

baurecht

Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht

in Verbindung mit der ARGE Baurecht
im Deutschen Anwaltverein
in Zusammenarbeit mit der Deutschen
Gesellschaft für Baurecht

HERAUSGEBER

Karl-Heinz Keldungs, Düsseldorf,
Vors. Richter am OLG a.D.

Prof. Stefan Leupertz, Kleve,
Richter am BGH a.D.

Rüdiger Pamp, Karlsruhe,
Vors. Richter am BGH

Björn Retzlaff, Berlin,
Vors. Richter am KG

Jens Saurenhaus, Münster,
Vors. Richter am OVG

Dr. Birgit Franz, Köln
Rechtsanwältin

Dr. Burkhard Siebert, Wiesbaden
Bauindustrieverband Hessen-Thüringen



Heft 4a
April 2023
Seiten 717–842
54. Jahrgang
Art.-Nr. 24515316

4a

Sonderheft

AGB-Kontrolle nach gesetzlichem Bauvertragsrecht

Dr. Wolfgang Abel und Dr. Wolfgang Schindler

Rechtsanwälte bei der LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG
mbH, München

Werner Verlag

Aufsätze

AGB-Kontrolle nach gesetzlichem Bauvertragsrecht

von Dr. Wolfgang Abel und Dr. Wolfgang Schindler, München*

A.	Einleitung	723
B.	Legaldefinition des Bauvertrags nach § 650a BGB	724
C.	Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b BGB	724
	I. Verhältnis der Klauselprüfung nach § 307 BGB zu § 308 Nr. 4 BGB	724
	II. Gesetzliches Leitbild	726
	1. Inhalt der gesetzlichen Regelung	726
	a) Fälle und Regelung des Anordnungsrechts	726
	aa) Notwendige Änderung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB	726
	(1) Notwendig zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs	726
	(2) Begriff der Notwendigkeit	728
	(3) Bezugspunkt der Änderung; insbesondere Änderungen der Bauzeit oder des Bauablaufs	729
	bb) Willkürliche Änderung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB	730
	(1) Änderung des Werkerfolgs	730
	(2) Kein Anordnungsrecht für ein aliud	731
	(3) Kein Anordnungsrecht zur Art der Ausführung (insbesondere Baumstände und Bauablauf)	732
	(4) Zumutbarkeit	732
	cc) Regelung der Verhandlungsphase nach § 650b Abs. 1 BGB	732
	(1) Verhandlungsgebot	732
	(2) Planungspflicht für die Änderung	733
	(3) Rechtsfolgen bei Verletzung des Verhandlungsgebots	734
	dd) Keine Anordnungspflicht, auch nicht bei notwendigen Änderungen	734
	2. Wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung	735



* Die Verfasser sind Rechtsanwälte bei der LUTZ | ABEL Rechtsanwalts PartG mbB, München.

a)	Struktur und systematische Einordnung der gesetzlichen Regelung	735
aa)	Willkürliche Änderung	735
bb)	Deutliche Ausweitung der Änderungsrechte des Bestellers	736
cc)	Verfassungsrechtlich gebotene Grenzen des willkürlichen Anordnungsrechts	737
dd)	Entscheidungsrecht des Bestellers über die Anpassung einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung	737
b)	Leitbildfunktion einzelner Regelungen	737
aa)	Verhandlungsgebot und Vorlage einer geänderten Planung	738
bb)	Willkürliche Änderungen	739
(1)	Änderungsbefugnis	739
(2)	Zumutbarkeit für den Unternehmer	740
(3)	Begrenzung auf den Werkerfolg als gesetzliches Leitbild?	740
cc)	Notwendige Änderungen	741
(1)	Entscheidungsbefugnis des Bestellers	741
(2)	Notwendigkeit	742
(3)	Vergütungsrechtliche Bedeutung einer vereinbarten Leistungsbeschreibung	742
dd)	30-Tagesfrist	743
ee)	Textform	743
ff)	Fehlende Verpflichtung des Bestellers zur Anordnung	744
III.	Vereinbarkeit einzelner Klauseln	744
1.	Regelungen zur Verhandlungsphase	744
a)	Einigungsklauseln	745
b)	30-Tagesfrist	745
aa)	Unmittelbar ausübbares Änderungsrecht	745
(1)	Unaufschiebbarkeit von Anordnungen	746
(2)	Treuwidrigkeit der Berufung auf das Einigungsgebot	746
(3)	Minima non curat praetor	746
bb)	Sonstige Änderungen der Frist	747
(1)	Verlängerung	747
(2)	Verkürzung	748
c)	Planung von Änderungen	750
aa)	Anordnungsrecht ohne erforderliche Änderungsplanung	750
bb)	Klauseln zur Planung selbst	750
(1)	Änderung der Planungsverantwortung	750
(2)	Planungsverantwortung bei notwendigen Anordnungen	751
(3)	Geteilte Planungsverantwortung	752
d)	Vorgaben zur Angebotslegung	752
aa)	Vorlage eines Angebots	752
bb)	Inhalt des Angebots; insbesondere Vorgaben zur Preisbildung	753
cc)	Entschädigungsklauseln für Mehraufwand des Unternehmers	754
2.	Regelungen zum Anordnungsrecht	755
a)	Ausweitung des Anordnungsrechts	755
aa)	Willkürliche Änderungen (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB)	755
(1)	Klauseln zur Anordnung von Änderungen der Art der Ausführung und der Leistungszeit	755
(a)	AGB-rechtliche Bewertung	756
(aa)	Vereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild nach § 311 Abs. 1 BGB	756

(bb) Änderungen der vertraglichen Leistungszeit	757
(cc) Änderungen der Art der Ausführung	758
(dd) Keine entgegenstehende Wertung nach § 313 BGB	758
(b) Beschleunigungsanordnungen	759
(2) Klauseln zur Anforderung der Zumutbarkeit	759
(a) Abbedingen oder sonstige Abschwächung der Anforderung	759
(b) Klauseln zur Beweislast	760
(c) Präzisierungsklauseln	760
bb) Notwendige Änderungen (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB)	760
(1) Klauseln zur Abschwächung der Anforderung der Notwendigkeit	760
(2) Klauseln zur Erweiterung des abgebotenen Leistungsinhalts auf notwendige Änderungsleistungen	761
b) Einschränkung des Anordnungsrechts	761
aa) Willkürliche Änderungen (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB)	761
bb) Notwendige Änderungen (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB)	762
(1) Regelungen mit Einschränkung der bauvertraglichen Erfolgsverpflichtung	762
(2) Mehrere gleichwertige Ausführungsvarianten	762
c) Regelungen zum Formerfordernis	763
d) Anordnungspflicht des Bestellers bei notwendigen Änderungen in AGB des Unternehmers	763
IV. Anordnungsrechte nach der VOB/B	764
1. § 1 Abs. 3 VOB/B	765
a) AGB des Bestellers	765
b) AGB des Unternehmers	765
2. § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B	766
a) AGB des Bestellers	766
b) AGB des Unternehmers	767
3. § 4 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B	767
4. Sonderfall der „anderen Anordnung“ nach § 2 Abs. 5 VOB/B	767
5. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit der Anordnungsrechte	768
D. Änderungsvergütung nach § 650c BGB	769
I. Gesetzliches Leitbild	771
1. Das grundsätzliche gesetzgeberische Regelungskonzept nach § 650c BGB	771
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	771
b) Vom Gesetzgeber grundsätzlich verfolgter Interessenausgleich	772
c) Verfassungsrechtliche Einzelfragen zum Regelungskonzept	776
aa) Betriebswirtschaftlicher Kostenbegriff; kein konkreter Mittelabfluss beim Unternehmer erforderlich	776
bb) Angemessene Zuschläge	779
cc) Informationelle Selbstbestimmung und Geschäftsgeheimnisse	780
dd) Anforderungen an den Nachweis tatsächlicher Kosten; Beweislast	780
ee) Änderungen mit Minderkosten	782
d) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung zur Abschlagszahlung nach § 650c Abs. 3 BGB	783
2. Inhalt der gesetzlichen Regelung im Einzelnen	785
a) Berechnung der Vergütungsanpassung	785
aa) Tatsächliche Kosten für den geänderten Aufwand	785
(1) Grundsätzliche Berechnungsmethode	785

(2) Vergleichende Aufwandsberechnung	787
(a) Begriff der tatsächlichen Kosten	787
(b) Aufwands- und Leistungswerte	787
(c) Einsatz von Eigenmitteln	788
(aa) Gerätekosten	788
(bb) Lohn- und Stoffkosten	788
(d) Einsatz von Drittmitteln, Nachunternehmer und Lieferanten	788
(aa) Tatsächliche Preise	788
(bb) Kostenberechnung bei günstigen Beschaffungsquellen, Rabatten etc.	789
(cc) Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand des Dritten?	789
(3) Vergütungsanpassung bei vermindertem Aufwand (Minderkosten)	790
(a) Vor einer wirksamen Anordnung bereits entstandener Aufwand	790
(b) Aufgrund der Anordnung nicht (mehr) entstehender Aufwand	790
(c) Kein negativer Kostensaldo aufgrund von Minderkosten	791
(4) Weitere Einzelfragen	792
(a) Kosten geänderter Bauumstände und bauzeitbezogene Kosten	792
(b) Sonderfall: Bauzeitliche und bauablaufbezogene Anordnungen	793
(c) Verzögerungen durch die Verhandlungsphase	794
(d) Kosten der Nachtragerstellung	794
bb) Erforderlichkeit	796
(1) Umfang der Geltung des Gebots der Wirtschaftlichkeit	796
(2) Erforderlichkeit der Gesamtkosten und einzelner Preisbestandteile	798
(3) Erforderlichkeit bei einer von § 650c BGB abweichenden Preisvereinbarung mit Nachunternehmern	799
cc) Angemessene Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn	800
(1) Unternehmensbezogener Ansatz	800
(a) Unternehmensbezogene Deckungsbeiträge für AGK	800
(b) Angemessener Gewinnzuschlag und Mindestgewinn	800
(c) Zuschlag für Wagnis	802
(2) Unterdeckung allgemeiner Geschäftskosten durch bauzeitliche Verzögerungen	802
dd) Planung durch den Unternehmer bei notwendigen Änderungen	803
b) Rückgriff auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation	806
aa) Normzweck der Richtigkeitsvermutung	806
bb) Vereinbarungsgemäße Hinterlegung	806
cc) Wahlrecht des Unternehmers	807
dd) Anforderungen an den Umfang der Aufgliederung der Urkalkulation	808
(1) Erforderliche Vollständigkeit der Aufgliederung	808
(2) Unzulässigkeit einer nachträglichen Aufgliederung der Urkalkulation	808
ee) Reichweite der Richtigkeitsvermutung	809
ff) Rechtsfolgen der Richtigkeitsvermutung	809
(1) Wirkungsweise und Bezugspunkt der Richtigkeitsvermutung	810
(2) Nachweisführung unter Berücksichtigung der Richtigkeitsvermutung	810
c) Vorläufig pauschalierte Abschlagszahlung	811
aa) Zweck der Regelung	811
bb) Wahlrecht des Unternehmers	811

cc) Anwendbarkeit nur bei Streit der Höhe nach	811
dd) Höhe des Anspruchs	812
ee) Anders lautende gerichtliche Entscheidung	812
3. Gesetzliches Leitbild	813
a) Struktur und systematische Einordnung der gesetzlichen Regelung	813
b) Leitbildfunktion einzelner Regelungen	814
aa) Berechnung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 BGB	814
(1) Berechnung nach tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge	814
(2) Planungsverantwortung des Unternehmers	814
bb) Rückgriff auf vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation	815
cc) Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3 BGB	815
II. Vereinbarkeit einzelner Klauseln	815
1. Klauseln zu § 650c Abs. 1 BGB	815
a) Berechnungsmodell nach § 650c Abs. 1 S. 1 BGB	815
aa) Änderung des Berechnungsmodells insgesamt; Fortschreibung des Vertragspreisniveaus	816
bb) Erstreckung vertraglicher Preisgleitklauseln auf die Änderungsvergütung	816
cc) Erstreckung von Nachlässen auf die Änderungsvergütung	816
dd) Abweichung von tatsächlichen Kosten; feste Zuschlagssätze	817
ee) Klauseln zum Ausschluss oder zur höhenmäßigen Begrenzung der Änderungsvergütung	817
b) Klauseln zu Planungsfehlern, Prüfklauseln	817
2. Klauseln zu § 650c Abs. 2 BGB	818
a) Klauseln zur Hinterlegung	818
b) Abbedingung oder Einschränkung von § 650c Abs. 2 S. 2 BGB	818
c) Verschärfung der Beweisvermutung nach § 650c Abs. 2 S. 2 BGB	819
d) Wahlrecht zugunsten des Bestellers	819
e) Kalkulationsaufschlüsselung	819
3. Klauseln zu § 650c Abs. 3 BGB	819
a) Abbedingen von § 650c Abs. 3 BGB	820
b) Klauseln zu einem anderweitigen Schutz des Unternehmers	820
c) Bemessungswert der Abschlagszahlung	820
d) Fälligkeit der übrigen Nachtragsvergütung	821
e) Abweichung von den Sanktionsregelungen	821
III. Nachtragsvergütung nach der VOB/B	821
1. Unwirksamkeit der Vergütungsregelungen nach der VOB/B bei herkömmlicher Auslegung der Regelungen	821
2. Inhaltliche Neuausrichtung der Auslegung der VOB/B durch den BGH	822
3. Mengenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B	823
a) Inhaltskontrolle von § 2 Abs. 3 VOB/B	823
b) Abbedingen von Ansprüchen bei Mengenänderungen bzw. § 2 Abs. 3 VOB/B	823
4. Sonderfall der „anderen Anordnung“ nach § 2 Abs. 5 VOB/B	824
IV. Rechtsfolgen der Unwirksamkeit von Klauseln zur vorkalkulatorischen Preisermittlung	825
1. Allgemeine Rechtsfolgen	825
2. Problematik des „Rosinenpickens“	826
a) Nachtragsberechnung innerhalb eines einzelnen Nachtrags	826
b) Mehrere Nachträge innerhalb eines einheitlichen Bauvertrags	828

E.	Einstweilige Verfügung nach § 650d BGB	830
	I. Inhalt und Normzweck	830
	II. Abdingbarkeit als Regelung des Zivilprozessrechts	831
	III. AGB-rechtliche Einordnung in das Klauselverbot nach § 309 Nr. 12 BGB	831
	IV. Zulässigkeit von Regelungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung	831
	V. VOB/B	832
	1. § 18 Abs. 2 VOB/B	833
	2. § 18 Abs. 4 VOB/B	833
F.	Sicherungshypothek des Bauunternehmers nach § 650e BGB	833
	I. Inhalt und gesetzliches Leitbild	833
	II. AGB-rechtliche Beurteilung abweichender Klauseln	834
G.	Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB	835
H.	Zustandsfeststellung und Fälligkeit der Vergütung nach § 650g BGB	835
	I. Inhalt und gesetzliches Leitbild	835
	1. Zustandsfeststellung	835
	2. Fälligkeit der Vergütung	835
	II. Vereinbarkeit einzelner Klauseln	837
	1. Zustandsfeststellung	837
	2. Fälligkeit der Vergütung	838
	a) Klauseln des Bestellers zur Erschwerung des Eintritts der Fälligkeit	838
	aa) Erschwerung der Fälligkeit	838
	bb) Fiktion der Prüffähigkeit	838
	b) Klauseln der Unternehmers zur Erleichterung des Eintritts der Fälligkeit	839
	3. VOB/B	839
	a) Zustandsfeststellung nach § 4 Abs. 10 VOB/B	839
	b) Fälligkeitsregelungen nach § 16 VOB/B	839
	aa) § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B	839
	bb) § 16 Abs. 3 VOB/B	840
	(1) § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 VOB/B	840
	(a) Stellen der VOB/B durch den Besteller	840
	(b) Stellen der VOB/B durch den Unternehmer	840
	(2) § 16 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B	840
	I. Schriftform der Kündigung nach § 650h BGB	840
	I. Inhalt und Normzweck	840
	II. Abdingbarkeit	840
	III. AGB-rechtliche Beurteilung abweichender Klauseln	840
	IV. Kündigungsregelung nach § 8 Abs. 6 VOB/B	840
	J. Verbraucherbauvertrag nach § 650i ff BGB	840