

Nachträge im Bauvertragsrecht

Althaus / Bartsch / Kattenbusch

2. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-78034-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

§ 650b Abs. 2 BGB dürften im Ergebnis dieselben Grundsätze gelten.⁶³⁷ Die **Vergütungsfolgen** richten sich in diesen Fällen in der Regel nach § 650c BGB bzw. nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B (hierzu näher → Teil 3 Rn. 20, Rn. 109).

Es ist aber keineswegs so, dass jede freiwillige Befolgung einer unberechtigten Anordnung dazu führt, dass eine solche konkludente Änderung der Leistungspflicht zustande kommt.⁶³⁸ Vielmehr ist hierfür im Einzelfall erforderlich, dass zugleich ein **rechtsgeschäftlicher Wille** der Parteien, der auf eine **Änderung des Vertrags** gerichtet ist, **erkennbar** wird.⁶³⁹ Das ist insbesondere zweifelhaft bei unberechtigten zeitlichen Anordnungen, wenn der Auftraggeber ersichtlich der Auffassung ist, dass sich seine Forderung im Rahmen des ohnehin vertraglich Geschuldeten hält (vgl. → Rn. 425).⁶⁴⁰ **418**

c) Anordnung einer Leistung unter Ablehnung einer gesonderten Beauftragung

Verlangt der Auftraggeber eine bestimmte Ausführung, die objektiv nach dem ursprünglichen Vertrag nicht vereinbart war, kann auch dies eine leistungserweiternde Anordnung sein, selbst wenn der Auftraggeber zusammen mit dem Verlangen einer bestimmten Ausführung ausdrücklich darauf hinweist, dass die **betreffende Leistung zum Vertragsinhalt gehört**. Unter diesen Umständen ist gleichwohl eine leistungserweiternde Anordnung anzunehmen, wenn aus der Äußerung des Auftraggebers deutlich wird, dass dieser die betreffende Ausführung in jedem Fall will, also erkennbar auch für den Fall, dass sich seine Rechtsauffassung später als unzutreffend erweist.⁶⁴¹ Dann ist diese Aufforderung des Auftraggebers so zu verstehen, dass die Leistung in jedem Fall in der geforderten Art auszuführen ist und eben nur die rechtsgestaltende Erklärung unter die **Bedingung** gestellt wird, dass eine entsprechende Anpassung des Vertrages notwendig ist. Obwohl die Anordnung als einseitige Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich ist, bestehen gegen eine solche **Rechtsbedingung** keine Bedenken.⁶⁴² **419**

Ob eine solche „bedingte“ Anordnung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Wenn der Auftraggeber nur mitteilt, dass seines Erachtens eine bestimmte Leistung zum Vertragsinhalt gehört, ist eine solche Erklärung lediglich die **Äußerung einer Rechtsauffassung**, wie der Vertrag aus Sicht des Auftraggebers zu verstehen ist.⁶⁴³ **Verlangt** der Auftraggeber dagegen die Ausführung von Leistungen, die **unstreitig** für die ordnungsgemäße Herstellung der geschuldeten Bauleistung **erforderlich** sind, so ist regelmäßig der Erklärungswille des Auftraggebers anzunehmen, die betreffenden Leistungen für den Fall neu in den Vertrag einzubeziehen, dass sie bislang nicht zur vertraglichen Leistung gehört haben. Denn der Auftraggeber hat im Zweifel kein Interesse daran, dass der Auftragnehmer die Ausführung notwendiger Leistungen verweigern darf, falls seine Rechtsauffassung, dass diese Leistungen bereits vom Vertrag umfasst sind, unzutreffend ist.⁶⁴⁴ Unter diesen Umständen ist insbesondere auch eine **konkludente** bedingte Anordnung möglich, selbst **420**

⁶³⁷ BeckOK BauVertrR/Althaus/Kattenbusch BGB § 650c Rn. 6; ähnlich Messerschmidt/Voit/Leupertz BGB § 650c Rn. 11.

⁶³⁸ So aber offenbar Breyer, BauR 2006, 1222 ff., 1224.

⁶³⁹ Ähnlich OLG Hamm 12.4.2011 – 24 U 29/09, IBR 2013, 136: Konkludente Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts.

⁶⁴⁰ Ebenso OLG Hamm 12.4.2011 – 24 U 29/09, IBR 2013, 136; vgl. Althaus, IBR 2007, 359; aA offenbar Oberhauser, FS Ganten (2007), S. 189, 200. Die Fallgestaltung einer konkludenten einvernehmlichen Vertragsänderung ist nicht zu verwechseln mit einer wirksamen Anordnung unter Ablehnung einer „gesonderten Beauftragung“, vgl. hierzu → Rn. 419.

⁶⁴¹ Ebenso im Hinblick auf „Beschleunigungsanordnungen“ Steiner, Die Beschleunigung von Bauabläufen – Teil 2: Ansprüche des Auftragnehmers bei durchgeführter Beschleunigung, ibr-online-Aufsatz, 2007, Rn. 78; aA Kapellmann, NZBau 2009, 538.

⁶⁴² Vgl. MüKoBGB/Westermann § 158 Rn. 54.

⁶⁴³ Vgl. zur Frage, ob eine „Beschleunigungsanordnung“ gewollt ist, OLG Koblenz 12.1.2007 – 10 U 423/06, NZBau 2007, 517 sowie Althaus, IBR 2007, 237.

⁶⁴⁴ Vgl. OLG München 10.9.2003 – 27 U 802/98, IBR 2004, 356 = BauR 2004, 1197, siehe hierzu auch Althaus, BauR 2008, 167, 169 f.

wenn der Auftraggeber ausdrücklich betont, dass die erforderlichen Arbeiten bereits zum Vertrag gehören.

Beispiel: Der Auftragnehmer meldet bei Erdarbeiten Mehrkosten mit der Begründung abweichender Bodenverhältnisse an. Der Auftraggeber weist dies mit dem Argument zurück, die tatsächlich angetroffenen Verhältnisse seien bei Vertragsschluss zu erwarten gewesen und besteht auf zügiger Weiterarbeit. Tatsächlich lag die vom Auftragnehmer behauptete Abweichung der Bodenverhältnisse von den vertraglichen Angaben vor. Damit war die Forderung zur Weiterarbeit objektiv auf die Ausführung eines vertraglich so nicht vorgesehenen Arbeitsschritts und damit auf eine Leistungsänderung gerichtet.⁶⁴⁵

Von einer solchen bedingten Anordnung kann bei Leistungen, die unstreitig notwendig sind, unter Umständen selbst dann ausgegangen werden, wenn der Auftraggeber eine **gesonderte „Beauftragung“ ausdrücklich ablehnt**.⁶⁴⁶ Die Grenze einer solchen Auslegungsmöglichkeit dürfte allerdings überschritten sein, wenn der Auftraggeber auch eine vertragsweiternde **Anordnung ausdrücklich ausschließt**. In solchen Fällen muss der Auftragnehmer die betreffende Leistung daher nicht ausführen, wenn sie bislang nicht Vertragsinhalt ist. Er hat nun die Alternative, entweder eine eindeutige **leistungserweiternde Anordnung einzuholen** oder den Vertrag in der bisherigen Gestalt zu erfüllen. Keinesfalls sollte der Auftragnehmer dagegen die neue Leistung ohne eine solche Anordnung ausführen. Er riskiert ansonsten, dass er keine Vergütungsanpassung im Hinblick auf seine erhöhten Kosten geltend machen kann.⁶⁴⁷ Dieses Risiko besteht vor allem, wenn es sich um eine nicht erforderliche Leistungserweiterung handelt, da dann auch sonstige Ansprüche ausscheiden (→ Teil 3 Rn. 173 ff. und Rn. 432 ff.).⁶⁴⁸

d) Änderungsvorschläge des Auftragnehmers

- 421 Die **Zustimmung des Auftraggebers** zu einem **Vorschlag des Auftragnehmers**, bislang nicht vorgesehene Arbeiten („Leistungen“) zur Herstellung der Bauleistung auszuführen, kann im Einzelfall als Anordnung zu werten sein. Hierfür kommt es darauf an, ob die Zustimmung auch als einseitige Gestaltungserklärung, die auf Änderung des Vertrages gerichtet ist, verstanden werden kann. Dies ist zu bejahen, wenn der Auftragnehmer den Vorschlag als **notwendige Abänderung** der bislang vertraglich vorgesehenen Arbeiten bezeichnet. Denn hier muss der Auftraggeber (aus Sicht des Auftragnehmers) für eine Anpassung des Vertrages Sorge tragen. Die Zustimmung zu dem Änderungsvorschlag hat in diesem Falle die Qualität einer **einseitigen** rechtsgestaltenden Willenserklärung des Auftraggebers. Wer der geistige bzw. planerische Urheber der so angeordneten neuen Ausführung ist, ist insoweit ohne Belang.
- 422 Eine Anordnung ist dagegen regelmäßig zu **verneinen**, wenn der Auftragnehmer nach Vertragsschluss lediglich eine gegenüber den bisherigen vertraglichen Festlegungen **kostengünstigere bzw. kostenneutrale gleichwertige Ausführungsart** zum Erreichen des vertraglich vereinbarten Leistungsziels vorschlägt, die aber erkennbar **nicht notwendig** für die Herbeiführung des Werkerfolgs ist. Stimmt der Auftraggeber einer solchen „Optimierung“ zu, kann dies eine **einvernehmliche Vertragsänderung** darstellen (vgl. → Rn. 417). Anders als bei einer Anordnung verbleibt es in diesem Fall daher auch grundsätzlich bei der bisher vereinbarten Vergütung bzw. einer Berechnung der Vergütung nach den Positionen des Leistungsverzeichnisses, es sei denn, auch hierzu wurde eine entsprechende Abrede getroffen.
- 423 Schlägt der Auftragnehmer Änderungen der Ausführungsart vor, übernimmt er damit häufig die technische Verantwortung für diesen Vorschlag. Die Zustimmung des Auftrag-

⁶⁴⁵ Vgl. OLG Dresden 3.12.2004 – 9 U 3114/98, IBR 2006, 127.

⁶⁴⁶ Vgl. OLG München 10.9.2003 – 27 U 802/98, IBR 2004, 356 = BauR 2004, 1197; Althaus, BauR 2008, 167, 169 f.

⁶⁴⁷ OLG Koblenz 12.1.2007 – 10 U 423/06, NZBau 2007, 517; OLG Schleswig 31.10.2006 – 3 U 28/05, IBR 2007, 359 = BauR 2007, 1879. AA Kapellmann, NZBau 2009, 538.

⁶⁴⁸ OLG Schleswig 31.10.2006 – 3 U 28/05, IBR 2007, 359 = BauR 2007, 1879.

gebers zur Ausführung eines solchen Vorschlags ist vergleichbar mit der Beauftragung eines Sondervorschlags (vgl. → Rn. 356). Der Auftragnehmer übernimmt für diesen Bereich eine eigene **Planungsverantwortung**.⁶⁴⁹ Will der Auftragnehmer eine solche Planungsverantwortung für die von ihm vorgeschlagene Alternative nicht übernehmen, muss er dies rechtzeitig deutlich machen.

e) Behördliche Anordnungen

Anforderungen des Prüfsachverständigen oder behördliche Anordnungen aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B) sind für sich allein noch keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Auftraggebers. Sie werden erst dadurch zum Vertragsinhalt, dass der Auftraggeber selbst eine entsprechende Leistungsänderung anordnet.⁶⁵⁰ Trifft der Auftraggeber keine solche Anordnung, so kann der Auftragnehmer einstweilen die Leistung verweigern, da er auf der einen Seite nicht im Widerspruch zu den behördlichen Bestimmungen arbeiten, andererseits nicht vertragswidrig handeln darf. Etwas anderes gilt allerdings, soweit der Vertrag vorsieht, dass behördliche Auflagen zum Vertragsgegenstand werden.⁶⁵¹

f) Anordnungen zur Bauzeit

„Anordnungen“ zur Bauzeit, also Forderungen des Auftraggebers, die Gesamtleistung oder Teile hiervon in Abweichung von den Vertragsfristen auszuführen bzw. zu vollenden, kommen bei **Bauverträgen nach BGB** nicht als Anordnungen im Sinne von § 650b Abs. 2 in Betracht. Die Frage der Möglichkeit bauzeitlicher Anordnungen wurde im Gesetzgebungsverfahren für den Tatbestand des § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB (Änderung des Werkerfolgs) diskutiert und war sogar Gegenstand des Referentenentwurfs in § 650b Abs. 2 S. 3 E-BGB,⁶⁵² wurde jedoch letztlich nicht ins Gesetz aufgenommen. Dies lässt den Schluss zu, dass dem Auftragnehmer ein solches einseitiges zeitliches Anordnungsrecht nicht zustehen soll.⁶⁵³ Jedenfalls passt ein zeitliches Anordnungsrecht rechtsdogmatisch nicht zum gesetzlichen Tatbestand einer Änderung des vereinbarten Werkerfolgs nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB, da das geschuldete Arbeitsergebnis beim Bauvertrag in aller Regel nicht zeitlich bestimmt ist.⁶⁵⁴ (→ Rn. 462). Denkbar ist allerdings, dass aufgrund **geänderter Randbedingungen** oder aufgrund der notwendigen Koordination zwischen mehreren Unternehmern auf der Baustelle die vertraglich **vorgesehenen Abläufe** so geändert werden müssen, dass dies als Leistungsänderung (Art der Ausführung) angesehen werden kann. In diesem Fall kann eine Leistungsänderung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB vorliegen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs erforderlich ist (→ Rn. 469); die bloße Verschiebung des Zeitfensters für die Ausführung der Bauleistung stellt indes keine solche Leistungsänderung dar.⁶⁵⁵

⁶⁴⁹ Vgl. Langen/Schiffers, Rn. 1951; Fuchs, BauR 2009, 404, 408.

⁶⁵⁰ Vgl. Schrader/Born, BauR 2006, 1388 ff. mwN; ibrOK BauVertrR/Kniffka, Stand 26.5.2009, § 631 BGB, Rn. 457; vgl. auch BGH VU. v. 24.6.2004 – VII ZR 271/01, NZBau 2004, 612; vgl. zum neuen Bauvertragsrecht auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/8486, 53 sowie Leinemann/Kues/Leinemann/Kues BGB § 650b Rn. 59.

⁶⁵¹ Vgl. ibrOK BauVertrR/Kniffka, Stand 26.5.2009, § 631 BGB, Rn. 457.

⁶⁵² Allerdings nur im Falle des Vorliegens „schwerwiegender Gründe“ im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung, vgl. § 650b Abs. 2 S. 3 BGB-E, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz v. 10.9.2015, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, abrufbar unter www.bmjv.de.

⁶⁵³ BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650b Rn. 48; ibrOK BauVertrR/von Rintelen § 650b Rn. 64; DLOPS/Oberhauser § 2 Rn. 34 f.; LBD/Langen Rn. 26; Leinemann/Kues/Leinemann/Kues BGB § 650b Rn. 60; aA Jousen, BauR 2018, 151 ff.

⁶⁵⁴ BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650b Rn. 48; DLOPS/Oberhauser § 2 Rn. 34 f.; Oberhauser NZBau 2019, 1 (4); LBD/Langen BGB § 650b Rn. 26.

⁶⁵⁵ A. A. Retzlaff, BauR 2017, 1747, 1789.

- 426 Gleiches gilt entsprechend auch für Anordnungen nach **VOB/B**. Nach richtiger Ansicht gehören die vertraglichen Bestimmungen zur Leistungszeit grundsätzlich nicht zur vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers und unterliegen damit insoweit auch nicht dem einseitigen Gestaltungsrecht in § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B⁶⁵⁶ (vgl. → Rn. 50, → Rn. 337 und → Rn. 487). Gleichwohl kann es aufgrund geänderter Randbedingungen sein, dass die vertraglich vorgesehenen Abläufe auch beim Vertrag nach VOB/B so geändert werden müssen, dass dies als Leistungsänderung (Art der Ausführung) angesehen werden kann und damit dem Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B unterliegt (→ Rn. 493). Daneben könnten zeitliche Anordnungen zum Zweck der **Koordination** der Arbeiten nach § 4 Abs. 1 VOB/B (vgl. näher → Rn. 320) zulässig sein.
- 427 Damit verbleibt im Hinblick auf eine geforderte **Beschleunigung** oder Unterbrechung der Arbeiten lediglich die Möglichkeit einer **einvernehmlichen Vertragsänderung**. Diese kann auch stillschweigend erfolgen, indem der Auftragnehmer die unberechtigte Aufforderung **freiwillig befolgt** (vgl. → Rn. 417, → Rn. 421).⁶⁵⁷ Ein hierauf gerichteter Wille des Auftraggebers wird aber nur in Ausnahmefällen erkennbar sein, wenn der Auftraggeber erkennbar eine Verkürzung der Ausführungsfrist gegenüber dem ursprünglich vereinbarten Termin fordert. Fordert der Auftraggeber dagegen lediglich „rechtzeitige Vertragserfüllung“ oder eine „Beschleunigung der Arbeiten“ zur Einhaltung der Ausführungsfrist, so ist dies zunächst nur eine Aufforderung zur Vertragserfüllung oder ggf. ein Abhilfeverlangen. Der Auftraggeber will durch solche Aufforderungen seiner Rechtsposition Nachdruck verleihen und ggf. seine Rechte aus dem Vertrag wahren, also etwa die Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 5 Abs. 4 VOB/B schaffen.
- 428 Insbesondere die **Zurückweisung einer Behinderungsanzeige** sowie eines hiermit verbundenen Antrags auf Verlängerung der Ausführungsfristen beinhaltet im Regelfall, dass der Auftraggeber **keine leistungserweiternde Anordnung** abgeben will, wenn er die Einhaltung der ursprünglichen Vertragsfristen fordert.⁶⁵⁸ Eine andere Auslegung ist nur ausnahmsweise dann möglich, wenn der Auftraggeber die Beschleunigung erkennbar auf jeden Fall fordert – also unabhängig von der Frage, wer die vorangegangene Bauablaufstörung zu vertreten hat. Aus den vorstehenden Gründen kommt es regelmäßig auch **nicht** zu einer konkludenten **Vertragsänderung**, wenn der Auftraggeber eine Beschleunigungsaufforderung erkennbar zur Einhaltung der aus seiner Sicht weiter gültigen Vertragsfristen ausspricht und der Auftragnehmer dem nachkommt.⁶⁵⁹ Die vom Auftragnehmer in diesem Zusammenhang getroffenen zusätzlichen Maßnahmen sind daher als solche nicht vertraglich geschuldet, es handelt sich vielmehr lediglich um Anstrengungen, die der Auftragnehmer vorsorglich unternimmt, um nicht später in Verzug zu geraten.⁶⁶⁰

g) Geänderte Planungsvorgaben und Ausführungsunterlagen

- 429 Je nach dem Inhalt der vertragsändernden Anordnung erschließt sich deren Inhalt nur in Verbindung mit entsprechenden **abgeänderten Planungsvorgaben bzw. Ausführungsunterlagen**. Ggf. kann wie beim Ausgangsvertrag auch für den Inhalt der Änderungsanordnung selbst eine weniger detaillierte Darstellung der Bauentwurfsänderung bzw. der geforderten Zusatzleistung genügen, dann muss allerdings spätestens für die Ausführung selbst eine entsprechende Detaillierung nachgeliefert werden, vgl. zum Vertrag nach VOB/B § 3 Abs. 1 VOB/B, für das gesetzliche Bauvertragsrecht § 650b Abs. 1 S. 4 BGB (→ Rn. 477). Solche Umplanungsleistungen können nur in Ausnahmefällen vom Auftragnehmer selbst verlangt werden (→ Rn. 433).

⁶⁵⁶ Thode, ZfBR 2004, 214 ff.

⁶⁵⁷ OLG Dresden 9.1.2013 – 1 U 1554/09, IBRRS 2015, 1013 = BauR 2015, 1488; vgl. hierzu Oberhauser, FS Ganten (2007), S. 189 ff.

⁶⁵⁸ OLG Koblenz 12.1.2007 – 10 U 423/06, NZBau 2007, 517; OLG Schleswig 31.10.2006 – 3 U 28/05, IBR 2007, 359 = BauR 2007, 1879; Kapellmann, NZBau 2009, 538.

⁶⁵⁹ AA Breyer, BauR 2006, 1222 ff., 1224.

⁶⁶⁰ Mit der Folge, dass hierfür kein gesonderter Vergütungsanspruch besteht.

Nicht jede Änderungsanordnung erfordert allerdings eine gesonderte Planung und neue Ausführungsunterlagen. Vielfach kann die angeordnete Änderung nach Art und Umfang auch als Text beschrieben oder als einfacher Eintrag in die bisherigen Ausführungsunterlagen kenntlich gemacht werden (vgl. → Teil 3 Rn. 300). In diesem Falle bedarf es weder für die Wirksamkeit der Anordnung noch für die Ausführung selbst weiterer Planungen des Auftraggebers.

h) Nachtragsleistungsverzeichnis?

Die Vorlage eines in Teilleistungen gegliederten **Nachtragsleistungsverzeichnisses** 431 (→ Teil 3 Rn. 301) seitens des Auftraggebers ist grundsätzlich keine eigenständige Voraussetzung für die Wirksamkeit der Anordnung und für die Verpflichtung des Auftragnehmers, die Leistung entsprechend auszuführen, soweit die geänderte oder zusätzliche Leistung bereits durch die Anordnung und ggf. hierzu angepasste Ausführungsunterlagen eindeutig beschrieben ist. Denn unter diesen Voraussetzungen ist der Auftragnehmer ohne weitere Voraussetzungen zur Befolgung der Anordnung verpflichtet und kann diese nicht vom Abschluss einer Nachtragvereinbarung abhängig machen (→ Rn. 539). Wenn die Leistung bereits durch die Anordnung und zugehörige Planung detailliert beschrieben ist, könnte ein Nachtragsleistungsverzeichnis nur noch der Vorbereitung einer Preisvereinbarung (Nachtragvereinbarung) über die geänderte bzw. zusätzliche Leistung dienen, betrifft also nicht die Leistungspflicht selbst.

Abgesehen hiervon ist ein in Teilleistungen gegliedertes und mit zugehörigen Mengenansätzen versehenes Leistungsverzeichnis bei Nachtragsleistungen keineswegs stets erforderlich.⁶⁶¹ Im Gegenteil dürfte es regelmäßig entbehrlich sein. Denn ein solches Leistungsverzeichnis dient der erleichterten Kalkulation von im Wettbewerb zu vergebenden Bauleistungen. Da bei geänderten und zusätzlichen Leistungen die Vergütungsanpassung aus den bereits vereinbarten Preisen für die vertraglichen Teilleistungen (§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B, § 650c Abs. 2 BGB) oder den tatsächlichen Mehr- und Minderkosten (§ 650c Abs. 1 BGB) erfolgt, bedarf es hierfür nur einer entsprechenden Aufstellung des Auftragnehmers, **nicht jedoch eines neuen Leistungsverzeichnisses** (vgl. hierzu näher → Teil 3 Rn. 301). Auch sehen weder §§ 1 und 2 VOB/B noch § 650b und § 650c BGB die Vorlage eines Leistungsverzeichnisses durch den Auftraggeber vor (während § 650b Abs. 1 S. 4 BGB ausdrücklich die Erstellung und Vorlage einer geänderten Planung durch den Auftraggeber erwähnt). Im Gegenteil sieht § 650b BGB die Pflicht zur Vorlage eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung durch den Auftragnehmer vor.

i) Anordnung von Planungsänderungen

aa) Verträge nach VOB/B. Die Anordnungsrechte nach § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B 433 beziehen sich grundsätzlich nur auf die vertragsgegenständlichen Bauleistungen, die Planung für geänderte und zusätzliche Leistungen hat der Auftraggeber ebenso beizustellen wie die Planung für die ursprüngliche Leistung.⁶⁶² Solche Leistungen, wie etwa die nach § 3 Abs. 1 VOB/B vom Auftraggeber zu übergebende **Ausführungsplanung**, können daher auch **nicht** über § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B nachträglich einseitig angeordnet werden, ebenso wenig wie Bauleistungen, die nicht zu dem vertraglichen Gewerk des Auftragnehmers gehören (→ Rn. 62).⁶⁶³ Dies gilt insbesondere für selbständige Planungsleistungen, die ihrer Art nach als Architekten- bzw. Ingenieurleistungen unter die HOAI fallen würden, sofern der Vertrag hierzu nichts Abweichendes regelt.⁶⁶⁴

Werden allerdings dem Auftragnehmer neben Bauleistungen mit dem Vertrag auch zugehörige **Planungsleistungen übertragen**, dürften auch für diese Leistungen bei Ver-

⁶⁶¹ Vgl. Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 60.

⁶⁶² Fuchs, BauR 2009, 404, 408.

⁶⁶³ Fuchs, BauR 2009, 404, 408. Ähnlich Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 9 VOB/B, Rn. 6.

⁶⁶⁴ Beck VOB/B/Jansen § 2 Abs. 9 Rn. 14; Kapellmann/Schiffers/Markus, Bd. 1 Rn. 1053.

einbarung der VOB/B auch die Anordnungsrechte nach § 1 VOB/B anwendbar sein. Obwohl sich die VOB/B insgesamt auf Bauleistungen bezieht, kann die Vertragsauslegung ergeben, dass nach dem Willen der Parteien einzelne Bestimmungen der VOB/B auch für die zusammen mit der Bauleistung vereinbarten Planungsleistungen gelten sollen, soweit diese inhaltlich für solche Planungsleistungen passen.⁶⁶⁵ Dies kann für die Regelungen in §§ 1 und 2 VOB/B wohl angenommen werden, soweit Bauentwurfsänderungen des Auftraggebers und eine Vergütungsanpassung hierfür betroffen sind. In diesem Falle muss der **planungsverpflichtete Auftragnehmer** dann auch die **entsprechenden Planungsanpassungen** vornehmen.⁶⁶⁶ Die Vergütungsanpassung richtet sich in diesen Fällen nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B (→ Teil 2 Rn. 185).

- 435 Soweit daher Planungsleistungen nach VOB/C DIN 18299 ff. Abschnitt 4.1 als **geschuldete Nebenleistungen** wie Werkstattzeichnungen zum vertraglichen Leistungsumfang des Auftragnehmers gehören (etwa Werkstattzeichnungen), können insoweit problemlos auch Planungsänderungen angeordnet werden.⁶⁶⁷ Für notwendige Planungsleistungen, die nach VOB/C DIN 18299 ff. Abschnitt 4.2 unter den **Besonderen Leistung** erfasst sind, muss je nach den Umständen des Einzelfalls im Wege der Vertragsauslegung ermittelt werden, ob der Auftraggeber zu deren einseitiger Anordnung berechtigt sein soll, wenn diese nicht besonders im Vertrag erwähnt sind; für das einseitige Anordnungsrecht spricht allgemein der Umstand, dass sie als „Besondere“ Leistungen nach der vertragsgegenständlichen VOB/C potentiell immer schon Auftragnehmerleistungen sind und der wirtschaftliche Schwerpunkt der Abgrenzung zwischen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen vor allem in der Frage liegt, ob diese Leistungen gesondert vergütet werden oder von den vertraglichen Preisen umfasst sind (§ 2 Abs. 1 VOB/B, vgl. VOB/C DIN 18299 Nr. 4.1).

- 436 **bb) Verträge nach BGB.** Die vorstehenden Ausführungen zum Vertrag nach VOB/B dürften für Verträge nach gesetzlichem Bauvertragsrecht entsprechend gelten. Der planende Auftraggeber muss auch die Planung für die geänderte Leistung beistellen und kann diese **nicht durch einseitige Anordnung** auf den Auftragnehmer übertragen (→ Rn. 477, vgl. § 650b Abs. 1 S. 4 BGB). Hat der Auftragnehmer **neben den Bauleistungen auch bestimmte Planungsleistungen übernommen** (zB die Ausführungsplanung), die aufgrund einer vom Auftraggeber gewünschten Leistungsänderung zunächst ebenfalls geändert werden müssen, sollte dem Auftraggeber auch insoweit ein Leistungsänderungsrecht zugestanden werden, wie es sich für Architekten- und Ingenieurverträge aus § 650q BGB in Verbindung mit § 650b BGB ergibt. Es ist zwar zweifelhaft, ob für solche gemischten Verträge, die im Schwerpunkt Bauverträge bleiben, die §§ 650p ff. BGB umfassend auf die darin enthaltenen Planungsleistungen Anwendung finden.⁶⁶⁸ Dennoch muss nach der Systematik der gesetzlichen Regelung dem Auftraggeber auch bezüglich der im Bauvertrag enthaltenen Planungsleistungen ein Anordnungsrecht nach § 650b BGB zugebilligt werden.

4. Form der Anordnung

- 437 Für die Anordnung nach VOB/B ist **grundsätzlich keine Form vorgeschrieben**. Gleichwohl können öffentlich-rechtliche Normen für die Eingehung von Verpflichtungserklärungen, die mit finanziellen Verpflichtungen für den öffentlichen Auftraggeber verbunden sind, bestimmte Anforderungen an die Form der Erklärungen stellen.

⁶⁶⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Sacher VOB/B § 5 Rn. 23 ff; vgl. BGH 28.3.1996 – VII ZR 228/94, IBRRS 2000, 0507 = BauR 1996, 544.

⁶⁶⁶ Fuchs, BauR 2009, 404, 408.

⁶⁶⁷ Kapellmann/Messerschmidt/Sacher VOB/B § 5 Rn. 23 ff.

⁶⁶⁸ BeckOK BauVertrR/Fuchs BGB § 650p Rn. 39 f.

Insbesondere die **Kommunalordnungen** der Länder knüpfen eine wirksame Vertretung 438 der Gemeinden, Landkreise und sonstigen Gebietskörperschaften durch deren Organe und Bedienstete regelmäßig an die Einhaltung der **gesetzlichen Schriftform** (§ 126 BGB) oder einer gleichwertigen elektronischen Form (mit qualifizierter elektronischer Signatur gemäß § 126a BGB). Vertragserweiternde Anordnungen können daher zB **nicht wirksam per Telefax** erfolgen. Ähnliches gilt nach den landesrechtlichen Gesetzen über die **kommunale Zusammenarbeit** häufig für kommunale Zweckverbände.⁶⁶⁹ Vielfach bestehen **zusätzliche Formerfordernisse**, etwa dass die betreffenden Erklärungen von bestimmten hierfür in den Kommunalordnungen benannten **Personen** (ggf. unter Angabe der Amtsbezeichnung) **unterzeichnet** werden müssen:

Art. 38 Abs. 2 der Gemeindeordnung des Freistaats Bayern lautet beispielsweise:

„Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, bedürfen der Schriftform; das gilt nicht für ständig wiederkehrende Geschäfte des täglichen Lebens, die finanziell von unerheblicher Bedeutung sind. Die Erklärungen sind durch den ersten Bürgermeister oder seinen Stellvertreter unter Angabe der Amtsbezeichnung zu unterzeichnen. Sie können auf Grund einer den vorstehenden Erfordernissen entsprechenden Vollmacht auch von Gemeindebediensteten unterzeichnet werden.“

Die Formerfordernisse für kommunale Verpflichtungserklärungen sind in den einzelnen 439 Ländern unterschiedlich ausgestaltet, sodass für einen gleichlautenden Sachverhalt je nach Bundesland unterschiedliche Anforderungen bestehen können. Teilweise hängen die Formerfordernisse auch davon ab, ob ein **Geschäft der laufenden Verwaltung** betroffen ist (vgl. zu diesem Begriff → Rn. 445).⁶⁷⁰

Die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform erfordert nach § 126 BGB die **eigenhändige 440 ge Namensunterschrift** des Erklärenden als Abschluss der schriftlichen Erklärung. Dem Auftragnehmer muss das unterschriebene **Originalschriftstück zugehen**, eine Übermittlung per Telefax genügt hierfür nicht.⁶⁷¹ Zwar kann die traditionelle Schriftform durch die **elektronische Form** gemäß § 126a BGB mit qualifizierter elektronischer Signatur nach dem Signaturgesetz ersetzt werden, diese spielt für die Praxis der Bauverwaltungen bislang keine nennenswerte Rolle.

Bei allen Regelungen der Kommunalordnungen zur Formbedürftigkeit von Verpflichtungserklärungen handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um materielle Vorschriften über die **Beschränkung der Vertretungsmacht**, die dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihrer Mitglieder dienen. Die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form führt daher zur Anwendung der §§ 177 ff. BGB.⁶⁷² Das Rechtsgeschäft ist (zunächst) **unwirksam**, kann aber regelmäßig noch im Nachhinein von der Gebietskörperschaft – unter Wahrung der vorgeschriebenen Form – **genehmigt** werden (§ 177 BGB).⁶⁷³ Dagegen können solche Rechtsgeschäfte nicht nach den Regeln der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht als gültig behandelt werden.⁶⁷⁴

Es ist dem Auftraggeber nach Treu und Glauben allerdings **verwehrt**, sich auf einen 442 Mangel der landesrechtlich vorgeschriebenen Form zu berufen, wenn das zuständige Organ (zB die Gemeindevertretung durch einen entsprechenden Beschluss) das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam **gebilligt** hat.⁶⁷⁵ Letzteres dürfte im Falle der Beauftragung von „Nachtragsleistungen“ auch dann der Fall sein, wenn zugleich mit der Vergabeentschei-

⁶⁶⁹ ZB Art. 36 BayKommZG.

⁶⁷⁰ Zum Beispiel § 54 Abs. 4 BWGO oder § 64 NRWGO, vgl. BGH 13.10.1983 – III ZR 158/82, NJW 1984, 606.

⁶⁷¹ BGH 30.7.1997 – VIII ZR 244/96, IBRRS 2007, 1163 = NJW 1997, 3169.

⁶⁷² BGH 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207.

⁶⁷³ HM vgl. BGH 13.10.1983 – III ZR 158/82, NJW 1984, 606. Die nachträgliche Genehmigung scheidet gemäß § 180 BGB allerdings dann aus, wenn der Auftragnehmer die fehlende Schriftform bei Erhalt der Anordnung beanstandet hat.

⁶⁷⁴ BGH 20.9.1984 – III ZR 47/83, NJW 1985, 1778.

⁶⁷⁵ BGH 20.1.1994 – VII ZR 174/92, IBR 1994, 183 = BauR 1994, 363; BGH 8.5.1967 – VII ZR 328/64.

dung eine Überschreitung der Auftragssumme als Folge von Leistungsänderungen bis zu einer festgelegten Höhe durch das zuständige Organ **vorab genehmigt** worden ist.⁶⁷⁶

- 443 Ein Schriftformerfordernis für kommunale Verpflichtungsgeschäfte gilt grundsätzlich für sämtliche vertragserweiternde Anordnungen nach § 650b BGB oder § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B. **Verpflichtungsgeschäfte sind Erklärungen**, die auf eine Verpflichtung der Gebietskörperschaft **abzielen**, im Gegensatz zu solchen Erklärungen, bei denen die Verpflichtung nur eine Nebenfolge der Erklärung ist oder die die Gebietskörperschaft belasten, aber keine neue Verpflichtung zur Folge haben.⁶⁷⁷ Jede Anordnung, die auf eine Erweiterung der vertraglichen Leistungspflicht abzielt, ist wegen der hiermit verbundenen **Vergütungsfolge** nach § 650c BGB bzw. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B stets unmittelbar auf eine zusätzliche finanzielle Verpflichtung der Gemeinde gerichtet.⁶⁷⁸ Da bei Bauaufträgen kaum jemals „wiederkehrende“ Geschäfte des täglichen Lebens vorliegen, kommt ein solcher **Ausnahmetatbestand** (zB Art. 38 Abs. 2 BayGO) in aller Regel nicht zum Tragen.⁶⁷⁹
- 444 Obwohl die Nichteinhaltung der Form rechtstechnisch als fehlende Vertretungsmacht aufgefasst wird, bleibt die sachliche Nähe zu echten Formvorschriften in den Rechtsfolgen sichtbar. So kommt bei Nichteinhaltung der Formvorschrift **keine Haftung** des Vertreters der Gemeinde **als Vertreter ohne Vertretungsmacht** nach § 179 Abs. 1 BGB in Betracht. Der Auftragnehmer soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in dieser Beziehung nicht besser gestellt werden, als wenn es sich um eine echte Formnichtigkeit nach § 125 BGB handeln würde.⁶⁸⁰ Allerdings kommt eine **Vertrauenshaftung** der Gebietskörperschaft in Betracht, wenn sich dessen Organ pflichtwidrig nicht an die gesetzlichen Formvorschriften gehalten hat; soweit der Auftragnehmer unter diesen Umständen auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vertrauen durfte, ist ihm der hierdurch entstandene Schaden zu ersetzen.⁶⁸¹ Bei unwirksam erteilten Nachtragsaufträgen sind dies die dem Auftragnehmer hierfür entstandenen Selbstkosten.
- ### 5. Zur Anordnung Berechtigte
- 445 Anordnungen nach § 650b BGB oder § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B können als rechtsgestaltende Willenserklärungen nur vom Auftraggeber selbst, von dessen vertretungsberechtigten Organen oder von bevollmächtigten Personen abgegeben werden.
- 446 Die Berechtigung zur Vertretung des öffentlichen Auftraggebers ergibt sich ebenfalls regelmäßig aus gesetzlichen Vorschriften oder innerdienstlichen Vorschriften bzw. Vollmachten. Im Bereich der **kommunalen Gebietskörperschaften** können jeweils nur bestimmte Organe und Personen die Körperschaft bei der Vornahme von Verpflichtungsgeschäften vertreten.⁶⁸²
- 447 Hierbei ist zu beachten, dass vielfach die Vertreter der **kommunalen Verwaltung** nicht die Befugnis haben, über kostenträchtige leistungserweiternde Anordnungen zu entschei-

⁶⁷⁶ Ansonsten scheidet eine Berufung auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit der Erklärung nur dann aus, wenn die Nichtigkeitsfolge für den Auftragnehmer zu schlechthin unerträglichen Ergebnissen führen würde und ein notwendiger Ausgleich nicht mit anderen rechtlichen Mitteln zu erzielen ist, BGH 13.10.1983 – III ZR 158/82, NJW 1984, 606. Dies ist allenfalls in seltenen Ausnahmefällen denkbar.

⁶⁷⁷ BGH 6.3.1986 – VII ZR 235/84, BauR 1986, 444; BGH 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207.

⁶⁷⁸ Vgl. BGH 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207. Anders beispielsweise die Erklärung der Abnahme, BGH 6.3.1986 – VII ZR 235/84, BauR 1986, 444.

⁶⁷⁹ Bislang nicht geklärt ist die in diesem Zusammenhang interessante Frage, ob eine Aufforderung zur Beseitigung eines Mangels, der auf einer fehlerhaften Planungsvorgabe des Auftraggebers beruht und daher die Erstattung von „Sowieso-Kosten“ zur Folge hat, ein Verpflichtungsgeschäft im Sinne dieser Normen ist. Auch hier spricht vieles dafür, dass diese Verpflichtung nicht nur als eine Nebenfolge anzusehen ist.

⁶⁸⁰ BGH 10.5.2001 – III ZR 111/99, IBR 2001, 522 = BauR 2001, 1415.

⁶⁸¹ BGH 10.5.2001 – III ZR 111/99, IBR 2001, 522 = BauR 2001, 1415; BGH 20.9.1984 – III ZR 47/83, NJW 1985, 1778.

⁶⁸² BGH 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207.