

Änderungen gewünscht?

Der Umgang mit Änderungsanordnungen des Auftraggebers

Kein Bauvorhaben wird wie geplant errichtet! Je größer und komplexer das Bauvorhaben, umso mehr trifft diese Aussage zu. Die Gründe für Änderungen der Bauausführung sind vielfältig. Sie werden nicht immer vom Auftraggeber angeordnet und führen auch nicht ausnahmslos zu der vom Auftragnehmer gewünschten Nachtragsvergütung, sondern oft auch zu Obliegenheiten des Auftragnehmers. Lässt der Auftraggeber diese außer Acht, kann dies für ihn nicht nur zu Schwierigkeiten, sondern auch zu erheblichen Nachteilen führen. Der Beitrag soll einen Überblick ermöglichen.

■ Von Prof. Thomas Karczewski

Gründe und Gegenstand von Änderungen

Durch den Bauvertrag bestimmen die Vertragsparteien das „Was“ und „Wie“ der Leistung sowie den werkvertraglichen Erfolg – und damit das sogenannte „Bausoll“. Das „Was“ bestimmt den Bauinhalt (z. B. ein Einfamilienhaus oder eine Fabrikhalle, ein Kunststofffenster oder ein Holz-

fenster, ein Walm- oder ein Satteldach usw.). Das „Wie“ legt die Bauzeit und Baumstände fest (ist die Baustelle z. B. mit großem Baugerät erreichbar, steht ein Baukran zur Verfügung, steht Grundwasser an oder nicht).

Änderungen des Bauvorhabens können daher den Bauinhalt (z. B. statt der geplanten Kunststofffenster werden Holzfenster gewünscht) oder die Baumstän-

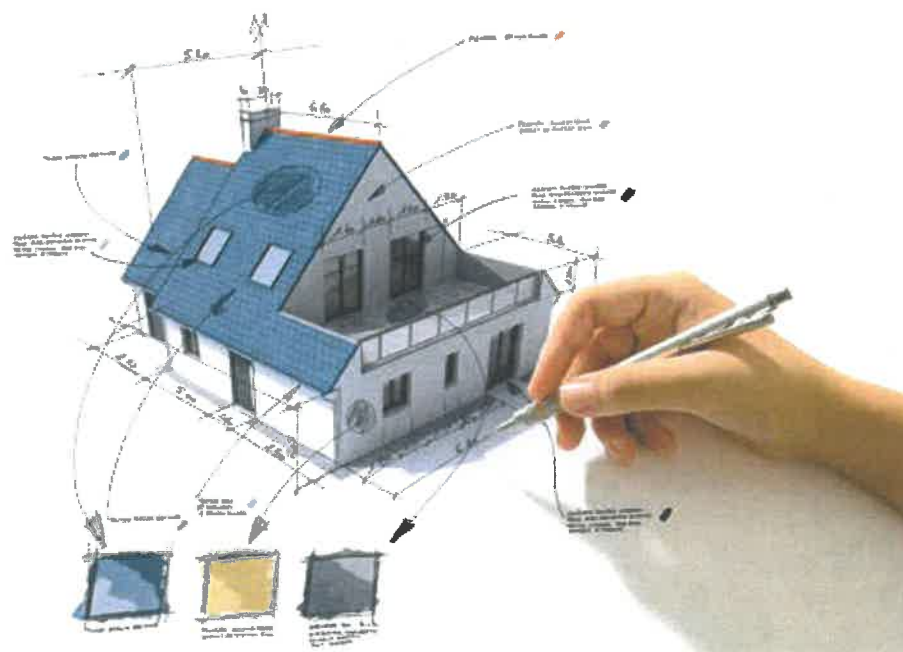
de (ein vorgesehener Baukran steht nicht zur Verfügung) oder beides betreffen (das Grundwasser steht höher, als angenommen, und für die Bauausführung ist eine Wasserhaltung erforderlich). Änderungen des Bauvorhabens können zudem entweder auf einer freien Willensentscheidung des Auftraggebers beruhen (statt der geplanten Kunststofffenster werden nachträglich Holzfenster gewünscht) oder durch eine behördliche Anordnung (statt des Vollgeschosses wird aufgrund eines Nachbarwiderspruches lediglich ein Stafelgeschoss genehmigt) oder eine bauliche Notwendigkeit (statt einer Abdichtung gegen Bodenfeuchte ist eine Abdichtung gegen drückendes Wasser erforderlich) begründet sein.

Voraussetzungen für Anordnungen

Verträge werden mit dem Inhalt geschlossen, der bei Vertragsabschluss vereinbart worden ist. Zum Zeitpunkt des Vertragschlusses werden (Bau-)Leistung und Gegenleistung (Vergütung) festgelegt. Wenn der Auftraggeber einseitig die (Bau-)Leistung ändern will, bedarf es dazu ausdrücklich einer Befugnis. Selten sind diese Änderungsbefugnisse im Vertrag direkt geregelt.

Änderungsbefugnisse nach VOB/B

Wenn die VOB/B als allgemeine Geschäftsbedingung zur Grundlage des Bauvertrags gemacht wird, gibt sie dem Auftraggeber die Befugnis, die Bauleistung zu verändern. Der Auftraggeber kann „Änderungen des Bauentwurfs“ anordnen (§ 1 Abs. 3 VOB/B) sowie anfangs nicht vereinbarte (zusätzliche) Leistungen vom Auftragnehmer verlangen (§ 1 Abs. 4 VOB/B).



(1) Änderungen eines Bauvorhabens durch den Auftraggeber betreffen häufig den Bauinhalt.

I. Wesen der Anordnung

Die Änderungsanordnung bzw. das Verlangen zusätzlicher Leistungen ist – wie die Erklärung zum Vertragsabschluss selbst – eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie bedarf keiner besonderen Form, kann also mündlich oder durch schlüssiges Verhalten erfolgen.¹ Da sich aus der Anordnung für den Auftragnehmer zusätzliche vertragliche Leistungspflichten ergeben, muss sie für den Auftragnehmer eindeutig verpflichtend sein.² Davon sind bloße Wünsche des Auftraggebers ebenso zu unterscheiden, wie Anordnungen gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B. Letztere betreffen Anordnungen des Auftraggebers, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind (bei einer pauschal angebotenen Wasserhaltung ordnet der Auftraggeber eine notwendige geschlossene Wasserhaltung an) und lösen keine Nachtragsvergütung aus.³

II. Vollmacht des Bauleiters

Die Änderung wird oft nicht durch den Auftraggeber selbst, sondern durch Dritte, insbesondere den bauleitenden Architekten des Auftraggebers angeordnet. Hier ist für den Auftragnehmer **Vorsicht geboten**. Damit die Änderungsanordnung des Bauleiters dem Auftraggeber zugerechnet werden kann, also gegenüber dem Auftragnehmer zu einer wirksamen Vertragsänderung führt, bedarf es einer besonderen Vollmacht des Architekten. Für den bauleitenden Architekten hat sich in der Praxis der Begriff der „originären Architektenvollmacht“ herausgebildet. Durch sie wird der Architekt zwar bevollmächtigt, für den Auftraggeber rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Die Vollmacht ist jedoch stark begrenzt, um den Auftraggeber nicht einem unüberschaubaren Risiko auszusetzen. Es gilt: **„Die originäre Vollmacht des bauleitenden Architekten endet dort, wo das Portemonnaie des Auftraggebers anfängt.“** Deshalb darf der Architekt im Rahmen einer „originären Architektenvollmacht“ keine Zusatzaufträge erteilen, die

Die Vollmacht umfasst weiter die Entgegennahme von Erklärungen,

von Ankündigungen und Verlangen von Mehrvergütung (§ 2 Abs. 6 VOB/B)

von Bedenkenanmeldungen (§ 4 Abs. 3 VOB/B)

von Kündigungserklärungen

von Behinderungsanzeigen (§ 6 VOB/B)

Die Vollmacht zur Abgabe und Entgegennahme kostenwirksamer Erklärungen (insbesondere Anerkennung von Nachträgen, Beauftragung von Zusatzleistungen, kostenwirksamen Änderungen des Bauablaufs, Anordnung von Stundenlohnarbeiten) ist auf einen Betrag von _____ € im Einzelfall netto beschränkt.

Der Bauleiter ist nicht berechtigt Anordnungen zu erteilen, die zu einem höheren Vergütungsanspruch von ausführenden Unternehmen führen.

Vertragsändernde oder -erweiternde Erklärungen, die eine zusätzliche Verpflichtung des Bauherrn und Auftraggebers über die vereinbarte Auftragssumme hinaus zur Folge haben und den vorgenannten Betrag überschreiten, bedürfen zur Wirksamkeit immer seiner gesonderten Zustimmung.

Ort, Datum _____

(Auftraggeber / Bauherr) _____ (Auftragnehmer / Bauleiter) _____

Bild: © „Formularmappe für die Bauleitung“, PPHG

(2) Änderungen werden häufig vom bauleitenden Architekten des Auftraggebers angeordnet. Damit diese wirksam sind, muss der Bauleiter jedoch entsprechend bevollmächtigt sein, z. B. durch eine Bauleitervollmacht.

zu einer fühlbaren Preiserhöhung führen⁴ oder Änderungen des vereinbarten Materials⁵ oder der Bauausführung⁶ beauftragen.

III. Anordnung geänderter Leistungen

Der Auftraggeber hat gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B das Recht, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen. Was unter dem Begriff „Bauentwurf“ zu verstehen ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Unstreitig fällt darunter der Bauinhalt, also „was“ gebaut werden soll. Unterschiedlich wird hingegen die Frage beantwortet, ob auch die Baumstände unter diesen Begriff fallen, sodass der Auftraggeber auch Änderungsanordnungen zu den Rahmenbedingungen der Bauausführung, also über das „Wie“ und „Wann“, treffen kann. In der Praxis ist die Frage des Umfangs der Änderungsbefugnis ohne Bedeutung, weil es regelmäßig nicht darum geht, ob der Auftraggeber berechtigt ist, eine Änderung anzuordnen, sondern darum, welche Vergütungsfolgen aus einer Anordnung resultieren. Nach dem Wortlaut der Vorschrift unterliegt die Änderungsbefugnis des Auftraggebers keinerlei Einschränkungen.

IV. Anordnung zusätzlicher Leistungen

Gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Anders als die Änderungsbefugnis nach § 1 Abs. 3 VOB/B ist das Anordnungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B begrenzt. Es setzt voraus, dass die zusätzliche Leistung zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich ist. Sie muss also zur Errichtung eines funktionstauglichen, zweckentsprechenden Werks erforderlich, aber in der Leistungsbeschreibung nicht enthalten sein.⁷ Außerdem muss der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen eingerichtet sein. Gemäß § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B kann der Auftraggeber andere Leistungen hingegen nur mit Zustimmung des Auftragnehmers auf diesen übertragen.

Nach § 2 Abs. 9 VOB/B kann der Auftraggeber zudem Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen verlangen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, den besonderen technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte nicht zu beschaffen hat. Hier handelt es sich um einen Sonderfall des Anordnungs-

1 OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.11.2000, 1422 U 37/14

2 BGH, Urt. v. 09.04.1992, VII ZR 129/91; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.11.2014, 22 U 37/14

3 BGH, a. a. O.; es handelt sich nicht um eine Nachtragsforderung berechtigende Anordnung gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B.

4 BGH, Urt. v. 24.07.2003, VII ZR 79/02 für Stundenlohnvereinbarung; OLG Dresden, Urt. v. 22.09.2010, 6U 61/05

5 KG, Urt. v. 22.05.2012, 7U 215/11

6 BGH, Urt. v. 07.03.2002, VII ZR 1/00

7 BGH, Urt. v. 07.03.2013, VII ZR 68/10

rechts zusätzlicher Leistungen. Die zusätzlichen Planungsleistungen müssen daher im Zusammenhang mit veränderten Bauleistungen stehen, weshalb die Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B vorliegen müssen. Selbstständige Planungsleistungen kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer hingegen nicht nach dieser Vorschrift verlangen. Dies sind Planungsleistungen, die ganze Leistungsbilder oder Leistungsphasen der HOAI umfassen.

V. Rechtsfolgen und Konsequenzen für den richtigen Umgang mit Anordnungen

Zusätzliche Vergütung

Da der Auftraggeber durch seine einseitigen Anordnungsbefugnisse in die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers eingreift, sieht die VOB/B zum Ausgleich Vergütungsregelungen vor. So bestimmt § 2 Abs. 5 VOB/B für Änderungsanordnungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B, dass ein **neuer Preis** unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zwischen den Parteien zu vereinbaren ist, wenn durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Die **Vereinbarung soll** vor der Ausführung getroffen werden.

Verlangt der Auftraggeber eine zusätzliche Leistung nach § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B, hat der Auftragnehmer nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B Anspruch auf besondere Vergütung. Er **muss** den Anspruch dem Auftraggeber **aber ankündigen**, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt. Anders als der Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B, setzt der nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B eine **Ankündigung der Mehrvergütung vor Ausführung** der Leistung voraus. Vergisst der Auftragnehmer die vorherige Ankündigung, scheidet ein Anspruch nach dieser Vorschrift grundsätzlich aus. Die Höhe des Anspruches muss der Auftragnehmer hingegen nicht benennen.

Soweit § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B von der Nachtragsvergütung bei einem Einheitspreisvertrag ausgeht, gelten diese Vergütungsvorschriften bei Anordnungen des

Auftraggebers auch für den Pauschalvertrag, § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B.

Für den Fall, dass der Auftraggeber nach Vertragsabschluss zusätzliche unselbstständige Planungsleistungen fordert, hat der Auftragnehmer ebenfalls einen zusätzlichen Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 9 VOB/B, was der Auftragnehmer in der Praxis meist vergisst.

Bei der Berechnung aller **Nachtragsvergütungen** hat der Auftragnehmer die **Angebotskalkulation fortzuführen**. Fehlt diese, ist vom Auftragnehmer nachträglich eine plausible Kalkulation für die vereinbarten Vertragspreise zu erstellen und der neuen Kalkulation für den geforderten Nachtragspreis gegenüberzustellen. Andernfalls ist ein geltend gemachter Mehrvergütungsanspruch für den Nachtrag unschlüssig.⁸

Will der Auftragnehmer die nachträglich angeordnete veränderte Leistung nach **Stundenlohn** abrechnen, muss er mit dem Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 10 VOB/B eine **Vereinbarung über die konkreten Leistungen** treffen. Zusätzlich muss er die Regelungen des § 15 VOB/B beachten, die zum Schutz des Auftraggebers einzuhalten sind. Beachtet er diese Voraussetzungen nicht, kann er seine zusätzliche Leistung nicht nach Stundenlohn abrechnen, wohl aber nach der im Vertrag vereinbarten Vergütung.

Erfolgt die Anordnung zur Ausführung geänderter Leistung durch den Bauleiter des Auftraggebers, hat dieser jedoch keine Vollmacht, ist die Vertragsänderung und der damit zusammenhängende Vergütungsanspruch nur wirksam, wenn der Auftraggeber die Änderung nachträglich genehmigt, § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B. Tut er dies nicht, scheidet ein vertraglicher Vergütungsanspruch aus, § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B. Auch ein Anspruch des Auftragnehmers gegen den vollmachtlosen Bauleiter kommt in der Regel nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte⁹ nicht in Betracht.

Nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B steht dem Auftragnehmer in diesem Fall jedoch eine Vergütung zu, wenn die Leistung für die Erfüllung des Vertrags notwendig war, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprach und ihm **unverzüglich angezeigt** wurde. Meist scheidet dieser Vergütungsanspruch daran, dass der Auftragnehmer ihn nicht unverzüglich anzeigt, sondern erst mit der Nachtrags- oder Schlussrechnung stellt. Dann kann er den Anspruch nur noch nach § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B in Verbindung mit den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag durchsetzen. Dazu muss die Leistung des Auftragnehmers für den Auftraggeber interessengemäß sein und seinem mutmaßlichen Willen entsprechen. Diese Vorschrift ist für den Auftragnehmer **„der Rettungsanker“**, wenn die Änderung der Bauleistung von einem vollmachtlosen Bauleiter angeordnet wurde.

Im Rahmen von Änderungsanordnungen schließen die Parteien über die Vergütung meist **Nachtragsvereinbarungen**. Ist die Leistung, die nach der Nachtragsvereinbarung vergütet werden soll jedoch vom ursprünglichen Bausoll umfasst, stellt sich die Frage, ob der Auftragnehmer diese Leistung trotzdem ein „zweites Mal“ abrechnen kann. Der BGH¹⁰ verneint dies grundsätzlich, es sei denn, der Auftraggeber hat sich damit einverstanden erklärt, eine zusätzliche Vergütung zu zahlen, obwohl die Leistung mit der vertraglichen Vergütung bereits abgegolten ist. Davon könne nur ausgegangen werden, wenn der Auftraggeber eine zusätzliche Vergütung anerkannt habe oder sich die Parteien gerade in Ansehung dieser Frage verglichen hätten.

Weitere Maßnahmen des Auftragnehmers

Durch die Änderungsanordnung des Auftraggebers können jedoch Obliegenheiten des Auftragnehmers erforderlich werden. So können die **Anordnungen fehlerhaft** sein oder einem funktionstauglichen, zweckentsprechenden Bauwerk widersprechen, kurz: zu einem Mangel führen. In diesem Fall muss der Auftragnehmer

⁸ OLG Stuttgart, Ur. v. 10.05.2016, 10 U 51/15; OLG Düsseldorf, Ur. v. 25.10.2013, 22 U 21/13

⁹ Vgl. z. B. OLG Saarland, Ur. v. 11.07.2000, 7U 944/99-233

¹⁰ BGH, Ur. v. 26.04.2005, X ZR 166/04



Bild: © arturfoto - stock.adobe.com

(3) Bei BGB-Bauverträgen sollen sich die Vertragsparteien seit dem 01.01.2018 über Inhalt und Vergütung von Änderungen innerhalb von 30 Tagen einigen.

einen **Bedenkenhinweis** erteilen, um sich von der Haftung freizuzeichnen.¹¹ Darüber hinaus kann die Änderungsanordnung zu einer Behinderung des Bauablaufs führen. Begehrt der Auftragnehmer eine Verlängerung der Bauzeit oder will er gar Zahlungsansprüche wegen Bauverzögerung oder Baustillstands geltend machen, muss er die **Behinderung** dem Auftraggeber gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B unverzüglich schriftlich **anzeigen und begründen**, durch welchen Umstand er in seiner Bauausführung wie behindert ist.

Änderungsbefugnisse nach BGB

Für Bauverträge, die ab dem 01.01.2018 geschlossen werden, gibt das BGB dem Auftraggeber neuerdings auch die Möglichkeit, Änderungen der Bauleistung anzuordnen, § 650b Abs. 2 BGB.

Einigungsprozedere

Nach einem aufwendig ausgestalteten Einigungsprozedere über „freie Änderungen“, die den vereinbarten Werkerfolg betreffen (der Auftraggeber begehrt z. B. Holz-, statt der vereinbarten Kunststofffenster) oder „notwendige Änderungen“, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind (statt der vereinbarten Abdichtung durch Dickbeschichtung muss eine Abdichtung mittels Schweißbahn und Drainage eingebaut werden), sollen sich die

Vertragsparteien auf der Basis eines Angebots des Auftragnehmers innerhalb eines Zeitraums von höchstens 30 Tagen über die Änderung und die Vergütung einigen, § 650b Abs. 1 BGB.

Trägt der Auftraggeber die Planungsverantwortung für das Bauwerk, kann der Auftragnehmer nach § 650b Abs. 1 Satz 4 BGB sein Angebot von der **Übergabe der erforderlichen Änderungsplanung** abhängig machen.

Erst wenn die Einigung nicht innerhalb der 30 Tage gelungen ist, kann der Auftraggeber die Änderung anordnen, wenn sie **für den Auftragnehmer zumutbar** ist, § 650b Abs. 2 BGB. Die Änderungsanordnung des Auftraggebers hat in Textform zu erfolgen (per E-Mail genügt). Handelt es sich um eine freie Änderung, kann der Auftragnehmer betriebsinterne Gründe für die Unzumutbarkeit der Ausführung vorbringen. Durch dieses Prozedere kommt der Auftraggeber insbesondere dann unter Druck, wenn sein Änderungsverlangen zu einem kritischen Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Bauausführung ohne die Änderung nicht fortgesetzt werden kann.

Vergütung der geänderten Leistung

Die Nachtragsvergütung bestimmt sich, anders als nach der VOB/B, nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, § 650c Abs. 1 BGB. Der Auftragnehmer kann aber nach seiner Wahl die Vergütung für den Nachtrag auch nach der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation berechnen, § 650c Abs. 2 BGB. Gerichtsurteile zur Auslegung dieser Vorschriften sind bisher noch nicht veröffentlicht.

Fazit

Änderungsanordnungen und ihre Vergütungsfolgen haben nach BGB und VOB/B unterschiedliche Voraussetzungen. Die überwiegende Literaturmeinung ist daher der Auffassung, dass die Anordnungs- und Nachtragsregelung der VOB/B nach der neuen Nachtragsregelung im BGB jedenfalls dann unwirksam ist, wenn die

VOB/B durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers geändert bzw. nicht als Ganzes vereinbart worden ist. Rechtsprechung hierzu liegt jedoch noch nicht vor.

Zur Person



Prof. Thomas Karczewski

ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner der Anwaltskanzlei Rembert Rechtsanwälte in Hamburg. Er ist seit 1989 als Rechtsanwalt und spezialisierter Bau- und Immobilienrechtler beratend, prozessvertretend und mediatorisch tätig. Professor Karczewski ist seit 2007 Lehrbeauftragter für Privates Baurecht und Wirtschaftsrecht an der Hochschule 21 (Buxtehude) und Gründer des Baurechtsskolloquiums Hamburg. Er ist ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift „IBR Immobilien- & Baurecht“ und Mitautor des „BeckOK zum neuen Bauvertragsrecht“ sowie des von Leupertz/Preussner/Sienz herausgegebenen Praktiker-Kommentars „Das neue Bauvertragsrecht“. Außerdem ist Herr Prof. Karczewski ein bundesweit gefragter Referent für Vorträge, Schulungen und Seminare zu baurechtlichen Themen.

Kontakt

Rembert Rechtsanwälte, Hamburg
www.rembert-rechtsanwaelte.de
hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de

¹¹Vgl. ausführlich Karczewski, T.: Der Bedenkenhinweis, in: der bauschaden, Ausgabe Dezember 2018/Januar 2019, S. 52 ff.