

Skript Teil III

Anordnungsrechte des Bestellers nach § 650b BGB

Einführung¹

Prof. Stefan Leupertz

Schiedsrichter, Schlichter, Adjudikator

Richter am Bundesgerichtshof a.D.

¹ aus BeckOK-BauVR, Leupertz/Preussner/Sienz, 6. Edition Stand 30.06.2019

§ 650b Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 650b BGB repräsentiert mit Vorschriften zu den Anordnungsrechten des Bestellers ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Schaffung eines eigenständigen Bauvertragsrechts. Er betrifft die Schnittstelle zwischen dem Interesse des Bestellers, auch noch nach Abschluss des Bauvertrages bestimmend in das Baugeschehen eingreifen zu können und dem Grundsatz "*pacta sunt servanda*", der die Werkvertragsparteien an die einmal zu Leistung und Gegenleistung getroffenen Vereinbarungen iSd § 631 Abs. 1 BGB bindet. Dabei stand im Gesetzgebungsverfahren von Anfang an im Vordergrund, den Bauablauf durch die Zubilligung von interessengerecht austarierten Eingriffsmöglichkeiten des Bestellers so wenig wie möglich zu stören und zugleich die Liquidität des vorleistungspflichtigen Unternehmers sicher zu stellen (vgl. BT-Drs. 18/8486, 54). Dementsprechend definiert § 650b Abs. 1 S. 1 BGB die **Änderungsrechte des Bestellers** (dazu Rn. 37ff.) und stellt zugleich klar, dass die Vertragsparteien sich über die Änderungen und deren Bezahlung einigen sollen. Damit zieht der Gesetzgeber das vom BGH in mittlerweile in ständiger Rechtsprechung gefestigte **Kooperationsgebot** (grundlegend: BGH, Urt. v. 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807) an, das er in § 650b Abs. 1 Satz 2 bis 5 und Abs. 2 Satz 1 BGB zu einem ausdifferenziert vorgegebenen "Einigungsprozess" verdichtet (dazu Rn. 49ff.). Dieses **Einigungsverfahren**, das in den Vorstellungen des Gesetzgebers ursprünglich keine Rolle gespielt hatte (vgl. den Referentenentwurf des BMJV vom 10.09.2015 - abrufbar unter www.bmjv.de) und erst recht spät in den Gesetzesentwurf der

Bundesregierung eingearbeitet wurde, beginnt mit einem **Änderungsbegehren** des Bestellers (dazu Rn. 37ff.), durch das der Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet wird, ein **Nachtragsangebot** zu stellen (Abs. 1 Satz 2 bis 4 - dazu Rn. 55ff.). Erst wenn dieser Prozess, der höchstens **30 Tage** dauern soll (§ 650b Abs. 2 Satz 1 BGB) durchlaufen ist, soll der Besteller gemäß § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB die **Änderung anordnen** dürfen, die der Unternehmer sodann gemäß Abs. 2 Satz 2 befolgen muss.

A. Historie

I. Ausgangslage

1

Die Geschichte des gesetzlichen Bauvertragsrechts ist eng verbunden mit der Reichweite des **funktionalen Leistungsbegriffs** (ständige Rspr. des BGH: Urt. v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 - Blockheizkraftwerk; Urt. v. 09.07.2002 - X ZR 242/99, NJW-RR 2002, 1533; Urt. v. 16.07.1998 - VII ZR 350/96, NJW 1998, 3707; Urt. v. 17.05.1984 - VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457) und die hieran anknüpfende Beantwortung der seit vielen Jahren umstrittenen Frage, ob und wenn ja, inwieweit der Besteller auch nach Abschluss des Bauvertrages noch berechtigt sein soll, durch **einseitige Anordnungen** zu bestimmen, welche Leistungen der Unternehmer zur Verwirklichung des Werkerfolgs ausführen muss. Dieser Streit, der bisher in Ermangelung einschlägiger gesetzlicher Regelungen auf der Grundlage der Bestimmungen in § 1 Abs. 3 VOB/B und § 1 Abs. 4 VOB/B (vgl. eingehend zum Regelungsgehalt: Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, 6. Aufl. 2018, VOB, Teil B, § 1 Rn. 49ff. und 104ff. mwN) ausgetragen wurde, hat bis heute keine klaren Konturen für eine belastbare Bestimmung der Anordnungsrechte hervorgebracht.

2

Das hat unter anderem damit zu tun, dass die Vorgaben der §§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B das **Rechtsgeschäft "Bauvertrag"** nicht zutreffend abbilden (dazu unten Rn. xxx) und eine saubere, das vertragliche Synallagma nachvollziehende Abgrenzung zwischen sog. **"geänderten"** (§ 1 Abs. 3 VOB/B) und **"zusätzlichen"** (§ 1 Abs. 4 VOB/B) **Leistungen** (dazu mit beachtlichen Argumenten für einen anderweitigen Abgrenzungsversuch: Althaus/Heindl/Althaus, Der Öffentliche Bauauftrag, Teil 3 Rn. 158ff. mwN) kaum möglich ist. Hinzu treten zumindest AGB-rechtlich problematische **Preisfortschreibungsregeln** in §§ 2 Abs. 5 bis 7 VOB/B (vgl. dazu: Kniffka, Ist die VOB/B eine sicher Grundlage für Nachträge, BauR 2012, 411), die auf beiden Seiten des Baugeschehens starke Anreize für hochausdifferenzierte Kalkulations- und Nachtragsstrategien liefern und so über eine jahrzehntelang eingeübte Praxis eine **Vertragskultur** hervorgebracht haben, die den wirtschaftlichen Erfolg der Beteiligten an die konfrontative Durchsetzung solcher Strategien und nicht an ein Verhalten knüpft, das **Kooperation** im Interesse der bestmöglichen Verwirklichung der Bauaufgabe in den Vordergrund stellt.

II. Der Deutsche Baugerichtstag

3

Der Deutsche Baugerichtstag hat nach mehrjähriger Vorarbeit bereits auf seinem **3. Kongress** im Jahre 2010 die **Entwicklung eines eigenständigen Bauvertragsrechts** für erforderlich erachtet und hierzu zahlreiche Empfehlungen an den Gesetzgeber ausgesprochen (abrufbar unter www.baugerichtstag.de, Arbeitskreis I). Seinerzeit lautete die **4. Empfehlung** des Arbeitskreises I:

"4. Empfehlung

Der Deutsche Baugerichtstag empfiehlt, in das Gesetz das Recht des Bestellers aufzunehmen, Änderungen und Erweiterungen der Leistung anzuordnen, soweit dies unter Berücksichtigung (auch) der Interessen des Bestellers für den Unternehmer zumutbar ist.

Das Anordnungsrecht des Bestellers soll sich auch auf die Ausführungsart und die Bauzeit beziehen, nicht jedoch auf eine Verkürzung der vertraglichen Bauzeit (Beschleunigungen).

Das Anordnungsrecht des Bestellers muss mit Regelungen verknüpft werden, die dem Unternehmer einen adäquaten, effizienten Ausgleich für die Folgen der Anordnung gewährt".

4

Der **4. Deutsche Baugerichtstag** hat das Thema "Anordnungsrechte des Bestellers" noch einmal aufgegriffen und insbesondere für die besonders kontrovers diskutierten **zeitlichen Anordnungsrechte** folgende 5. Empfehlung ausgesprochen:

"5. Empfehlung

Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, im Nachgang zur 4. Empfehlung des AK I des 3. Baugerichtstages nochmals neu zu diskutieren, ob sich das Anordnungsrecht des Bestellers auch auf die Bauzeit beziehen soll."

5

Auftragsgemäß hat schließlich der Arbeitskreis I im Rahmen des **5. Deutschen Baugerichtstages** im Jahre 2014 das Thema **zeitliche Anordnungsrechte** abschließend erörtert und mit deutlicher Mehrheit gegen eine Empfehlung an den Gesetzgeber gestimmt,

"Anordnungen zur Bauzeit (auch Bauunterbrechungen und Beschleunigungen) in Abweichung zu vertraglichen Festlegungen zu treffen, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen".

Korrespondierend mit diesem ablehnenden Votum lautete die mit deutlicher Zustimmung angenommene **2. Empfehlung** des Arbeitskreises I des 5. Deutschen Baugerichtstages:

"Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, im Nachgang zur 4. Empfehlung des AK I des 3. Baugerichtstages eine gesetzliche Regelung einzuführen, nach der der Besteller grundsätzlich nicht berechtigt ist, Anordnungen zur Bauzeit (insbesondere keine Bauunterbrechungen und Beschleunigungen) in Abweichung zu den vertraglichen Festlegungen zu treffen."

6

Unabhängig davon hat der Deutsche Baugerichtstag das gesamte Gesetzgebungsverfahren durch seine Repräsentanten inhaltlich begleitet und mehrfach ausführlich zu Regelungsvorschlägen des Gesetzgebers Stellung genommen (abrufbar unter: www.baugerichtstag.de, Dokumente, Stellungnahmen). Zu nennen sind insbesondere:

- Stellungnahme vom 20. November 2015 zum Referentenentwurf des BMJV (Stand 28.09.2015 - abrufbar unter www.bmjv.de);
- Stellungnahme vom 19. April 2016 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 11.03.2016 (BT-Drs. 123/16).

III. Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des BMJV und Referentenentwurf

7

Parallel zu der Initiative des Deutschen Baugerichtstages hat das BMJV (damals noch BMJ) auf Veranlassung einer Vereinbarung der damaligen Regierungsparteien im **Koalitionsvertrag** (Zeilen 1755ff.) im Januar 2010 eine **Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht** eingerichtet, um die *Problembereiche im Bauvertragsrecht zu identifizieren, einen sich darauf ergebenden Handlungsbedarf zu prüfen und Vorschläge zu machen, wie die Probleme durch gesetzgeberische Maßnahmen gelöst werden können*. Hierzu hat die Arbeitsgruppe nach mehrjähriger, intensiver Tätigkeit unter dem 18.06.2013 einen **Abschlussbericht** (abrufbar unter www.bmjv.de) vorgelegt, der auf S. 22 Lesenswertes zu den Beweggründen des Gesetzgebers u.a. für die Einführung und Gestaltung gesetzlicher geregelter Anordnungsrechte des Bestellers enthält:

8

"Hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechte des Bauherrn schlägt die Arbeitsgruppe vor, zwischen Anordnungen zur rechtsgeschäftlichen Änderung des Werkerfolgs (Nr. 6.1.1) und Anordnungen zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs (Nr. 6.1.2) zu unterscheiden:

*Für Anordnungen zur rechtsgeschäftlichen **Änderung des Werkerfolgs** soll das Kriterium der Zumutbarkeit eingeführt werden. Dieses kann beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers betreffen, aber auch betriebsinterne Vorgänge. Bei der Abwägung, welche Leistungen für den Unternehmer zumutbar sind, sind die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen und müssen in einem ausgewogenen Verhältnis in die Bewertung einfließen. Zu berücksichtigen ist einerseits, dass der Unternehmer durch die Anordnung zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprechen. Die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung soll daher unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) liegen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass beide Vertragsparteien in dem Stadium der Abwicklung des Bauvertrags aneinander gebunden sind und ein Wechsel des Vertragspartners für den Besteller nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden ist.*

.....

*Anordnungen des Bestellers, die die **Art der Ausführung** der Bauleistung und die **Bauzeit** betreffen, sollen nur unter äußerst engen Voraussetzungen möglich sein, da es sich hierbei um besonders tiefe Eingriffe in die unternehmerische Freiheit handelt. Für derartige Anordnungen müssen schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen müssen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen.*

*Im Gegensatz zu den rechtsgeschäftlichen Änderungen des Werkerfolgs soll für **Anordnungen, die ausschließlich der Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs dienen**, kein neues Zumutbarkeitskriterium eingefügt werden. Hier sollen dem Unternehmer nur die allgemeinen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB) zustehen. Zusätzliche Leistungen zur Erreichung des vertraglich vereinbarten Werkerfolgs können nur erforderlich werden bei einem Bauvertrag, der auf der Basis von Planungen des Bestellers oder seines Architekten abgeschlossen wurde, nicht dagegen, wenn der Besteller nur das Bauziel vorgegeben, d.h. dem Vertragsabschluss eine (rein) funktionale Ausschreibung vorausging. Hier liegt die Planungsverantwortung ausschließlich beim Unternehmer. Entsprechende Anordnungen können aus verschiedenen Gründen veranlasst sein, etwa durch Änderungen der Rechtslage oder behördliche Vorgaben. Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken- oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. Dann wird der Anordnung oft ein Bedenkenhinweis des Unternehmers vorausgehen, den dieser aufgrund seiner Prüf- und Hinweisobliegenheit erteilt hat.*

9

Damit hatte die Arbeitsgruppe ein von den Bestimmungen der VOB/B abweichendes, an der besonderen Struktur des **Rechtsgeschäfts "Bauvertrag"** ausgerichtetes Regelungskonzept für die Anordnungsrechte des Bestellers definiert, das die Grundlage für das dann folgende Gesetzgebungsverfahren bildete und in seiner grundsätzlichen Anknüpfung an die **rechtsgeschäftliche Festlegung des Werkerfolgs** durch die Vertragsparteien bis zur finalen Verabschiedung des Gesetzes unverändert geblieben ist.

10

Dieses Regelungskonzept hat das BMJV zunächst in einem **Referentenentwurf** vom 10.09.2015 (abrufbar unter www.bmjv.de) wie folgt in einen konkreten Regelungsvorschlag umgesetzt:

"§ 650b Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Der Besteller kann

- 1. Anordnungen treffen, um eine Änderung des Werkerfolgs (§631 Absatz 2) zu erreichen, oder*
- 2. Leistungen anordnen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, soweit die Planung des Bauwerks durch den Besteller oder einen von ihm Beauftragten erfolgt ist.*

(2) Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nach Absatz 1 nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Betrifft eine Anordnung nach Absatz 1 Nummer 1 die Art der Ausführung der Bauleistung oder die Bauzeit, muss der Unternehmer sie nur befolgen, wenn schwerwiegende Gründe vorliegen und bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen die Interessen des Bestellers an der Anordnung deutlich überwiegen.

(3) Im Fall des Absatz 1 Nummer 1 kann der Unternehmer die angeordnete Leistung verweigern, bis die Parteien sich über die Zumutbarkeit geeinigt haben oder eine gerichtliche oder, soweit die Parteien dies vereinbart haben, eine außergerichtliche Entscheidung hierüber vorliegt "

(4) Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird."

11

Der Referentenentwurf zu § 650b BGB-E unterscheidet sich also von der schließlich verabschiedeten gesetzlichen Vorschrift im Wesentlichen in drei Punkten:

- **Kein vorgeschaltetes Einigungsprozedere;**
- An besondere Anforderungen geknüpfte Anordnungsrechte auch für Anordnungen des Bestellers zur **Ausführung der Bauleistungen** und zur **Bauzeit** (Abs. 2 Satz 3);
- Konkrete Regelungen zu **Leistungsverweigerungsrechten** (Abs. 3).

IV. Regierungsentwurf und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses

12

Erstmals im Regierungsentwurf vom 11.03.2016 (BT-Drs. 123/16) enthielt § 650b Abs. 1 BGB-E Vorgaben zu einem **Einigungsverfahren** über die Anordnung von geänderten oder

zusätzlichen Leistungen, die nach Stellungnahme des **Bundesrats** vom 12.04.2016 (BR-Drs. 126/1/16) und **Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages** (6. Ausschuss) vom 08.03.2017 (BT-Drs. 18/11437) mit drei Änderungen in den schließlich vom Bundestag verabschiedeten **Regierungsentwurf vom 09.03.2017** (BT-Drs. 18/8486, S. 54f.) übernommen wurden.

- § 650b Abs. 1 Satz 5 BGB wurde neu eingefügt;
- Für die Einigung nach § 650b Abs. 1 BGB wurde gemäß Abs. 2 Satz 1 eine Höchstfrist von **30 Tagen** eingeführt;
- Anordnungen müssen gemäß § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB in **Textform** erfolgen.

V. Auswertung und Zusammenfassung

13

Das vorstehend nachgezeichnete Gesetzgebungsverfahren ist gekennzeichnet durch einen **inhaltlichen Bruch**, dessen Hintergründe aufschlussreich sind für das Verständnis der schließlich in Kraft getretenen Vorschrift. Während nämlich die ursprünglichen Grundprinzipien für die Ausgestaltung von Anordnungsrechten des Bestellers (mit Ausnahme derjenigen zur Ausführung der Bauleistung und zur Bauzeit, die von Anfang an streitig waren) und die hieran anknüpfende Preisanpassung (§ 650c BGB) im Wesentlichen unverändert geblieben sind, ist eine dritte, vom Deutschen Baugerichtstag und der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht für essentiell erachtete Komponente für ein ausgewogenes Anordnungs- und Preisanpassungsrecht wegen verfassungs- bzw. verfahrensrechtlicher Bedenken der zuständigen Abteilung des BMJV nicht in das eigentliche Gesetzgebungsverfahren gelangt. Gemeint ist die Implementierung eines wirksamen **Streitbeilegungsverfahrens** zur raschen Entscheidung und Beilegung von anordnungsbedingten Streitigkeiten.

14

In ihrem **Abschlussbericht** hat die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht auf S. 9f. die wichtigsten Ergebnisse und Empfehlungen an den Gesetzgeber wie folgt zusammengefasst:

".....

*Zur Erreichung des zweiten Ziels, der Gewährleistung eines zügigen Bauablaufs, strebt die Arbeitsgruppe klare Vorgaben für den Fall an, dass während der Bauausführung Vertragsanpassungen notwendig sind oder gewünscht werden. Der hierzu von der Arbeitsgruppe entwickelte Vorschlag sieht ein durch das Kriterium der Zumutbarkeit begrenztes einseitiges Leistungsbestimmungsrechts des Bestellers vor. Damit einher gehen Vorschläge für die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung in diesen Fällen, die Anreize setzen sollen sowohl für eine korrekte Ausschreibung der Besteller als auch für eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch die Unternehmen. Spekulationen einer Partei zu Lasten der anderen soll auf diese Weise vorgebeugt werden. Darüber hinaus schlägt die Arbeitsgruppe ein **schnelles und effizientes Streitbeilegungsverfahren** vor, um im Konfliktfall schnell Rechtssicherheit für die Parteien herbeizuführen. Durch eine schnelle Entscheidung über die Höhe der Mehr- oder Mindervergütung und damit die Höhe der Abschlagszahlungen, die ein Unternehmer verlangen kann, trägt das Verfahren auch dazu bei, den Liquiditätsfluss der Unternehmen entscheidend zu verbessern."*

15

Der Vorschlag der Arbeitsgruppe, ein **schnelles und effizientes Streitbeilegungsverfahren** einzuführen, geht zurück auf zwei **Empfehlungen des Arbeitskreises I des Deutschen Baugerichtstages**, die auf seinem 4. Kongress mit überwältigender Mehrheit verabschiedet

wurden (zur Begründung siehe das Thesenpapier des AK I des Deutschen Baugerichtstages, abrufbar unter www.baugerichtstag.de, 4. Deutscher Baugerichtstag, Thesenpapier AK I):

"1. Empfehlung

Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt die gesetzliche Einführung eines Eilverfahrens zur Vermeidung bzw. Beilegung von Streit über die Anordnung und Bezahlung von Nachtragsleistungen nach den von der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht im BMJ hierzu erarbeiteten Grundsätzen.

2. Empfehlung

Für den Fall, dass keine gesetzlichen Regelungen zur Einführung eines (beschränkten) gerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens getroffen werden, empfiehlt der Arbeitskreis I des Baugerichtstages, ein solches Streitbeilegungsverfahren außergerichtlichen Gremien etwas im Rahmen eines (beschränkten) Adjudikationsverfahrens zu übertragen."

16

Zum Scheitern dieser Bemühungen um die Einführung einer solchen **Bauverfügung** führt der Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs aus (BT-Drs. 18/8486, S. 54f.):

"Im Zusammenhang mit der Einführung eines Anordnungsrechts des Bestellers eines BGB-Bauvertrags können sich Streitigkeiten der Vertragsparteien ergeben, etwa wenn der Unternehmer die Änderungsanordnung des Bestellers für unzumutbar hält oder die Vertragsparteien sich nicht über die Kosten in der Folge einer Änderungsanordnung einigen können, weshalb die Höhe der vom Besteller zu zahlenden Abschläge streitig wird. Streit über die Höhe der Abschläge kann außerdem entstehen, wenn nur der Unternehmer die Anordnung als Änderung des Vertrags ansieht, der Besteller dagegen von einer bloßen Verwirklichung der vertraglich geschuldeten Leistung ausgeht.

Mit Blick auf solche Streitigkeiten hat die Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht ergänzend zu ihren Vorschlägen über das Anordnungsrecht des Bestellers die Einführung eines schnellen und effizienten Streitbeilegungsmechanismus zum notwendigen Bestandteil einer praxisgerechten Umsetzung des Anordnungsrechts erklärt (sogenannte „Bauverfügung“). Hierbei soll es sich um ein beschleunigtes vorläufiges gerichtliches Erkenntnisverfahren mit hoher Richtigkeitsgewähr handeln, das sich an das bestehende Verfahren der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) anlehnt, in bestimmten spezifischen Punkten aber von diesem abweicht. So sollen nicht nur präsente Beweismittel zugelassen werden, es soll grundsätzlich binnen zwei Wochen ab Eingang mündlich über den Antrag verhandelt werden und schon im ersten Termin ein Sachverständiger hinzugezogen werden. Zudem soll die einmal erlassene Bauverfügung keiner weiteren Überprüfung im Rechtsmittelzug unterliegen.

Nachdem im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Zweifel aufgekommen sind, ob die Einführung eines Bauverfügungsverfahrens zwingend erforderlich ist, ist zu dem bereits bestehenden Anordnungsrecht nach § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B bei den Mitgliedern der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht eine Umfrage zu Art und Umfang dadurch entstehender Streitigkeiten durchgeführt worden. Diese Abfrage führte zu dem Ergebnis, dass in der Regel trotz teils erheblicher Differenzen über Anordnungen nach § 1 Absatz 3 und 4 VOB/B während der laufenden Bauarbeiten kein gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen und der Streit der Parteien erst im Zusammenhang mit der Schlussabrechnung ausgetragen wird. Es kommt demnach bei VOB/B-Verträgen in der Regel nicht zu erheblichen Verzögerungen und Unterbrechungen der Bauarbeiten wegen Streitigkeiten über Anordnungen des Bestellers.

*Es wird daher derzeit nicht vorgeschlagen, ein spezielles Bauverfügungsverfahren einzuführen. Vielmehr wird angenommen, dass Streitigkeiten über Anordnungen nach § 650b Absatz 2 BGB-E **entweder durch Verhandlungen der Parteien oder durch einstweilige Verfügungen beigelegt** werden können.*

Falls sich nach den ersten Erfahrungen mit dem neuen Anordnungsrecht doch ein Bedarf für ein spezielles Bauverfügungsverfahren ergeben sollte, kann dieses später gesondert eingeführt werden."

17

Den Fortfall eines effizienten Streitbeilegungsverfahrens in Form einer **Bauverfügung** hat der Gesetzgeber demnach ersetzt durch den Rückgriff auf das allgemeine einstweilige Verfügungsverfahren und die Hoffnung auf den **Einigungswillen** der Vertragsparteien. Um diesen zu befördern, hat er der Anordnung des Bestellers das in Abs. 1 niedergelegte **Einigungsverfahren** vorgeschaltet, das zwingend durchlaufen werden muss. Dieses Einigungsverfahren war nie Gegenstand der Erörterungen in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht und ist auch sonst nicht im Diskurs mit der Fachöffentlichkeit vorbereitet worden. Es ist gekennzeichnet durch Fehleinschätzungen und Widersprüche und wird sich in der Praxis nicht bewähren (dazu unten Rn. xxx).

B. Vorüberlegungen: Rechtsgeschäft Bauvertrag

I. Werkerfolg als Bezugspunkt des Anordnungsrechts

18

§ 650b Abs. 1 S. 1 BGB unterscheidet Begehren des Bestellers zur **Änderung des vereinbarten Werkerfolgs** und Änderungsbegehren, die zur **Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs** notwendig sind. Diese Unterscheidung ist wichtig, weil nur Änderungsbegehren des letztgenannten Typs dem Kriterium der **Zumutbarkeit** unterliegen. Sie kann nur auf der Grundlage von Feststellungen getroffen werden, worin der jeweilige Werkerfolg besteht und ob er durch das Begehren des Bestellers verändert werden soll oder nicht. Der Regelungsgehalt und die Systematik des § 650b BGB erschließen sich in ihren maßgeblichen Einzelheiten also nur über das **Rechtsgeschäft Bauvertrag**, von dessen Strukturen sich ausweislich der Ausführungen im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht (s. oben, Rn. 8) auch der Gesetzgeber bei der Konzipierung der Vorschrift hat leiten lassen (wohin die Nichtbeachtung dieser Zusammenhänge führt zeigt die fehlgeleitete Kommentierung von Mundt in Beck-OGK BGB nF, § 650b Rn. 24ff.).

II. Struktur des Bauvertrages

1. Allgemeine Grundlagen

19

Durch **Angebot und Annahme** (§§ 145 ff. BGB) legen die Parteien eines auf Leistungsaustausch gerichteten Vertrages fest, worin das vertragliche **Synallagma** besteht. Auch für die Bestimmung von Leistung und Gegenleistung im Rahmen eines Bauvertrages gelten diese allgemeinen Grundsätze der **Rechtsgeschäftslehre**, die für das BGB-Werkvertragsrecht lediglich durch § 632 Abs. 1, Abs. 2 BGB mit der Fiktion (MüKoBGB/Busche, 7. Aufl., § 632 Rn. 6; Staudinger/Peters/Jacoby, § 632 Rn. 45; PWW/Leupertz § 632 Rn. 2; aA – Auslegungsregel: Soergel/Teichmann, BGB, 13. Aufl., § 632 Rn. 2) einer an die Umstände des Einzelfalles geknüpften Vergütungsvereinbarung ergänzt werden. Im Grundsatz bedeutet das: Die Bauvertragsparteien sind hinsichtlich Leistung und Preis an das gebunden, was sie vertraglich vereinbart haben.

20

Der Bauvertrag ist auf die Herbeiführung eines **Bau- oder Werkerfolges** gerichtet und deshalb auch nach neuem Recht „Werkvertrag“ i. S. d. §§ 631ff.BGB, für den die besonderen

Regeln in Kapitel 2 des Untertitels 1 zum Titel 9 des BGB gelten. Die Neueinführung des Kapitels 2 war erforderlich, weil die werkvertraglichen Grundbestimmungen in Kapitel 1 der durch das Zustandekommen eines Bauvertrages geschaffenen Interessenlage zwischen den Baubeteiligten nur in sehr beschränktem Umfang gerecht werden. Die Gründe hierfür sind vielschichtig, lassen sich im Kern aber darauf zurückführen, dass es sich bei einem Bauwerk in aller Regel um ein aus zahlreichen Einzelleistungen bestehendes „Unikat“ handelt, dessen Herstellung im Rahmen eines oft sehr komplexen Baugeschehens in weit höherem Maße eine Koordination der Vertragsleistungen und die Kooperation der Vertragsparteien erfordert, als dies bei andersartigen Werkverträgen der Fall ist. Deshalb entspringt auch die mittlerweile gefestigte **Kooperationsrechtsprechung** des BGH (grundlegend: BGH, Urt. v. 28.10.1999 - VII ZR 393/98, NJW 2000, 807) bei näherer Betrachtung der zutreffenden Erkenntnis, dass die interessengerechte Abwicklung eines Bauvertrages Verhaltensmaßregeln erfordert, die über den Regelungsgehalt der werkvertraglichen Bestimmungen hinausgehen.

21

Der Bauerfolg hängt also ganz entscheidend davon ab, wie sorgfältig und kooperativ die Beteiligten bei der Erarbeitung und Gestaltung des Bauvertrages zusammenarbeiten. Das betrifft im Gegensatz zu den meisten anderen Vertragstypen nicht in erster Linie die rechtliche Ausarbeitung des Vertragsverhältnisses, sondern - viel tiefgreifender - die Bestimmung der wechselseitigen vertraglichen Leistungspflichten. Denn es liegt aus den bereits genannten Gründen in der Natur des Bauens, dass in der Regel schon die **Konkretisierung des Bauzieles** eine detaillierte Planung voraussetzt und sich zudem bei Vertragsschluss nur schwer festlegen lässt, welche Bauleistungen im Einzelnen erforderlich sein werden, um den Bauplan umzusetzen. Die Parteien müssen sich also nicht nur darauf einigen, was nach ihrer Auffassung ein fairer Preis für die verlangte Ware ist, sondern überhaupt erst **definieren und festschreiben**, welche Leistungen der Auftragnehmer erbringen und wofür genau er die vertragliche Vergütung bekommen soll. Anders ausgedrückt: Der **geschuldete Werkerfolg** ist das, was die Parteien als solchen im Vertrag festgelegt haben. Gesetzlicher Maßstab hierfür ist **§ 633 Abs. 2 BGB**, aus dem sich ergibt, unter welchen Voraussetzungen das Werk frei von Mängeln, also vertragsgerecht erbracht ist.

22

Bei richtigem Verständnis des § 633 Abs. 2 BGB (vgl. hierzu: PWW/Leupertz, § 633 Rn. 20ff.mwN) ist der werkvertragliche Erfolg erst und nur dann verwirklicht, wenn die Werkleistungen des Unternehmers die **vereinbarten Beschaffenheiten** aufweisen und den vertraglich vorausgesetzten, sonst den üblichen Verwendungszweck funktionsgerecht erfüllen. Geschuldet ist also der **funktionale Werkerfolg** (ständige Rspr. des BGH: Urt. v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 - Blockheizkraftwerk; Urt. v. 09.07.2002 - X ZR 242/99, NJW-RR 2002, 1533; Urt. v. 16.07.1998 - VII ZR 350/96, NJW 1998, 3707; Urt. v. 17.05.1984 - VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457); das ist das **Bauziel**, über das sich die Vertragsparteien nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre (*essentialia negotii*) einigen müssen.

2. Bestimmung des Werkerfolgs - zwei Ausschreibungsmethoden

23

Worin dieses **Bauziel** konkret besteht, ergibt sich naturgemäß nicht aus dem Gesetz. Vielmehr bestimmen die Vertragsparteien mit Vertragsschluss, welche Leistungen der Unternehmer zu welchem Preis erbringen soll. Dafür stehen im Grundsatz zwei Ausschreibungsmethoden zur Verfügung (die in der Praxis allerdings in einer Vielzahl von Mischformen auftreten): Der Besteller kann es dabei belassen, den gewünschten Bauerfolg durch eine **funktionale Ausschreibung** (mit Leistungsprogramm - § 7 Abs. 13-15 VOB/A) allein über die

Beschreibung des Bauziels zu bestimmen. Das Gegenstück dazu ist die **detaillierte Ausschreibung** (mit Leistungsverzeichnis - § 7 Abs. 9-12 VOB/A), die konkrete Vorgaben des Bestellers für die Ausführung der Bauleistung enthält.

a) Funktionale Ausschreibung

24

Kennzeichnend für die **funktionale Ausschreibung** ist es, dass es dem Unternehmer überlassen bleibt, wie er den über Funktionalitäts- und Qualitätsanforderungen des Bestellers definierten Bauerfolg verwirklicht. Er muss die hierfür erforderlichen Leistungen **planen und ausführen** und er erhält als Gegenleistung die vertragliche vereinbarte Pauschalvergütung. Daran ändert sich nichts, wenn sich seine Vorstellungen bei Vertragsschluss zum voraussichtlichen Leistungsaufwand nachträglich als unzutreffend erweisen und er zur Verwirklichung des Bauziels anderen oder höheren Aufwand betreiben muss, als er **kalkuliert** hat. Es ist sein **wirtschaftliches Risiko**, mit welchen Mitteln er seine Leistungsverpflichtung erfüllt, weil er dieses Risiko rechtsgeschäftlich durch sein im Vertragsschluss manifestiertes Einverständnis übernommen hat, eine nicht durch konkrete Leistungsvorgaben spezifizierte Funktionalität als Bauerfolg zu gewährleisten.

25

Gegen eine solche **Risikoübernahme** ist rechtlich grundsätzlich selbst dann nichts einzuwenden, wenn der Unternehmer den erforderlichen Leistungsaufwand bei Vertragsschluss nicht verlässlich absehen und kalkulieren konnte. Denn den Vertragsparteien steht es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen ihrer privatautonomen Entscheidung über die Vereinbarung wechselseitiger Vertragspflichten frei, selbst ungewöhnliche, einer belastbaren Kalkulation entgegenstehende **Wagnisse** zu übernehmen. Ist das geschehen, steht auch die Vorschrift des § 7 Abs. 1 VOB/A nicht entgegen, deren Regelungsgehalt allenfalls im Rahmen der **Auslegung** für die Ermittlung des rechtsgeschäftlichen Willens der Vertragsparteien Bedeutung erlangen kann.

b) Detaillierte Ausschreibung

26

Bei Abschluss eines Bauvertrages mit **detaillierter Ausschreibung** liegen die Dinge anders. Der Besteller hat die Bauleistung **geplant** und auf dieser Grundlage detailliert ausgeschrieben. Dann greift die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur **Funktionalitätsverpflichtung** des Unternehmers, wonach sein Werk selbst dann die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion erfüllen muss, wenn diese durch die (fehlerfreie) Abarbeitung der **Leistungsvorgaben des Bestellers** nicht zu erreichen ist (BGH, Urt. v. 27.06.1996 - VII ZR 59/95, NJW 1997, 61 - Kammerschleuse). Er muss also auch vom Besteller **nicht geplante und ausgeschriebene**, mithin **nicht verpreiste Leistungen** erbringen, wenn sie zur **Verwirklichung des so verstandenen Bauerfolgs erforderlich** sind.

c) Unterschied Planungsverantwortung

27

Ein gravierender Unterschied zwischen den beiden Ausschreibungsmethoden besteht in der vertraglichen Übernahme von **Planungsverantwortung**. Bei der (streng) funktionalen Ausschreibung **plant** der Unternehmer, bei der (streng) detaillierten Ausschreibung der Besteller. In der Praxis kommt es allerdings insbesondere bei größeren Bauprojekten regelmäßig zu einer vertragliche vereinbarten **Aufteilung der Planungsverantwortung** in der Weise, dass der Besteller die **Entwurfsplanung** mit einer (geprüften) Vorstatik bereit stellt und dem Unternehmer die Erstellung der **Ausführungsplanung** nebst endgültiger Statik, Werkstatt- und Montageplänen sowie der Schal- und Bewehrungsplanung übertragen

wird. Das ändert nichts an der Verpflichtung des Unternehmers, ein funktionstaugliches Werk herzustellen. Allerdings muss **im Einzelfall durch Auslegung des Vertrages** (dazu unten Rn. 29ff.) ermittelt werden, wie weit die durch den vertraglich vereinbarten (Pauschal-) Preis abgedeckte Funktionalitätsverpflichtung des Unternehmers reicht.

28

§ 650b Abs. 1 S. 4 BGB trägt diesen Zusammenhängen Rechnung, indem die Verpflichtung des Unternehmers zur **Angebotserteilung** davon abhängen soll, dass der Besteller die ihm nach dem Ausgangsvertrag zugewiesene Planungsverantwortung auch im Rahmen eines Änderungsbegehrens in gleicher Weise wahrnimmt (iE unten Rn. 61f).

29

§ 650b Abs. 1 S. 5 BGB stellt klar, dass die Parteien in den Fällen, in denen dem Unternehmer gemäß § 650c Abs. 1 S. 2 BGB keine Vergütung zusteht, nur Einvernehmen über die Änderung, nicht aber über die Nachtragsvergütung anstreben müssen. Der Sinn der Regelung erschließt sich aus der soeben erläuterten Struktur des Bauvertrages. Hat nämlich der Unternehmer im Rahmen eines **funktional ausgeschriebenen Vertrages** die (volle) **Planungsverantwortung** übernommen, so liegt es vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Absprachen regelmäßig in der Natur eines solchen Vertrages, dass er mit der Übernahme der Planungsverantwortung auch das (kalkulatorische) Preisrisiko für alle Leistungen übernimmt, die er zur Realisierung des funktionalen Bauerfolgs planen und ausführen muss s. Rn. 24f.). Deshalb ist es richtig, dass er bei unverändertem Werkerfolg **keine Mehrvergütung** für Leistungen verlangen kann, die von Anfang an zur Herbeiführung dieses Erfolgs erforderlich (notwendig) waren. Genau das ist der - freilich missverständlich allein an die Übernahme von Planungsverantwortung geknüpfte - Aussagewert des § 650c Abs. 1 S. 2 BGB. Dass in einem solchen Fall die Wirksamkeit der Anordnung gemäß Abs. 2 nicht davon abhängen darf, ob die Parteien sich über einen Mehrpreis (den es aus den genannten Gründen nicht gibt) geeinigt haben, liegt auf der Hand. Bei einem **detailliert ausgeschriebenen Vertrag**, bei dem der Besteller die Vertragsleistungen geplant hat, liegen die Dinge anders. Zwar muss auch dann der Unternehmer alle Leistungen ausführen, die für die Realisierung des funktionalen Werkerfolgs erforderlich sind. Er erhält hierfür jedoch gemäß § 650c BGB eine besondere Vergütung, weil er bei einer derartigen Vertragskonstellation regelmäßig nicht das monetäre Risiko für Zusatzleistungen übernimmt, deren Ausführung letztlich zu einer in die Verantwortung des Bestellers fallenden **Äquivalenzstörung** iSd § 313 Abs. 2 BGB führt.

3. Exkurs: Ermittlung des geschuldeten Bauerfolgs durch Auslegung

a) Bauvertragsspezifische Auslegungsgrundsätze

30

Nach alledem kommt der **Bestimmung des geschuldeten Bauerfolgs**, des Bauziels, zentrale Bedeutung für die Handhabung der Vorschriften des § 650b BGB zu. Allerdings fällt die Bestimmung des funktionalen Werkerfolgs nicht immer leicht. Er muss nicht selten, rechtstechnisch anspruchsvoll, durch **Auslegung** des Vertrages ermittelt werden. Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf der Grundlage allgemeiner Grundsätze der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) **bauvertragsspezifische Auslegungsregeln** entwickelt, die sich, auch wenn ihre Anwendung keinen ganz geradlinigen Verlauf genommen hat, wie folgt zusammenfassen lassen:

31

- Die Auslegung setzt beim **Wortlaut** der vertraglichen Abreden an, zu denen auch die Beschreibung der Bauleistung im Vertrag gehört (BGH, Urt. v. 17.06.2004 - VII ZR 75/03, NJW-RR 2004, 1248). Maßgebend ist die objektive Bietersicht, also die Sichtweise und Verständnismöglichkeit des Unternehmers (BGH, Urt. v. 22.04.1993 - VII ZR

118/92, NJW-RR 1993, 1109; Urt. v. 11.11.1993 - VII ZR 47/92, NJW 1994, 850 - Wasserhaltung II; Urt. v. 28.02.2002 - VII ZR 376/00, NJW 2002, 1954 - Konsoltraggerüst).

- Zur Ermittlung des vertraglich vereinbarten Leistungsumfangs ist das gesamte Vertragswerk einschließlich der dort in Bezug genommenen **Pläne** heranzuziehen (BGH, Urt. v. 22.12.2011 - VII ZR 67/11, NJW 2012, 518 Rn. 14 - Bodenkontamination).
- Auslegungsrelevant in diesem Sinne sind auch die dem Vertrag beigegebenen **Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Dazu gehören beim VOB-Bauvertrag entgegen den Aussagen in einer zumindest missverständlichen Entscheidung des BGH vom 28. Februar 2002 (a.a.O.) auch die **VOB/C** und die dort niedergelegten Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) (BGH, Urt. v. 27.07.2006 - VII ZR 202/04, NJW 2006, 3413; Urt. v. 09.01.1997 - VII ZR 259/95, NJW 1997, 1577).
- Der Unternehmer darf grundsätzlich auf die **Vollständigkeit und Richtigkeit** der vom Besteller gefertigten und ihm zur Verfügung gestellten Planunterlagen vertrauen (st. Rspr.: BGH, Urt. v. 22.03.1984 - VII ZR 50/82, NJW 1984, 1676; Urt. v. 13.03.2008 - VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106 - Bisto).
- Der Bieter in einem Verfahren über die öffentliche Vergabe einer Bauleistung darf grundsätzlich eine mit den Ausschreibungsgrundsätzen der öffentlichen Hand konforme Ausschreibung erwarten. Er darf deshalb die Leistungsbeschreibung in einer öffentlichen Ausschreibung im Zweifel so verstehen, dass der Auftraggeber den Anforderungen der **VOB/A** an die Ausschreibung entsprechen will (BGH, Urt. v. 11.11.1993 - VII ZR 47/93, NJW 1994, 850). Zu diesen Anforderungen gehört auch die Beachtung der „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“ in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299ff. (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A) (BGH, Urt. v. 22.12.2011 - VII ZR 67/11, NJW 2012, 518 Rn. 15 - Bodenkontamination).
- § 7 Abs. 1 VOB/A ist jedenfalls für öffentliche Ausschreibungen zu entnehmen, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer im Zweifel kein **ungewöhnliches Wagnis** auferlegen will (BGH, Urt. v. 11.11.1993 - VII ZR 47/92, NJW 1994, 850 - Wasserhaltung II). Dieser Grundsatz lässt sich als Auslegungshilfe auch auf private Bauverträge anwenden. Daraus folgt indes nicht, dass die Parteien keinen Vertrag schließen dürfen, der für den Unternehmer ein erhebliches Wagnis darstellt, etwa weil er die versprochenen Leistungen nicht hat kalkulieren können (BGH, Urt. v. 27.06.1996 - VII ZR 59/95, NJW 1997, 61).
- Ergeben sich nach gebotener Auslegung des Vertrages und der dort in Bezug genommenen Unterlagen Widersprüche, gilt beim VOB/B-Vertrag vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Vereinbarungen die **Prioritätenregelung** in § 1 Abs. 2 VOB/B. Ansonsten greift die allgemeine Regel: „Speziell vor Allgemein“ (Zum Ganzen: Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, VOB, 6. Aufl., Teil B, § 2 Rn. 101).
- Erst wenn die Auslegung auch dann noch zu keinem klaren Ergebnis führt, sind der geschuldete und verpreiste Leistungsumfang nach der **Unklarheitenregel** zu Lasten derjenigen Vertragspartei zu bestimmen, welche die Leistungsbeschreibung erstellt hat (BGH, Urt. v. 22.12.2000 - VII ZR 310/99, NZBau 2001, 132; Messerschmidt/Voit/Leupertz, Privates Baurecht, 2. Aufl., Syst. Teil K Rn. 11;

b) Die Funktionalitätsverpflichtung des Unternehmers als Gegenstand der Vertragsauslegung

32

Fast alle wichtigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Auslegung von Bauverträgen beschäftigen sich mit der Frage, welche Leistungen der Unternehmer nach dem Vertrag zu welchem Preis erbringen muss. Dabei ist erst in jüngerer Zeit in den Blick geraten, dass die Verpflichtung des Unternehmers, ein **funktionstaugliches Werk** herzustellen, beschränkt sein kann durch die **rechtsgeschäftlichen Abreden** der Vertragspartner. Anders ausgedrückt: Ein undichtes Dach erfüllt zwar nicht die ihm üblicherweise zugewiesenen Funktionen. Es ist entgegen weit verbreiteter Auffassung dennoch vertragsgerecht, wenn der Auftraggeber ein undichtes Dach bestellt hat. Dass ein solcher Vertrag wirksam geschlossen werden kann, steht nicht ernsthaft in Zweifel. Ob er eine solche **funktionalitätsbeschränkende Abrede** enthält, muss ggf. durch **Auslegung** geklärt werden.

33

Der Bundesgerichtshof hat sich in jüngerer Zeit mehrfach mit derartigen Fallkonstellationen befasst (BGH, Urt. v. 13.03.2008 - VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23 - Bistro; Urt. v. 22. 12. 2011 - VII ZR 67/11, BGHZ 192, 172 - Bodenkontamination I; Urt. v. 21.03.2013 - VII ZR 122/11 NJW 2013, 1957 - Bodenkontamination II) und in seiner grundlegenden Entscheidung vom 13.03.2008 (a.a.O.) hierzu ausgeführt:

"Das Berufungsgericht verkennt dabei die für funktionale Ausschreibungen geltenden Grundsätze der Vertragsauslegung. Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB."

Fordert der Auftraggeber ein funktionales Angebot des Auftragnehmers zur Erstellung einer technischen Anlage für ein Bauwerk unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird diese grundsätzlich Gegenstand des Angebots des Auftragnehmers. Das bedeutet, dass die Bauwerksplanung die für die Technik zu erbringenden Leistungen bestimmt.

.....

Den Parteien steht allerdings frei, eine andere Regelung zu treffen. Sie können vereinbaren, dass der Auftragnehmer auch solche Mehrleistungen ohne Anspruch auf Mehrvergütung zu erbringen hat, die dadurch entstehen, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss die dem Vertrag zugrunde liegende Planung ändert..... Wegen der damit übernommenen Risiken sind, ähnlich wie an einen Verzicht auf Rechte (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 1995 - VII ZR 118/94, BauR 1995, 701, 702 = ZfBR 1995, 264), strenge Anforderungen an die Annahme einer derartigen Vereinbarung zu stellen. Sie kann nicht schon deshalb bejaht werden, weil die von dem Auftraggeber zur Verfügung gestellte Leistungsbeschreibung eine Regelung enthält, wonach der Auftragnehmer Planung, Lieferung und Einbau einer technischen Anlage "je nach Erfordernis" vorzunehmen hat. Mit der bei einer Ausschreibung technischer Leistungen üblichen Formulierung "nach Erfordernis" wird regelmäßig zum Ausdruck gebracht, dass es Sache des Auftragnehmers ist, auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik

notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Damit, wie auch mit der von der Klägerin verwendeten Formulierung "komplett", wird der funktionale Charakter der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck gebracht....."

34

Aus alledem lassen sich weitere Erkenntnisse und **Auslegungsgrundsätze** ableiten:

- Der Unternehmer ist nur in den durch die vertraglichen Vereinbarungen mit dem Besteller gezogenen Grenzen verpflichtet, ein funktionstaugliches Werk herzustellen.
- Die Grenzen der Funktionalitätsverpflichtung des Unternehmers sind im Zweifel durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien zu ermitteln. Bezugspunkt für die Auslegung ist nach allgemeinen Grundsätzen das gesamte Vertragswerk einschließlich der in Bezug genommenen Pläne.
- Gegenstand der Auslegung ist auch die Frage, ob solche Pläne Vertragsgegenstand sind und ob durch sie auf diese Weise festgelegt wird, welche Funktion die Werkleistungen des Unternehmers erfüllen sollen, insbesondere, für welchen Zweck sie geeignet sein müssen.
- Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Unternehmer auch solche Leistungen zum vereinbarten Pauschalpreis verspricht, die eine bei Vertragsschluss nicht vereinbarte Funktionalität gewährleisten. Allerdings sind wegen der für ihn damit verbundenen unkalkulierbaren Risiken hohe Anforderungen an das Zustandekommen einer dahingehenden Vereinbarung zu stellen. Ob sie getroffen wurde, ist abermals eine Frage der Vertragsauslegung.

C. Tatbestand

I. Überblick

35

§ 650b BGB eröffnet formal zwei Möglichkeiten für eine **nachträgliche Anpassung** der Vertragsleistung. Die Vertragsparteien können sich - eigentlich eine rechtsgeschäftliche Selbstverständlichkeit - über die Ausführung geänderter oder zusätzlich erforderlicher Leistungen **einigen** (Abs. 1). Scheitern die Einigungsbemühungen, besteht für den Besteller unter den in Abs. 2 genannten Voraussetzungen die Möglichkeit, die Ausführung solcher Leistungen einseitig mit dem Ergebnis anzuordnen, dass diese zum vertraglichen geschuldeten Leistungsumfang werden.

36

Die Besonderheit dieser Regelung besteht darin, dass der Besteller den durch Abs. 1 vorgegebenen Einigungsprozess idR durchlaufen muss, um eine Anordnung wirksam erteilen zu können. Darin tritt eine **gravierende Fehleinschätzung** des Baustellenbetriebs durch den Gesetzgeber zu Tage, der ein zeitaufwändiges Einigungsprozedere vorschreibt, das in den meisten Fällen, in denen die Vertragsparteien nicht ohnehin einigungswillig sind, nicht zu einer raschen Beilegung von Nachtragsstreitigkeiten beitragen, sondern durch zahlreiche neu geschaffene Streitpunkte die Abwicklung der Baumaßnahme eher stören und letztlich das Gegenteil dessen bewirken wird, was der Gesetzgeber mit der Schaffung gesetzlicher Bestimmungen für Anordnung und Preisanpassung hat bewirken wollen (s. dazu oben Rn. 8, 14).

II. Änderungsbegehren des Bestellers - § 650 Abs. 1 Satz 1

1. Grundsätzliches: Gegenstand, Inhalt und Form

37

Das Änderungsbegehren gemäß § 650b Abs.1 S. 1 BGB ist nach der Systematik der Vorschrift grundsätzlich **zwingende Voraussetzung** für eine vom Besteller erstrebte Anpassung der vertraglichen Leistung. Er darf zwei Arten der Vertragsanpassung begehren, nämlich eine

- Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB) und
- eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB).

Werkerfolg in diesem Sinne ist der **funktionale Bauerfolg**, der anhand der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ggfls. im Wege der **Auslegung** zu bestimmen ist (s. dazu iE Rn. 21ff.). Soll dieser Erfolg verändert werden, liegt ein Begehren nach Nr. 1 vor, werden Leistungen verlangt, die der Verwirklichung des unveränderten funktionalen Bauerfolgs dienen, handelt es sich um ein Begehren nach Nr. 2 (iE zum Ganzen unten Rn. xxx).

38

Das Änderungsbegehren ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung** iSd §§ 116ff. BGB (ebenso: BeckOGK/Mundt BGB nF, § 650b Rn. 8) und als solche nicht an eine bestimmte **Form** gebunden; das Textformerfordernis gemäß Abs. 2 S. 1 gilt nur für die (spätere) Anordnung. Deshalb kann das Änderungsbegehren nach allgemeinen Grundsätzen auch **konkludent durch schlüssiges Verhalten** erfolgen. Empfänger ist der Unternehmer oder dessen Empfangsbevollmächtigter, ggfls. auch der **Empfangsbote**.

39

Das Gesetz und die Gesetzesbegründung gegen keine Auskunft darüber, welche **inhaltlichen Anforderungen** an das Änderungsbegehren zu stellen sind. In Ermangelung anderer Anknüpfungspunkte wird man davon ausgehen müssen, dass das Begehren zumindest diejenigen Informationen enthalten muss, die der Unternehmer für die Erarbeitung seines **Nachtragsangebots** benötigt, das er gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB als Grundlage für die vom Gesetzgeber vorgesehene Einigung der Parteien über die Änderung und die daraus resultierende Mehr- oder Mindervergütung erstellen muss. Deshalb wird man dem Begehren darüber hinaus zumindest entnehmen können müssen, ob der Besteller eine Änderung nach Nr. 1 oder eine solche nach Nr. 2 begehrt. Nach diesen Maßstäben ist das Änderungsbegehren **hinreichend bestimmt**, wenn sein Inhalt den Anforderungen genügt, die an eine gleichgerichtete Änderungsanordnung zu stellen wären (zum Ganzen ähnlich: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 64f.). Die Wirksamkeit des Änderungsbegehrens setzt - anders als die Anordnung - nicht voraus, dass der Besteller schon in diesem Zeitpunkt eine (rechtsgeschäftliche) Änderung des Vertrages durchsetzen will, die der angestrebten Einigung oder seiner späteren Anordnung vorbehalten bleibt.

40

In der Praxis sind Fälle denkbar, in denen der Besteller keine Änderung iSd § 650b Abs. 1 S. 1 BGB begehrt, sondern vom Unternehmer die Erbringung vertraglich geschuldeter und verpreister Leistungen verlangt, von denen der Unternehmer allerdings annimmt, sie nach dem Ausgangsvertrag nicht zu schulden und deshalb nicht erbringen zu müssen. Dann stellt sich die Frage, ob dem Besteller der rechtsgeschäftliche **Erklärungswille** für ein **Änderungsbegehren** fehlt und der Unternehmer deshalb kein **Nachtragsangebot** erstellen muss. In diesem Zusammenhang wird man in Betracht ziehen können, dass der Gesetzgeber den Streit der Parteien über die Frage, ob eine geforderte Leistung bereits nach dem Ausgangsvertrag geschuldet und verpreist ist, ausdrücklich zu den Anwendungsbereichen des

§ 650d BGB für den Erlass einer **einstweiligen Verfügung** zählt (s. dazu § 650d Rn. 2, 9). Daraus kann bei näherer Betrachtung indes nicht gefolgert werden, dass das Verlangen einer Vertragsleistung zugleich ein (rechtsgeschäftliches!) Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB sein kann. Das Gegenteil ist der Fall - beide Erklärungen schließen einander aus (aA offenbar BeckOGK/Mundt BGB nF, § 650b Rn. 9). Will der Besteller die aus seiner Sicht ohnehin schon vereinbarte Leistung des Unternehmers erzwingen, muss er nach allgemeinen Grundsätzen gegen ihn vorgehen und die Erfüllung des Vertrages betreiben. Er kann allerdings nach hier vertretener Auffassung **hilfsweise** für den Fall, dass die verlangten Leistungen nicht bereits nach dem Ausgangsvertrag geschuldet sein sollten, ein entsprechendes Änderungsbegehren aussprechen, für das der Unternehmer seiner Sichtweise entsprechend ein Nachtragsangebot erstellen muss. Die **Anordnung** gemäß Abs. 2 kann der Besteller nach erwartungsgemäß gescheiterter Einigung sodann unbedingt erklären, weil er die in Rede stehenden Leistungen auch dann nicht besonders bezahlen muss, wenn sie tatsächlich bereits nach dem Ausgangsvertrag geschuldet und verpreist waren (Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 90). Handelt es sich um eine Änderungsanordnung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB, kann diese Feststellung in einem einstweiligen Verfügungsverfahren zusammen mit der Klärung eines evt. Streits über die **Zumutbarkeit** der Änderung getroffen werden (s. dazu § 650d Rn. 9).

2. Änderung des Werkerfolgs - § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1

41

Die Identifizierung von Änderungsbegehren nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 folgt nach dem vom Gesetzgeber gewählten Regelungsmodell gut handhabbaren Vorgaben. Umfasst sind alle Leistungen, die außerhalb des vertraglich festgelegten **funktionalen Werkerfolgs** erbracht werden sollen. Solche Leistungen können bedingt sein durch **geänderte Nutzungsanforderungen** (s. BT-Drs.18/8486, S. 54), darüber hinaus durch **geänderte Qualitäts- und Quantitätsvorgaben** (hochwertigere Haustechnik, zusätzliches Stockwerk, Pflasterung einer weiteren Hofffläche) (ebenso: Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 19). Nach wohl zutreffender Auffassung kann auch die vertraglich vereinbarte **Ausführungs- und Herstellungsart** zum Werkerfolg gehören, soweit sie vertragliche vereinbarte Beschaffenheiten betrifft (so Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 33 - unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 11.03.1999 - VII ZR 179/98, NJW 1999, 2432, 2433). Die Änderungsbefugnis des Bestellers hat ihre Grenzen (erst) dort, wo ihre Befolgung dem Unternehmer nicht **zugemutet** werden kann - § 650b Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB (ebenso: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 32).

42

Schwierigkeiten kann im Einzelfall die Feststellung des **funktionalen Werkerfolgs** bereiten, dessen Änderung in Rede steht. Maßgeblich sind die von den Vertragsparteien hierzu getroffenen **vertraglichen Vereinbarungen**, deren Inhalt ggfls. durch **Auslegung** ermittelt werden muss (vgl. zum Ganzen Rn. 23ff.).

3. Verwirklichung des Werkerfolgs; notwendige Mehrleistungen - § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2

43

Änderungsbegehren zur Verwirklichung des (unveränderten) Werkerfolgs gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB betreffen nicht ausgeschriebene Leistungen, die der Unternehmer wegen seiner **funktionalen Leistungsverpflichtung** (s. Rn. 1) ohnehin erbringen muss, um den Werkerfolg zu erreichen. Solche Leistungen kann es bei einem **streng funktional ausgeschriebenen** Vertrag nicht geben, weil der Unternehmer dann selbst entscheidet, wie er den funktionalen Bauerfolg herbeiführt. Hat er Leistungen im Rahmen der ihm obliegenden Planung vergessen oder stellt sich nachträglich durch geänderte oder erst nach Vertragsschluss zu Tage tretende Umstände heraus, dass das von ihm ermittelte Leistungsprogramm nicht ausreicht, um den funktionalen Bauerfolg zu gewährleisten, muss er die **zusätzlich erforderlichen Leistungen** gleichwohl erbringen, ohne hierfür eine besondere Vergütung beanspruchen zu können. Es gibt nichts, was der Besteller besonders verlangen müsste.

44

Bei einem **detailausgeschriebenen Vertrag** gilt für die **Leistungsverpflichtung** des Unternehmers nichts anderes. Auch dann schuldet er den funktionalen Werkerfolg und er muss auch nicht ausgeschriebene und verpreiste Leistungen erbringen, wenn sie zur Realisierung des so verstandenen Bauerfolgs **notwendig** sind (ständige Rspr. des BGH: Urt. v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 - Blockheizkraftwerk; Urt. v. 09.07.2002 - X ZR 242/99, NJW-RR 2002, 1533; Urt. v. 16.07.1998 - VII ZR 350/96, NJW 1998, 3707; Urt. v. 17.05.1984 - VII ZR 169/82, NJW 1984, 2457). Führt er sie nicht aus, ist sein Werk gemäß § 633 Abs. 2 BGB **mangelhaft**. Darin zeigt sich eine dogmatische Unschärfe des gesetzlichen Regelungsmodells. Der Besteller ändert nichts an der Leistungsverpflichtung des Unternehmers, wenn er Leistungen verlangt, die der Unternehmer nach dem Ausgangsvertrag wegen seiner Funktionalitätsverpflichtung ohnehin schuldet. Darin liegt der Unterschied zu **geänderten Leistungen** nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB, die er ohne einen wirksamen rechtsgeschäftlichen Eingriff in das Synallagma des Ausgangsvertrages nicht ausführen muss. Es ist deshalb zumindest verwirrend, wenn der Gesetzgeber die beiden Arten von Änderungsbegehren begrifflich nicht voneinander abgrenzt und letztlich in Abs. 2 unterscheidungslos einem Anordnungsrecht des Bestellers unterwirft.

45

In der Praxis wird es häufig durch einen **Bedenkenhinweis** des Unternehmers zu einem Änderungsbegehren des Bestellers nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB kommen. Es liegt in der Natur der Sache, dass Leistungen, die sich nachträglich als erforderlich für die Realisierung des Werkerfolgs erweisen, zuvor bei der Ausschreibung übersehen oder vergessen wurden. Erkennt der Unternehmer nach Vertragsschluss solche **Fehler oder Unzulänglichkeiten der von dem Besteller beigestellten Leistungsvorgaben**, wird er ihm nach dem Rechtsgedanken aus § 4 Abs. 3 VOB/B einen Bedenkenhinweis erteilen. Der Besteller wird dann entscheiden, ob er dem Bedenkenhinweis folgt oder nicht. Entscheidet er sich für ersteres, begehrt er eine Änderung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB. Das hat nichts mit einer Anordnung als Ausprägung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts zu tun.

46

Außer Fehlern und Lücken der von dem Besteller beigestellten Planung können auch **tatsächliche Umstände**, die bei Vertragsschluss nicht vorhanden oder nicht erkennbar waren, zu einem Bedenkenhinweis und schließlich auf gleiche Weise zu einem Änderungsbegehren führen. Zu denken ist bspw. an **unerwartet ungünstige Boden- oder Wasserverhältnisse**.

47

Das Änderungsbegehren des Bestellers nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB setzt nicht voraus, dass der Unternehmer zuvor einen Bedenkenhinweis erteilt hat. Auch wenn der Besteller selbst zu der Erkenntnis gelangt, den erstrebten funktionalen Werkerfolg mit den ausgeschriebenen Leistungen zu verfehlen, kann er eine dies korrigierende Änderung

begehren. Der Gesetzgeber nennt zudem "**Änderungen der Rechtslage**" und "**behördliche Vorgaben**" als mögliche Ursachen für Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB (BT-Drs. 18/8486, S. 54). Gleiches dürfte für die Fälle gelten, in denen sich nach Vertragsschluss technische Regelwerke, insbesondere **anerkannten Regeln der Technik** ändern. Geschuldet ist nach der Rechtsprechung des BGH (zuletzt: BGH, Urt. v. 14.11.2017 - VII ZR 64/14), sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, der im Zeitpunkt der Abnahme gültige Standard, den der Unternehmer ggfls. mit Mehraufwand, allerdings idR nur gegen besondere Vergütung nach § 650c BGB, einhalten muss, um ein funktionstaugliches Werk herzustellen.

47a

Die Änderung muss für die Verwirklichung des funktionalen Werkerfolgs **notwendig** sein, damit sie gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 angeordnet werden kann. Notwendig idS heißt nicht "alternativlos". Die Änderungsleistung muss allerdings zumindest eine von mehreren denkbaren Varianten zur Verwirklichung des nach dem Ausgangsvertrag geschuldeten, **unveränderten funktionalen Werkerfolgs** darstellen. Zwischen solchen Varianten darf der Besteller grundsätzlich frei wählen (ebenso: Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 23; Kniffka/v. Rintelen, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 58f). Die Grenze zieht § 275 Abs. 2, 3 BGB, wonach dem Unternehmer in besonders gelagerten Einzelfällen und mit sehr hohen Hürden ein **Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit** zustehen kann.

4. Sonderfall: Bauzeit und Bauausführung

48

Im Referentenentwurf des BMJV vom 10.09.2015 war vorgesehen, dass der Besteller unter erschwerten Voraussetzungen **Anordnungen zur Bauzeit und zur Ausführung der Bauleistung** erteilen können sollte (s. zum Wortlaut Rn. 10.). Ein solches Anordnungsrecht hat der Gesetzgeber in den Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht übernommen; es wird dementsprechend auch im Gesetz nicht erwähnt. Mit Blick auf diese Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber dem Besteller gleichgerichtete Änderungsbegehren nun gleichwohl unausgesprochen unter Verzicht auf die ursprünglich vorgesehenen strengen Voraussetzungen zubilligen will. Man wird also davon ausgehen müssen, dass entsprechende Änderungen des Bauvertrages nur konsensual durch rechtsgeschäftliche Einigung der Vertragsparteien erfolgen können (iE ebenso: Kniffka/v. Rintelen, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 64; Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 34f.; Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 26; BeckOGK/Mundt BGB nF, § 650b Rn. 22, aA: Retzlaff, BauR 2017, 1747, 1789 - für notwendige Änderungen des Bauablaufs ohne Beschleunigung). Dies erst recht, weil weder die Bauzeit, noch die Ausführung der Bauleistung auf der Baustelle **zum vertraglichen Werkerfolg** gehören, über den der Besteller nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB disponieren können soll (Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 34f.; Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 26).

5. Allgemein: Rechtsfolgen des Änderungsbegehrens

48a

Das Änderungsbegehren ist **keine Anordnung** des Bestellers iSd § 650b Abs. 2 BGB. Es bleibt ohne Einfluss auf den nach dem Ausgangsvertrag geschuldeten Leistungsumfang und

führt dementsprechend nicht zu einer Änderung der wechselseitigen vertraglichen Leistungspflichten (ebenso: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 82). Das wirft die Frage auf, wie sich die Vertragsparteien verhalten müssen, wenn der Besteller die Änderung einer Leistung begehrt, deren Ausführung unmittelbar bevorsteht.

48b

Dazu ein **Beispiel**: Der Besteller beabsichtigt die vom Unternehmer zu errichtende Gewerbehalle entgegen der ursprünglichen Planung in einer Weise zu nutzen, die eine deutlich stärkere Ausbildung der Bodenplatte erfordert. Begehrt der Besteller nun die geänderte Ausführung der Bodenplatte, stellt sich für den leistungsbereiten Unternehmer die Frage, wie er diese nun errichten soll. Geschuldet ist nach wie vor die ursprünglich geplante und vertraglich vereinbarte Ausführung, die allerdings ersichtlich nicht mehr gewünscht ist. Andererseits steht noch nicht fest, ob der Besteller tatsächlich an seinem Änderungsbegehren festhalten will, wenn ihm - ggfls. durch das vom Unternehmer zu erstellende Angebot - bewusst wird, dass die Änderung mit erheblichen Mehrkosten verbunden sein wird, die er am Ende nicht tragen möchte oder möglicherweise gar nicht tragen kann.

48c

Dann kommt der Unternehmer in eine schwierige Lage, weil er nach dem Ausgangsvertrag weiterhin verpflichtet ist, die Vertragsleistung fristgerecht auszuführen; ein **Leistungsverweigerungsrecht** steht ihm nach allgemeinen Grundsätzen in dieser Situation nicht zu. Er müsste im Beispielsfall also sehenden Auges eine Bodenplatte bauen, die, bleibt es bei dem Änderungswunsch des Bestellers, wieder abgebaut und neu errichtet werden müsste, sobald die Parteien sich auf die geänderte Ausführung geeinigt haben oder der Besteller diese nach Ablauf von 30 Tagen wirksam gemäß § 650b Abs. 2 BGB angeordnet hat. Die Kosten hierfür müsste, weil dem Unternehmer kein vertragswidriges Fehlverhalten anzulasten wäre, der Besteller tragen.

48d

In den Fällen, in denen der Besteller eine **Änderung begehrt, die zur Erreichung des (funktionalen) Werkerfolgs notwendig ist** (§ 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB), geht es um Leistungen, die der Unternehmer ohnehin bereits nach dem Ausgangsvertrag erbringen muss, um eine vertragsgerechte Leistung zu erbringen (s. oben Rn. 43 ff). Ob er sie tatsächlich ausführen muss, entscheidet der Besteller. Diese Entscheidung trifft er zwar idR erst durch eine Anordnung nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB. Gleichwohl bringt er mit Blick auf seine grundsätzlich zu unterstellende **Funktionalitätserwartung** bereits mit seinem Änderungsbegehren hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die ursprünglich vorgesehene Leistung jedenfalls bis zu einer endgültigen Entscheidung über den zusätzlichen Aufwand nicht (mehr) ausgeführt werden soll. Dementsprechend wird sein Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen sein (ebenso: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 84; ähnlich: Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, *Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht*, § 650b Rn. 33).

48e

Bei einem "echten" **Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB** liegen die Dinge anders. Dann geht es um einen (einseitigen) Eingriff des Bestellers in das vertragliche Leistungsgefüge, den zu befolgen der Unternehmer nicht verpflichtet ist. Dem Änderungsbegehren allein wird man bei dieser Konstellation kaum die rechtsgeschäftliche Erklärung entnehmen können, der Unternehmer möge von der Ausführung der Vertragsleistung (vorerst) Abstand nehmen. Will der Besteller verhindern, dass der Unternehmer ungeachtet des Änderungsbegehrens nach dem ursprünglichen Bauplan weiterbaut, muss er dieses Verlangen, das faktisch der Anordnung eines Baustopps

gleichkommt, besonders erklären. Dazu dürfte er mit Blick auf die **Kooperationspflicht** des Unternehmers und im Interesse einer zweckentsprechenden Abwicklung des Regelungskonzepts des § 650b Abs. 1 BGB jedenfalls nach **Treu und Glauben** gemäß § 242 BGB berechtigt sein (wie hier: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 83; aA: Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, *Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht*, § 650b Rn. 32).

48f

Im Beispielsfall (Rn. 48b) bleibt der Unternehmer mithin trotz des "echten" Änderungsbegehrens nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB verpflichtet, mit der Errichtung der ursprünglich geplanten Bodenplatte zu beginnen. Will der Besteller das verhindern, muss er die Ausführung dieser Leistung stoppen, in dem er eine entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, die der Unternehmer wohl befolgen muss. Soweit er hierdurch in der Ausführung seiner Leistungen behindert ist, weil er seine Produktionsmittel (zunächst) anderweitig einsetzen kann, wird der Besteller ihm die durch die **Verzögerung der Baumaßnahme** entstehenden Nachteile nach allgemeinen Grundsätzen (§ 642 BGB; § 6 Abs. 6 VOB/B) ersetzen müssen. Darüber hinaus wird der Unternehmer eine Verlängerung der Bauzeit beanspruchen können (§ 6 Abs. 2 VOB/B). Gleiches gilt im Ergebnis, wenn die Bauausführung bereits (konkludent) durch ein für die **Verwirklichung des Bauerfolgs notwendiges Änderungsbegehren** des Bestellers gestoppt wird (Rn. 48d).

III. Anzustrebendes Einvernehmen - § 650 Abs. 1 S. 1, S. 5

1. Zweck und Regelungsgehalt

49

§ 650b Abs. 1 S. 1 enthält die für unser hiesiges Zivilrechtsverständnis merkwürdige Vorgabe für die Parteien, Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung zu erzielen. Dass Vertragsparteien sich dementsprechend einigen können, ist eine rechtsgeschäftliche Selbstverständlichkeit und hätte keiner gesetzlichen Regelung bedurft. Deshalb beinhaltet die Regelung weit mehr als nur einen Appell an die Parteien, Streitigkeiten über Nachträge im Interesse des Bauvorhabens gütlich beizulegen. Sie erzeugt vielmehr im Zusammenspiel mit den folgenden Regelungen zur **Angebotspflicht** des Unternehmers und der durch Abs. 2 auf maximal **30 Tage** erstreckten **Sperre** für rechtsverbindliche Anordnungen des Bestellers einen enormen Druck auf die Parteien, Nachträge kooperativ zu gestalten und zu bearbeiten. Die Regelung wird deshalb zu Recht als Ausprägung einer gesetzlich verankerten **Kooperationspflicht** beider Vertragsparteien angesehen (Althaus, *BauR* 2017, 412, 415f.; Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, *Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht*, § 650b Rn. 29f.), die auf solche Weise gezwungen sind, eine **Einigung ernsthaft zu versuchen** und die hierfür nach dem Gesetz vorgesehenen Verfahrensschritte einzuhalten.

50

Diese Kooperationsverpflichtung erzeugt insbesondere für den Besteller, der die von ihm geplanten und detailliert ausgeschriebenen Bauleistungen über ein Änderungsbegehren gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB nachsteuern möchte, enormen Druck. Denn er muss dem Unternehmer gemäß § 650b Abs. 1 S. 4 BGB die für die Erstellung des Angebots (§ 650b Abs. 1 S. 2 BGB) **erforderlichen Pläne** zur Verfügung stellen. Darauf kann er nicht in der Annahme verzichten, spätestens nach 30 Tagen die Leistungen ohne weiteres anordnen zu dürfen. Hat er nämlich nicht die ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen, die benötigten Planunterlagen zu fertigen und dem Unternehmer zur Verfügung zustellen, wird er sich möglicherweise einen **Verstoß gegen seine Kooperationspflicht** entgegenhalten lassen müssen, und eine dennoch erteilte Anordnung könnte aus dem Gesichtspunkt **der**

unzulässigen Rechtsausübung schon aus diesem Grunde unwirksam sein (so im Grundsatz zutreffend: Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 30).

51

All das ist hochbrisant, mit Blick auf einen möglichst ungestörten Bauablauf in hohem Maße kontraproduktiv und bei näherer Betrachtung kaum handhabbar. So ist nur schwer nachzuvollziehen, warum der Besteller für die Durchsetzungen eines Begehrens gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB, der Unternehmer möge Leistungen ausführen, die er bereits nach dem Ausgangsvertrag schuldet und deren Ausführung er möglicherweise selbst in Form eines Bedenkenhinweises angemahnt hat, ein **aufwändiges Einigungsverfahren** durchlaufen und im schlimmsten Fall 30 Tage zuwarten muss, bis er sie endlich rechtsverbindlich verlangen kann. Dürfte er sofort anordnen, würde dem Unternehmer kein Nachteil erwachsen, den hinzunehmen ihm nicht zugemutet werden könnte: Kann er die angeordneten Nachtragsleistungen ohne weiteres ausführen, soll er es tun, ggfls. sofort. Benötigt er hierfür allerdings **Planvorgaben des Bestellers**, darf er gemäß § 642 BGB die anstehenden Arbeiten gegen Entschädigung zurückhalten, bis der Besteller seiner Mitwirkungsobliegenheit nachgekommen ist und ihm die Pläne zur Verfügung gestellt hat.

52

Hinzu tritt die berechtigte Sorge, dass selbst gutwillige Parteien es bei umfangreicheren Änderungsbegehren mit absehbar **erheblichem Planungsaufwand** nicht schaffen werden, die nach § 650b Abs. 1 BGB für das Einigungsverfahrens vorgegebenen Schritte innerhalb von 30 Tagen zu durchlaufen. Besonders dramatisch kann die Situation werden, weil die Vorgaben des § 650b Abs. 1, 2 BGB **jedes Vertragsverhältnis in der Leistungskette** betreffen. So muss nicht nur der Besteller mit seinem **Architekten**, der ihn mit den für die Angebotserstellung des Unternehmers benötigten Plänen beliefern soll, gemäß § 650q Abs. 1 BGB ebenfalls das Einigungsverfahren nach § 650b Abs. 1, 2 BGB durchlaufen; den Generalunternehmer trifft es noch härter, weil er seinerseits mit jedem seiner **Subunternehmer**, die er für die Ausführung der Nachtragsleistung einbinden muss, in gleicher Weise versuchen muss, Einvernehmen herzustellen, bevor er die ihm im Außenverhältnis vom Besteller abverlangte Leistung anordnen darf. So entsteht - man stelle sich ein Großbaumaßnahme mit hundert und mehr Änderungsbegehren vor - ein unentwirrbares Knäuel an Verhandlungen und Kooperationspflichten mit zahlreichen Möglichkeiten und starken Anreizen für gesetzlich geschützte **Obstruktion**. Damit wird am Ende das Gegenteil dessen erreicht, was mit der gesetzlichen Neuordnung der Anordnungsrechte und der Preisanpassung unter Einbeziehung eines schnellen und effizienten Streitverfahrens ursprünglich beabsichtigt war (s. oben Rn. 14).

53

Allerdings soll nicht verschwiegen werden, dass der durch § 650b Abs. 1, 2 BGB organisierte Einigungsdruck nach jetziger Einschätzung ungewollt einen durchaus positiven, der ökonomisch sinnvollen Abwicklung von Bauvorhaben letztendlich zuträglichen Effekt haben kann. Weil nämlich jedenfalls der Besteller, der seine Leistungen detailliert ausgeschrieben hat, es sich wegen der soeben dargestellten Zusammenhänge kaum leisten können, ein mit **Planungsaufwand** verbundenes **Änderungsbegehren** auszubringen, ohne die dem Unternehmer beizustellenden Pläne bereits zur Verfügung zu haben, liegt in alledem ein **starker Anreiz** gerade für institutionelle Auftraggeber, die Baumaßnahme **sogleich bestmöglich zu planen** und es nicht darauf ankommen zu lassen, mit Hilfe von Änderungsbegehren und Anordnungen nachsteuern zu müssen. Man wird abwarten müssen, ob und wenn ja, in welchem Maße diese Hoffnung Realität werden wird.

54

Der Unternehmer erhält gemäß **§ 650c Abs. 1 S. 2 BGB** keine besondere Vergütung für vermehrten Aufwand bei Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB, wenn er die Bauleistung selbst geplant hat. Die Vorschrift ist missverständlich formuliert, weil sie an die Verteilung der Planungsverantwortung anknüpft, tatsächlich aber die Fälle im Auge hat, in denen der Unternehmer bei einem funktional ausgeschriebenem Vertrag mit der Planungsverantwortung zugleich das **Preisrisiko** übernommen hat (s. iE Rn. 24f.). Folgerichtig bestimmt **§ 650b Abs. 1 S. 5 BGB**, dass die Parteien nicht versuchen müssen, sich über eine Mehr- oder Mindervergütung zu einigen, wenn dem Unternehmer aus den genannten Gründen kein solcher Anspruch zusteht.

IV. Angebot des Unternehmers - § 650 Abs. 1 Satz 2 bis 4

1. Grundsätzliches: Inhalt, Form und Frist

55

Für den Unternehmer besteht gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB eine **Rechtspflicht** zur Erstellung eines Angebots über die infolge eines Änderungsbegehrens des Bestellers nach § 650b Abs. 1 S. 1 anfallende Mehr- oder Mindervergütung. Damit bezweckt der Gesetzgeber zweierlei: Das Angebot soll zum einen eine belastbare Grundlage für eine umfängliche **Einigung** der Parteien über die jeweilige Nachtragsleistung schaffen. Zum anderen ist das Angebot die Grundlage für die Geltendmachung einer mit 80 % des Angebotspreises pauschalierten **Abschlagsforderung** für nachtragsbedingten Mehraufwand, die der Unternehmer gemäß **§ 650c Abs. 3 S. 1 BGB** zur Sicherung seiner Liquidität ohne weiteres beanspruchen und rasch durchsetzen können soll (zum einstweiligen Verfügungsverfahren in diesen Fällen: § 650d Rn. 3, 5, 22ff.). Es dürfte sich um eine vertragliche Nebenpflicht handeln, deren schuldhaftes Nichtbefolgen schadensersatzbewehrt ist und den Besteller in besonders gelagerte Einzelfällen ggfls. zur **Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund** gemäß § 648a Abs. 1 BGB berechtigen kann (wohl ebenso: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 81; aA - Obliegenheit: BeckOGK/Mundt BGB nF, § 650b Rn. 45).

56

Das Angebot unterliegt keiner besonderen **Form**. In der Praxis wird es zweckmäßig schriftlich erteilt werden.

57

Das Gesetz sieht **keine Frist** für die Erstellung des Angebots vor. Gleichwohl wird mit Blick auf das dem Einigungsgebot innewohnende **Kooperationsgebot** (s. Rn. 49ff.) die Auffassung vertreten, der Unternehmer sei grundsätzlich verpflichtet, das Angebot so rechtzeitig vorzulegen, dass es vom Besteller innerhalb der **30 Tage-Frist** geprüft und zweckentsprechend verhandelt werden könne (Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 37ff.). Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Richtig ist allerdings, dass eine Pflicht zur Angebotserstellung **ohne jeden Zeitbezug** leer liefe. Wenngleich **§ 271 BGB** wegen seines Bezugs zur vertraglichen Hauptleistung keine unmittelbare Anwendung findet, wird man vom Unternehmer erwarten können, dass er das Angebot innerhalb eines Zeitraums erstellt, der nach den **Umständen des jeweiligen Einzelfalles als angemessen** gelten kann. Wie lang dieser Zeitraum konkret ist, entzieht sich einer generalisierenden Betrachtung und hängt stark davon ab, ob

- keine Planungsleistungen für die Erstellung des Angebots erforderlich sind und der Unternehmer nur die Nachtragspreise ermitteln muss;

- ob der Unternehmer die Nachtragsleistungen selber planen muss sowie vom Planungsaufwand oder
- ob der Besteller gemäß § 650b Abs. 1 S. 3 BGB Planungen beistellen muss, wenn ja, wie groß der Planungsaufwand ist.

58

Die durch § 650b Abs. 2 S. 1 BGB für das Einigungsverfahren angeordnete **Höchstfrist von 30 Tagen ab Zugang des Änderungsbegehrens** setzt keinen zeitlichen Rahmen für die Erstellung des Angebots. Kommt der Unternehmer seiner Verpflichtung nicht nach, zeitgerecht ein Nachtragsangebot zu erstellen, darf der Besteller die begehrte Änderung nach Ablauf von 30 Tagen selbst dann anordnen, wenn das Angebot zu diesem Zeitpunkt immer noch nicht vorliegt. Er ist hieran weder durch das Fehlen des Angebots, noch durch den Umstand gehindert, dass aus diesem Grund keine zielführenden Einigungsbemühungen unternommen werden konnten (iE wohl ebenso:

Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 86ff.; BeckOGK/Mundt BGB nF, § 650b Rn. 48). Etwas anderes gilt aus dem Gesichtspunkt einer **vorwerfbaren Kooperationspflichtverletzung** allenfalls dann, wenn der Besteller seiner Planungsverantwortung nicht zeitgerecht nachgekommen ist oder er sich in sonstiger, unkooperativer Weise dem Einigungsprozedere verweigert hat (s. dazu Rn. 50).

58a

Auf der anderen Seite wird der Besteller auch schon **vor Ablauf der 30 Tage-Frist** die begehrte Änderung gemäß § 650b Abs. 2 S. 1 BGB rechtswirksam anordnen können, wenn und sobald der Unternehmer sich **ernsthaft und endgültig weigert**, ein Nachtragsangebot überhaupt vorzulegen. Denn damit entfällt eine Grundlage für die nach § 650b Abs. 1 BGB anzustrebende Einigung und es wäre unter solchen Umständen reine "Förmelei", den Besteller gleichwohl an eine Wartefrist zu binden, die ihres Zwecks, nämlich den Parteien Gelegenheit zu geben, sich über die **Ausführung und Vergütung von Nachtragsleistungen** zu einigen, beraubt ist (vgl. die Rechtsprechung des VII. ZS des BGH zu den ähnlich gelagerten Konstellationen der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB: BGH, Urt. v. 12.9.2002 - VII ZR 344/01, NJW-RR 2003, 13 mwN).

59

Das Gesetz enthält ebenso wenig wie seine Begründung Vorgaben für den **Inhalt des Angebots** des Unternehmers. Das wirft die Frage auf, mit welchen **Preisparametern** es aufgestellt sein muss. Es ist zu entscheiden, ob der Unternehmer sein Angebot **frei kalkulieren** kann (so bspw.: Kimpel, NZBau 2016, 734, 736; Orłowski, BauR 2017, 1427, 1429) oder ob er schon insoweit an die **Preisanpassungsvorschriften des § 650c BGB** gebunden ist (so: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2 Rn. 80; Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 62ff.). Die erstgenannte Ansicht verdient den Vorzug. Das nicht nur, weil der Unternehmer im Zeitpunkt der Entstehung seiner Angebotspflicht die gemäß § 650c Abs. 1 BGB relevanten **tatsächlich erforderlichen Kosten** nicht kennt und er folglich ohne die Möglichkeit einer sinnhaften Wahrnehmung seines Wahlrechts sein Angebot in aller Regel nach § 650c Abs. 2 BGB auf der Grundlage seiner Urkalkulation aufstellen wird. Entscheidend ist vielmehr, dass seine Bindung an diese Art der Angebotspreisermittlung dem in § 650c Abs. 3 S. 1 BGB manifestierten Zweck zuwiderlaufen würde, einen pauschalierten Betrag in Höhe von 80 % seines Angebots als (vorläufigen) **Abschlag auf seinen Mehrvergütungsanspruch** verlangen zu können; dessen Bemessung soll ersichtlich nicht an die tatsächlich gemäß § 650c BGB berechnete Höhe seiner Nachtragsforderung geknüpft sein, die gemäß § 650c Abs. 3 S. 3 BGB vielmehr erst im Zusammenhang mit der **Schlussabrechnung** des Auftrags zur Bemessung eines evt. **Rückzahlungsanspruchs** heranzuziehen ist.

60

Aus alledem folgt, dass der Unternehmer sein Angebot bis zur Grenze der **Sittenwidrigkeit frei kalkulieren** kann (iE ebenso: Kniffka/v. Rintelen, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018 § 650b Rn. 96ff). Seine Kalkulation muss er in seinem Angebot in dem Maße **aufschlüsseln und offen legen**, in dem dies bereits im Ausgangsvertrag geschehen ist. Daraus folgt, dass der Unternehmer, der im Ausgangsvertrag einen nicht aufgeschlüsselten Pauschalpreis geboten hat (komplexer Global-Pauschal-Vertrag), sein Angebot nunmehr in gleicher Weise pauschaliert aufstellen darf.

60a

Für die Erstellung des Angebots erhält der Unternehmer **keine besondere Vergütung**, wie der Gesetzgeber ungeachtet der Kritik des Bundesrats (BR-Drucks. 123/16, S. 12) in Anlehnung an die Regelung in § 632 Abs. 3 BGB zum Kostenanschlag hervorhebt (BT-Drs. 18/8486, S. 98; im Ausgangspunkt ebenso: Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b Rn. 72).). Allerdings bleibt es ihm unbenommen, die Kosten im Rahmen der Einigungsbemühungen mit dem Besteller gleichwohl in Ansatz zu bringen und eine entsprechende Vergütung rechtsgeschäftlich zu vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, sind solche Kosten nicht Bestandteil der üblichen Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB. Sie sind auch nicht gemäß § 650c BGB erstattungsfähig, wenn der Besteller die Änderungsleistungen (ohne Einigung) wirksam gemäß § 650b Abs. 2 BGB anordnet.

2. Planung

61

Die Verpflichtung des Unternehmers zur Erstellung eines Nachtragsangebots entsteht gemäß § 650b Abs. 1 S. 4 BGB nicht, solange der Besteller seine **Planungsverantwortung** nicht erfüllt hat. Wie weit diese Verantwortung reicht, hängt von den Vereinbarungen im Ausgangsvertrag ab, die ggfls. auszulegen sind (iE dazu Rn. 27ff.). Der Besteller muss in dem Umfang Pläne und Planunterlagen erstellen und an den Unternehmer übergeben, in dem er bereits nach dem Ausgangsvertrag Planungsverantwortung übernommen hatte. Das gilt auch und gerade in den faktisch problematischen Fällen, in denen der Ausgangsvertrag eine zwischen den Parteien **geteilte Planungsverantwortung** vorsieht (iE dazu Rn. 27ff.).

62

Die Zurverfügungstellung von Planunterlagen ist eine **Obliegenheit** des Bestellers. Die Nichterfüllung der Obliegenheit wirkt sich auf die Angebotspflicht des Unternehmers aus, weil diese gemäß § 650b Abs. 1 S. 4 BGB überhaupt erst entsteht, wenn der Besteller die ihm abverlangten Planunterlagen zur Verfügung gestellt hat. Rechtsdogmatisch dürfte dem Unternehmer insoweit ein **Leistungsverweigerungsrecht** zustehen (ebenso: Kniffka/v. Rintelen, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 111). Der Besteller gerät gemäß §§ 293ff. BGB in **Annahmeverzug**, wenn der im Übrigen zur Leistung bereite Unternehmer das Angebot nur deshalb nicht erstellen kann, weil der Besteller seiner Planungsverantwortung nicht nachkommt.

63

Der Besteller muss die nach dem Ausgangsvertrag in seine Verantwortung fallende Planung dem Unternehmer in dem Umfang beistellen, in dem sie für **"die Änderung erforderlich"** ist. Bezugspunkt für die Obliegenheit ist also nicht die Frage, ob der Unternehmer die Planunterlagen für die Erstellung seines Angebots benötigt. Bei einer nach dem Ausgangsvertrag in der Weise **geteilten Planungsverantwortung**, dass der Besteller die Entwurfsplanung, der Unternehmer die Ausführungsplanung zu erstellen hat (s. Rn. 27), bleibt es auch hinsichtlich der Pflicht zur Angebotserteilung bei dieser Aufteilung. Es kommt

auch nicht darauf an, ob der Unternehmer für die Erstellung seines Angebots die Entwurfspläne des Bestellers benötigt. Sie müssen ihm zur Verfügung gestellt werden, wenn sie für die **Ausführung der begehrten Änderung erforderlich sind**. Das wiederum ist nicht ohne weiteres, sondern nur dann der Fall, wenn die begehrte Änderung in die Entwurfsplanung zurückwirkt, etwa weil statische Berechnungen neu vorgenommen oder sonstige Eingriffe in die Konstruktion erfolgen sollen, die nicht durch eine bloße Fortschreibung der Ausführungspläne planerisch zu bewältigen sind.

64

Auch wenn es sich bei der Angebotserstellung um eine Vertragspflicht handelt, dürfte die Beistellung von Plänen durch den Besteller keine zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung iSd § 642 BGB sein, so dass der Unternehmer wegen der fehlenden Mitwirkung des Bestellers in diesem Punkt weder gemäß § 642 Abs. 1, 2 BGB eine **Entschädigung** beanspruchen, noch gemäß § 643 BGB die **Kündigung des Vertrages** betreiben kann.

3. Zumutbarkeit - § 650b Abs. 1 S. 2; Abs. 2 S. 2

65

Begehrt der Besteller eine **Änderung des vertraglichen Werkerfolgs** gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB, muss der Unternehmer ein Angebot nur erstellen, wenn ihm die Ausführung der Änderung **zumutbar** ist - § 650b Abs. 1 S. 2 BGB. Gleiches gilt für eine **gleichgerichtete Anordnung** nach Abs. 2. Handelt es sich hingegen um ein Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB über zusätzlich für den (unveränderten) Werkerfolg erforderliche Leistungen, besteht das Zumutbarkeitserfordernis in beiden Konstellationen nicht. Das ist konsequent, weil der Unternehmer solche Leistungen bereits nach dem Ausgangsvertrag schuldet und sich schon deshalb keine Gründe denken lassen, warum ihm die Ausführung dieser nunmehr vom Besteller verlangten Leistungen unzumutbar sein könnte.

66

Die Begründung des Gesetzesentwurfs verhält sich nur recht oberflächlich zu den Kriterien, nach denen beurteilt werden muss, ob dem Unternehmer die **Ausführung der Änderung** des Bestellers **zuzumuten** ist. Sie stellt klar, dass die Schwelle für die Unzumutbarkeit einer Anordnung unterhalb der des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts wegen Unzumutbarkeit gemäß § 275 Abs. 2, 2 BGB liegt, verweist im Übrigen auf eine interessengerechte Abwägung der Gesamtumstände (BT-Drs. 18/8486, S. 54) und nennt beispielhaft folgende abwägungsrelevante Zumutbarkeitskriterien:

- Technische Möglichkeiten des Unternehmers;
- Ausstattung des Unternehmers;
- Qualifikation des Unternehmers.

66a

Die in der Literatur geäußerte Kritik, der Begriff der Zumutbarkeit sein nicht hinreichend konkret und deshalb für die Praxis nicht fassbar (s. bspw. Digel/Jacobsen, BauR 2017, 1587, 1589), ist unberechtigt. Seine Verwendung ist die notwendige Konsequenz des gesetzgeberischen Konzepts, allgemeingültige Vorschriften mit **abstrakt generellem Regelungsgehalt** zu schaffen, deren inhaltliche Ausgestaltung und Anwendung auf den jeweiligen Einzelfall bewusst der Rechtsprechung überlassen wird. Diese Konkretisierung wird gelingen; sie ist nicht schwieriger, als die Anwendung der allgemein für die Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechts gemäß § 315 BGB maßgeblichen **Billigkeitsregeln**, die seit jeher in der Rechtsprechung etabliert sind (so völlig zu Recht: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 45 mwN).

66b

Was "**zumutbar**" iSd § 650b Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 BGB ist, muss also im Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ermittelt werden. Dabei fällt zunächst ins Gewicht, dass zumutbarkeitsabhängige Änderungsbegehren des Bestellers stets solche Mehr- oder Minderleistungen betreffen, die nicht bereits für die Verwirklichung des ursprünglichen Werkerfolgs benötigt werden. Gleichwohl können solche Änderungsleistungen entscheidend für den Gesamterfolg der Baumaßnahme sein, bspw. bei einer gewerkweisen Vergabe der Bauleistungen, wenn das betroffene Gewerk angepasst werden muss, um die Funktionstauglichkeit des Objekts zu gewährleisten. Gleiches gilt bei einem Investitionsbauvorhaben, wenn die Rentierlichkeit der Investition erst durch die Anordnung von Änderungsleistungen sicher gestellt werden kann und auch der Unternehmer nach dem Ausgangsvertrag davon ausgehen muss, mit solchen Änderungsanordnungen konfrontiert zu werden (Beispiel: Mieterausbau bei Neuerrichtung eines Bürogebäudes).

66c

Im Übrigen wird für die Zumutbarkeitsabwägung entscheidend darauf abzustellen sein, welche **Auswirkungen die Befolgung der Anordnung** für den Unternehmer und seinen Betrieb hätte. Besitzt er weder die technischen Mittel noch die Qualifikation, die geänderten Leistungen auszuführen, wird es sich idR auf Unzumutbarkeit berufen können, wenn es sich um signifikante Leistungen handelt. Kleinere Anpassungsarbeiten wird er ggfls. ausführen müssen, auch wenn sein Betrieb hierauf nicht eingerichtet ist. Gleiches kann sich selbst bei erheblichem Änderungsaufwand ergeben, wenn dieser durch einen **Subunternehmer**, der ohnehin für den Unternehmer auf der Baustelle tätig ist, erledigt werden kann.

66d

Ein wichtiger Aspekt der Zumutbarkeitskontrolle dürfte sich aus dem Gesichtspunkt ergeben, ob der Unternehmer über ausreichende **Kapazitäten** verfügt, die Änderungsanordnung zu befolgen. Davon wird man selbst bei erhöhten zeitlichem Aufwand ausgehen können, wenn dieser durch gesetzliche zulässige Überstunden oder eine moderate Restrukturierung des Bauablaufs abgefedert werden kann. Demgegenüber wird dem Unternehmer idR nicht zugemutet werden können, eine änderungsbedingte zeitliche Verschiebung der Baumaßnahme hinzunehmen, wenn er dadurch gehindert werde, einen bereits geschlossenen **Nachfolgeauftrag** fristgerecht zu erfüllen (zur Beweislastverteilung in diesem Fällen sogleich, Rn. 67). Kein Argument für die Unzumutbarkeit wird der Unternehmer daraus ableiten können, dass die Befolgung der Änderungsanordnung mit erheblichen **Mehrkosten** verbunden sein werde. Hierfür erhält er gemäß § 650c BGB einen monetären Ausgleich.

67

Die **Beweislast** für die Zumutbarkeit der Ausführung der Änderung liegt beim Besteller (BT-Drs. 18/8486, S. 55). Der Gesetzgeber gestattet dem Unternehmer gemäß § 650b Abs. 1 S. 3 BGB, **betriebsinterne Vorgänge** für die Unzumutbarkeit des Änderungsbegehrens geltend zu machen. Solche Vorgänge muss dann allerdings der Unternehmer darlegen und beweisen. Der Gesetzesbegründung ist nur ansatzweise zu entnehmen, was solche betriebsinternen sind. Zu denken ist bspw. bei einem voll ausgelasteten Betrieb an den Einwand, die Ausführung der geänderten Leistungen würde die Bauzeit in einem Maße verlängern, das den Unternehmer daran hindern würde, die Ausführung eines bereits fest vereinbarten Folgeauftrags fristgerecht zu beginnen. Auch Schwierigkeiten bei der Beschaffung von **erstmalig benötigtem Gerät und Material** kann je nach den Umständen des Einzelfalles die Unzumutbarkeit der Ausführung aus betriebsinternen Gründen rechtfertigen.

4. Annahme des Angebots; Einigung

67a

Die gesetzliche Regelung in § 650b Abs. 1 BGB zielt darauf ab, den Vertragsparteien zu einer Einigung über die Ausführung von geänderten Leistungen und deren Bezahlung zu verhelfen. Kommt eine solche Einigung zustande, führt sie nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zu einer Anpassung des Vertrages, die (nur) in den Fällen des Abs. 1 S. 1 Nr. 1 zu einer Änderung des Werkerfolgs führt. In der Praxis werden die Vertragsparteien sich zumeist nicht nur über die Ausführung der Änderungsleistungen einigen, sondern zugleich auch über die hierfür nach dem Angebot des Unternehmers zu zahlende Mehrvergütung. Dann ist diese geschuldet. Allerdings sind die Vertragsparteien nicht verpflichtet, ihre Einigung auf die Mehr- oder Mindervergütung zu erstrecken - § 632 Abs. 1 BGB. Kommt es nicht zu einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung, dürfte § 632 Abs. 2 BGB gelten, wonach für den änderungsbedingten Mehraufwand die **übliche Vergütung** geschuldet ist.

67b

Nach bisheriger, im wesentlichen auf den Bestimmungen der VOB/B beruhender Rechtslage waren Fallkonstellationen nicht selten, in denen der Unternehmer durch die Befolgung einer Anordnung des Bestellers nach § 1 Abs. 3 VOB/B oder eines Verlangens nach § 1 Abs. 4 VOB/B konkludent einer rechtsgeschäftlichen Vertragsänderung zugestimmt hat (vgl. hierzu im Einzelnen: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 121ff). Zu solchen Fallkonstellationen kann es unter der Geltung des neuen Bauvertragsrechts wohl nur noch in Ausnahmefällen kommen. Denn das Änderungsbegehren des Bestellers enthält als solches kein rechtsgeschäftliches Änderungsangebot des Bestellers, das der Unternehmer konkludent annehmen könnte. Vielmehr handelt es sich um eine *invitatio ad offerendum*, auf die nun der Unternehmer seinerseits gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB mit einem Änderungsangebot reagieren soll. Diese gesetzliche Regelungssystematik, die beide Vertragsparteien an einen konkret festgelegten Anordnungsmechanismus bindet, lässt kaum Raum für die Annahme, der Besteller könne gleichwohl konkludent ein Angebot auf Änderung des Vertragsinhalts unterbreitet haben. Der Besteller hat idR jedenfalls dann keinen Anlass, ein solches Angebot abzugeben, wenn er selbst das Einigungsverfahren nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB durch sein Änderungsbegehren eingeleitet hat. Wird die Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB schließlich wirksam in Textform erteilt, liegt bereits darin eine wirksame Änderung des Vertrages und es besteht kein Raum mehr für eine gleichgerichtete rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien durch Befolgung der Anordnung und die darin liegende konkludente Annahme eines Änderungsangebots. Nur wenn die Anordnung (form-) unwirksam erteilt worden ist, kann ihre schlichte Befolgung im Einzelfall als konkludente Annahme eines Vertragsänderungsangebots aufgefasst werden (vgl. mit durchaus abweichenden Erkenntnissen: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 123ff., vgl. auch Rn. 71).

V. Anordnung - § 650b Abs. 2

1. Überblick

68

Der Besteller darf die Änderung in **Textform** (s. § 126b BGB) anordnen, wenn die Parteien innerhalb von **30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens** nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB keine Einigung erzielt haben. Das Anordnungsrecht entsteht unabhängig davon, ob der Unternehmer das nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehene Angebot erteilt hat (s. Rn. 57ff.). Der Besteller wird schon **vor Ablauf der 30-Tage Frist** die Anordnung erteilen dürfen, wenn feststeht dass eine Einigung nicht erzielt werden wird, obwohl die Parteien wechselseitig die ihnen im Einigungsverfahren zugewiesenen Pflichten und Obliegenheiten hinreichen wahrgenommen haben. Eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs gemäß § 650b Abs. 1 S.

1 Nr. 1 BGB darf der Besteller nur anordnen, wenn die Ausführung der Änderungsanordnung dem Unternehmer zuzumuten ist (Zum Kriterium der Zumutbarkeit s. oben Rn. 63ff.).

2. Voraussetzung: Keine Einigung nach Änderungsbegehren

69

Das Anordnungsrecht des Bestellers nach Abs. 2 ist **subsidiär**. Es entsteht erst, wenn der durch sein Änderungsbegehren in Gang gesetzte Einigungsprozess nach Abs. 1 nicht binnen **30 Tagen** zu einer Einigung geführt hat.

70

Das wirft die Frage auf, durch welche Art von Einigung die Anordnungsbefugnis des Bestellers gesperrt wird. Nach § 650b Abs. 1 S. 1 sollen sich die Parteien "*Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung*" anstreben. In der Praxis wird es häufig dazu kommen, dass die Parteien sich zwar über die Ausführung des Änderungsbegehrens, nicht aber über den hierfür zu zahlenden (Mehr-) Preis einigen. Mit einer solchen **Einigung dem Grunde nach** ist der Anordnungsbefugnis des Bestellers nach Abs. 2 der Boden entzogen. Auch der Unternehmer benötigt keine zusätzliche Anordnung, weil ihm nach hier vertretener Auffassung bei einvernehmlicher Ausführung der Änderung ein Mehrvergütungsanspruch in entsprechender Anwendung des § 650c BGB auch dann zusteht, wenn die Parteien sich (nur) über die Ausführung der geänderten oder zusätzliche erforderlichen Leistung geeinigt haben (s. § 650c Rn. 5).

71

Problematisch sind indes die Fälle, in denen der Unternehmer ein Änderungsbegehren des Bestellers schlicht befolgt, in dem er die verlangten **Änderungsleistungen ausführt**. Darin kann die **konkludente Annahme** eines Änderungsangebots des Bestellers und damit eine rechtsgeschäftliche Einigung ioS zu sehen sein. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass dem Änderungsbegehren des Bestellers der rechtsgeschäftliche Erklärungswert eines solchen **Vertragsänderungsangebots** entnommen werden kann. Das ist nicht selbstverständlich. Denn der Besteller, der ein Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB ausbringt, erwartet in der Regel ein Nachtragsangebot des Unternehmers, das wiederum Grundlage für eine Einigung über die tatsächliche Ausführung des Änderungsbegehrens sein soll. Erst durch dieses Angebot erhält der Besteller idR eine Vorstellung davon, welchen Preis er für die Ausführung der begehrten Änderung zahlen müssen. Insbesondere wenn er eine gewillkürte Änderung des Werkerfolgs nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB begehrt, deren Ausführung nicht erforderlich ist für die Verwirklichung des (ursprünglichen) funktionalen Erfolgs, wird er die Umsetzung des Begehrens regelmäßig davon abhängig machen wollen, welchen Preis er hierfür zahlen müssen. Jedenfalls solange er bei einer derartigen Fallkonstellation keine konkreten Vorstellungen von der Höhe der änderungsbedingten Mehrvergütung des Unternehmers entwickelt hat, wird seinem Änderungsbegehren kaum der rechtsgeschäftliche Erklärungswert eines unbedingten Änderungsangebots beizumessen sein, welches der Unternehmer durch die Befolgung und Ausführung der Änderungsleistungen konkludent hätte annehmen können. Dann handelt es sich um **unbestellte Leistungen**, die der Besteller vorbehaltlich des Vorliegens der Voraussetzungen für eine **berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag** nicht bezahlen muss und deren Beseitigung er verlangen kann.

3. 30-Tage-Frist

72

Eine Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB ist möglich, wenn 30 Tage seit dem **Zugang des Änderungsbegehrens** nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB vergangen sind und die Parteien bis zu diesem Zeitpunkt keine Einigung über das Änderungsbegehren zumindest dem Grund nach (vgl. Rn. 70f.) erzielt haben. Weil es sich bei dem Änderungsbegehren um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung handelt (vgl. Rn. 38), kann diese folglich auch konkludent erfolgen, was in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Berechnung der 30-Tage-Frist führen kann.

73

Die wirksame Erteilung einer Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB ist schon **vor Ablauf der 30-Tage-Frist** möglich, wenn deren Einhaltung eine bloße **Förmelei** wäre (Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 148. Davon wird man ausgehen können, wenn schon vor Fristablauf feststeht, dass die Parteien sich nicht einigen werden, etwa weil sie wechselseitig dahingehende Erklärungen abgegeben haben (vgl. Retzlaff, *BauR* 2017, 1747, 1790) oder weil den sonstigen feststellbaren Umständen entnommen werden kann, dass die **Einigungsbemühungen endgültig gescheitert** sind (Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, *Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht*, § 650b Rn. 82, Orłowski, *BauR* 2017, 1427, 1430).

74

Ein solches Scheitern ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Umstand, dass der Unternehmer **kein Angebot** vorgelegt hat, obwohl er hierzu zeitnah nach Zugang des Änderungsbegehrens hätte in der Lage sein müssen. Abgesehen davon, dass die Parteien sich auch ohne ein solches Angebot über die Ausführung der Änderungsleistungen einigen können, lässt allenfalls eine endgültige unberechtigte Weigerung des Unternehmers, ein solches Angebot überhaupt erteilen zu wollen (etwa weil er die begehrte Änderung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB für unzumutbar hält), den Rückschluss auf seinen fehlenden Einigungswillen zu (vgl.: Retzlaff, *BauR* 2017, 1747, 1791; anders wohl: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, *Das neue Bauvertragsrecht*, § 2 Rn. 88; . Erst wenn der Besteller in dieser Situation seinerseits zu erkennen gibt, an seinem Änderungsbegehren festhalten zu wollen, wird man auf das endgültige Scheitern der Einigungsverhandlungen schließen können.

75

Für die Entstehung des Anordnungsrechts kommt es nicht darauf an, ob der Unternehmer bei Ablauf der 30 Tage ein **Angebot** erteilt hatte oder nicht. Das gilt mit Blick auf den Sinn der Fristregelung, den Parteien im Interesse einer zügigen Ausführung der Baumaßnahme nur einen begrenzten Zeitraum für Einigungsbemühungen einzuräumen, selbst dann nicht, wenn er das Angebot gar nicht fristgerecht erteilen konnte, obwohl er hierfür alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat. Allerdings ist daran zu denken, dem Besteller aus dem Gesichtspunkt **rechtsmissbräuchlichen Verhaltens** (§ 242 BGB) das Anordnungsrecht ausnahmsweise auch nach Ablauf der 30-Tage-Frist zu versagen, wenn er den Einigungsprozess durch einen Verstoß gegen seine Kooperationsverpflichtung torpediert hat, etwa weil er dem Unternehmer die zur Erstellung des Angebots benötigten Pläne nicht zur Verfügung gestellt hat, obwohl er nach den feststellbaren Umständen hierzu in der Lage gewesen wäre (ebenso iE: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, *Das neue Bauvertragsrecht*, § 2 Rn.87f.).

4. Ausübung und Befolgung des Anordnungsrechts

76

Die Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB ist eine einseitiges Gestaltungsrecht des Bestellers, auf welche die allgemein für Willenserklärungen geltenden Regeln Anwendung finden

(ebenso: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 153). Sie muss **hinreichend bestimmt** sein, womit Anforderungen postuliert sind, die in gleicher Weise für das Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 S. 1 BGB gelten (s. dazu Rn. 39) und deshalb regelmäßig erfüllt sein werden.

77

Das Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 2 BGB knüpft an Änderungen nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB an, die der Besteller zuvor gemäß § 650b Abs. 1 S. 1 BGB begehrt haben muss. Daraus kann nicht gefolgert werden, dass die Anordnung exakt die vom Besteller in seinem Begehren bezeichneten Änderungen betreffen muss. Insbesondere wenn sich aus dem erst durch das Änderungsbegehren eingeleiteten Einigungsprozess, namentlich durch das Angebot des Unternehmers, **Modifikationen** ergeben, die keine substantielle Veränderung des Änderungsbegehrens bedingen, wird man den Besteller für berechtigt halten müssen, eine von seinem Begehren mit solchen Modifikationen abweichende Anordnung erteilen zu dürfen. In welchem Maße solche Abweichungen zulässig sind, kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweils feststellbaren Umständen entschieden werden (iE ebenso: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 156).

78

Die Anordnung muss in **Textform** erteilt. Maßgebend ist § 126b BGB, sie muss also lesbar und speicherbar sein. Dementsprechend ist die Erteilung einer Anordnung via E-Mail oder durch Übersendung eines elektronischen Datenträgers ausreichend. Erfüllt die Anordnungserklärung des Bestellers diese Formanforderungen nicht, wird sie aber gleichwohl vom Unternehmer befolgt, kann darin nach allgemeinen Grundsätzen eine rechtsgeschäftliche Abstandnahme vom Formerfordernis der Textform liegen (vgl.: OLG Hamm, Urt. v. 12.04.2011 - 24 U 29/09, *BauR* 2013, 956).

78a

In den (nun seltenen) Fällen, in denen nach den Umständen davon ausgegangen werden kann, dass sich die Vertragsparteien konkludent rechtsgeschäftlich über die geänderte Ausführung der Vertragsleistungen geeinigt haben (der Unternehmer führt Zusatzarbeiten aus, die der Besteller zumindest konkludent verlangt hat - s. oben Rn. 67b), überspielt diese rechtsgeschäftliche Einigung das Erfordernis einer wirksamen Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB; auf die Textform kommt es dann nicht an. Haben die Vertragsparteien, wie zumeist in derartigen Konstellationen, keine Mehrvergütungsvereinbarung getroffen, stellt sich die Frage, ob und wenn ja, aus welcher Anspruchsgrundlage der Unternehmer eine solche Vergütung erhält. § 650c BGB greift jedenfalls seinem Wortlaut nach nicht, weil er ein wirksame Anordnung voraussetzt; dann dürfte nur der Weg über die Zubilligung einer üblichen Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB möglich sein.

79

Weil der Vertrag durch eine wirksam erteilte Anordnung **umgestaltet** wird, muss der Unternehmer die Anordnung nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen befolgen. Das stellt § 650b Abs. 2 BGB ausdrücklich klar, jedoch mit der zusätzlichen Maßgabe, dass der Unternehmer einer **Änderungsanordnung** nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB nur nachkommen muss, wenn ihm die Ausführung **zumutbar** ist (zum Tatbestandsmerkmal der Zumutbarkeit s. Rn. 63ff.).

80

Der Unternehmer darf die Ausführung der geänderten Leistung nicht mit der Begründung verweigern, man habe sich nicht über den (Mehr-) Preis geeinigt. Auch bei Streit über die **Zumutbarkeit** darf er die Leistung nicht einstellen. Etwas anderes kann auch in diesem rechtlichen Umfeld nach den von der Rechtsprechung für das Regelungssystem der VOB/B

entwickelten Grundsätzen gelten, wenn der Besteller endgültig und ernsthaft erklärt, keine Mehrvergütung für die mit Mehraufwand verbundenen geänderten Leistungen zahlen zu wollen (vgl. BGH, Urt. v. 24.6.2004 - VII ZR 271/01, NJW-RR 2004, 1539; Urt. v. 13.3.2008 - VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106).

C. Abweichende Vereinbarungen

I. Individualvereinbarungen

81

Die Regelungen des § 650b BGB sind dispositiv. Es steht den Vertragsparteien frei, sie innerhalb der allgemein durch das Gesetz gezogenen Grenzen (§§ 134, 138 BGB) rechtsgeschäftlich zu modifizieren oder ganz außer Kraft zu setzen. Allerdings wird es solche wirksamen Individualvereinbarungen in einem von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dominierten Rechtsmarkt mit Blick auf die strenge Rechtsprechung des BGH zu individuell ausgehandelten Vertragsklauseln (zuletzt: BGH, Urt. v. 22.10.2015 - VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213) in der Praxis kaum geben.

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Ausgangslage

82

Schon jetzt, kurz nach Einführung des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts, wird in der Literatur überaus kontrovers diskutiert, ob und wenn ja, inwieweit die Vertragsparteien durch Allgemeine Geschäftsbedingungen von den neu geschaffenen gesetzlichen Bestimmungen wirksam abweichen können. Ganz im Zentrum des Interesses stehen dabei die Kernvorschriften des neuen Rechts zum **Anordnungsrecht** des Bestellers (§ 650b BGB) und der daraus resultierenden **Preis Anpassung** (§ 650c BGB) nebst **Eilverfahren** (§ 650d BGB). Die sich aus der gemäß § 307 BGB gebotenen **Inhaltskontrolle** ergebenden Fragestellungen und Problemlagen sind vielschichtig. Sie können hier nicht annähernd erschöpfend behandelt werden. Vielmehr beschränken sich die folgenden Ausführungen auf einige zentrale Aspekte der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle mit Bezug zu den Anordnungsrechten des Bestellers.

83

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligen**. Ob eine solche unangemessene Benachteiligung vorliegt, ergibt sich im Einzelfall aus einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen. In diesem Zusammenhang kommt der Vorschrift in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB besondere Bedeutung zu, wonach eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine vorformulierte Vertragsklausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 650b BGB durch die erstmalige Zubilligung von Anordnungsrechten ein solches, neues **gesetzliches Leitbild** geschaffen. Das wirft die Frage auf, wie weit die Leitbildfunktion der Bestimmungen des § 650b BGB reicht und ob von solchen gesetzlichen Grundgedanken durch die Verwendung vorformulierter Vertragsklausel abgewichen werden darf. Das alles ist derzeit hochstreitig. Es wird abzuwarten sein, wie sich die Gerichte zu all diesen Fragen positionieren.

2. AGB des Bestellers

84

Der Besteller kann ein Interesse daran haben, die ihm durch § 650b BGB zugebilligten Anordnungsrechte zu erweitern und/oder die Voraussetzungen für ihre Inanspruchnahme abzusenken. Dafür gibt es im Wesentlichen drei Ansatzpunkte:

- Beseitigung des Zumutbarkeitserfordernisses nach § 650b Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 BGB;
- Erstreckung des Anordnungsrechts auf Bauzeit und Baumstände;
- Beseitigung des Einigungsgebots bzw. Verkürzung des Einigungszeitraum gemäß § 650b Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB.

85

Das **Zumutbarkeitserfordernis** für die wirksame Anordnung einer Änderung des Werkerfolgs (§650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB) dürfte ein essentieller Bestandteil des gesetzlichen Regelungsmodells sein. Der Gesetzgeber möchte dem Besteller eine einseitige Abänderung des vertraglich vereinbarten Leistungssolls nur gestatten, wenn dieser Eingriff in das vertragliche Leistungsgefüge dem Unternehmer zugemutet werden kann. Er hat damit bewusst eine Unterscheidung zu Anordnungen nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB getroffen, womit der Besteller Leistungen verlangt, die der Unternehmer zur Verwirklichung des funktionalen Bauerfolgs ohnehin hätte erbringen müssen und die ihm deshalb ohne weiteres zugemutet werden können. Vor diesem Hintergrund dürften vorformulierte Vertragsklauseln stets unwirksam sein, mit denen der Besteller versucht, das Zumutbarkeitskriterium zu beseitigen oder die Zumutbarkeitsanforderungen abzusenken (iE ebenso: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online* Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 245; aA: Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, *Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht*, § 650b Rn. 105).

86

Auch unter dem Regime der VOB/B war streitig, ob der Besteller berechtigt ist, **Anordnungen zur Bauzeit und zu den Baumständen** (Ausführung der Bauleistung) zu treffen. Dieser Streit setzt sich nun fort, wobei nach hier vertretener Auffassung davon auszugehen ist, dass dem Besteller solche Anordnungsrechte nach dem Gesetz nicht zustehen (s. dazu iE Rn. 48). Dann aber kann ihm daran gelegen sein, sich durch entsprechende Vertragsklauseln die Möglichkeit zu verschaffen, bauzeitliche Anordnungen und solche zu den Baumständen erteilen zu dürfen. Ob solche Klauseln der AGB-rechtlichen Klauselkontrolle standhalten, erscheint fraglich. Sie weichen ohne Zweifel ab von wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes, das nach hiesigem Verständnis (als Folge einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers - s. Rn. 48) dem Besteller keine Anordnungsrechte zur Bauzeit und zu den Baumständen einräumt. Die Vereinbarung eines unbeschränkten zeitlichen Anordnungsrechts (insbesondere betreffend **Beschleunigungsanordnungen**) in AGB des Bestellers dürfte deshalb unwirksam sein. Dass eine an die besonderen Bedürfnisse und Interessen der Vertragsparteien angepasste Anordnungsregelung zur Bauzeit und/oder den Baumständen **im Einzelfall** gerechtfertigt und damit wirksam sein kann, weil wegen der Besonderheiten des Bauprojekts und der Baumstände ein unabweisbarer praktischer Bedarf für derartige Eingriffsmöglichkeiten des Bestellers besteht (bspw. bei Projekten der Deutschen Bahn, soweit sie "unter rollendem Rad arbeitet und deshalb in derartigen Fällen auf kurzfristige zeitliche Steuerungsmöglichkeiten angewiesen ist), ist denkbar, wird allerdings von den Umständen des Einzelfalles abhängen (ähnlich: Kniffka/v. Rintelen, *ibr-online* Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, § 650b Rn. 246).

87

Das Gesetz gebietet in § 650b Abs. 1 S. 2 bis 5, Abs. 2 S. 1 BGB, dass die Vertragsparteien einen **Einigungsversuch** unternehmen müssen, bevor der Besteller nach höchstens 30 Tagen die Änderung einseitig anordnen darf. Dieses Einigungsgebot ist für die Baubeteiligten hochproblematisch (vgl. Rn. 51ff); deshalb kann es das Bestreben beider Vertragsparteien sein, das gesetzliche Einigungsgebot durch vertragliche Regelungen aufzuheben oder zumindest den gesetzlich vorgegebenen Einigungszeitraum von 30 Tagen zu verkürzen. Auch solche Klauseln sind gefährdet. Das vom Gesetzgeber implementierte Einigungsmodell ist ein Eckpfeiler des sich aus §§ 650b und 650c BGB ergebenden Regelungsgefüges, wie schon die Verknüpfung zwischen § 650b Abs. 1 S. 2 BGB und § 650c Abs. 3 BGB zeigt. Es gehört deshalb ganz sicher zum gesetzlichen Leitbild, von dem beide Vertragsparteien nicht ohne weiteres durch vorformulierte Vertragsklauseln abweichen dürfen. Allerdings kann es je nach den Umständen des Einzelfalles im berechtigten Interesse beider Vertragsparteien liegen, die gesetzliche **Stillhaltefrist** von 30 Tagen zu verkürzen. Ob eine dahingehende Vertragsklausel des Bestellers wirksam ist, dürfte nicht zuletzt davon abhängen, ob der Unternehmer mit Blick auf die Art der geschuldeten Bauleistung und die Verteilung der Planungsverantwortung in die Lage versetzt bleibt, das von ihm gemäß § 650b Abs. 1 S. 2 BGB geforderte **Angebot** zu erstellen und vorzulegen.

3. *AGB des Unternehmers*

88

Dem Unternehmer wird daran gelegen sein, die gesetzlichen Anordnungsrechte des Bestellers aufzuheben oder zu beschränken. Dabei gilt hinsichtlich eventueller Eingriffe in die Gestaltung und Abwicklung des **Einigungsmodells** im Ausgangspunkt nichts anderes als für den Besteller (dazu soeben Rn. 87). Sein Versuch, die **Anordnungsrechte** des Bestellers nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB in AGB **auszuschließen**, wird scheitern, weil es sich um eine nach obigen Kriterien nicht hinnehmbare Abweichung vom gesetzlichen Leitbild handeln dürfte. Ob und wenn ja, inwieweit der Unternehmer sich von den Folgen der Zuweisung von Planungsverantwortung gemäß § 650b Abs. 1 S. 4 BGB freizeichnen kann, ist ungeklärt. Allerdings spricht viel dafür, dass die Erkenntnisse des Gesetzgebers zur Verteilung der Planungsverantwortung und die daran anknüpfenden Folgeregelungen zu den wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Regelungsmodells gehören und deshalb einer anderweitigen Regelung in AGB nicht oder jedenfalls nur in besonders gelagerten Einzelfällen zugänglich sind.

4. *Verhältnis BGB - VOB/B*

89

Nachdem der Gesetzgeber letztlich von der noch im ersten Regierungsentwurf vom 11.03.2016 (BT-Drs. 123/16 vorgesehen "Hyperprivilegierung der Bestimmungen in §§ 1 Abs. 3 und 1 Abs. 4 sowie §§ 2 Abs. 5 bis 8VOB/B nach zähem Ringen im Rechtsausschuss wieder Abstand genommen hat, gilt sie für Verträge zwischen Unternehmern gemäß **§ 310 Abs. 1 S. 3 BGB** nur dann als **privilegiert** und der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen, wenn sie **als Ganzes ohne jede Änderung** in den Vertrag einbezogen wurde. Das kommt in der Praxis so gut wie nie vor, wenngleich die öffentliche Hand, die bei öffentlichen Bauvergaben die VOB/B verwenden muss, nach Einführung des neuen Bauvertragsrechts versucht, ihre übrigen Vertragsbedingungen so zu gestalten, dass sie nicht zu einer Abänderungen VOB/B führen. Es bleibt abzuwarten, ob das gelingen wird.

90

Soweit die VOB/B nach obigen Grundsätzen nicht privilegiert ist, stellt sich die Frage, ob die dortigen Parallelbestimmungen zu den Anordnungsrechten des Bestellers in § 1 Abs. 3, Abs. 43 VOB/B einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB standhalten.

91

Hierzu wird vertreten, dass sowohl die Anordnungsrechte nach §§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B als auch die Vergütungsfolgen gemäß § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B seit dem 01.01.2018 jeweils einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht mehr standhalten (Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz/Oberhauser, Das neue Bauvertragsrecht, § 2, Rn. 92 und 129; Orłowski BauR 2017, 1427, 1436 f; Kniffka/Kniffka, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, Vor § 631, Rn. 73 ff). Begründet wird dies im Wesentlichen mit dem Argument, dass das Regelungssystem des neuen Bauvertragsrechts das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers und seine Vergütungsfolgen „grundlegend anders“ beurteile als die VOB/B. Die Gegenmeinung hält die o.g. VOB/B-Vorschriften hingegen für wirksam, weil der Gesetzgeber durch die Einführung des neuen Bauvertragsrechts eine einseitige Änderungsbefugnis des Bestellers geschaffen und hierdurch die diesbezüglichen Besonderheiten der VOB/B geradezu bestätigt habe (Retzlaff, BauR 2017, 1747, 1794; Kniffka/v. Rintelen, ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 12.03.2018, § 650b, Rn. 255; Kapellmann, NZBau 2017, 635, 638; juirisPK-BGB/Leicht, § 650b, Rn. 120 ff; BeckOK VOB/B/Wieseler VOB/B § 1 Abs. 3 Rn. 45). Zudem stelle das Anordnungsrecht des VOB/B „jedenfalls gegenüber dem Anordnungsrecht des BGB auf keinen Fall eine mit wesentlichen Grundgedanken nicht zu vereinbarende Abweichung“ dar, sondern es sei nur „geringfügig anders“ gestaltet (Kapellmann, NZBau 2017, 635, 638). Eine vermittelnde Ansicht sieht §§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B nicht gefährdet, wohl aber § 2 Abs. 5 VOB/B (Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, § 650b, Rn. 118 ff, 124). Die Unwirksamkeit der Vergütungsfolge aus § 2 Abs. 5 VOB/B führe daher – so diese Meinung – automatisch zur Unwirksamkeit des Anordnungsrechts des Auftraggebers aus § 1 Abs. 3 VOB/B. Die Wirksamkeit der §§ 1 Abs. 4 S. 1 und 2 Abs. 6 VOB/B hingegen sei wegen der Entscheidung des BGH vom 25.01.1996 zur isolierten Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B gesichert (BGH, Urt. vom 25.01.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378).

92

Die zuerst genannte Auffassung verdient den Vorzug. Nur sie wird dem Umstand gerecht, dass der Gesetzgeber mit der von ihm gewählten Ausgestaltung der Anordnungsrechte ein Regelungsmodell gewählt hat, das sich an den rechtsgeschäftlichen Grundlagen des Bauvertrages orientiert und die Zuordnung der Anordnungsrechte danach ausrichtet, ob der im Ausgangsvertrag vereinbarte Werkerfolg nachträglich verändert werden soll oder nicht. Diese, für das gesamte Regelungssystem der §§ 650b bis 650d BGB maßgebliche Grundgerüst findet keine Entsprechung in den o.g. Bestimmungen der VOB/B, die die Unterscheidung zwischen geänderten und zusätzlichen Leistungen nach völlig anderen Maßstäben vornimmt. Schon das lässt keinen anderen Schluss zu als den, dass die VOB/B in einer Weise vom gesetzlichen Leitbild abweicht, die AGB-rechtlich keinen Bestand haben kann. Dass sie darüber hinaus keinen Einigungsmechanismus bereithält, verschärft das Unwirksamkeitsverdikt zusätzlich. Gleichwohl wird man abwarten müssen, wie die Rechtsprechung mit dieser Thematik umgehen wird. Sie hat bisher eher die Tendenz erkennen lassen, die Bestimmungen der VOB/B als AGB-rechtlich unbedenklich zu beurteilen.