

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: VOB/B

Jansen / Seibel

6. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-81750-2
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.

gegenüber einem Auftragnehmer haben sich die Bedenken an der AGB-rechtlichen Wirksamkeit des § 1 Abs. 3 für seit dem 1.1.2018 geschlossene Verträge wegen des nun gemäß §§ 650a ff. BGB im Gesetz geregelten Bauvertragsänderungsrechtes weiter verschärft. Wie bereits ausgeführt (→ Rn. 75 ff.) unterscheiden sich die Möglichkeiten des Auftraggebers hinsichtlich der Voraussetzungen, des Änderungsgegenstandes und des verfahrensmäßigen Ablaufs einer von ihm gewünschten Vertragsmodifikation deutlich. Es besteht nun ein durch AGB grundsätzlich nicht abänderbares gesetzgeberisches Leitbild, das zunächst und vorrangig auf eine einverständliche Beilegung der Problematik angelegt ist und dem Auftraggeber ein einseitiges Anordnungsrecht grundsätzlich erst nach 30 Tagen gewährt, wenn die Parteien keine Einigung erzielt haben. Dagegen gewährt § 1 Abs. 3 dem Auftraggeber ohne jeglichen Vorlauf und ohne dem Wortlaut zu entnehmende Einschränkungen hinsichtlich des Bauentwurfs ein einseitig ausübbares Anordnungsrecht. Man kann die nach § 650b BGB vorgesehene Verhandlungsphase nicht als untergeordnete Regelung verstehen, die für das gesetzliche Bauvertragsänderungsrecht nicht essenziell ist.⁴⁵² Vielmehr unterscheiden sich die Konzepte des BGB und des VOB/B erheblich, indem sie den Schwerpunkt auf ein zunächst konsensuales Verfahren bzw. unter Abbedingung desselben auf ein unmittelbares Anordnungsrecht legen. Zudem kommt – jedenfalls bei der im Rahmen der Inhaltskontrolle angezeigten kundenfeindlichsten Auslegung (ansonsten → Rn. 122 ff.) – weiterhin ein Verständnis in Betracht, dass das Anordnungsrecht des § 1 Abs. 3 unabhängig davon bestehen soll, ob die Anordnung für den Auftragnehmer zumutbar ist, und dass der in § 1 Abs. 3 genannte Änderungsgegenstand „Bauentwurf“ weiter greift als die mit § 650b Abs. 1 BGB erfolgte Anknüpfung an den „Werkerfolg“ → Rn. 103 ff. § 1 Abs. 3 hält somit entgegen teilweise vertretener Ansicht⁴⁵³ auch für seit dem 1.1.2018 geschlossene Verträge einer isolierten AGB-Kontrolle nicht stand.⁴⁵⁴

Dass § 1 Abs. 3 gegen ein gesetzliches Leitbild verstößt, wird man auch nicht damit verneinen können, dass sich das BGB mit der erstmaligen Aufstellung eines Bauvertragsänderungsrechtes der VOB/B angenähert habe. Das ist zwar richtig. Bisher fehlte im BGB jedoch entgegen den baurechtlichen und baupraktischen Erfordernissen ein konkretes Leitbild für den Umgang mit Änderungsnotwendigkeiten und -wünschen gänzlich, so dass ein Leitbildverstoß nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB schon aus diesem Grunde kaum in Betracht kam. Nachdem nunmehr ein gesetzliches Leitbild existiert, muss sich § 1 Abs. 3 daran messen lassen. § 1 Abs. 3 versagt dem Auftragnehmer klar definierte Rechte zur Einflussnahme auf eine sachgerechte, ihm zumutbare Lösung, wie sie ihm bei einem Änderungsbegehren nach § 650b BGB zustünden. Dabei handelt es sich nach hiesiger Auffassung um eine gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessene Benachteiligung,

172

⁴⁵² zB Beck VOB/B/Kues § 1 Abs. 3 Rn. 158; **anders aber** Kniffka/Jurgleit/von Rintelen, BauVertrR § 650b Rn. 265; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen § 1 Rn. 136; Kapellmann NZBau 2017, 635, 638; Manteufel BauR 2024, 346.

⁴⁵³ Kniffka/Jurgleit/von Rintelen, BauVertrR § 650b Rn. 265; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen § 1 Rn. 136; Kapellmann NZBau 2017, 635, 638; Retzlaff BauR 2017, 1795; Putzier NZBau 2018, 131 (132); Manteufel BauR 2024, 348.

⁴⁵⁴ Beck VOB/B/Kues § 1 Abs. 3 Rn. 155 ff.; Kniffka/Koebler/Jurgleit/Sacher Kompendium BauR/Kniffka Teil 4 Rn. 342 ff.; Popescu BauR 2019, 317 ff.; Oberhauser NZBau 2019, 3 (9); Langen NZBau 2019, 10, 11; Ganten Baurecht Aktuell Sonderausgabe 2018, 13; Abel/Schönfeld BauR 2018, 12; Orłowski BauR 2017, 1427 (1436).

die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist. Führt die isolierte Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 3 zur Unwirksamkeit der Klausel, ist der Auftraggeber dadurch nicht rechtlos gestellt. Vielmehr gilt dann uneingeschränkt das in §§ 650a ff. BGB normierte gesetzliche Bauvertragsänderungsrecht.

D. Zusätzliche Leistungen nach § 1 Abs. 4

- 173 Unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 S. 1 (zur Abgrenzung von § 1 Abs. 3 → Rn. 88) kann der Auftraggeber die Ausführung **zusätzlicher Leistungen verlangen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden** und die nach § 2 Abs. 6 besonders zu vergüten sind. **Andere Zusatzleistungen**, die über das ursprünglich gegenständlich und hinsichtlich der Funktionalität vereinbarte Bausoll hinausgreifen, können dem Auftragnehmer gemäß § 1 Abs. 4 S. 2 **nur mit seiner Zustimmung** übertragen werden.

I. Wirksamkeitsvoraussetzungen des Verlangens nach § 1 Abs. 4 S. 1

- 174 Das nach § 1 Abs. 4 S. 1 erklärte Verlangen führt zu einer Erweiterung des Vertrages, wenn die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und die besonderen durch die Klausel selbst aufgestellten Anforderungen erfüllt sind.
- 175 **1. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen.** Hinsichtlich der allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Verlangens nach § 1 Abs. 4 S. 1 kann weitgehend auf die Ausführungen zur Anordnung nach § 1 Abs. 3 verwiesen werden → Rn. 96 ff., 116 ff. Für seit dem 1.1.2018 geschlossene Verträge muss das Verlangen nach hiesiger, bisher allerdings nicht überwiegend vertretener Auffassung dem **Textformerfordernis** des § 650b Abs. 2 S. 1 BGB entsprechen → Rn. 97 ff. Das Verlangen wird – in Abgrenzung von einer vereinbarten Vertragserweiterung – ebenso wie die Anordnung nach § 1 Abs. 3 durch eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** ausgeübt. Das Verlangen nach § 1 Abs. 4 S. 1, das im Falle seiner Wirksamkeit unmittelbar die Pflicht des Auftragnehmers zur Ausführung zusätzlicher Leistungen gegen eine entsprechend angepasste Vergütung begründet, muss als Willenserklärung – für den Auftragnehmer erkennbar – vom Willen des Auftraggebers getragen sein, bisher im Vertrag noch nicht aufgeführte und noch nicht bepreiste Leistungen ausführen zu lassen, sodass ein Zusatzverlangen zB zu verneinen ist, wenn der Auftraggeber ersichtlich – zu Recht oder auch zu Unrecht – meint, die in Rede stehende Leistung sei schon im Ursprungsvertrag bepreist oder der Auftragnehmer schulde sie als Mangelbeseitigung → Rn. 116 f. Auch reine Mengenerhöhungen iSv § 2 Abs. 3 oder Anordnungen, die gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 der vertragsgemäßen Ausführung der vereinbarten Leistungen dienen sollen, unterfallen nicht §§ 1 Abs. 4 S. 1, 2 Abs. 6 → Rn. 88. Das Verlangen nach § 1 Abs. 4 S. 1 muss in Abhängigkeit davon, welche Partei die Planungsverantwortung trägt, **hinreichend konkret** erklärt werden → Rn. 102. Das Verlangen ist durch den Auftraggeber oder eine **vertretungsberechtigte Person** → Rn. 17 ff., 99 gegenüber dem Auftragnehmer oder einer anderen **empfangsbefugten Person** → Rn. 100 auszusprechen. Die Regelung des § 650b Abs. 1 und 2 BGB, die für BGB-Verträge vorsieht, dass eine einseitige Anweisung des Auftraggebers erst nach erfolgloser Verhandlungsphase

zulässig ist, ist ebenso wie durch § 1 Abs. 3 → Rn. 101 auch durch § 1 Abs. 4 S. 1 abbedungen.

2. Erforderlichkeit und Zumutbarkeit nach § 1 Abs. 4 S. 1. Eine nach dem Ursprungsvertrag noch nicht vorgesehene Leistung ist gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 **erforderlich**, wenn sie aus technischen Gründen notwendig ist, um ein komplettes, mangelfreies und funktionsgerechtes Werk zu gewährleisten. Dabei ist ein eher weiter Maßstab anzulegen. Die Erforderlichkeit zusätzlicher Leistungen kann aber auch aus Rechtsgründen oder wegen behördlicher Auflagen bestehen. § 1 Abs. 4 S. 1 BGB formuliert – insoweit anders als § 1 Abs. 3 – ausdrücklich die Einschränkung, dass der Auftragnehmer erforderlich werdende Leistungen nicht auszuführen braucht, wenn sein **Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingeeignet** ist. Diesen Ausnahmefall muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen. Prinzipiell gelten dieselben **Zumutbarkeitskriterien** wie bei § 1 Abs. 3 → Rn. 122 ff. Hinsichtlich der Zumutbarkeit der Ausführung einer für den vereinbarten Werkerfolg notwendigen Leistung ist § 1 Abs. 4 S. 1 enger gefasst als § 650b Abs. 1 BGB, der für die Ausführungspflicht des Auftragnehmers insoweit keine einschränkenden Zumutbarkeitskriterien nennt. 176

a) Nachträglich erforderlich werdende Leistungen. Von der durch § 1 Abs. 4 S. 1 eröffneten Möglichkeit eines Zusatzverlangens hinsichtlich „**nicht vereinbarter Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden**“, sind jedenfalls Arbeiten umfasst, die als zu vergütende Maßnahmen nach der Ursprungsvereinbarung noch nicht vorgesehen waren und deren nachträgliche Vergabe sich wegen **veränderter Baumstände, geänderter rechtlicher oder technischer Normen** oder **behördlicher Auflagen** zwecks Erstellung eines funktionsgerechten, kompletten und mangelfreies Werkes als notwendig erweisen. Wenn ein derartiger Fall eintritt und zB wegen eines vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Wassereintruchs, der Verschärfung gesetzlicher Vorgaben, der Veränderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik oder zusätzlicher Genehmigungsaufgaben zunächst nicht geplante Maßnahmen erforderlich werden, ist allerdings zunächst zu prüfen, ob der Auftragnehmer die weiteren Leistungen nach der dem Ursprungsvertrag zugrunde liegenden **Risikoverteilung** (zum Baugrundrisiko⁴⁵⁵ → Rn. 47, für nach der VOB/A erteilte Aufträge → Rn. 54 ff.) auf eigene Kosten auszuführen hat, ohne dass es eines Zusatzverlangens des Auftraggebers nach § 1 Abs. 4 S. 1 bedarf. Auch im Falle einer funktionalen Leistungsbeschreibung und eines Globalpauschalvertrages ist aber der Auftragnehmer bei Vertragsschluss grundsätzlich nicht bereit, Risiken zu übernehmen, von deren Eintritt die Parteien bei Vertragsschluss nicht ausgegangen sind und deren vorherige Abklärung durch den Auftragnehmer seitens des Auftraggebers nicht erwartet wurde → Rn. 109. Musste der Auftragnehmer einen nach Vertragsschluss eintretenden Umstand nicht einkalkulieren, erweitern sich durch den nicht in seinem Risikobereich liegenden Umstand die Leistungserfordernisse. Die bei Vertragsschluss objektiv noch nicht notwendigen Maßnahmen sind dann gegenständlich nicht vom ursprünglichen Bausoll umfasst und auch noch nicht bepreist, sodass es eines Zusatzverlangens nach § 1 Abs. 4 S. 1 bedarf. 177

Teilweise werden auch Leistungen, die infolge der Ausführung einer Änderungsanordnung nach § 1 Abs. 3 zusätzlich notwendig sind, unter § 1 Abs. 4 S. 1

⁴⁵⁵ zum Genehmigungsrisiko OLG Saarbrücken IBR 2020, 391.

subsumiert.⁴⁵⁶ Das ist aber nicht sachgerecht, wenn die Ausführung einer im Ausgangspunkt als Änderungsanordnung zu verstehenden Anweisung zwangsläufig mit gewissen zusätzlichen Maßnahmen verbunden ist (zB zusätzliche Vorbereitungsmaßnahmen oder Arbeitsgänge vor Aufbringen eines geänderten Bodenbelags) → Rn. 88. Dann ist die Modifikation in ihrer Gesamtheit nach § 1 Abs. 3 zu bewerten, sodass für eine an sich einheitliche Maßnahme nicht noch gleichzeitig auf die Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 S. 1 abgestellt werden muss.

- 178 b) Von vornherein im Vertrag fehlende Leistungen.** Hingegen wird teilweise infrage gestellt, dass § 1 Abs. 4 S. 1 auch für **im Leistungsverzeichnis vergessene oder aufgrund defizitärer Planung übersehene Leistungen** gilt, deren Ausführung schon bei Vertragsschluss als für den Werkerfolg erforderlich hätte vereinbart und bepreist werden müssen.⁴⁵⁷ Dagegen kann sprechen, dass die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Gesamtleistung erforderlichen Einzelleistungen ausgehend vom funktionalen Herstellungsbegriff prinzipiell von vornherein mit vereinbart sind. Die für die Herstellung der bei Vertragsschluss vorausgesetzten Funktionalität, Normgerechtigkeit und gegenständlichen Gesamtheit des Werkes erforderlichen Leistungen sind an sich auch dann auszuführen, wenn sie im Leistungsverzeichnis nicht aufgeführt oder gar vergessen wurden aber gleichwohl bestimmbar sind, weil die vereinbarte Funktionalitätserwartung etc. die einzelnen Leistungspositionen als übergeordnetes Auslegungskriterium überlagert → Rn. 39 ff.

Ausgehend von dieser Überlegung wurde noch in der 4. Auflage vertreten,⁴⁵⁸ § 1 Abs. 4 S. 1 sei insoweit unanwendbar. Die hinsichtlich des Ursprungsbausolls bestehende Vertragslücke sei aus rechtssystematischen Gründen vorrangig durch eine **ergänzende Vertragsauslegung** zu schließen. Das sollte zum einen für den Preis der vom Vertragstext nicht erfassten, gleichwohl aber schon unmittelbar geschuldeten Leistungsteile, zum anderen aber auch für die inhaltliche Konkretisierung der vergessenen oder übersehenen Leistungen selbst gelten. Nach dieser Ansicht passte § 1 Abs. 4 S. 1, der gemäß seinem Wortlaut nur für nachträglich erforderlich werdende Leistungen gilt, nicht für diese von vornherein erforderlichen und damit zum Ursprungsbausoll gehörenden Leistungen.

- 178a** Dieses **enge Verständnis** des Anwendungsbereichs des § 1 Abs. 4 S. 1 wird **vom BGH nicht geteilt**. Er will die Vorschrift auch auf „vergessene und übersehene Leistungen“ anwenden, die zur Ausführung des schon ursprünglich geschuldeten Werkerfolgs erforderlich, jedoch im Leistungsverzeichnis nicht erwähnt und bepreist sind.⁴⁵⁹ Dieses Konzept liegt nun auch dem neuen § 650b Abs. 1 S. 2 BGB zugrunde, wie daraus folgt, dass der Gesetzestext im Gegenteil zu § 1 Abs. 4 S. 1 das Merkmal „zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig“ nicht im Futur, sondern im Präsens formuliert, sodass vom Gesetz offenbar auch Leistungen erfasst sein sollen, die zwecks funktionsgerechter Ausführung schon von vornherein und nicht erst aufgrund geänderter Umstände angezeigt erscheinen. § 650b Abs. 1 S. 2 BGB unterstellt demnach auch bei Vertragsschluss vergessene

⁴⁵⁶ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen § 1 Rn. 147; Beck VOB/B/Kues § 1 Abs. 4 Rn. 14.

⁴⁵⁷ Beck VOB/B/Kues § 1 Abs. 4 Rn. 13; siehe aber auch Beck VOB/B/Kues § 2 Abs. 6 Rn. 17 ff.

⁴⁵⁸ So auch in der 3. Aufl. Beck VOB/B/Jansen § 2 Abs. 6 Rn. 17 und Funke vor § 2 Rn. 175.

⁴⁵⁹ BGH NZBau 2013, 369 Rn. 14; 2013, 366 Rn. 11.

und übersehene Leistungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges erforderlich sind, dem Regime des Bauvertragsänderungsrechtes,⁴⁶⁰ das insoweit einer ergänzenden Vertragsauslegung vorgeht. Diese gesetzgeberische Entscheidung, die allerdings mit dem funktionalen Herstellungsbegriff wenig kompatibel ist, sollte auch der Auslegung des § 1 Abs. 4 S. 1 zugrunde gelegt werden. Eines Verlangens des Auftraggebers nach § 1 Abs. 4 S. 1 bedarf es deshalb auch dann, wenn aus objektiver Sicht schon bei Vertragsschluss hätte klar sein müssen, dass eine konkrete zusätzliche Maßnahme zur Herbeiführung des vereinbarten Werkerfolges erforderlich ist. Der Auftragnehmer darf insoweit nicht von sich aus tätig werden. Er muss den Auftraggeber im Rahmen seiner Bedenkenhinweispflicht jedoch zügig auf die Notwendigkeit einer Erweiterung des bepreisten Leistungsumfangs und einer darauf bezogenen Erklärung des Auftraggebers hinweisen → Rn. 43. Der Auftraggeber ist dann rasch gehalten, eine Entscheidung zu treffen, ob er an seinen Vorstellungen zum Bauergebnis festhalten und ein dafür erforderliches Verlangen aussprechen will.

Gegen eine Anwendung des § 1 Abs. 4 S. 1 auf zunächst vergessene oder übersehene Leistungen, die von vornherein zwecks Erstellung eines funktionsgerechten, kompletten und mangelfreien Werkes erforderlich waren, spricht letztlich nicht entscheidend, dass der Wortlaut des § 1 Abs. 4 S. 1 von erforderlich werden den Leistungen spricht. § 1 Abs. 4 S. 1 ist als AGB mit dem Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsänderungsrechtes als eine Klausel zu verstehen, die an § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB anknüpft und diese modifiziert (→ Rn. 5, 97b, 85 mit weiteren Verweisen zum Zusammenspiel des BGB- und VOB/B-Bauvertragsänderungsrechtes). Die Umschreibungen „zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden“ in der VOB/B und „zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig“ im BGB sind weitgehend gleich gefasst, so dass es gerechtfertigt ist, die Formulierung in der VOB/B insofern konform mit dem Gesetzestext zu verstehen, dass auch erst nachträglich als erforderlich erkannte Leistungen umfasst sind. Jedenfalls ist der Wortlaut des § 1 Abs. 4 S. 1 nicht eindeutig dahingehend, dass die Ausgangsnorm § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs eingeschränkt werden soll.

Gemäß diesem Verständnis erfasst § 1 Abs. 4 S. 1 zB auch den Fall, dass eine Leistung zwar schon bei Vertragsschluss notwendig war, ohne dass sie jedoch hinreichend klar dem Aufgabenbereich eines von mehreren in Betracht kommenden Auftragnehmern zugewiesen war, weil sie an der **Schnittstelle zwischen mehreren Gewerken** zu erledigen ist, und deshalb die Vergabe an einen bestimmten Auftragnehmer nachgeholt werden muss. Dasselbe gilt, wenn eine Leistung zunächst **in unsachgemäßer Weise gegenständlich oder räumlich beschränkt** vergeben wurde (zB vergessenes Zimmer bei Vergabe von Ausbauleistungen in einem Neubau).⁴⁶¹

II. Rechtsfolgen des Verlangens nach zusätzlichen Leistungen

Ist das **Verlangen** des Auftraggebers **wirksam**, muss der Auftragnehmer die ihm aberlangten **zusätzlichen Leistungen ausführen**, es sei denn sein Betrieb ist auf derartige Leistungen nicht eingerichtet. Eine ursprünglich vereinbarte **Ausführungsdauer** ist ggf. **anzupassen** → Rn. 142 ff. Kommt der Auftragnehmer

⁴⁶⁰ So auch die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/8486 S. 53 zu § 650b BGB-E 3. Abs.

⁴⁶¹ So auch Beck VOB/B/Kues § 1 Abs. 4 Rn. 15 f.

dem Verlangen nach, hat er bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 2 Abs. 6 Nr. 1 Anspruch auf eine **besondere Vergütung**, wegen der er **Abschläge** und **Sicherheiten** verlangen kann → Rn. 141. Äußert der Auftraggeber kein Verlangen nach § 1 Abs. 4 S. 1, ist der Auftragnehmer nicht berechtigt, von sich aus zusätzliche von ihm für erforderlich gehaltene Leistungen auszuführen. Tut er es dennoch, kann er eine Vergütung idR allenfalls nach § 2 Abs. 8 verlangen.⁴⁶² Wie schon zu § 1 Abs. 3 ausgeführt → Rn. 127a, kann einem widersprüchlich handelnden Auftraggeber aber im Einzelfall nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich gegenüber einer auf § 2 Abs. 6 gestützten Vergütungsforderung auf das Fehlen einer Anweisung zu berufen.

179a Den Anspruch auf eine besondere Vergütung hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 **dem Grunde nach anzukündigen**, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt. Streitig ist, ob es sich dabei um eine echte Anspruchsvoraussetzung handelt → § 2 Rn. 385 ff. (verneinend⁴⁶³). Jedenfalls ist ein Unterbleiben der Ankündigung gemäß der BGH-Rechtsprechung⁴⁶⁴ dann unschädlich, wenn sie im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich und deshalb ohne Funktion wäre, weil der Auftragnehmer davon ausgehen konnte, der Auftraggeber wolle die zusätzlich verlangten Leistungen ausführen lassen, obwohl er schon ohne Ankündigung von der Vergütungspflicht wisse. Die **Vergütungshöhe** ist gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 2 S. 2 **möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren**. Kommt keine Einigung zustande oder bemühen sich die Parteien erst gar nicht um eine solche, schließt das den Anspruch auf eine besondere Vergütung, deren Höhe dann ggf. gerichtlich festzulegen ist, nicht aus. Wenn der Auftraggeber darauf besteht, ist der Auftragnehmer jedoch gemäß den Vorgaben in § 650b Abs. 1 Sätze 2 und 4 BGB, die nach hiesiger Ansicht weder durch § 1 Abs. 3 noch durch § 1 Abs. 4 S. 1 abbedungen sind → Rn. 128, verpflichtet, ein Angebot über den neuen Preis zu erstellen, bevor er mit der Ausführung beginnt. Eine Einigung der Parteien über die Zahlung einer bestimmten zusätzlichen Vergütung ist grundsätzlich auch dann bindend, wenn sie der Rechtslage dem Grunde oder der Höhe nach nicht entsprach → Rn. 128.

179b Nach der vor Inkrafttreten der §§ 650a ff. BGB herrschenden Meinung sollte die nach § 2 Abs. 6 zu berechnende Vergütung – ebenso wie im Falle des § 2 Abs. 5 → Rn. 130 ff. – im Wege der **vorkalkulatorischen Preisfortschreibung** aus der Urkalkulation hergeleitet werden, wobei der Preis ggf. unter Heranziehung einer vergleichbaren Position des Leistungsverzeichnisses ermittelt werden sollte. Das führte dazu, dass das Preisniveau der Urkalkulation auch auf die zusätzliche Leistung übertragen wurde, obwohl die Parteien dieses Niveau, das von den üblichen Preisen nach oben oder unten abweichen kann, zunächst nur für einen geringeren Auftragsumfang vereinbart hatten. Der BGH⁴⁶⁵ hat schon vor dem am 1.1.2018 erfolgten Inkrafttreten des BGB-Bauvertragsänderungsrechts offengelassen, ob er diese Auslegung des § 2 Abs. 6 teilt. Mit Urteil vom 8.8.2019 hat der BGH⁴⁶⁶ nun, allerdings vorerst nur für § 2 Abs. 3 Nr. 2, entschieden, die

⁴⁶² Beck VOB/B/Kues § 1 Abs. 4 Rn. 9.

⁴⁶³ Verneint auch durch Beck VOB/B/Althaus/Jansen § 2 Abs. 6 Rn. 50 ff. unter Darstellung des Meinungsstandes.

⁴⁶⁴ BGH NJW 1996, 2158; so auch OLG Hamm IBR 2021, 615 = BeckRS 2019, 56317.

⁴⁶⁵ BGH NZBau 2013, 366 Rn. 17.

⁴⁶⁶ BGH NZBau 2019, 706 Rn. 28 ff.

Vorschrift lasse die Art der Preisfortschreibungsmethode offen. Die Regelungslücke sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in der Weise zu schließen, dass – wenn nichts anderes vereinbart sei – die **tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge** maßgeblich seien. Wenngleich der BGH bisher noch nicht über eine Übertragbarkeit seiner Entscheidung auf § 2 Abs. 5 und Abs. 6 entschieden hat, dürfte kaum in Betracht kommen, die an § 650c BGB angelehnte Auslegung ausgerechnet nicht für das VOB/B-Bauvertragsänderungsrecht gelten zu lassen. Zwar ist § 2 Abs. 6 Nr. 2 hinsichtlich der Preisanpassung etwas anders formuliert als § 2 Abs. 3 Nr. 2 und § 2 Abs. 5 S. 1. Eine bestimmte Berechnungsmethode ist gleichermaßen jedoch in keiner der drei Klauseln genannt, sodass jeweils eine ergänzende Vertragsauslegung geboten ist, die wegen der prinzipiell gleichen Interessenlage gemäß der für § 2 Abs. 3 Nr. 2 entwickelten Rechtsprechung erfolgen sollte → Rn. 136. Auf **seit dem 1.1.2018 geschlossene VOB/B-Bauverträge** ist nach hiesiger Auffassung zudem direkt auf die Vergütungsanpassungsregeln des § 650c BGB abzustellen, weil sie durch die AGB-Klauseln § 2 Abs. 5 S. 1 und § 2 Abs. 6 Nr. 2 nicht abbedungen sind → Rn. 137. Es ist also an die tatsächlichen Kosten nebst angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn anzuknüpfen.

Hinsichtlich der Rechtslage beim **Streit über die Wirksamkeit eines Verlangens** → Rn. 145 ff., beim Streit, ob dem Wunsch des Auftraggebers nach Ausführung einer Maßnahme erst auf ein **vergütungsrelevantes Zusatzverlangen** zu folgen ist → Rn. 148 ff., und beim **Streit über die Höhe der zusätzlichen Vergütung** → Rn. 152 kann auf die Kommentierung zu § 1 Abs. 3 verwiesen werden. Die durch § 650d BGB erweiterten Möglichkeiten zum Erwirken einer **einstweiligen Verfügung** gelten auch für Streitigkeiten aus § 1 Abs. 4 S. 1 → Rn. 156 ff.

III. Andere Leistungen nach § 1 Abs. 4 S. 2

§ 1 Abs. 4 S. 2 bestimmt ausdrücklich, dass dem Auftragnehmer von S. 1 nicht erfasste **andere Leistungen**, also insbesondere solche, die nicht iSv S. 1 erforderlich sind, **nur mit seiner Zustimmung** übertragen werden können. Erteilt der Auftragnehmer die Zustimmung hat er seinen Anspruch auf eine besondere Vergütung dem Auftraggeber vor Ausführungsbeginn grundsätzlich gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 anzukündigen → Rn. 179a. Da der Auftragnehmer frei über das Eingehen auf das Ansinnen des Auftraggebers entscheiden kann, steht es ihm auch frei, die Zustimmung von der Vereinbarung eines bestimmten Werklohns oder gewünschter Rahmenbedingungen abhängig zu machen, soweit er mit seinem Verhalten nicht gegen das Kooperationsgebot verstößt oder sich gar sittenwidrig oder treuwidrig verhält.

Falls die Parteien im Falle des § 1 Abs. 4 S. 2 entgegen § 2 Abs. 6 Nr. 2 S. 2 → Rn. 179a keine Vereinbarung über die **Höhe der zusätzlichen Vergütung** treffen, richtet sich die Vergütung für die zusätzliche Leistung nach § 2 Abs. 6 Nr. 2 S. 1, wonach es jetzt auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ankommt → Rn. 136b. Ergibt sich aus den Umständen, dass die Parteien eine andere Berechnungsmethode (zB das Preisniveau des Vertrages oder § 632 Abs. 2 BGB) bevorzugt haben, ist diese maßgeblich.⁴⁶⁷ Dagegen

⁴⁶⁷ Zur Preisbestimmung zB Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen § 1 Rn. 159 ff.; Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR./Kniffka Teil 4 Rn. 148; Beck VOB/B/Kues § 1 Abs. 4 Rn. 26 f.

bleibt es bei der Ausgangsvergütung, wenn der Auftragnehmer zum Ausdruck gebracht hat, zur Ausführung der zusätzlichen Leistung ohne Mehrvergütung bereit zu sein. Meint der Auftraggeber, die infrage stehende Leistung schulde der Auftragnehmer ohne zusätzliche Vergütung schon nach dem Ursprungsvertrag, handelt es sich aber tatsächlich um eine „andere Leistung“ iSv § 1 Abs. 4 S. 2, braucht der Auftragnehmer auf das Ansinnen des Auftraggebers nicht einzugehen. Hat der Auftraggeber mit seiner Auffassung dagegen recht, kann ihm gemäß §§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 3 nach fruchtloser Fristsetzung ein Kündigungsrecht zustehen, infolge dessen der Auftragnehmer erheblichen Ansprüchen aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 ausgesetzt sein kann → Rn. 151. In Zweifelsfällen ist also Vorsicht geboten, sodass erwogen werden sollte, Unklarheiten vorläufig durch eine einstweilige Verfügung auszuräumen. § 650d BGB, der nach überwiegender Auffassung auch auf VOB/B-Verträge anwendbar ist – Rn. 157, schafft insoweit vereinfachte Möglichkeiten, wobei allerdings zu den Einzelheiten noch vieles unklar ist → Rn. 150a, 159 ff. Handelt es sich nicht um eine Auftragerweiterung nach § 1 Abs. 4 S. 1 oder 2, sondern um einen **eigenständigen Anschluss- oder Folgeauftrag**, gilt für die nicht mitgeregelte Zusatzvergütung nicht § 2 Abs. 6, sondern § 632 Abs. 2 BGB.

IV. Isolierte AGB-Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 4

- 182 Eine **isolierte Inhaltskontrolle** einzelner VOB/B-Klauseln und damit auch von § 1 Abs. 4 S. 1 und S. 2 hat wegen der nach § 310 Abs. 1 S. 3 BGB vorgesehenen Privilegierung gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts und einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen – anders als zu Gunsten einer anderen Person – nur stattzufinden, wenn die VOB/B nicht in Gänze oder unter Vereinbarung einer VOB/B-Klausel – auch nur geringfügig⁴⁶⁸ – modifizierenden Regelung gestellt wurde → Rn. 167. Die ansonsten lediglich vorgesehene Beurteilung der VOB/B im Ganzen dürfte zur AGB-rechtlichen Konformität führen → Rn. 168.
- 183 **1. Isolierte Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 4 S. 2.** Der Wortlaut des § 1 Abs. 4 S. 2 ist AGB-rechtlich unbedenklich, weil die Klausel an das allgemeine Vertragsrecht anknüpft, wonach die Erweiterung eines Vertrages grundsätzlich nur im Einverständnis beider Parteien möglich ist. § 1 Abs. 4 S. 2 schränkt die dem Auftraggeber nun gemäß § 650b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB zustehenden einseitigen Änderungsrechte auch nicht unangemessen ein, weil § 1 Abs. 3 und § 1 Abs. 4 S. 1 die gesetzlichen Änderungsrechte als solche nahezu vollständig oder jedenfalls dem gesetzlichen Leitbild entsprechend abdecken und nicht wesentlich verkürzen. Problematisch ist aber, dass der an § 1 Abs. 4 S. 2 anknüpfenden und mit ihr AGB-rechtlich einheitlich zu betrachtenden Vergütungsregelung § 2 Abs. 6 aus sich heraus keine transparenten Preisbestimmungskriterien zu entnehmen sind → Rn. 140.
- 184 **2. Isolierte Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 4 S. 1.** Hinsichtlich vor Inkrafttreten des BGB-Vertragsänderungsrechts am **1.1.2018 geschlossener Verträge** hält nach einer früheren Entscheidung des BGH⁴⁶⁹ § 1 Abs. 4 S. 1 einer **isolierten AGB-Inhaltskontrolle** stand, weil sich beim Bauvertrag typischerweise die Notwendigkeit zusätzlicher, zunächst nicht in Erwägung gezogener Leistungen

⁴⁶⁸ BGH NZBau 2023, 301 Rn. 18; BGH NZBau 2007, 581 Rn. 20; BGH NZBau 2004, 267 Rn. 11.

⁴⁶⁹ BGH NJW 1996, 1346 Rn. 34.