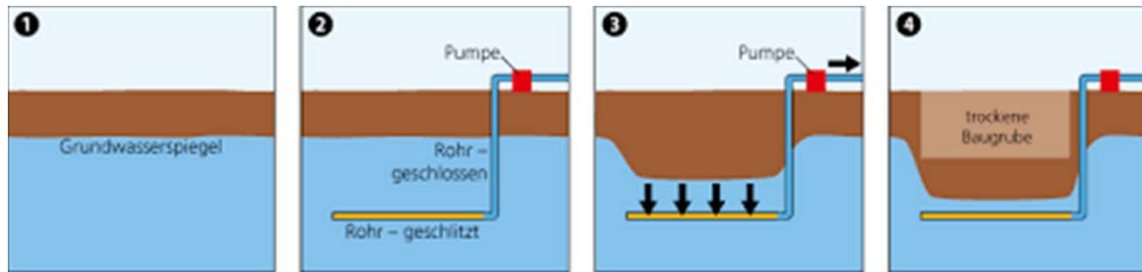


Änderungs-Anordnung

Geplant (rechts), Anordnung (links)

Änderung zur Erreichung des Erfolgs

- Planung ohne Wasserhaltung – Grundwasser steigt an.
Anordnung: Wasserhaltung!





§ 650b BGB Änderungsrecht

- ▶ Der Unternehmer ist verpflichtet, ein **Angebot** über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach (1) Begehrt der Besteller 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs wenn ihm die Ausführung der Änderung **zumutbar** ist. Macht der Unternehmer **betriebsinterne** Vorgänge für die **Unzumutbarkeit** einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die **Beweislast** hierfür.

Pflicht des Auftragnehmers: Angebotslegung!



Urkalkulation

Wenn vereinbart!

Artkulante Dienste Fieberborn
Fieberborn - Ost -

Ansprechpartner: ALEXANDER BERTHOOLD

Objekt: Ufisch-Flugversuchsanlage
Bauherr: TSB 2
23738 Fieberborn

Angebot (modulbasiert) Datum: 05.10.2015 Seite 1 von 1
Angebot: Ufisch-Flugversuchsanlage Bauarbeiten - 05.10.2015 - Flugzeugschleife
Bauwerk: 30000

Angebote Leistungen für 21 Tage

Objekt	Bezeichnung	Einheit	Anzahl	Preiswert
001	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
002	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
003	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
004	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
005	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000

Summe der angeregten Leistungen: 150.000
Kalkulations- und Zuschlagssatz: 40.000
Kalkulationspreis: 190.000
Eigenanteil: 20.000

Wichtige Hinweise:

Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig
Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte
Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte

Wirtschaft der Fieberborn: Wirtschaft der Flugversuchsanlage

Artkulante Dienste Fieberborn
Fieberborn - Ost -

Ansprechpartner: ALEXANDER BERTHOOLD

Objekt: Ufisch-Flugversuchsanlage
Bauherr: TSB 2
23738 Fieberborn

Angebot (zeitbasiert) Datum: 05.10.2015 Seite 1 von 1
Angebot: Ufisch-Flugversuchsanlage Bauarbeiten - 05.10.2015 - Flugzeugschleife
Bauwerk: 30000

Angebote Leistungen für 21 Tage

Objekt	Bezeichnung	Einheit	Anzahl	Preiswert
001	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
002	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
003	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
004	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000
005	Arbeitskräfte	L/24	1	30.000

Summe der angeregten Leistungen: 150.000
Kalkulations- und Zuschlagssatz: 40.000
Kalkulationspreis: 190.000
Eigenanteil: 20.000

Wichtige Hinweise:

Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig	Wichtig
Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte
Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte	Arbeitskräfte

Wirtschaft der Fieberborn: Wirtschaft der Flugversuchsanlage

§ 650b BGB Änderungsrecht

- ▶ Trägt der Besteller die **Verantwortung für die Planung** des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die **Änderung erforderliche Planung** vorgenommen und dem Unternehmer zur **Verfügung** gestellt hat.



§ 650b BGB Änderungsrecht

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

* (1) **Begehrt** der Besteller

1. eine **Änderung des vereinbarten Werkerfolgs**

Auftraggeber wird zum Diktator!



Einzigste Chance bei der Änderungsanordnung nach
§ 650b Abs.1 Nr.1 BGB:

Anordnung ist nicht zumutbar, also unzumutbar!

**Wann ist eine Anordnung
unzumutbar!??**

Definition Zumutbarkeit = negative
Definition Unzumutbarkeit

► Obersatz:

Was nicht mehr zumutbar ist, ist unzumutbar.

Was bedeutet aber „Zumutbarkeit“?

„Die Angemessenheit einer Anforderung an ein bestimmtes Verhalten“

Zumutbarkeit = Begriff zur Beschreibung noch tolerierbarer Belastungen!

- ▶ Was aber ist tolerierbar?
- ▶ Der subjektiv auszufüllende Rechtsbegriff „Zumutbarkeit“ bzw. „Unzumutbarkeit“ ist niemals sicher bestimmbar - die Bejahung oder Verneinung hängt letztlich vom entscheidenden Gericht ab. Dies kann im Instanzenweg völlig unterschiedliche Ergebnisse bedeuten.

Mögliche Kriterien für Rechtsprechung:

- ▶ Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses
- ▶ Treu und Glauben, § 242 BGB
- ▶ Grobes Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers (= Auftraggeber)
- ▶ Abwägung von Leistungsinteresse des Gläubigers und der Leistung entgegenstehenden Hindernissen.

Gesetzesbegründung zur Zumutbarkeit:

- ▶ *Dieses Zumutbarkeitskriterium kann beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers betreffen, aber auch betriebsinterne Vorgänge.*

Beweispflicht für Zumutbarkeit: Besteller! **Aber: Ausnahme betriebsinterne Vorgänge!!**

- ▶ *Beweispflichtig für die Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Besteller, da er den Vertrag ändern will.*
- ▶ *Aber: Beruft sich Unternehmer auf Unzumutbarkeit wegen betriebsinterner Probleme, hat er die Beweislast dafür!*

Bei Generalunternehmer:

- ▶ *Frage der Unzumutbarkeit aus betriebsinternen Gründen: Beim Generalunternehmer **Gesamtbetrachtung unter Einschluss der Nachunternehmer.***
- ▶ *Es ist nicht nur auf den Betrieb des Generalunternehmers selbst abzustellen, sondern es sind auch die **betrieblichen Möglichkeiten der Nachunternehmer zuzurechnen**, ohne die der Generalunternehmer den Auftrag nicht erhalten hätte.*

Beispiel: Betriebsurlaub

- ▶ Bauarbeiter haben sich auf den allgemeinen Betriebsurlaub eingestellt, Reisen gebucht oder sonstige zeitliche Dispositionen für diese Urlaubszeit getroffen.



Beispiel: Geräteeeinsatz

- ▶ Für die geänderte Ausführung sind stärkere oder andere Geräte erforderlich, über die der Bauunternehmer nicht verfügt. Z.B. Wechsel von Bohrpfehlwand zu Schlitzwand.



Beispiel: Elternzeit oder Überlastung der Kalkulationsabteilung

- ▶ Verantwortlicher Bauleiter hat Elternzeit eingeplant.
- ▶ Kalkulationsabteilung ist mit anderem Großprojekt vollständig ausgelastet.



Oh, Papi hat keine Zeit!?



Abschluss-Frage:

- ▶ Ist es zumutbar für Anwälte, bei der baubegleitenden Beratung eine Entscheidung für den Mandanten treffen zu müssen, ob eine Änderungsanordnung zumutbar oder unzumutbar ist – und deshalb entweder der Anordnung verpflichtend gefolgt oder aber nicht gefolgt werden muss??
- ▶ Wer soll sich diesen Schuh, den der Gesetzgeber nebulös vorgegeben hat, anziehen – und dann haften?



Merke:

Bei Gericht und auf hoher See
bist Du in Gottes Hand!



Aber **BKM** kann helfen!

Vielen Dank für Ihr Interesse!
Hoffentlich war der Vortrag **zumutbar....!**

