

14. Verfahren

Ein Versorgungsträger ist auch dann befugt,⁶⁰ Beschwerde einzulegen, wenn das FamG ohne die Beteiligung der Versorgungsträger entschieden hatte, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet, weil es (fälschlich) der Ansicht war, es sei Sache der Ehegatten, für die Umsetzung einer Vereinbarung zu sorgen, in der diese übereingekommen waren, dass nur in Höhe der hälftigen Differenz der beiderseits bis zu einem bestimmten Stichtag erworbenen Anrechte ein Ausgleich erfolgen sollte; denn auch eine solche Vereinbarung bedarf gem. § 6 VersAusglG der rechtsgestaltenden Umsetzung durch Beschluss des FamG.

Nach allgemeiner Ansicht beschränkt sich die Zulassung der Rechtsbeschwerde auf einen eigenständigen, abtrennbaren Teil des Verfahrensgegenstands, wenn die Rechtsbeschwerde wegen einer Rechtsfrage zugelassen wurde, die nur diesen Teil betrifft. Dies hat der BGH⁶¹ nun für einen Fall bestätigt, in dem die Rechtsbeschwerde zur Klärung der Rechtsfrage zugelassen wurde, ob die Pfändung eines Versorgungsanspruchs der Anordnung der Abtretung dieses Versorgungsanspruchs in Höhe der Ausgleichsrente gem. § 20 VersAusglG entgegenstehe.

15. Sonstiges

In der betrieblichen Altersversorgung wird häufig die Hinterbliebenenversorgung für den Fall begrenzt oder ausgeschlossen, dass der Ehegatte des Arbeitnehmers deutlich jünger als dieser ist (sog. Altersabstands- oder -differenzklausel). Dies hat vor allem für die Fälle Bedeutung, in denen der Arbeitnehmer nach Scheidung erneut heiratet. Das BAG⁶² hat eine Klausel gebilligt, die vorsah, dass die Hinterbliebenenversorgung für jedes Jahr um 5 % gekürzt werden sollte, um das die Altersdifferenz zwischen dem versicherten Arbeitnehmer und seinem jüngeren Ehegatten den Betrag von zehn über-

stieg. Demgegenüber hat es eine Klausel beanstandet, die die Zahlung einer Hinterbliebenenversorgung an den überlebenden Ehegatten davon abhängig gemacht hat, dass dieser zum Zeitpunkt des Todes des Berechtigten mindestens zehn Jahre mit diesem verheiratet war.⁶³ Im Versorgungsausgleich haben diese Entscheidungen vor allem Bedeutung für die Teilhabe an der Hinterbliebenenversorgung gem. § 25 VersAusglG.

Streiten die Beteiligten über die Umsetzung des im Wege der internen Teilung durchgeführten Versorgungsausgleichs, ist dafür das jeweilige Fachgericht zuständig, das über Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geteilten Versorgung zu entscheiden hat. Hat das FamG gleichwohl seine Zuständigkeit fehlerhaft angenommen, ist das Beschwerdegericht daran gebunden. Es hat dann nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz nach den für das jeweilige Fachgericht geltenden Grundsätzen zu entscheiden. In diesem Verfahren kann nicht geltend gemacht werden, die Teilungsordnung sei unwirksam, da insoweit rechtskräftig durch das FamG entschieden worden sei.⁶⁴

Der BGH⁶⁵ hat zwar dem Grunde nach Ansprüche auf Schadensersatz wegen Anwaltshaftung bejaht, wenn ein Anwalt kein Rechtsmittel eingelegt hat, weil ein auszugleichendes Anrecht bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs übersehen worden war, letztlich aber den Anspruch mit lesenswerten Ausführungen zur Verjährung von Primär- und Sekundärschaden verneint. ■

60 OLG Frankfurt a. M., NJOZ 2019, 759, besprochen von Bergmann, NZFam 2019, 364.

61 BGH, NJW 2019, 1613 = FamRZ 2019, 785.

62 BAG, NZA 2019, 537 = FamRZ 2019, 687.

63 BAG, NZA 2019, 918 = FamRZ 2019, 1231.

64 So OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2019, 1316 = BeckRS 2018, 35476.

65 BGH, NJW 2019, 2390 = FamRZ 2019, 1407.

Kanzlei & Mandat

Rechtsanwalt Jarl-Hendrik Kues*

Einigungsmodell und Anordnungsrecht des Bestellers nach dem BGB-Bauvertragsrecht

I. Einleitung

Der zum 1.1.2018 in Kraft getretene § 650 b BGB ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, dem Bauvertragsrecht die nötige Flexibilität zu geben. Die Vorschrift gibt den Vertragsparteien die Möglichkeit, interessengerecht auf die im Baugeschehen alltägliche und dennoch unvorhersehbare Unvereinbarkeit von Planung und Realisierung des Bauvorhabens reagieren zu können. Denn das Werkvertragsrecht des BGB sah bislang keinerlei Möglichkeiten vor, den vor Baubeginn vereinbarten Erfolg zu ändern.

§ 650 b BGB folgt den Regelungsvorbildern der VOB/B – auch wenn inhaltlich wesentliche Abweichungen bestehen – und der dazu ergangenen Rechtsprechung und Literatur. Wie sich bereits aus der Überschrift zu § 650 b BGB (Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers) ergibt, enthält die Vorschrift gestufte Regelungen und verknüpft die Vertragsänderung mit der Vergütungsanpassung.

II. Einigungsmodell

In Absatz 1 – und im Vordergrund stehend – kommt der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass Änderungen des Vertrags vorrangig einvernehmlich mit einer Änderungsvereinbarung herbeizuführen sind. Diese soll sowohl den geänderten Inhalt als auch die damit verbundene geänderte Vergütung regeln (sog. Einigungsmodell).

Hintergrund ist, dass ein einseitiges Vorgehen des Bestellers mittels eines sofort umzusetzenden Anordnungsrechts besonders streitanfällig ist: Der Unternehmer muss wegen der weiteren, ursprünglich nicht vorgesehenen Leistungen nicht nur in Vorleistung gehen; fehlt es zudem an einer anfänglichen Einigung über die Vergütung, muss er damit rechnen, dass der Besteller die (der Höhe nach streitige) Vergütung für die zusätzliche Leistung auch nach der Fertigstellung nicht ohne

* Der Autor, LL. M., ist Partner bei *Leinemann & Partner* Rechtsanwälte mbB in Frankfurt a. M.

Weiteres oder nur teilweise zahlen wird. Damit kann es – wie die Vergangenheit gezeigt hat – immer wieder zu empfindlichen Äquivalenzstörungen kommen. Deshalb ist in § 650 b BGB als erster Schritt vorgesehen, dass die Parteien zunächst ausloten sollen, ob Einvernehmen zu erzielen ist.

Für den Rechtsfrieden, die vertragliche Klarheit und letztendlich auch für den Projekterfolg ist es wünschenswert, wenn die Parteien einvernehmlich zu einer Einigung über die Leistungsänderung und die damit verbundene geänderte Vergütung kommen; dazu werden sie nun auch gesetzlich angehalten. So wird doppeltes Streitpotenzial beseitigt: zum einen hinsichtlich der Frage, ob der Besteller die Leistungsänderung anordnen kann und zum anderen über die Frage der Höhe der hieraus resultierenden veränderten Vergütung des Unternehmers.

1. Änderung des Vertrags

In § 650 b I BGB wird zwischen zwei Aspekten differenziert: der Vertragsänderung als solcher und dem Änderungsrecht:

- Nr. 1: Änderung des vereinbarten Werkerfolgs („gewillkürte Änderung“),
- Nr. 2: Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist („notwendige Änderung“).

Anders als in der VOB/B, wo zwischen einer geänderten (§ 1 III VOB/B) und einer zusätzlich erforderlichen Leistung (§ 1 IV 1 VOB/B) unterschieden wird, enthält § 650 b I BGB somit zwei andere Kategorien der Vertragsänderung. Hier ist daher stets nur von „Änderung“ die Rede, worunter auch eine vom Besteller eventuell gewünschte zusätzliche Leistung fällt.

Für das anzustrebende Einvernehmen zwischen den Parteien spielt es dabei keine Rolle, ob es sich um eine gewillkürte Änderung gem. § 650 b I 1 Nr. 1 BGB (andere Nutzung, andere Raumaufteilung, andere Konstruktion oder Sonstiges) handelt oder um eine Änderung gem. § 650 b I 1 Nr. 2 BGB, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (Korrektur einer fehlerhaften Planung oder einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung, um ein funktionstaugliches Werk herstellen zu können). Für beide Fälle gibt der Gesetzgeber vor, dass die Parteien Einvernehmen über die Änderung und die damit verbundenen Mehr- oder Minderkosten anstreben sollen.

Die notwendige Änderung nach § 650 b I 1 Nr. 2 BGB ist eigentlich keine Änderung des Bauvertrags. Denn ein Bauvertrag zeichnet sich immer durch einen bestimmten Werkerfolg aus. Somit wird ein Leistungssoll nur geändert, wenn eben dieser Werkerfolg geändert wird. Dies geschieht im Fall von § 650 b I 1 Nr. 2 BGB gerade nicht. Das folgt aus dem von der Rechtsprechung entwickelten „funktionalen Mangelbegriff“. Lässt sich ein bestimmtes Werk auf die vereinbarte Weise nicht herstellen, so dass ein Widerspruch zwischen Werkerfolg und Durchführungsvorgabe/Leistungsverzeichnis besteht, ist der Besteller unter Beibehaltung des Ziels „Herstellung eines funktionierenden Werks“ berechtigt, eine andere Durchführung zu fordern. Zugleich ist der Unternehmer von vornherein verpflichtet, einen entsprechenden Werkerfolg herbeizuführen. Nach dem bisherigen BGB-Werkvertragsrecht und dem Konsensualprinzip war somit der Besteller befugt, vom Unternehmer Änderungen zu verlangen, die nunmehr unter § 650 b I 1 Nr. 2 BGB fallen.

Gegenüber der bisherigen Rechtslage wirkt somit § 650 b I BGB einschränkend in Bezug auf die Rechte des Bestellers. Denn die einseitige Anordnung von notwendigen Änderun-

gen iSv § 650 b I 1 Nr. 2 BGB, zu denen der Besteller schon nach bisherigem Recht befugt war, ist ihm künftig erst nach Beachtung der Vorgaben des § 650 b I und II BGB möglich, das heißt insbesondere dem Bemühen, sich innerhalb von 30 Tagen mit dem Unternehmer über die Änderung und die damit einhergehende Anpassung der Vergütung zu verständigen. Diese Einschränkung ist der Ausgleich für das vorrangige Ziel des neuen Rechts, zugunsten des Unternehmers nach Möglichkeit Vergütungsgewissheit herzustellen.

2. Grundlagen für das Änderungsangebot

Der Weg zur gesetzlich gewünschten Einigung der Parteien über die Vertragsänderung wird in § 650 b I BGB ausführlich, aber auch tendenziell kompliziert geregelt. Zunächst ist von den Parteien zu klären, wer die Planungsverantwortung für das ursprüngliche Leistungssoll trägt. Sofern diese beim Besteller liegt, ist es auch an ihm, dem Unternehmer als Grundlage für dessen Änderungsangebot die dafür erforderliche Planung vorzulegen, § 650 b I 4 BGB. Auch wenn das Gesetz hier keine näheren Angaben zur Qualität der Unterlagen macht, reicht es allerdings nicht aus, nur einen Plan (Zeichnung) zu übergeben. Zur „Planung“ gehören neben der zeichnerischen Darstellung eine Mengenermittlung und eine dem Unternehmer die Preiskalkulation erlaubende Leistungsbeschreibung. Die Unterlagen haben daher dem zu entsprechen, was einem Unternehmer schon vor Abschluss des Bauvertrags übergeben wird, damit er ein Angebot für die Bauleistung vorlegen kann. Aus der Regelung folgt im Umkehrschluss, dass dem Unternehmer selbst die Erarbeitung einer Planung einschließlich der Mengenermittlung und Leistungsbeschreibung nur dann obliegt, wenn er nach dem Vertrag die Planungsverantwortung trägt.

Der in der Praxis häufige Fall, dass die Planungsverantwortung teilweise vom Besteller und teilweise vom Unternehmer getragen wird, ist im Gesetz bedauerlicherweise nicht geregelt. In diesen Konstellationen bedarf § 650 b I 4 BGB einer entsprechenden Auslegung unter Anwendung des Grundsatzes „Wer einmal plant, plant immer“. Mithin ist hier von einer Verlängerung der jeweiligen Planungszuständigkeit in die Vertragsabwicklungs-/Ausführungsphase auszugehen. Daraus folgt, dass bei solchen Konstellationen eine für ein Änderungsbegehren erforderliche Entwurfsplanung, gegebenenfalls auch eine behördliche Nachtragsgenehmigung, vom Besteller vorzulegen ist. Auf dieser Basis hat der Unternehmer die Fortschreibung der Ausführungsplanung einschließlich der Erstellung der Leistungsbeschreibung nebst Mengenermittlung und Leistungsverzeichnis im Sinne der Leistungsphasen 5 und 6 zu erbringen. Nur so ist sichergestellt, dass jeder Vertragspartner seinen ursprünglichen Anteil der Planungsverantwortung auch fortführt.

3. Angebot über die Mehr- und Mindervergütung

Sobald die Grundlagen für das Änderungsangebot geschaffen sind, ist vom Unternehmer gem. § 650 b I 2 BGB das Angebot über die Mehr- und Mindervergütung bezüglich der begehrten Leistungsänderung zu erstellen. Nicht geregelt ist, auf welcher Basis diese Mehr- oder Mindervergütung vom Unternehmer zu ermitteln ist. Insbesondere ist nicht vorgegeben, ob er das zu erstellende Angebot frei kalkulieren kann oder ob er an die Berechnungsmodelle gem. § 650 c BGB sinngemäß gebunden ist. Es spricht nichts dagegen, dem Unternehmer in seiner Kalkulation der Mehr- und Mindervergütung eine Gestaltungsfreiheit zuzugestehen, gerade weil es diesbezüglich keine gesetzlichen Vorgaben gibt. Das kann auch nicht als gesetzgeberisches Versehen angesehen werden, denn wenn

man die Preisbildung hätte einschränken wollen, wären Vorgaben sehr naheliegend gewesen. So enthält die maßgeblich als Vergleich vom Gesetzgeber betrachtete VOB/B in § 2 VI die konkrete Vorgabe, dass die Preise „nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung“, also anhand der Kalkulation des Auftragnehmers, zu ermitteln sind.

Ebenso wenig ist im Gesetz vorgegeben, in welcher Form und innerhalb welcher Frist das Angebot vom Unternehmer vorzulegen ist. Hier wird man auf den Einzelfall abstellen müssen. Umfangreiche Veränderungen müssen schon wegen der gebotenen Nachvollziehbarkeit des Angebotsinhalts im Zweifelsfall detailliert und schriftlich angeboten werden, bei kleinen Änderungen könnte auch eine E-Mail ausreichend sein. Eine Frist zur Unterbreitung des Angebots kann in jedem Fall aber erst zu laufen beginnen, wenn dem Unternehmer die Planung über die Leistungsänderung vorliegt.

Will der Besteller den Werkerfolg ändern, ist der Unternehmer zudem gem. § 650 b I 2 letzter Halbs. BGB nur dann zur Vorlage eines Angebots verpflichtet, wenn ihm die Ausführung der Änderung auch zumutbar ist. Der Besteller ist für den Fall dieser gewillkürten Änderung grundsätzlich für deren Zumutbarkeit beweispflichtig. Etwas anderes gilt für diejenigen Fälle, in denen der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit der Änderung geltend macht. In dieser Konstellation trifft den Unternehmer die Beweislast für die Unzumutbarkeit.

III. Einseitiges Anordnungsrecht des Besteller

Sofern es in den 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer nicht zu einer Einigung zwischen den Parteien nach § 650 b I BGB kommt, entsteht gem.

§ 650 b II 1 BGB das einseitige Recht des Bestellers, die Änderung der Vertragsleistung des Unternehmers in Textform anzuordnen. Für die in § 650 b I 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB geregelten Fälle gilt das Anordnungsrecht bei Änderung des Werkerfolgs jedoch nur, wenn dem Unternehmer die Ausführung zumutbar ist.

IV. Ausblick

Die Regelung zum Änderungsbegehren und zum Anordnungsrecht des Bestellers in § 650 b BGB ist begrüßenswert. Sie weicht jedoch dogmatisch stark von dem in der Praxis erprobten Anordnungsrecht der VOB/B ab. Es ist zu befürchten, dass die unflexible 30-Tages-Frist für die Einigung zu Problemen führen wird. Denn es erscheint wenig praxisgerecht, dass auch bei geringfügigen Änderungen zunächst das Prozedere eines Einigungsversuchs von bis zu 30 Tagen durchlaufen werden muss, ohne dass damit ein Mehrwert für eine der beiden Parteien verbunden wäre. Den Parteien bleibt es aber auch in diesen Konstellationen unbenommen, unverzüglich eine Einigung herbeizuführen. Wer sich etwa am selben Tag im Rahmen einer Baubesprechung einigt, muss keine weitere Zeit mehr verstreichen lassen. Das Risiko der Verzögerung des Baufortschritts durch einen Stillstand während einer 30-tägigen Frist ohne Einigung trifft jedoch hinsichtlich der Konsequenzen beide Bauvertragsparteien, so dass ihnen künftig zu einem besonnenen Umgang zu raten ist – dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Besteller mit dem Änderungsbegehren die Gründe für eine Verzögerung gesetzt und er deshalb die Folgen aus der etwaigen Verzögerung zu tragen hat, für deren Vergütungsfolgen zugunsten des Unternehmers das neue Gesetz indes keine ausdrückliche Regelung geschaffen hat. ■

Buchbesprechungen

Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung. Die vertragliche Regelung der zivil-, steuer- und sozialrechtlichen Folgen. Begr. von *Horst Göppinger*, hrsg. von *Ingeborg Rakete-Dombek*. 11., vollst. neu bearb. Auflage (NJW Praxis, Bd. 1). – München, Beck 2018. XXVIII, 593 S., kart. Euro 99,-. ISBN: 978-3-406-71381-1.

Es liegt bereits die 11. Auflage dieses Werks vor, das nunmehr überarbeitet wurde unter Einbeziehung der Entwicklung der Rechtsprechung seit den großen Reformen von 2008 und 2009. Wenn sich in dem Autorenkreis auch aktuell einige personelle Veränderungen ergeben haben, wie sie im Vorwort zur 11. Auflage dargestellt werden, bleibt es nach wie vor eine für den mit der Erstellung von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen befassten Praktiker höchst wertvolle Arbeitshilfe.

Gewohnt übersichtlich sind die einzelnen zu regelnden Themenkomplexe aufgliedert. Dies ermöglicht die Orientierung in dem inhaltsstarken Werk auf sehr einfache Weise. Im ersten Teil werden die materiell-rechtlichen Grundlagen dargestellt, verbunden mit einer ausführlichen Erörterung der aktuellen Rechtsprechung insbesondere des *BGH* zur Inhalts- und Ausübungskontrolle dieser Verträge und den Rechtsfolgen bei Nichtigkeit oder Anpassungsnotwendigkeit. Darauf folgen die prozessrechtlichen Grundlagen unter Einbeziehung auch berufs-, haftungs- und kostenrechtlicher Fragen, wobei den Kosten unter Einbeziehung von Verfahrens- und Gegenstandswerten ein eigener Ab-

schnitt gewidmet ist. Zum Abschluss findet sich eine ausführliche Checkliste zur Erstellung einer umfassenden Regelung, verbunden mit einer Darstellung möglicher Inhalte in den einzelnen Angelegenheiten mit entsprechenden Empfehlungen.

Der zweite Teil widmet sich den Details zur Regelung der einzelnen Angelegenheiten wie der elterlichen Sorge, des Umgangsrechts, des Versorgungsausgleichs, des Kindes- und Ehegattenunterhalts sowie der Vermögensauseinandersetzung unter Einbeziehung der Ausgleichstatbestände, zu Ehwohnung und den Haushaltsgegenständen sowie des Namensrechts, versehen mit zahlreichen weiterführenden Literaturhinweisen. Es werden jeweils in klaren Formulierungen die rechtlichen Grundlagen dargestellt, die abstrakten Regelungsmöglichkeiten erörtert und diese mit konkreten Formulierungsbeispielen sowie auch Praxis-tips verbunden.

Ein besonderes Kapitel nehmen dankenswerterweise darüber hinaus Steuerfragen ein, die von wesentlicher Bedeutung in ihren Rechtsfolgen für die beteiligten Ehegatten sein können und gelegentlich in diesem Kontext bei der Abfassung von Verträgen in der Praxis nicht die notwendige Berücksichtigung finden.

Nicht zuletzt ist auch dem internationalen Privatrecht ein eigenes Kapitel gewidmet. In Anbetracht der stetigen Zunahme binationaler Ehen, die zum Teil auch in einem dritten Land geführt werden, kommt diesem Rechtsbereich erhebliche sowie