

4. Vergütungsgrundlage und sonstiger Inhalt des Angebots

a) Bindung des Unternehmers an § 650c Abs. 1 und 2 BGB

- 62 Weder dem Gesetzeswortlaut noch der Gesetzesbegründung lässt sich mit der gewünschten Klarheit entnehmen, auf welcher Basis das vom Unternehmer gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB vorzulegende Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen ist, ob der Unternehmer die Änderungsvergütung also »frei« kalkulieren kann oder ob er bei der Angebotserstellung bereits an die Vergütungsregelung des § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB gebunden ist.
- 63 Wenn die Parteien nach der gesetzgeberischen Intention des § 650b Abs. 1 S. 1 BGB zunächst Einvernehmen über die vom Besteller gewünschte Änderung und deren Vergütung anstreben sollen, ohne dass der Gesetzgeber etwas zum Angebotspreis regelt, dann ist dies zunächst ein Indiz dafür, dass der Unternehmer die Mehr- oder Mindervergütung bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB und in den Grenzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) frei kalkulieren kann.⁶⁵ Auch die Vergütungsregelung des § 650c Abs. 1 S. 1 BGB, die nur im Fall einer *Anordnung* des Bestellers greift, spricht dafür, dass dieselbe Vergütungsregelung nicht bereits für das im Vorfeld vom Unternehmer zu erstellende Angebot gilt.
- 64 Allerdings gäbe es im Rahmen der §§ 650b und c BGB dann zwei unterschiedliche Vergütungssysteme: Das in § 650b Abs. 1 BGB enthaltene Einigungsgebot würde auf einem vom Unternehmer frei ermittelten Angebotspreis basieren, während bei einem Scheitern der Verhandlungen der Parteien ein Anordnungsrecht des Bestellers entsteht, dessen Vergütungsfolgen in § 650c Abs. 1 und 2 BGB minutiös geregelt sind, nämlich primär auf Basis der für die Änderung tatsächlich erforderlichen Kosten nebst Zuschlägen, wahlweise auch auf der Basis der hinterlegten Urkalkulation. Zwar existieren zum Zeitpunkt der Angebotserstellung durch den Unternehmer noch keine tatsächlich erforderlichen Kosten im Sinne von § 650c Abs. 1 S. 1 BGB. Der Unternehmer kann aber die voraussichtlich tatsächlich erforderlichen Kosten im Vorhinein ermitteln, z.B. geänderte Materialpreise, höheren (oder niedrigeren) Lohnaufwand für die Erstellung, anderes Gerät usw. Erst recht kann er, wie nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B seit Jahrzehnten üblich, auf Basis der Urkalkulation die fortgeschriebene Vergütung für die Änderungs- oder Zusatzleistung im Vorhinein ermitteln und idealiter mit dem Besteller auch vereinbaren, wie dies von § 650b Abs. 1 BGB auch erwünscht ist. Wollte man dem Unternehmer also freistellen, einen beliebigen Angebotspreis für die vom Besteller gewünschte Änderung zu benennen, so wäre der Besteller trotz des gesetzlichen Einigungsgebots gleichsam gezwungen, das Angebot abzulehnen, um dann spätestens nach Ablauf der 30-Tages-Frist ein Anordnungsrecht zu generieren, für das die Vergütungsfolgen in § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB klar geregelt sind.
- 65 § 650b Abs. 1 S. 2 BGB ist deshalb nicht nur deshalb gesetzessystematisch, sondern auch nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung dahin auszulegen, dass der

65 So offenbar auch Kimpel, NZBau 2016, 734, 736; ebenso Orłowski, BauR 2017, 1427, 1429.

Unternehmer die Vergütung für die geänderte Leistung im Rahmen seines vorzulegenden Angebots entweder nach § 650c Abs. 1 BGB auf Basis der voraussichtlich entstehenden tatsächlichen Kosten oder alternativ nach § 650c Abs. 2 BGB auf Basis der hinterlegten Urkalkulation zu ermitteln hat. Auf diese Weise entsteht ein homogenes Vergütungssystem, das unabhängig davon gilt, ob die Parteien eine Einigung über die Änderungsleistung und deren Vergütung erzielen oder ob es mangels Einigung zu einer einseitigen Anordnung derselben Leistung durch den Besteller mit den entsprechenden Vergütungsfolgen des § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB kommt. Diese Auslegung reduziert auch die allgemeine Befürchtung, der Unternehmer könne sein Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB schon deshalb überhöhen, um mittels 80 % des Angebotspreises de facto mindestens 100 % Nachtragsvergütung bereits bei Abschlag zu erhalten.⁶⁶ Der »redliche Unternehmer« erhält nach dieser Maßgabe bei Nichteinigung der Parteien über die Änderungsvergütung also vorläufig 80 % der ihm tatsächlich zustehenden Vergütung, sei es nach tatsächlich erforderlichen Kosten oder sei es nach Maßgabe der hinterlegten Urkalkulation, sodass das Risiko einer Überzahlung seitens des Bestellers einschließlich Rückforderungsrisiko deutlich gemindert ist. Der Gesetzgeber spricht im Zusammenhang mit § 650c Abs. 3 BGB selbst davon, die Vorschrift solle gewährleisten, dass jedenfalls ein Teil der geschuldeten Mehrvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen berücksichtigt werde.⁶⁷ Überhöht der Unternehmer sein nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB zu erstellendes Angebot gleichwohl, so kann er zwar nach § 650c Abs. 3 S. 1 BGB zunächst einen Abschlag i.H.v. 80 % des (überhöhten) Angebots verlangen. Die Überhöhung des Angebots kann, wenn bereits das Angebot nach Maßgabe des § 650c Abs. 1 oder Abs. 2 BGB zu erstellen ist, im einstweiligen Verfügungsverfahren nach § 650d BGB jedoch gerichtlich korrigiert und damit eine unerwünschte Überzahlung des Unternehmers verhindert werden. Die nach hier vertretener Auffassung bestehende Pflicht des Unternehmers, den Angebotspreis nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB auf Basis der Vergütungsvorschriften gemäß § 650c Abs. 1 oder Abs. 2 BGB zu ermitteln, wird auf diese Weise Teil eines effektiven, durch § 650d BGB zu gewährleistenden Rechtsschutzes.

b) Sonstiger Inhalt des Angebots

Welchen Inhalt das vom Unternehmer vorzulegende Angebot ansonsten hat, hängt 66
von der jeweiligen Konstellation ab:

Obliegt dem **Besteller die Planungsverantwortung** für die Bauleistung, so hat er als 67
Grundlage des Unternehmerangebots die geänderte Planung (einschließlich Mengenermittlung und Leistungsbeschreibung) vorzulegen. In diesem Fall ist der Unternehmer lediglich verpflichtet, die Mehr- oder Mindervergütung entsprechend den vom Besteller vorzulegenden Angebotsgrundlagen zu benennen.

Bei einer zwischen **Besteller und Unternehmer geteilten Planungsverantwortung** muss 68
der Unternehmer im Rahmen der von ihm übernommenen Planungsverantwortung

⁶⁶ Vgl. Kimpel, NZBau 2016, 734, 736; Orłowski, ZfBR 2016, 419, 427.

⁶⁷ BT-Drucks. 18/8486, S. 57.