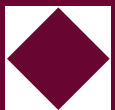
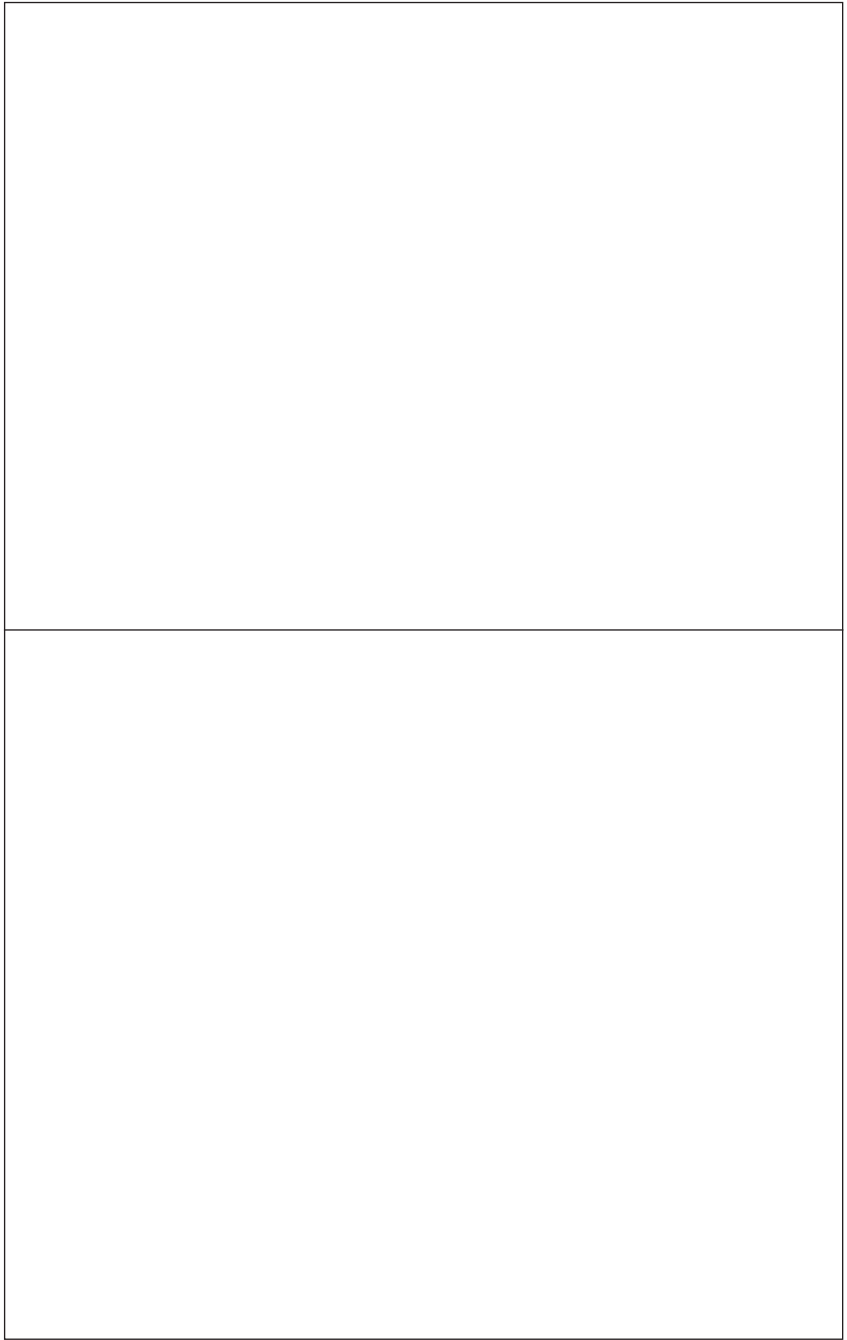


Horst G. Rustmeier

Reformbedarf des Bauvertragsrechts im Lichte der FIDIC-Bestimmungen



Nomos



Prof. Dr. Horst G. Rustmeier

Reformbedarf des Bauvertragsrechts im Lichte der FIDIC-Bestimmungen



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Marburg, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3661-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-7949-7 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Die Dissertation ist von ganzem Herzen meiner Familie
gewidmet.*

Danksagung

Herrn Prof. Dr. Wolfgang Voit bin ich zu herzlichem Dank verpflichtet. Er hat diese Arbeit wohlwollend begleitet und insbesondere durch intensive Diskussionen anlässlich der Seminartage im Kleinwalsertal wesentlich zum Erfolg beigetragen.

Auch Herrn Prof. Dr. Michael Kling als Zweitgutachter möchte ich für die fachliche Unterstützung im Rahmen der gutachterlichen Bearbeitung und die damit verbundenen hilfreichen Anregungen ganz herzlich danken.

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
A. Die preisliche Berechnung von Baunachträgen	20
I. Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers	20
1) Leistungsänderungsrecht in der VOB/B	20
a) Umfang des Änderungsrechts	21
b) Grenzen des Änderungsrechts	22
2) Leistungsänderung im BGB-Werkvertrag	24
a) Referentenentwurf des BMJV	24
b) Stellungnahme	25
3) FIDIC: Red und Yellow Book	26
Variation Order	27
4) Zwischenfazit	28
II. Nachtragsberechnung	29
1) Ausgestaltung der VOB/B	29
a) Vergütungshöhe	30
b) Kritik am Vertragspreisniveau	31
c) Sittenwidrigkeit bei Preisspekulationen	32
d) Lösungsansätze	33
i) Absoluter Gewinn/Verlust	33
ii) Preisniveaufaktor/Selbstkosten/Marktpreis	33
iii) Vertragskalkulation als widerlegbare	
Vermutung	34
2) BGB	35
3) FIDIC	36
B. Abnahme	40
I. Abnahme nach VOB/B	40
1) Die Abnahme und ihre Rechtsfolgen	40
2) Abnahme und Abnahmeverweigerung	42
3) Teilabnahme (§ 12 Abs. 2 VOB/B)	43
4) Abnahmeverweigerung bei wesentlichem Mangel	
(§ 12 Abs. 3 VOB/B)	43
5) Förmliche Abnahme (§ 12 Abs. 4 VOB/B)	44

6) Fiktive Abnahme (§ 12 Abs. 5 VOB/B)	45
II. Abnahme nach FIDIC	46
1) Abnahmevoraussetzungen	46
a) Fertigstellung	47
b) Tests on completion	47
c) Abnahmeverfahren/Taking-Over-Certificate	48
2) Teilabnahmen	50
3) Rechtsfolgen der Abnahme	50
a) Gefahrübergang	51
b) Vorläufige Schlussrechnung	51
c) Mängelanzeigefrist	51
III. Abnahme nach dem BGB-Änderungsentwurf	52
C. Mängelhaftung	54
I. Haftung nach VOB/B	54
1) Werkmangel (§ 13 Abs. 1 VOB/B)	54
2) Verantwortung des Auftraggebers (§ 13 Abs. 3 VOB/B)	55
3) Verjährung (§ 13 Abs. 4 VOB/B)	56
4) Mängelbeseitigungsanspruch (§ 13 Abs. 5 VOB/B)	57
5) Weitere Mängelansprüche (§ 13 Abs. 6 und 7 VOB/B)	58
II. Mängelhaftung nach FIDIC	59
1) Fertigstellungs- bzw. Erfüllungsbescheinigung	59
2) Vertragsgerechtes Werk	60
3) Mängelbeseitigung	60
4) Verletzung der Mängelbeseitigungspflicht	61
5) Verjährung	62
D. Streitbeilegung durch Adjudikation	63
I. Der Bedarf an außergerichtlicher Streitbeilegung	63
Alternative Modelle zur Streitbeilegung im Überblick	65
II. Die Ziele	68
III. Das Konfliktlösungsmodell der FIDIC-Verträge	69
1) Grundzüge des DAB-Verfahrens	69
2) Engineer	73
a) Aufgaben	73
b) Vertragsbindung und Ermessen	76
c) Entscheidungspflicht	77
3) Dispute Adjudication nach FIDIC-Regeln	77
a) Rechtsgrundlagen	77

b)	Zusammensetzung des DAB	80
c)	Zuständigkeit des DAB	82
d)	Verfahrensgrundsätze und -regeln	83
e)	Einleitung des Verfahrens	85
f)	Inhalt des Klageschriftsatzes	87
g)	Entscheidung des DAB	88
h)	Wirkung der Entscheidung und Angriffsmöglichkeiten	88
i)	Haftung des DAB / Adjudikators	90
4)	Schiedsverfahren	90
a)	Verfahren	91
b)	Präklusion durch vorhergehendes DAB?	92
5)	Gerichtsverfahren	93
6)	Vor- und Nachteile des Dispute Adjudication Boards	93
a)	Effizienz	94
i)	Einbindung eines vertraglich vorgesehenen Administrators mit entscheidungsähnlichen Befugnissen	94
ii)	Sachbezogene Dokumentationspflichten	95
iii)	Eindeutige vertragliche Risikoverteilung	96
iv)	Klare Verfahrensregeln	96
v)	Fristen	97
b)	Rechtsstaatliche Bedenken hinsichtlich der materiellen Gerechtigkeit	98
c)	Flexibilität	99
d)	Weitere Aspekte	99
e)	Neue Untersuchungen der Praxis im englischen Recht	101
IV.	Adjudikation im nationalen Recht	102
1)	Zwingende – gesetzliche – Adjudikation	103
a)	Verfassungsrechtliche Anforderungen	105
b)	Gutachten von Hans-Jürgen Papier zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit	105
c)	Stellungnahme	109
2)	Freiwillige privatvertragliche Vereinbarung	112
a)	Vereinbarkeit mit AGB-Recht	112
i)	Ausschluss von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht	114

ii)	Ausschluss von Einwendungen gegen die Entscheidung	115
iii)	Strafe bei Nichtbeachtung der Entscheidung	115
b)	Vereinbarkeit mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz	116
c)	Einzelne Fragen im Zusammenhang mit nationalem Recht	117
i)	Fristenregelungen	117
ii)	Überprüfbarkeit der Entscheidung	118
iii)	Schriftform der Vereinbarung	119
iv)	Vereinbarung mit öffentlichen Auftraggebern	120
v)	Einbeziehung Dritter	120
vi)	Vergaberecht	121
vii)	Vertragliche Lücken	122
3)	Vollstreckung einer Adjudikationsentscheidung	124
a)	Modelle zur Durchsetzung von Adjudikationsentscheidungen	124
i)	Vollstreckung von Adjudikationssprüchen in Großbritannien	124
ii)	Gütliche Einigungen	125
iii)	Schiedsgerichtliche Durchsetzung	126
aa)	Endgültig bindende Entscheidungen	126
bb)	Vorläufig bindende Entscheidungen	127
b)	Hoheitliche Vollstreckung	128
i)	Formelle Voraussetzungen zivilprozessualer Vollstreckung	128
ii)	Rechtliche Einordnung des Adjudikationsspruches	129
aa)	Schiedsspruch	129
bb)	Schiedsgutachten	130
iii)	Ergebnis	131
4)	Vorläufige und Eilmaßnahmen nach geltendem Recht	132
a)	Grundzüge des selbständigen Beweisverfahrens	132
b)	Rechtsfolgen eines Beweisverfahrens	133
c)	Zulässigkeit des Beweisverfahrens neben der Adjudikation	133
i)	Einrede der Schiedsabrede	133
ii)	Einrede der Schiedsgutachtervereinbarung	134
iii)	Zwischenergebnis zur Zulässigkeit	135

d) Die ICC-Rules	135
i) Artikel 28 ICC-Rules	136
ii) Voraussetzungen	136
iii) Verhältnis zu staatlichen Entscheidungen	137
iv) Zwischenergebnis	138
V. Zukünftige Ausgestaltung nationaler DAB-Regeln	138
1) Adjudikation durch neue Vertragsbedingungen	139
2) Die gesetzliche Bauverfügung – ein aktueller Vorschlag des Deutschen Baugerichtstags e.V.	140
a) Gesetzliche Bauverfügung parallel neben vertraglicher Adjudikation	143
b) Kritik am Modell der gesetzlichen Bauverfügung	145
3) Modifizierung der VOB/B	148
a) Vollstreckung	149
b) Vorschlag neuer Verfahrensregeln in der VOB/B	150
Bezugsklausel in § 18 Abs. 3 VOB/B	151
VOB/B Anhang: Adjudikationsverfahren	152
Präambel	152
§ 1 Anwendungsbereich	152
§ 2 Streitbeilegungsstelle	152
§ 3 Benennung und Bestellung der Streitbeilegungsstelle	153
§ 4 Anforderungen an den Adjudikator	153
§ 5 Sachverständige	154
§ 6 Ablehnungsverfahren	155
§ 7 Ersatzbenennung und –bestellung	155
§ 8 Mehrparteienverfahren	155
§ 9 Verfahrensbeginn	156
§ 10 Antragsschrift und Erwiderung	156
§ 11 Verfahrensgrundsätze	156
§ 12 Rechte und Pflichten der Parteien	157
§ 13 Schlichtung und Mediation	157
§ 14 Anerkenntnis	158
§ 15 Entscheidung	158
§ 16 Bindungswirkung	159
§ 17 Sicherheitsleistung	159
§ 18 Verfahrensende	159
§ 19 Kosten	160
§ 20 Abschlussverfahren	160

§ 21 Folgen abweichender Entscheidung im Abschlussverfahren	160
c) Erläuterungen zum Regelungsvorschlag	161
E. Fazit	167
F. Anhang	172
VOB/B	172
§ 1 Art und Umfang der Leistung	172
§ 2 Vergütung	172
§ 12 Abnahme	175
§ 13 Mängelansprüche	176
§ 18 Streitigkeiten	178
FIDIC-Vertragsklauseln zur Fertigstellung und Abnahme (Red Book)	179
Klausel 1: Allgemeine Vereinbarungen (General Provisions)	179
Clause 1.5: Priority of Documents (Red & Yellow Book)	179
Klausel 1.5: Vorrang schriftlicher Vereinbarungen (Red & Yellow Book)	179
Klausel 3: Der Ingenieur (The Engineer)	180
3.3 Instruction of the Engineer	180
3.3: Anweisungen durch den Ingenieur	180
3.5 Determinations	180
3.5: Beschlüsse	181
Klausel 9: Fertigstellungstests (Tests on Completion)	181
9.1 Contractor's Obligations	181
9.1: Pflichten des Unternehmers	182
9.2 Delayed Tests	182
9.2: Verzögerte Tests	183
9.3 Retesting	183
9.3: Wiederholung der Tests	183
9.4 Failure to pass Tests on Completion	183
9.4: Fehlschlagen der Fertigstellungstests	184
Klausel 10: Abnahme durch den Besteller – Employer's Taking Over	185
10.1 Taking Over of the Works and Sections	185

10.1: Abnahme der Arbeiten und Abschnitte der Arbeiten	185
10.2 Taking Over of parts of the works	186
10.2: Teilabnahme	186
10.3: Behinderung der Fertigstellungstests	188
10.4: Wiederherstellungsarbeiten am Boden	188
Klausel 11: Mängelhaftung	189
Klausel 11.1: Fertigstellung ausstehender Arbeiten und Mängelbeseitigung	189
Clause 11.2: Costs of Remediating Defects	189
Klausel 11.2: Kosten der Mängelbeseitigung	190
Clause 11.3: Extension of defects notification period	190
Klausel 11.3: Verlängerung der Mängelanzeigefrist	191
Klausel 11.4: Versäumnis der Mängelbeseitigung	191
Klausel 11.5: Wegnahme mangelhafter Arbeiten	193
Klausel 11.6: Weitere Tests	193
Klausel 11.7: Zugangsrecht	193
Klausel 11.8: Nachforschungen des Unternehmers	193
Klausel 11.9: Erfüllungsbeseinigung	194
Klausel 11.10: Nichterfüllte Verpflichtungen	194
Klausel 11.11: Räumung der Baustelle	195
Klausel 13: Leistungsänderungen (Variations)	195
Clause 13.1: Right to Vary	195
Klausel 13.1: Recht zur Leistungsänderung	195
Clause 13.3: Variation Procedure	196
Klausel 13.3	196
Klausel 14	196
Klausel 14.7 Abs. 1 lit b): Zahlung	196
Klausel 14.10: Rechnung bei Fertigstellung	197
Klausel 17	197
Klausel 17.2: Sorgfaltspflicht des Unternehmers für die Arbeiten	197
FIDIC-Vertragsklauseln zur Streitbeilegung (Red Book)	198
Klausel 20: Ansprüche, Streitigkeiten und Schiedsgericht	198
Klausel 20.1: Ansprüche des Unternehmers	198
Klausel 20.2: Streitbeilegungsstelle (Dispute Adjudication Board – DAB)	200

Inhaltsverzeichnis

Klausel 20.3: Scheitern der Einigung über die Streitbelegungsstelle	202
Klausel 20.4: Erwirkung einer Entscheidung der Streitbelegungsstelle	203
Klausel 20.5: Gütliche Einigung	204
Klausel 20.6: Schiedsgerichtsverfahren	204
Klausel 20.7: Nichteinhaltung der Entscheidung der Streitbelegungsstelle	205
Klausel 20.8: Ablauf der Benennung der Streitbelegungsstelle	206
General Conditions of Dispute Adjudication Agreement(Allgemeine Bedingungen für eine Streitschlichtungsvereinbarung)	206
1. Definitionen	206
2. Allgemeine Vorschriften	207
3. Garantien	207
4. Allgemeine Verpflichtungen des Mitglieds	208
5. Allgemeine Verpflichtungen des Bestellers und des Unternehmers	209
6. Bezahlung	211
7. Kündigung	213
8. Pflichtverletzung des Mitglieds	213
9. Streitigkeiten	214
Verfahrensregeln (Procedural Rules)	214
Klausel 1:	214
Klausel 2:	214
Klausel 3:	214
Klausel 4:	215
Klausel 5:	215
Klausel 6:	216
Klausel 7:	216
Klausel 8:	216
Klausel 9:	217
Literaturverzeichnis	219

Einführung

Der Urtyp des Werkvertrags ist in den §§ 631 ff. BGB¹ normiert. Diese Regelungen stellen die Grundlage einfacher Werkverträge dar, können jedoch den spezifischen Ansprüchen moderner Bauaufträge nicht genügen, da diese oft sehr komplex sind und zur Vermeidung späterer Auseinandersetzungen so detailliert wie möglich gestaltet sein sollten.

Vielen Bauverträgen liegt daher das Klauselwerk der „*Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*“ (VOB/B) zugrunde. Hierbei handelt es sich nicht um gesetzliche Regelungen, sondern um allgemeine Vertragsbedingungen, die vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen entworfen wurden und deren Geltung bei jedem Vertragsschluss über eine Bauleistung ausdrücklich zwischen den Parteien vereinbart werden muss.

Der erste Vorläufer der heutigen Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen entstand bereits in den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts als „Verdingungsordnung für Bauleistungen“, deren Hauptanwendungsbereich jedoch zunächst staatliche Bauaufträge blieb. Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wurde dann ein Vertragswerk entwickelt, das die gegenläufigen Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer möglichst ausgeglichen berücksichtigte und auch für die privatwirtschaftliche Auftragsvergabe relevant wurde. Für den öffentlichen Auftraggeber ist die Einbeziehung der VOB/B in den Bauauftrag allerdings nach § 8 Abs. 3 VOB/A zwingend.

Einigen sich die als privatwirtschaftliche Unternehmer auftretenden Bauvertragsparteien heute auf die Geltung der VOB/B in ihrer Gesamtheit, d.h. ohne individuell einzelne Regelungen zu modifizieren oder abzuändern, so greift die Privilegierung aus § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB: Eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle findet dann nicht mehr statt; die VOB/B genießt das Vertrauen einer für beide Seiten ausgewogenen Vertragsgestaltung. Die Rechtsprechung stellt hieran jedoch sehr hohe Anforderungen – schon geringfügige Änderungen führen zum Verlust des Privilegs und zu

1 § 631 Abs. 1 BGB: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

einer umfassenden Inhaltskontrolle, in deren Ergebnis einzelne Klauseln oft für unwirksam erklärt werden.

Bei internationalen Großprojekten finden dagegen vielfach die *FIDIC-Vertragsmuster* Anwendung. Erstellt werden die FIDIC-Verträge von der *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* – dem wichtigsten internationalen Dachverband beratender Bauingenieure. Nicht vergessen werden sollte jedoch, dass die Regeln der FIDIC-Verträge strukturell auf dem englischen Common Law beruhen – wenn auch die französische Bezeichnung etwas anderes vermuten lässt –, welches das internationale Baurecht auch deshalb in den letzten Jahrzehnten entscheidend geprägt hat.²

Die FIDIC-Vertragstypen sind vornehmlich danach aufgeteilt, welche Partei die wesentlichen Projektplanungsleistungen erbringt und können entsprechend für das konkrete Bauvorhaben passend ausgewählt werden. Sie stellen sehr detaillierte Vertragsmuster dar, die eine Inanspruchnahme staatlicher Gerichte nach Möglichkeit vermeiden: Etwaige Konflikte sollen vor unabhängigen Schiedsgerichten ausgetragen werden.

Die vier geläufigsten FIDIC-Vertragswerke sind das *Yellow Book* (Planung auf Auftragnehmerseite), das *Red Book* (Planung auf Auftraggeberseite), das *Silver Book* zum Schlüsselfertigbau sowie das *Green Book* (Bauvorhaben geringen Volumens), zu denen der deutsche Verband Beratender Ingenieure (VBI) teilweise deutschsprachige Übersetzungen bzw. Arbeitshilfen zur Verfügung stellt.³ Auch hierbei kann sich die Frage nach einer AGB-rechtlichen Wirksamkeit einzelner Klauseln oder dem gesamten FIDIC-Vertragswerk stellen. Im Unterschied zur national gebräuchlichen VOB/B existiert für FIDIC-Verträge jedoch keine Privilegierungsnorm, so dass bei Anwendung der FIDIC-Verträge auf Grundlage des deutschen Zivilrechts immer auch eine umfassende AGB-rechtliche Wirksamkeitskontrolle stattfinden kann. Vermeidbar wäre dies nur durch eine wirksame anderweitige Rechtswahl.

Die vorliegende Arbeit soll zunächst einen *Einblick in verschiedene Problemkomplexe aus dem Bereich der VOB/B im Vergleich mit den Regelungen der FIDIC-Verträge* und dem BGB-Werkvertragsrecht gewähren.

2 Breyer, BauR 12/2016, Editorial (I).

3 Der Anhang zu dieser Arbeit umfasst neben einer Auswahl von FIDIC-Klauseln auch die Regeln für internationale Schiedsverfahren und alternative Streitbeilegung in englischer und teilweise in deutscher Sprache. Außerdem findet sich ein Abdruck der relevanten VOB/B-Klauseln.

Das erste Kapitel widmet sich deshalb der Vergütung von Baunachträgen, die auf der ersten Stufe der vertraglichen Auseinandersetzung (dem Erfüllungssynallagma) steht.⁴ Hier tritt bereits eine Vielzahl praktischer Probleme während des Bauablaufs auf. Die zweite Stufe betrifft die Bauabnahme⁵ sowie eine mögliche Mängelhaftung des Werkunternehmers⁶.

Der Hauptteil dieser Arbeit befasst sich mit dem Konfliktlösungsmodell der *Dispute Adjudication*, der effizienten baubegleitenden Streitbeilegung internationaler Bauprojekte. Zunächst wird das Verfahren nach den FIDIC-Regeln vorgestellt, darauf aufbauend wird die Übertragbarkeit und Anwendung auf nationaler Ebene diskutiert. Die Adjudikation nach FIDIC-Vorbild eröffnet den Bauparteien im Vergleich mit anderen prozessualen Vorgehensweisen eine geradezu rasante Möglichkeit zur Streitbeilegung. Dieser erhebliche Zeitvorteil kann zwar mit einer weniger tiefgehenden Konflikterörterung einhergehen. Jedenfalls in der englischen Praxis führt dies jedoch nicht dazu, dass die schnelle Adjudikationsentscheidung später in signifikantem Umfang angefochten würde.⁷

Es soll intensiv sowohl auf verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Berührungspunkte eingegangen werden als auch auf die praktische Umsetzung dieses Modells inklusive einer möglichen Vollstreckung der Entscheidungen nach nationalem Recht.

Diese Untersuchung mündet dann in einen konkreten Vorschlag zur Ausgestaltung einer vertraglichen Adjudikationsordnung, die mit dem nationalen Recht und auch mit der eigenen Rechtstradition in Einklang stehen soll.

4 Kapitel A. „Die preisliche Berechnung von Baunachträgen“, 20 ff.

5 Kapitel B. „Abnahme“, 40 ff.

6 Kapitel C. „Mängelhaftung“, 54 ff.

7 Breyer, BauR 12/2016, Editorial (II).

A. Die preisliche Berechnung von Baunachträgen

I. Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers

Die ex-ante-Planung eines komplexen Bauauftrags umfasst in den wenigsten Fällen sämtliche Details der späteren Ausführung. In der Regel kommt es während der Arbeiten zu unvorhergesehenen Komplikationen und damit verbundenen Verzögerungen oder es müssen Änderungswünsche des Bauherrn berücksichtigt werden.

Während es bei einem Bauvertrag unter Einbeziehung der VOB/B entsprechende Regelungen gibt, die ein Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers vorsehen,⁸ fehlt eine solche Bestimmung beim BGB-Vertrag: Änderungen und Zusatzleistungen werden hier im gegenseitigen Einvernehmen in den Vertrag aufgenommen. Nur sehr ausnahmsweise kann der Besteller nach Treu und Glauben eine Vertragsanpassung vom Unternehmer verlangen.⁹ Daher ergibt sich das Problem der Vergütung von Baunachträgen bei einem BGB-Werkvertrag nur dann, wenn der Unternehmer die Leistungen ausführt, ohne dass zuvor eine Einigung über die Mehrvergütung zustande gekommen ist.

Auch bei internationalen Bauprojekten, deren Vertragsgrundlage die Regeln der FIDIC-Bücher darstellen, kommt es häufig zu den oben beschriebenen Abweichungen von der ursprünglichen Planung, die entsprechenden Regelungen sollen kurz vorgestellt werden.

1) Leistungsänderungsrecht in der VOB/B

Die VOB/B sieht in § 1 Abs. 3 für den Fall nötiger Änderungen, die sich erst während der Bauzeit zeigen, ausdrücklich ein Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers bezüglich des Bauentwurfs vor. Der Auftraggeber kann den Auftragnehmer im Rahmen des VOB/B-Vertrags gemäß § 1 Abs. 4 auch zur Ausführung ursprünglich nicht vereinbarter Leistungen

⁸ Hierzu sogleich ausführlich.

⁹ BGH, Urteil vom 25.01.1996, Az. VII ZR 233/94 = BGHZ 131, 392 = NJW 1996, 1346.

auffordern, soweit diese (technisch) notwendig sind, um die Leistung insgesamt mangelfrei zu erbringen bzw. – bei Vergabe einzelner Gewerke – das Gesamtwerk mangelfrei herzustellen.

Macht der Auftraggeber von seinen Rechten aus Abs. 3 und Abs. 4 Gebrauch, so hat der Werkunternehmer einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 bzw. Abs. 6 VOB/B. Aus dieser Konstellation ergeben sich im Bauverlauf vielfach Auseinandersetzungen über die Frage, ob und in welcher Höhe der Auftraggeber Mehrvergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen schulde.

a) Umfang des Änderungsrechts

Bei dem Recht des Auftraggebers aus Abs. 3 handelt es sich dogmatisch um einen vertraglichen Änderungsvorbehalt,¹⁰ nicht um eine einseitige originäre Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB.¹¹ Anders als das Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB – so zum Beispiel auch das Recht des Bestellers aus Abs. 4 –¹² liegt in den Fällen der Leistungsänderung bereits eine vollständige Leistungsbestimmung vor, die nachträglich einseitig durch den Besteller modifiziert werden kann. Praktische Relevanz hat die Unterscheidung insofern, als das Recht zur Leistungsänderung auch – in den Grenzen von Treu und Glauben – wiederholt ausgeübt werden kann und nicht nach einmaliger Änderungsforderung erlischt.¹³ So kann der Auftraggeber auch mehrfach Änderungen bezüglich desselben Gegenstands anordnen, sofern diese Änderungen im Verlauf des Baues notwendig werden. Dieses Recht auf nachträgliche Änderungen erfasst nicht allein die Bauentwurfsplanung durch den Architekten, sondern sämtliche technischen Ausführungsvorgaben, neben schriftlichen und zeichnerischen also auch mündliche. Der Begriff der Bauentwurfsplanung ist da-

10 Kapellmann/Messerschmidt-v. Rintelen, VOB/B § 1 Rn. 49 b m.w.N.

11 Insofern missverständlich Kniffka-Jansen/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, § 631 Rn. 933 ff. mit der Verwendung des Wortes „Leistungsbestimmungsrecht“, insbesondere auch Rn. 947 ff. ohne Differenzierung zwischen den Regelungen der Absätze 3 und 4.

12 BGH, Urteil vom 25.01.1996, Az. VII ZR 233/94 Rn. 35 = BGHZ 131, 392 = NJW 1996, 1346; BeckOGK-*Netzer*, BGB § 315 Rn. 26; MünchKomm-*Würdinger*, BGB § 315 Rn. 61.

13 Hierfür im Hinblick auf den Änderungsvorbehalt der VOB/B auch Kniffka-Jansen/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, § 631 Rn. 949.

mit kein formaler, er ist stattdessen funktional am Leistungserfolg orientiert zu verstehen.

Der Streit über den Umfang und die Grenzen der Leistungsänderungsanordnung nach Abs. 3 und die Abgrenzung zur Forderung von Zusatzleistungen nach Abs. 4 ist vor allem theoretischer Natur. Er findet in der Gerichtspraxis keinen ersichtlichen Niederschlag¹⁴ und soll hier daher nur als Kurzüberblick dargestellt werden.¹⁵

b) Grenzen des Änderungsrechts

Nach ursprünglich einhelliger Meinung in der Literatur beschränkt sich das Änderungsrecht des Auftraggebers auf den technischen Inhalt der Bauplanung und erstreckt sich nicht auf alle übrigen Bauumstände. Gemeint sind hiermit Anordnungen bezüglich des Bauablaufs, der Arbeitsgeräte und sonstige baustellenbezogene Anordnungen. Während die Entwurfsplanung und das Bauziel originär in den Bereich des Auftraggebers fallen, gelte dies für die Umstände der Ausführung gerade nicht und sei daher auch nicht vom einseitigen Anordnungsrecht erfasst. Insbesondere dürfe der Auftraggeber im Rahmen des § 1 Abs. 3 VOB/B auch keine Änderungen bezüglich der vereinbarten Bauzeit treffen, das heißt beispielsweise Beschleunigungsanordnungen vornehmen. Dies greife fundamental und gegen dessen Interessen in die Sphäre des Unternehmers ein.¹⁶

Seit einiger Zeit mehren sich jedoch Stimmen, die ein rein auf den technischen Inhalt bezogenes Verständnis des Begriffs „Bauentwurf“ für praxisfern halten. Diese Auslegung sei weder sprachlich zwingend noch inhaltlich zufriedenstellend. Zum einen gehören zur Bauplanung und deren vertraglicher Fixierung in aller Regel auch zeitliche Absprachen.¹⁷ Zum anderen folgt aus der Verneinung eines bauzeitlichen Anordnungsrechts, dass eine entsprechende Änderungsaufforderung vom Auftragnehmer ver-

14 So auch Kniffka-Jansen/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, § 631 Rn. 945 f.

15 Zum aktuellen Diskussionsstand vor allem Ganten/Jansen/Voit-Jansen, *VOB/B* § 1 Rn. 25 ff., Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen, *VOB/B* § 1 Rn. 51 ff.

16 Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen, *VOB/B* § 1 Rn. 54 f. m.w.N.

17 Statt vieler und m.w.N. Ganten/Jansen/Voit-Jansen, *VOB/B* § 1 Abs. 3 Rn. 28 f. Hier wird auch grundsätzlich bemängelt, dass die Gegner des zeitlichen Anordnungsrechts ihre Auffassung dogmatisch unzureichend begründeten (insbes. Rn. 27).