

Nachträge beim Bauvertrag

Althaus / Bartsch / Kattenbusch / Vogel

2019

ISBN 978-3-406-72595-1

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

des Auftragnehmers auf Ausgleich etwaiger Stillstandskosten,⁵⁸⁴ da es schlicht an einer einschlägigen Anspruchsgrundlage fehlt.

Ein Recht des Auftragnehmers, mit der Ausführung der Leistung nach einem Bedenkenhinweis zuzuwarten, und damit auch ein ggf. bereits eingetretener Annahmeverzug des Auftraggebers entfällt nach einer **Zurückweisung der Bedenken**. In diesem Falle ist die Leistung nach der ursprünglich vorgegebenen Ausführungsart zu erbringen. Gleiches gilt auch **ohne eine Entscheidung** des Auftraggebers, sobald nach den oben genannten Grundsätzen eine **Haftungsbefreiung** eintritt. Zwar ist die Entscheidung über einen Bedenkenhinweis des Auftragnehmers eine gebotene Mitwirkungshandlung des Auftraggebers, dieses **Mitwirkungserfordernis** wird jedoch mit der Haftungsbefreiung des Auftragnehmers hinfällig. Der Vertrag ist nunmehr ohne weiteres durchführbar, da der Auftragnehmer ebenso wie im Falle der Zurückweisung der Bedenken die Leistung nur noch nach Maßgabe der verbindlichen Vorgaben bzw. Vorleistungen des Auftraggebers ausführen muss.

Nur in den bereits genannten **Ausnahmefällen**, in denen der Auftragnehmer nicht verpflichtet ist, die Leistung in der vorgesehenen Art auszuführen, weil dies gegen behördliche oder gesetzliche Vorschriften verstoßen würde oder weil hierdurch Gefahr für Leib und Leben entstehen oder ein unabsehbarer Schaden drohen würde, **besteht das Leistungsverweigerungsrecht fort**, bis der Auftraggeber die erforderliche vertragsändernde Anordnung trifft⁵⁸⁵ (vgl. → Rn. 385). In diesen Fällen dauert der Annahmeverzug des Auftraggebers auf unbestimmte Zeit fort, so dass dem Auftragnehmer die Möglichkeit eröffnet wird, den Vertrag nach Maßgabe von § 643 BGB bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B zu **kündigen**.⁵⁸⁶

6. Unzulässigkeit eigenmächtiger Umsetzung von Bedenken durch den Auftragnehmer

Macht der Auftragnehmer von seinem Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch und führt das Werk unter **eigenmächtiger Abweichung von der vereinbarten Ausführungsart** so aus, dass es funktionstauglich ist, so ist auch diese Leistung **außerhalb einer bestehenden Leistungspflicht** erbracht worden.

Im Falle von **Verträgen nach VOB/B** liegt dann eine Leistung ohne Auftrag oder in eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag im Sinne von § 2 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B vor, zudem ist das Werk **mangelhaft**, wenn es infolge der abgeänderten Ausführung nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Auf Verlangen des Auftraggebers ist die vertragswidrig hergestellte Leistung wieder zu **beseitigen** (§ 2 Abs. 8 Nr. 1 und § 4 Abs. 7 VOB/B). § 2 Abs. 8 VOB/B geht ersichtlich davon aus, dass die Ausführung einer **notwendigen Leistung** in Abweichung bzw. Ergänzung der vertraglich festgelegten Ausführungsart **nicht ohne weiteres vertragsgemäß** ist, obwohl sie nach den allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen der werkvertraglichen Erfolgshaftung „geschuldet“ wäre (vgl. → Rn. 8 ff.).

Entsprechendes gilt für Bauverträge nach **gesetzlichem Bauvertragsrecht**: Auch hier ist der Unternehmer nicht zur eigenmächtigen Abweichung von der vereinbarten Ausführungsart berechtigt, selbst wenn diese ungeeignet ist zur Herbeiführung des vereinbarten Werkerfolgs; aus § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB ist ersichtlich, dass die vereinbarte

⁵⁸⁴ AA LBD/Langen BGB § 650b Rn. 33; iBrOK BauVertrR/von Rintelen BGB § 650b Rn. 85; so auch noch Althaus, BauR 2017, 412, 416.

⁵⁸⁵ BGH Urt. v. 4.10.1984 – VII ZR 65/83, BauR 1985, 77.

⁵⁸⁶ Vgl. Ingenstau/Korbion/Oppler, 20. Aufl., § 4 Abs. 3 VOB/B, Rn. 80; FKZGM/Donner VOB/B § 13 Rn. 52.

Ausführungsart nur durch einvernehmliche Leistungsänderung oder eine einseitige vertragsändernde Anordnung des Auftraggebers abgeändert werden kann (vgl. → Rn. 408).

- 401 Eigenmächtige Abweichungen des Auftragnehmers von der vertraglich vereinbarten Ausführungsart können daher nicht unter Hinweis auf den Grundsatz der werkvertraglichen Erfolgshaftung als vertragsgemäß angesehen werden.⁵⁸⁷ Das grundsätzliche vertragliche Verbot einer eigenmächtigen „Korrektur“ der ausführungsbezogenen Festlegungen dient dem Schutz der berechtigten Interessen des Auftraggebers an der Wahrung seiner **technischen und finanziellen Dispositionsfreiheit**. Hierbei sind insbesondere folgende Gesichtspunkte maßgeblich:⁵⁸⁸

- Es gibt auch bei notwendigen Leistungsänderungen bzw. -erweiterungen nicht selten **verschiedene technisch mögliche Ausführungsalternativen**. Dann ist es Sache des Auftraggebers die Auswahlentscheidung zu treffen, welche konkrete Ausführungsart unter mehreren Möglichkeiten gewählt werden soll (vgl. → Rn. 511).⁵⁸⁹
- Er kann sich in gewissen Fällen auch für eine **geringere Gebrauchstauglichkeit**, als vereinbart war, entscheiden, also **an der vereinbarten Ausführungsart** zulasten der ursprünglich vereinbarten Funktionstauglichkeit **festhalten** (vgl. → Rn. 386).
- Es gibt ggf. noch die Möglichkeit, die notwendigen zusätzlichen Leistungen **an einen anderen Auftragnehmer** – ggf. auch zu anderen Preisen – **zu vergeben**.
- Der Auftraggeber kann unter Umständen auf die Ausführung einer Leistung verzichten, die für die mangelfreie Herstellung des Bauwerks eigentlich erforderlich wäre. Denn er kann, wenn beispielsweise die Haushaltsmittel für die notwendigen zusätzlichen Leistungen nicht ausreichen, das **Projekt stoppen** und den Bauvertrag frei kündigen.

7. Rechtsfolgen unterlassener Bedenkenhinweise

- 402 Kommt der Auftragnehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nicht oder nicht ausreichend nach, so haftet er im Grundsatz für die Mängel. Er ist allerdings nur verpflichtet, seine eigene Leistung nachzubessern oder die Kosten dafür zu übernehmen. Er braucht hingegen nicht die mangelhafte Leistung eines Vorunternehmers nachzubessern.⁵⁹⁰
- 403 § 13 Abs. 3 VOB/B wird allgemein so verstanden, dass eine Mängelhaftung auch dann entfällt, wenn die mangelnde Eignung der vereinbarten Ausführungsart für den Auftragnehmer trotz gehöriger Prüfung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B **nicht erkennbar war** und aus diesem Grunde ein Bedenkenhinweis unterblieben ist.⁵⁹¹ Der Auftragnehmer hat zwar grundsätzlich für die mangelhafte Herstellung des Werkes ohne Verschulden einzustehen. Von der Haftung wird er jedoch frei, wenn er die Prüfungs- und Hinweispflicht, wie sie der Regelung des § 13 Abs. 3 VOB/B zugrunde liegt, **gewissenhaft erfüllt**.⁵⁹² Im Falle von Auftragsgebervorgaben gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B knüpft damit die Mängelhaftung im

⁵⁸⁷ Oberhauser, BauR 2005, 919 ff.; Althaus, BauR 2008, 167, 174; Thode, BauR 2008, 155, 158; Motzke, NZBau 2011, 705 ff.; abweichend Putzier, FS Motzke (2006), 353 ff. sowie BauR 2008, 160; Leupertz, BauR 2008, 577; BauR 2010, 273 ff.; sowie Leitzke, BauR 2008, 914 ff.

⁵⁸⁸ Vgl. näher Althaus, BauR 2008, 167 ff.

⁵⁸⁹ Siehe bereits Vogel, IBR 2006, 605.

⁵⁹⁰ OLG München Ur. v. 17.1.1996 – 27 U 193/95, BauR 1996, 547.

⁵⁹¹ BGH Ur. vom 8.11.2007 – VII ZR 183/05 NZBau 2008, 109; BGH Ur. v. 8.7.1982 – VII ZR 314/81, BauR 1983, 70; KMG PrivBauR-Hdb/Merl/Hummel § 15 Rn. 127; Kniffka/Koeble Kompendium BauR/Kniffka 6. Teil Rn. 23.

⁵⁹² BGH Ur. v. 12.5.2005 – VII ZR 45/04, NZBau 2005, 456; BGH Ur. v. 12.12.2001 – X ZR 192/00, BauR 2002, 945, 946; BGH Ur. v. 11.4.1957 – VII ZR 308/56 LM Nr. 3 zu § 633 BGB; BGH Ur. v. 4.11.1965 – VII ZR 239/63, ZfBR 1998, 243 u. 297 (Ls.); BGH Ur. v. 23.10.1986 – VII ZR 48/85, BauR 1987, 79.

Ergebnis an eine **schuldhafte Pflichtverletzung** des Auftragnehmers an.⁵⁹³ Maßgeblich ist, ob dem Auftragnehmer bei der von ihm als Fachunternehmen zu erwartenden Prüfung Bedenken gegen die Eignung der vereinbarten oder angeordneten Ausführungsart hätten kommen müssen (vgl. → Rn. 371).⁵⁹⁴ Die **Beweislast** für die Erfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht trifft den **Auftragnehmer**,⁵⁹⁵ dieser hat daher ggf. auch darzulegen und zu beweisen, dass er die Fehlerhaftigkeit einer Vorgabe oder einer Vorleistung ohne eigenes Verschulden nicht erkannt hat.

Der Auftragnehmer haftet ferner trotz einer Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht nicht, wenn diese Pflichtverletzung **nicht ursächlich** dafür war, dass der Auftraggeber seine fehlerhaften Vorgaben bzw. die Vorleistungen anderer Unternehmer nicht korrigiert hat, etwa weil nach den Umständen bereits feststand, dass der Auftraggeber an der vorgesehenen Ausführungsart in jedem Fall festgehalten hätte.⁵⁹⁶ In Fällen einer bewussten Risikoubernahme seitens des Auftraggebers kann zudem bereits die Hinweispflicht als solche entfallen (vgl. → Rn. 371).

Unterlässt der Auftragnehmer einen gebotenen Bedenkenhinweis und führt das Werk 404 nach den Vorgaben bzw. Vorleistungen des Auftraggebers **mangelhaft** aus, so hat dies für die Mängelhaftung folgende Konsequenzen: Der Auftragnehmer ist zur Beseitigung des Mangels verpflichtet und kann als zusätzliche Vergütung lediglich die „**Sowieso-Kosten**“ verlangen, die bei rechtzeitigem Bedenkenhinweis und einer sodann ergangenen Anordnung zu vergüten gewesen wären.⁵⁹⁷ Der Mängelbeseitigungsanspruch ist ferner erst durchsetzbar, wenn der Auftraggeber die für die ordnungsgemäße Ausführung notwendigen **Mitwirkungshandlungen**, insbesondere eine mangelfreie Planung erfüllt hat. Bis dahin kann der Auftragnehmer nicht in Verzug geraten.⁵⁹⁸

Der Auftragnehmer kann sich im Falle einer Verletzung der Prüfungs- und Hinweispflicht ferner unter Umständen auf ein **Mitverschulden des Auftraggebers** berufen. 405 Der Auftraggeber bleibt ungeachtet der Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers für seine vertraglichen Angaben, Anordnungen und Lieferungen **verantwortlich**, wie § 4 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich klarstellt. Hieraus kann sich ein **Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers** gegen den Auftraggeber wegen einer schuldhaft **fehlerhaften Planung** bzw. entsprechender Anordnungen ergeben. Der Ersatz dieses Schadens kann Kosten einer Bauzeitverzögerung und ggf. anteilig auch den reinen Beseitigungsaufwand erfassen. Die Verteilung des Schadens zwischen den beiden Vertragsparteien erfolgt hierbei unter Beachtung des jeweiligen Verschuldens nach § 254 BGB.⁵⁹⁹

⁵⁹³ Dies ändert nichts daran, dass der Auftragnehmer nicht wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung nach § 280 BGB, sondern wegen eines Sachmangels haftet, vgl. hierzu OLG Düsseldorf Ur. v. 11.10.2007 – 5 U 6/07, IBR 2008, 432 = BauR 2008, 1005.

⁵⁹⁴ BGH Ur. v. 12.5.2005 – VII ZR 45/04, NZBau 2005, 456; BGH Ur. v. 12.12.2001 – X ZR 192/00, BauR 2002, 945, 946.

⁵⁹⁵ BGH Ur. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NZBau 2008, 109; Kniffka/Koeble Kompendium BauR/Kniffka 6. Teil Rn. 48.

⁵⁹⁶ BGH Ur. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, Rn. 36, NZBau 2008, 109; Kniffka/Koeble Kompendium BauR/Kniffka 6. Teil Rn. 48.

⁵⁹⁷ BGH Ur. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82, BauR 1984, 395; BGH Ur. v. 17.5.1984 – VII ZR 169/82, BauR 1984, 510 = ZfBR 1984, 222; BGH Ur. v. 20.11.1986 – VII ZR 360/85, BauR 1987, 207; BGH Ur. v. 16.7.1998 – VII ZR 350/96, IBR 1998, 527 = BauR 1999, 37; BGH Ur. v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98, NZBau 2000, 198; BGH Ur. v. 13.9.2001 – VII ZR 392/00, NZBau 2002, 31; BGH Ur. v. 15.10.2002 – X ZR 69/01, NZBau 2003, 33; BGH Ur. v. 27.7.2006 – VII ZR 202/04, Rn. 25, NZBau 2006, 777.

⁵⁹⁸ OLG Celle Ur. v. 18.6.2008 – 14 U 147/07, IBR 2008, 644 = BauR 2008, 2046.

⁵⁹⁹ BGH Ur. v. 13.9.2001 – VII ZR 392/00, NZBau 2002, 31; OLG Düsseldorf Ur. v. 8.2.2008 – 23 U 58/07, BauR 2009, 27; OLG Koblenz Beschl. v. 24.4.2012 – 5 U 843/11; vgl. Kniffka/Koeble

- 406 Der Auftraggeber hat eine **fehlerhafte Planung des Architekten bzw. Ingenieurs** oder des **Fachplaners** als seiner Erfüllungsgehilfen wie eigenes Verschulden zu vertreten (§ 278 BGB).⁶⁰⁰ Ein Mitverschulden des Auftraggebers und seiner Erfüllungsgehilfen kann jedoch nur berücksichtigt werden, wenn der Auftragnehmer seine Prüfungs- und Hinweispflichten lediglich fahrlässig verletzt hat, nicht dagegen bei einem vorsätzlichen Verstoß. Unterlässt der Auftragnehmer den Hinweis auf Mängel, die er positiv erkannt hat, so ist er immer allein für den Schaden verantwortlich.⁶⁰¹ Maßstab für die Abwägungen der jeweiligen Beiträge von Auftragnehmer und Auftraggeber zu den entstandenen Schäden ist der Gedanke des Vertrauensschutzes. Nur soweit der Auftragnehmer auf Planungen und Ausführungsunterlagen tatsächlich vertraut hat und auch vertrauen durfte, kann er nach § 254 BGB entlastet werden.⁶⁰² Auch wenn den Auftragnehmer nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft, ist dessen eigener Mitverschuldensanteil regelmäßig hoch anzusetzen. Soweit nämlich der **Auftragnehmer** mit der gebotenen Prüfung die Mängel hätte verhindern können, setzt er die **eigentlichen Ursachen** für die weiteren Schäden. Es ist deshalb in der Regel auch veranlasst, diesem Umstand bei einer Verschuldensabwägung entscheidendes Gewicht zukommen zu lassen.⁶⁰³

B. Änderungen der vertraglichen Bauleistung

- 407 Nach dem **gesetzlichen Bauvertragsrecht** ist für notwendige und nicht notwendige Leistungsänderungen zunächst der Versuch einer einvernehmlichen Änderung in § 650b Abs. 1 VOB/B vorgesehen; erst bei Scheitern einer entsprechenden Einigung stehen dem Auftraggeber Anordnungsrechte zur Verfügung (näher → Rn. 454). Demgegenüber hat der Auftraggeber bei Verträgen nach **VOB/B** von Anfang an einseitige Gestaltungsrechte zur Änderung der vertraglichen Leistung in § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B (näher → Rn. 484).

I. Einseitige Leistungsänderungen durch Anordnungen nach gesetzlichem Bauvertragsrecht und VOB/B

1. Begriff der Anordnung nach § 650b Abs. 2 VOB/B

- 408 § 650b BGB regelt im Rahmen des gesetzlichen Bauvertragsrechts ein Verfahren zur Leistungsänderung bei der Durchführung von Bauverträgen.⁶⁰⁴ Das Verfahren sieht nach § 650b Abs. 1 BGB zunächst den Versuch einer einvernehmlichen Vertragsanpassung vor, die sowohl die Änderung der Bauleistung als auch die Vergütungsanpassung beinhaltet;

Kompensum BauR/*Kniffka* 6. Teil Rn. 61 ff.

⁶⁰⁰ OLG Düsseldorf Urt. v. 29.8.1997 – 22 U 22/97, IBR 1998, 7 = BauR 1998, 340.

⁶⁰¹ BGH Urt. v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89, BauR 1991, 79 mwN. Abweichend OLG Oldenburg Urt. v. 15.7.2004 – 8 U 121/04, IBR 2004, 495 = BauR 2004, 1972 = NZBau 2005, 48: Verschuldensanteil von jeweils 50%.

⁶⁰² BGH Urt. v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89, BauR 1991, 79; BGH Urt. v. 30.6.1977 – VII ZR 325/74, BauR 1977, 420, 421.

⁶⁰³ BGH Urt. v. 11.10.1990 – VII ZR 228/89, BauR 1991, 79; vgl. auch Kniffka, BauR 2005, 274, 277.

⁶⁰⁴ Zur langjährigen Diskussion hierüber, insbesondere auch über mehrere Deutsche Baugerichtstage hinweg siehe BauR 2010, 1313, 1323 ff.; BauR 2012, 1471, 1477 ff. sowie BauR 2014, 1544 ff.; die Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstag waren Gegenstand der Erörterungen einer v. Bundesministerium der Justiz im Januar 2010 eingerichteten „Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht“, die hierzu einen Abschlussbericht mit Datum v. 18.06.2013 vorgelegt hat.

kommt trotz Einhaltung der hierfür vorgesehenen Verfahrensregeln keine Einigung über die Leistungsänderung und Vergütungsanpassung zustande, kann der Auftraggeber den Inhalt der vertraglichen Bauleistung unter bestimmten Voraussetzungen durch einseitige Erklärung abändern. Die in § 650b Abs. 1 S. 1 BGB enthaltene Differenzierung zwischen notwendigen Änderungen zur Herbeiführung des vereinbarten Erfolgs (Nr. 2) und Änderungen des Werkerfolgs selbst (Nr. 1) zeigt, dass der Gesetzgeber in beiden Fallgestaltungen eine Leistungsänderung, also eine Änderung des Inhalts der Bauleistung vorsieht. Dies gilt also auch für die Festlegung von Leistungen bzw. Arbeitsschritten, die notwendig sind, um den werkvertraglichen Erfolg herbeizuführen, obwohl aufgrund der werkvertraglichen Erfolgshaftung der Auftragnehmer nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon immer ein funktionstaugliches Werk erstellen und damit auch die hierfür erforderlichen Leistungen ausführen muss.⁶⁰⁵ Zu Recht setzt der Gesetzgeber aber **auch im Falle notwendiger Änderungen** nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 das **Erfordernis einer Leistungsänderung** voraus, da die vereinbarte Ausführungsart die vertragliche Leistungspflicht des Auftragnehmers **auch verbindlich festgelegt** hat und daher auch auf der Leistungsseite eine Vertragsanpassung mit der hiermit verbundenen **Auswahlentscheidung des Auftraggebers** erfolgen muss (vgl. → Rn. 401).⁶⁰⁶ Diese gesetzliche Regelung ist auch interessengerecht, da die Entscheidung darüber, ob und in welcher Weise von der vereinbarten Ausführungsart abgewichen werden soll, dem Auftraggeber überlassen bleiben muss, der schließlich auch die wirtschaftlichen Folgen einer Abweichung vom Vertrag zu tragen hat. Anordnungen des Auftraggebers nach **§ 650b Abs. 2 BGB** sind daher **stets rechtsgestaltende Erklärungen**, welche die vertraglichen Leistungspflichten des Auftragnehmers unmittelbar abändern.⁶⁰⁷

2. Begriff der Anordnung nach §§ 1 und 2 VOB/B

Auch Anordnungen des Auftraggebers nach **§ 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B** ändern die vertraglichen Pflichten des Auftragnehmers unmittelbar und sind deshalb **einseitig empfangsbedürftige Willenserklärungen mit Gestaltungskraft**.⁶⁰⁸

Danach hat der Auftraggeber das Recht, durch einseitige Erklärungen den vertraglichen Leistungsumfang zu ändern.⁶⁰⁹ Die Regelungen enthalten der Sache nach vertraglich **vereinbarte Leistungsbestimmungsrechte** ähnlich § 315 BGB.⁶¹⁰ Die Verpflichtung zur Ausführung der betreffenden Leistungen entsteht damit allein durch die Anordnung des Auftraggebers und bedarf keiner Nachtragsvereinbarung (→ Rn. 539). In der baurechtlichen Praxis werden die einseitigen Gestaltungserklärungen, von denen in §§ 1 und 2 VOB/B die Rede ist, im Anschluss an die Begrifflichkeit in §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 S. 1 VOB/B als „**Anordnungen**“ bezeichnet, obwohl es in § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B „Verlangen“ und in

⁶⁰⁵ Vgl. BGH Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82, BauR 1984, 395; BGH Urt. v. 17.5.1984 – VII ZR 169/82, BauR 1984, 510; BGH Urt. v. 20.11.1986 – VII ZR 360/85, BauR 1987, 207; BGH Urt. v. 16.7.1998 – VII ZR 350/96, BauR 1999, 37; BGH Urt. v. 11.11.1999 – VII ZR 403/98, IBR 2000, 65; BauR 2000, 411; BGH Urt. v. 13.9.2001 – VII ZR 392/00, BauR 2002, 86; BGH Urt. v. 15.10.2002 – X ZR 69/01, BauR 2003, 236; BGH Urt. v. 27.7.2006 – VII ZR 202/04, BauR 2006, 2040; BGH Urt. v. 8.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344.

⁶⁰⁶ BeckOK BauVertrR/Althaus/Kattenbusch BGB § 650c Rn. 1; kritisch BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650b Rn. 44.

⁶⁰⁷ ebenso Messerschmidt/Voit/von Rintelen BGB § 650b Rn. 114.

⁶⁰⁸ BGH Urt. v. 14.7.1994 – VII ZR 186/93, BauR 1994, 760 = ZfBR 1995, 15.

⁶⁰⁹ BGH Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207.

⁶¹⁰ Vgl. so bereits Hereth/Ludwig/Naschold, § 1 VOB/B, Ez. 14 und 32. Zur Frage, ob § 315 BGB direkt oder analog anwendbar ist, vgl. Quack, ZfBR 2004, 107 ff.

§ 2 Abs. 6 VOB/B „Forderung“ heißt. Das vorliegende Handbuch verwendet allerdings zur Vereinfachung der Darstellung im Weiteren den allgemein üblichen Sprachgebrauch.

3. Grundsätze für Leistungsändernde Anordnungen

- 411 Als „Anordnung“ im Sinne von § 650b Abs. 2 BGB bzw. § 1 Abs. 3 VOB/B und Nr. 4 S. 1 VOB/B kommt nur eine Erklärung des Auftraggebers in Betracht, die **nach ihrer objektiven Zielrichtung den Vertrag ändern soll**.⁶¹¹ Erst aufgrund der Anordnung ist der Auftragnehmer berechtigt und verpflichtet, das Werk entsprechend dem geänderten Entwurf herzustellen bzw. die bislang nicht vereinbarten Arbeiten („Leistungen“) auszuführen. Deshalb müssen solche Anordnungen für den Auftragnehmer „eindeutig als Vertragserklärungen verpflichtend“,⁶¹² also als rechtsgestaltende Willenserklärungen erkennbar sein. Sie sind damit von bloßen Wünschen des Auftraggebers zu unterscheiden, die nicht zwingend befolgt werden müssen.⁶¹³ Dies setzt eine eindeutige, unmissverständliche Erklärung des Auftraggebers **nach Vertragsabschluss** voraus.⁶¹⁴
- 412 Für die Frage, ob eine (verbindliche) Vertragserklärung oder nur ein (unverbindlicher) **Wunsch** vorliegt, gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zur Willenserklärung. Es kommt auf den „objektiven Empfängerhorizont“ an. Der Auftragnehmer muss also bei objektiver Betrachtung die Erklärung des Auftraggebers als rechtsverbindliche Erklärung zu einer Vertragsänderung verstehen. Dies setzt voraus, dass der Auftragnehmer redlicherweise davon ausgehen muss, dass der Auftraggeber einen entsprechenden Rechtsgeltungswillen hat. Bei bloßen Wünschen des Auftraggebers wird – unabhängig von der Frage, ob die in Rede stehenden Änderungen **objektiv eine Änderung des Vertrages** voraussetzen – nicht hinreichend deutlich, dass der Auftraggeber durch diese Äußerungen wirklich rechtsverbindlich den Vertrag ändern will.
- 413 Forderungen des Auftraggebers, die **im Vertrag keine Grundlage** haben, sind **keine verbindlichen Anordnungen**. Sie können daher auch keine Veränderung des Vertragsinhalts zur Folge haben, wenn nicht ausnahmsweise aus anderen Gründen ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht besteht.⁶¹⁵

a) Konkludente Anordnung

- 414 Eine Anordnung kann ggf. auch durch schlüssiges Verhalten, also **konkludent** erfolgen: Es soll beispielsweise genügen, wenn die Parteien sich wissentlich **auf geänderte Umstände aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers einstellen** und wenn der Auftraggeber **erkennbar will**, dass vertraglich nicht bzw. so nicht vereinbarte Arbeiten ausgeführt werden. Hierfür kann es im Einzelfall ausreichen, dass der Auftraggeber in Kenntnis von Umständen, die von den vertraglichen Angaben abweichen, weiterarbeiten lässt bzw. zur Weiterarbeit auffordert.⁶¹⁶ Da sich aus einer Anordnung für den Auftragnehmer jedoch

⁶¹¹ Vgl. BGH Urt. v. 9.4.1992 – VII ZR 129/91, IBR 1992, 349 = BauR 1992, 759; BGH Urt. v. 25.1.1996 – VII ZR 233/94, IBR 1996, 184 = BauR 1996, 378 = ZfBR 1996, 196 = NJW 1996, 1346; BGH Urt. v. 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207.

⁶¹² BGH Urt. v. 9.4.1992 – VII ZR 129/91, IBR 1992, 349 = BauR 1992, 759; OLG Braunschweig Urt. v. 2.11.2000 – 8 U 201/99, BauR 2001, 1739.

⁶¹³ BGH Urt. v. 9.4.1992 – VII ZR 129/91, IBR 1992, 349 = BauR 1992, 759.

⁶¹⁴ OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.5.2005 – 17 U 294/03, IBR 2006, 81.

⁶¹⁵ OLG Hamm Urt. v. 14.4.2005 – 21 U 133/04, IBR 2005, 522 = BauR 2005, 1480 = NZBau 2006, 180; Thode, ZfBR 2004, 214 ff.; iBrOK BauVertrR/*Kniffka*, Stand 26.5.2009, § 631 BGB, Rn. 436, 441.

⁶¹⁶ Vgl. BGH Urt. v. 27.6.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561; OLG Jena Urt. v. 11.10.2005 – 8 U 849/04, IBR 2005, 658 = NZBau 2006, 510; IBR 2006, 14; OLG Dresden Urt. v. 3.12.2004 – 9 U 3114/98, IBR 2006, 127.

zusätzliche vertragliche Leistungspflichten ergeben, muss das Verhalten des Auftraggebers **als verpflichtende Vertragserklärung** erkennbar sein.⁶¹⁷ Dies kann beispielsweise durch das Ergebnis einer Abstimmung bei einem Baustellengespräch erfolgen, bei dem die Parteien eine Lösung für die geänderten Baumstände festlegen. Die bloße Mitteilung des Auftraggebers, dass geänderte Baumstände vorliegen, genügt für eine leistungsändernde Anordnung jedoch nicht ohne weiteres.⁶¹⁸ Insbesondere bei der Annahme konkludenter Anordnungen zur Bauzeit ist daher Zurückhaltung geboten (siehe näher → Rn. 425).

Zu beachten ist ferner, dass auch konkludente Anordnungen den gleichen **Formerfordernissen** unterliegen können wie ausdrückliche Anordnungen. 415

Die **bloße Duldung** einer vom ursprünglichen Vertrag abweichenden Ausführung 416 durch den Auftragnehmer hat regelmäßig nicht den Charakter einer konkludenten Anordnung, wenn diese geänderte Ausführung **nicht** für beide Vertragsteile erkennbar **notwendig** für die Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung ist.

Beispiel: Das Leistungsverzeichnis enthält eine Position 1.0.015, wonach 460 qm Pflaster aufzunehmen, wieder verwendbare Steine zu säubern sowie sortiert auf der Baustelle zu lagern sind. Ferner enthält das Leistungsverzeichnis zwei Positionen für die Herstellung von Verbundsteinpflaster: Eine Position 3.5.007 für 460 qm Verbundsteinpflaster aus Steinen des Auftraggebers; sowie eine weitere Position 3.5.008 für 160 qm Verbundsteinpflaster mit Material, das vom Auftragnehmer zu liefern war. Der Auftragnehmer baut dagegen überall neue, von ihm gelieferte Pflastersteine ein. Der Auftraggeber, der dies sieht, erhebt keinen Widerspruch. Der Auftragnehmer möchte die Mehrkosten für die neuen Steine abrechnen. Das **OLG Koblenz**⁶¹⁹ lehnt die Zahlungsansprüche des Auftragnehmers ab. Die geänderte Ausführung war nicht erforderlich. Die Duldung kann nicht als konkludente Änderungsanordnung angesehen werden.

b) Freiwillige Befolgung unwirksamer Anordnungen

Wenn der Auftragnehmer eine **unwirksame Anordnung** „freiwillig“ befolgt, hat dies 417 nicht ohne weiteres dieselben Rechtswirkungen wie eine einseitige leistungsändernde Anordnung. Es kommt jedoch nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht, die unwirksame Anordnung entweder als ein **Angebot** zu einer **einvernehmlichen Vertragsänderung auszulegen**⁶²⁰ oder zumindest entsprechend **umzudeuten** (§ 140 BGB).⁶²¹ Hierauf kann der tatsächliche bzw. mutmaßliche Wille des Auftraggebers gerichtet sein, wenn er vom Auftragnehmer Arbeiten verlangt, zu deren einseitiger Anordnung er nach den Bestimmungen des Bauvertrages nicht berechtigt ist. Eine solche Fallgestaltung liegt insbesondere vor, wenn der Auftraggeber eine Leistung einseitig anordnet, obwohl diese dem Auftragnehmer nur mit dessen Zustimmung übertragen werden kann (zB § 1 Abs. 4

⁶¹⁷ BGH Urt. v. 9.4.1992 – VII ZR 129/91, IBR 1992, 349 = BauR 1992, 759; OLG Braunschweig Urt. v. 2.11.2000 – 8 U 201/99, BauR 2001, 1739.

⁶¹⁸ OLG Düsseldorf Urt. v. 21.11.2014 – 22 U 37/14, IBRRS 2015, 0203 = BauR 2015, 494 mwN.; OLG Frankfurt Urt. v. 25.5.2007 – 19 U 127/06, IBR 2008, 375.

⁶¹⁹ OLG Koblenz Urt. v. 12.1.2007 – 10 U 423/06, IBR 2007, S. 237. Allerdings kann im Einzelfall die einvernehmliche Festlegung konkreter Beschleunigungsmaßnahmen als eine vertragliche Anordnung im Sinne von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B anzusehen sein, vgl. hierzu weiter unten in diesem Abschnitt.

⁶²⁰ Vgl. Breyer, BauR 2006, 1222ff., 1224; Althaus, IBR 2007, 359; Oberhauser, FS Ganten (2007), S. 189 ff.; Steiner, Die Beschleunigung von Bauabläufen – Teil 2: Ansprüche des Auftragnehmers bei durchgeführter Beschleunigung, ibi-online-Aufsatz, 2007, Rn. 73; ähnlich OLG Hamm Urt. v. 14.4.2005 – 21 U 133/04, IBR 2005, 522 = BauR 2005, 1480 = NZBau 2006, 180: konkludente Einräumung eines Rechts zur Leistungsbestimmung.

⁶²¹ Diehr, ZfBR 2006, 312, 314; Steiner, Die Beschleunigung von Bauabläufen – Teil 2: Ansprüche des Auftragnehmers bei durchgeführter Beschleunigung, ibi-online-Aufsatz, 2007, Rn. 73; RVL, 3. Aufl., Rn. 831.

S. 2 VOB/B). Führt der Auftragnehmer in solchen Fällen die angeordnete Leistung aus, ist dies regelmäßig eine **konkludente Annahme des Änderungsangebots**.⁶²² Damit wird die geänderte Leistung zum Inhalt der Bauleistungspflicht, obwohl sich der Auftragnehmer dieser Vertragsänderung **hätte widersetzen können**. Für das Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 2 BGB dürften im Ergebnis dieselben Grundsätze gelten.⁶²³ Die **Vergütungsfolgen** richten sich in diesen Fällen in der Regel nach § 650c BGB bzw. nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B (hierzu näher → Teil 3 Rn. 20, Rn. 109).

- 418 Es ist aber keineswegs so, dass jede freiwillige Befolgung einer unberechtigten Anordnung dazu führt, dass eine solche konkludente Änderung der Leistungspflicht zustande kommt.⁶²⁴ Vielmehr ist hierfür im Einzelfall erforderlich, dass zugleich ein **rechtsgeschäftlicher Wille** der Parteien, der auf eine **Änderung des Vertrags** gerichtet ist, **erkennbar** wird.⁶²⁵ Das ist insbesondere zweifelhaft bei unberechtigten zeitlichen Anordnungen, wenn der Auftraggeber ersichtlich der Auffassung ist, dass sich seine Forderung im Rahmen des ohnehin vertraglich Geschuldeten hält (vgl. → Rn. 425).⁶²⁶

c) Anordnung einer Leistung unter Ablehnung einer gesonderten Beauftragung

- 419 Verlangt der Auftraggeber eine bestimmte Ausführung, die objektiv nach dem ursprünglichen Vertrag nicht vereinbart war, kann auch dies eine leistungserweiternde Anordnung sein, selbst wenn der Auftraggeber zusammen mit dem Verlangen einer bestimmten Ausführung ausdrücklich darauf hinweist, dass die **betreffende Leistung zum Vertragsinhalt gehört**. Unter diesen Umständen ist gleichwohl eine leistungserweiternde Anordnung anzunehmen, wenn aus der Äußerung des Auftraggebers deutlich wird, dass dieser die betreffende Ausführung in jedem Fall will, also erkennbar auch für den Fall, dass sich seine Rechtsauffassung später als unzutreffend erweist.⁶²⁷ Dann ist diese Aufforderung des Auftraggebers so zu verstehen, dass die Leistung in jedem Fall in der geforderten Art auszuführen ist und eben nur die rechtsgestaltende Erklärung unter die **Bedingung** gestellt wird, dass eine entsprechende Anpassung des Vertrages notwendig ist. Obwohl die Anordnung als einseitige Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich ist, bestehen gegen eine solche **Rechtsbedingung** keine Bedenken.⁶²⁸
- 420 Ob eine solche „bedingte“ Anordnung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Wenn der Auftraggeber nur mitteilt, dass seines Erachtens eine bestimmte Leistung zum Vertragsinhalt gehört, ist eine solche Erklärung lediglich die **Äußerung einer**

⁶²² OLG Dresden Urte. v. 9.1.2013 – 1 U 1554/09, IBRRS 2015, 1013 = BauR 2015, 1488; OLG Naumburg Urte. v. 23.6.2011 – 2 U 113/09, IBR 2011, 626; OLG Braunschweig Urte. v. 2.11.2000 – 8 U 201/99, BauR 2001, 1739; OLG Celle Urte. v. 22.7.2009 – 14 U 166/08, IBRRS 2009, 2432 = BauR 2009, 1591; FKZGM/Kemper VOB/B § 1 Rn. 33; Kapellmann/Schiffers/Markus, Bd. 1, 7. Aufl., Rn. 799 f.; vgl. Althaus, IBR 2007, 359.

⁶²³ BeckOK BauVertrR/Althaus/Kattenbusch BGB § 650c Rn. 6; ähnlich Messerschmidt/Voit/Leupertz BGB § 650c Rn. 11.

⁶²⁴ So aber offenbar Breyer, BauR 2006, 1222 ff., 1224.

⁶²⁵ Ähnlich OLG Hamm Urte. v. 12.4.2011 – 24 U 29/09, IBR 2013, 136: Konkludente Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts.

⁶²⁶ Ebenso OLG Hamm Urte. v. 12.4.2011 – 24 U 29/09, IBR 2013, 136; vgl. Althaus, IBR 2007, 359; aA offenbar Oberhauser, FS Ganten (2007), S. 189, 200. Die Fallgestaltung einer konkludenten einvernehmlichen Vertragsänderung ist nicht zu verwechseln mit einer wirksamen Anordnung unter Ablehnung einer „gesonderten Beauftragung“, vgl. hierzu → Rn. 419.

⁶²⁷ Ebenso im Hinblick auf „Beschleunigungsanordnungen“ Steiner, Die Beschleunigung von Bauabläufen – Teil 2: Ansprüche des Auftragnehmers bei durchgeführter Beschleunigung, *ibr-online-Aufsatz*, 2007, Rn. 78; aA Kapellmann, NZBau 2009, 538.

⁶²⁸ Vgl. MüKoBGB/Westermann § 158 Rn. 54.