





Maase, BauR 2017, 781

Thema: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB - Teil 1

Zeitschrift: BauR - Baurecht Autor: Andreas Maase

Rubrik: Aufsätze Referenz: BauR 2017, 781 - 797 (Heft 5)

Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 **BGB - Teil 1**

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Andreas Maase, Ellwangen (Jagst)

Während die Leistungszeit für den Verkäufer beim Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Zeitpunkt beschränkt bleibt, in dem die fertige Kaufsache an den Käufer übergeben oder, bei dem durch § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB gleichfalls kaufrechtlich qualifizierten Liefervertrag mit Montageverpflichtung, ¹ allenfalls noch montiert wird, nehmen die Herstellung oder Veränderung einer Sache bzw. der andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg aus § 631 Abs. 2 BGB beim Werkvertrag einen ganzen, oftmals sehr langen Zeitraum in Anspruch, der gem. § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB erst mit der Abnahme endet. Inbesondere bei Werkverträgen über komplexe Bauleistungen mit ihrem zeitlich gestaffelten Ineinandergreifen² vieler verschiedener Gewerke und typischerweise mehreren teils nebeneinander und teils nacheinander tätigen Unternehmern sowie ggf. deren Subunternehmern führen Änderungen des Bausolls³ sowie der allgegenwärtige Termindruck, Friktionen auf der Baustelle und sonstige Verzögerungen z.B. aufgrund öffentlich-rechtlicher Auflagen von Behörden nicht selten zu dem vom Besteller als völlig legitim empfundenen Bedürfnis, bauzeitwirksame Anordnungen auch einseitig treffen zu dürfen.

Teil 2 dieses Beitrags folgt im nächsten Heft.

A. Problemaufriss

Ob sich die Geltendmachung dieses tatsächlichen Bedürfnisses auf ein Recht des Bestellers gegenüber dem Unternehmer stützen kann, ist streitig. De lege lata ist zu unterscheiden: Beim BGB-Vertrag ist eine entsprechende Anordnungsbefugnis nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und der ihr folgenden wohl immer noch h.M.⁴ nur im Einzelfall entsprechend der Auslegung des jeweiligen Vertrages (§ 157 BGB)⁵ diskutabel, und zwar sub specie von Treu und Glauben (§ 242 BGB)⁶ als allgemeinem Rechtsprinzip bzw. der bauvertraglichen Kooperationspflicht⁷ als dessen spezieller Ausformung. Beim VOB/B-Vertrag soll die Befugnis zu bauzeitwirksamen Anordnungen hingegen nach zwei obiter dicta des Oberlandesgerichtes Naumburg⁸ sowie u.a. nach Keldungs,⁹ und zwar trotz dessen ausdrücklich beibehaltenen dogmatischen Bedenken, von der Anordnungsbefugnis bei Änderungen des Bauentwurfs in § 1 Abs. 3 VOB/B umfasst sein, während Brever¹⁰ die *nicht vereinbarten Leistungen* heranzieht, die der Besteller gem. § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B mit auszuführen hat. Eine weitere Variante dieser Auffassung vertritt Jansen, ¹¹ nach dem – im Ergebnis – jedenfalls auf die *anderen Anordnungen* in § 2 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VOB/B zurückgegriffen werden kann.

- 1 Zur Abgrenzung vom Werkvertrag vgl. OLG Koblenz NJW 2012, 3380 [OLG Koblenz 30.07.2012 5 U 492/12].
- 2 Lehrreich OLG Hamm, MDR 2016, 880 f.
- Der an diesem Begriff u.a. von Thode, ZfBR 2006, 309 ff. und Quack, ZfBR 2006, 731 geübten Kritik soll hier nicht nachgegangen werden; Bausoll sei das versprochene Werk gem. § 631 Abs. 1 BGB nach Leistungsinhalt und Leistungsumfang, das der Unternehmer sachmangelfrei i.S.v. § 633 Abs. 2 BGB schuldet.
- Vgl. neuerdings die Aufarbeitung des Streitstandes bei Luz, BauR 2016, 1065 ff.
- BGH NJW 1996, 1346 (1347) [BGH 25.01.1996 VII ZR 233/94]. 5
- 6 Ebenda.
- 7 BGH BauR 2000, 409.
- OLG Namburg, Urt. v. 23.06.2011 2 U 113/09 und Urt. v. 15.05.2013 2 U 161/212. 8
- Ingenstau/Korbion, 18. Aufl., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 7.
- 10 BauR 2006, 1222 (1226).

Demgegenüber hat Thode zweimal¹² mit großer Schärfe geltend gemacht, dass die bei §§ 1 Abs. 3 , Abs. 4 Satz 1 VOB/B ansetzenden Auffassungen bereits methodisch inakzeptabel seien, während der Weg über die anderen Anordnungen deshalb ein Holzweg sei, weil § 2 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VOB/B hinsichtlich ihrer nur eine Rechtsfolge, nicht aber einen subsumtionsfähigen Tatbestand enthalte; zur Anspruchsgrundlage für eine Mehrvergütung tauge die Klausel daher nicht. Diese Stellungnahme verdeutlicht en passant, dass die Frage, inwieweit der Besteller bauzeitwirksame Anordnungen treffen darf, zwar vordergründig nur auf die Leistungsebene zielt. Rechtspraktisch geht es jedoch letztlich immer um die Vergütungsebene, denn Streit über die Rechtmäßigkeit einer Anordnung wird nur entstehen, wo der Unternehmer sein wirtschaftliches Interesse nicht mehr gewahrt sieht. De lege ferenda konnte Zanner¹³ von den Freiburger Baurechtstagen 2005 noch berichten, dass sich das Auditorium überwiegend dafür ausgesprochen habe, den Wortlaut des § 1 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich auch auf bauzeitwirksame Anordnungen zu beziehen. Demgegenüber votierte der Arbeitskreis I "Bauvertragsrecht" des 5. Deutschen Baugerichtstages 2014 neun Jahre später mit überwältigender Mehrheit¹⁴ gegen die Empfehlung der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz, eine entsprechende Regelung im BGB zu verankern. Angesichts dieser Bandbreite sei zunächst eine begriffliche Klärung versucht, die der Erörterung als Richtschnur dienen soll.

B. Terminologie

In terminologischer Hinsicht hat Breyer 15 zutreffend darauf hingewiesen, dass der sowohl im Schrifttum 16 als in der Rechtsprechung¹⁷ anzutreffenden Rede vom *Eingriff in die Bauzeit* erstens ein Vorverständnis zugrundeliege, nach dem ein Besteller, der Einfluss auf die Bauzeit nehmen wolle, sich damit per se vertragswidrig verhalte, es zweitens aber auch ungenau sei, die bloße Aufforderung, eine Maßnahme zu ergreifen, schon mit deren tatsächlicher Durchführung als dem eigentlichen Eingriff in die Unternehmersphäre gleichzusetzen. Im Hinblick darauf sei vorliegend auf der tatsächlichen Ebene der Begriff des Ansinnens verwendet, das anschließend von Rechts wegen als Angebot zum Abschluss eines Änderungsvertrages qualifiziert werden könnte oder eben auch als einseitige bauzeitwirksame Anordnung gesehen werden kann, mit welcher der Besteller sein – etwaiges, im weiteren Gedankengang zu hinterfragendes – bauzeitliches Bestimmungsrecht ausübt. Auch diesem Arbeitsbegriff liegt freilich ein Vorverständnis zugrunde, das aber wie gesagt sowohl auf die rechtliche als auf die tatsächliche Seite der Problematik referieren¹⁸ soll. Ausgangspunkt hierfür sei die Überlegung, dass sämtliche in Betracht kommenden Fallgruppen einen Vertragsschluss schon voraussetzen; es geht nicht mehr darum, ob ein Vertrag geschlossen wird, sondern er wurde bereits geschlossen. Die im Schrifttum von Peters¹⁹ vertretene und in der älteren Rechtsprechung²⁰ vereinzelt anzutreffende, ggf. wohl auch auf § 1 Abs. 3 VOB/B zu erstreckende Auffassung, dass § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B einen Kontrahierungszwang begründe, erscheint deshalb (einerseits) zu weitgehend, und zwar unabhängig davon, dass die Denkfigur des Kontrahierungszwanges traditionell²¹ ohnehin in den Bereichen der Daseinsvorsorge²² und sonstiger rechtspolitisch erwünschter Beschränkungen der Vertragsfreiheit²³ zu verorten ist; denn wirtschaftlicher Sinn der Anordnung ist ja kein neuer Vertragsschluss, sondern der Besteller möchte die zeitliche Komponente eines bereits begründeten Austauschverhältnisses nachträglich gestalten, ohne hierzu der Einwilligung des Unternehmers zu bedürfen. Soweit es dabei zumindest auch um Änderungen des Bauentwurfs gem. § 1 Abs. 3 VOB/B bzw. die nicht vereinbarten Leistungen aus § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B gehen sollte, würde die vom Besteller erstrebte Modifikation allerdings in der Tat die Gegenseitigkeit von Leistung und Gegenleistung und damit das Synallagma im eigentlichen Sinn betreffen. 24 Deshalb lag die Annahme eines Kontrahierungszwanges und damit

- 12 ZfBR 2004, 214 ff. und BauR 2008, 155 ff.
- 13 Zanner, BauR 2006, 177 (184).
- 14 Empfehlungen des 5. Deutschen Baugerichtstages, Arbeitskreis I Bauvertragsrecht, in: BauR 2014, 1544 (1550).
- 15 BauR 2006, 1222 (1222 f.).
- 16 Thode, ZfBR 2004, 214.
- 17 OLG Hamm, BauR 2005, 1480 (1481).
- 18 Vgl. Bernd Jeand' Heur: Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, Berlin 1989, S. 145 ff.
- 19 Staudinger/Peters, 13. Aufl., § 633 BGB, Rdnr. 52.
- 20 Vgl. die Ausführungen zum erstinstanzlichen Urteil in BGH, NJW 1996, 1346 (1347) [BGH 25.01.1996 VII ZR 233/94].

- 21 Vgl. Jan Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999, S. 110 ff.
- 22 Wie z.B. § 1 Abs. 5 Satz 1 PflVG.
- 23 Wie z.B. §§ 34 ff. EEG.
- 24 BGHZ 15, 102 (105) unter Hinweis auf RGZ 147, 340 (342).

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 783 << >>

die Sichtweise der zuvor erwähnten älteren Stimmen (andererseits) nicht fern. 25 Soweit eine Anordnung dagegen final auf die Bauzeit als solche zielen sollte, ginge es um die Leistungszeit an sich und damit um eine bloße Leistungsmodalität²⁶ sowohl für die Fälligkeit als für die Erfüllbarkeit der Leistungshandlung. Sie aber wäre, im Gegensatz zum Leistungserfolg, prinzipiell nicht synallagmatisch.²⁷ Dass eine auf der Unterscheidung von Synallagma hier und bloßen Leistungsmodalitäten dort bzw. der Differenzierung nach Bauinhalt und Bauumständen²⁸ beruhende Begrifflichkeit die bauvertragliche Erörterung mit einem Abgrenzungsproblem belasten würde, das angesichts realer Baustellen nur als Glasperlenspiel bezeichnet werden könnte, scheint sich für die Befürworter eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes freilich von selbst zu verstehen. So argumentiert z.B. Zanner, ²⁹ nach dem auch die Bauzeit der Anordnungsbefugnis des Bestellers aus § 1 Abs. 3 VOB/B unterfällt, mit einem Beispiel von Kapellmann/Schiffers: 30 Aufgrund unvorhersehbarer Risiken mussten bei den Bauarbeiten komplizierte Zwischenbühnen eingesetzt werden, wodurch der Bauzeitenplan obsolet war. Betraf diese Modifikation, fragt Zanner, den Bauinhalt, oder ging es nur um die Bauumstände? Ein weiteres Beispiel bringt Diehr: 31 Während der Bauarbeiten stellt sich eine unvorhersehbare Asbestbelastung heraus. Kann es, fragt Diehr, einen Unterschied machen, ob der Besteller zunächst die Einstellung der Bauarbeiten anordnet und damit direkt in die Bauzeit eingreift, oder ob er den Unternehmer sogleich die agf. umfangreiche Sanierung in Angriff nehmen lässt und dadurch natürlich auch die Bauzeit, diese aber nur indirekt beeinflusst? Dass sich hier ein Problem auftut, trifft allerdings zu. Anordnung sei deshalb sowie auch im Hinblick auf die seit dem Urteil des 7. Zivilsenates vom 14.07.1994³² gefestigte³³ höchstrichterliche Rechtsprechung jede einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Besteller an den Unternehmer richtet, um ein bereits bestehendes Synallagma (den Bauinhalt) oder auch dessen Modalitäten (die Bauumstände) zu gestalten. Bauzeitwirksam sei die Ausübung der dazu etwa bestehenden Befugnis immer schon dann, wenn durch die Anordnung entweder (1) dort, wo nichts vereinbart war, erstmals eine Ausführungsfrist gesetzt wird oder aber (2) dort, wo sich die Parteien auf eine Vertragsfrist geeinigt hatten, diese nachträglich, aus welchem Grund auch immer, im Ergebnis verändert, also verkürzt, verlängert, verlegt oder aufgespalten wird. Darauf, ob die Anordnung als bauzeitwirksam intendiert (unmittelbar bauzeitwirksam) ist oder eine Änderung des Bauentwurfs i.S.v. § 1 Abs. 3 VOB/B, ein Verlangen des Auftraggebers i.S.v. § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B oder eine andere Anordnung i.S.v. § 2 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VOB/B sie rein faktisch bauzeitwirksam (mittelbar bauzeitwirksam) machen, soll es dagegen auf der terminologischen Ebene nicht ankommen. Vor diesem Hintergrund sei zuerst die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und der Oberlandesgerichte gesichtet. Insbesondere zu den Entscheidungen der Oberlandesgerichte seien dabei, um die Problemstellung zu verdeutlichen, auch die Sachverhalte wiedergegeben. Soweit es sich um ältere Rechtsprechung handelt, ist im Anschluss an Thode³⁴ darauf hinzuweisen, dass die vor der Entscheidung des 7. Zivilsenates vom 14.07.1994³⁵ ergangene Rechtsprechung im Hinblick auf die Rechtsnatur der Anordnungen noch weitgehend unreflektiert war und (insofern) nicht mehr relevant ist. Die Parteien des Bauvertrages werden entsprechend dem Sprachgebrauch des BGB einheitlich auch dann Unternehmer und Besteller genannt, wenn vom VOB/B-Vertrag die Rede ist.

C. Rechtsprechung

I. Bundesgerichtshof

1. BGH, Urt. v. 21.03.1968 - VII ZR 84/67

Der Unternehmer hatte den heute in § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B geregelten Schadensersatzanspruch geltend gemacht, nachdem der Besteller die Bauzeit verschoben und außerdem verlängert hatte. Der Besteller wandte ein, dass dieser Anspruch, wenngleich Schadensersatzanspruch, nicht anders zu behandeln sei als der heute in § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B geregelte Mehrvergütungsanspruch, und

- 25 Ebenso z.B. auch Kaufmann, BauR 2005, 1806 (1808) m.w.N.
- 26 Miernik, BauR 2011, 1 (6).
- 27 Erman/Ebert, 12. Aufl., § 271 BGB, Rdnr. 3.
- 28 Oberhauser, BauR 2010, 308 (310 f.).

- 29 BauR 2006, 177 (178).
- 30 Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 6. Aufl., Rdnr. 789.
- 31 BauR 2001, 1507 (1508 f.).
- 32 BauR 1994, 760 (761).
- 33 Thode ZfBR 2004, 214 (215 f.) m.w.N.
- 34 ZfBR 2004, 214 (215).
- 35 BauR 1994, 760 (761).

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 784 << >>

erhob deshalb die Einrede der Verjährung. Seinerzeit verjährten Schadensersatzansprüche in dreißig Jahren (§ 195 BGB a.F.), Vergütungsansprüche von Handwerkern hingegen in zwei Jahren (§ 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F.). Hierzu hatte sich der Senat zu äußern. Dass zu den anderen Anordnungen i.S.d. heutigen § 2 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VOB/B auch solche *über die Bauzeit und den Beginn der Bauausführung* zu zählen seien, setzte er sieben Jahre vor Inkrafttreten des AGBG³⁶ in einem obiter dictum³⁷ unter Hinweis auf damalige Kommentarliteratur ohne Weiteres voraus.

2. BGH, Urt. v. 21.12.1970 - VII ZR 184/69

Auch hier³⁸ ging es um den heute in § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B geregelten Schadensersatzanspruch. Der Senat führte wiederum in einem obiter dictum aus, dass – falls dieser Anspruch nicht gegeben sei – möglicherweise der Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B zum Tragen komme, und verwies hierzu auf sein o.a. Urteil.

3. BGH, Urt. v. 27.06.1985 - VII ZR 23/84

Erneut ging es um den heute in § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B geregelten Schadensersatzanspruch, und zwar im Verhältnis zum Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB sowie in Abgrenzung zum Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B. Unter Hinweis auf beide o.a. Judikate hielt der Senat nochmals explizit,³⁹ wenngleich ohne Begründung daran fest, dass zu den sonstigen Anordnungen i.S.v. Alt. 2 der zuletzt genannten Klausel auch solche über die Bauzeit und den Beginn der Bauausführung zu zählen seien. Zuvor weisen die Gründe, freilich in anderem Zusammenhang, darauf hin, dass jedenfalls bei Großbauvorhaben ein Bauzeitenplan für eine ordnungsgemäße Ablaufplanung unerlässlich und der Besteller deshalb schon aufgrund seiner Koordinierungspflicht gehalten sei, auf dessen Erstellung hinzuwirken. Für die Problematik einer bauzeitlichen Anordnungsbefugnis kann diese Erwägung allerdings nicht herangezogen werden, denn sie bezieht sich nur auf die Frage, ob einem vom Besteller übergebenen Bauzeitenplan eine Art von Gewähr für die rechtzeitige mangelfreie Verfügbarkeit der vom Unternehmer zugrundezulegenden Vorleistungen immanent sei - was der Senat unter Hinweis auf § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B deshalb verneinte, weil ja selbst die in einem solchen Plan ausgewiesenen Fristen nicht ohne Weiteres verbindlich seien. 40 Ein inhaltlicher Nexus zwischen der Koordinierungspflicht des Bestellers und seinem etwaigen bauzeitlichen Bestimmungsrecht kann der Entscheidung daher nicht entnommen werden. Ebensowenig waren weitergehende Äußerungen zur Problematik der VOB/B als AGB veranlasst.

4. BGH, Urt. v. 25.01.1996 - VII ZR 233/94

Solche finden sich, wenngleich ohne expliziten Bezug zur Bauzeit, im Zusammenhang mit der hier interessierenden Anordnungsbefugnis des Bestellers erstmals in diesem Judikat. Eine Innung⁴¹ hatte wegen mehrerer Klauseln in den AGB, die der beklagte Hauptunternehmer zusätzlich zur VOB/B als Besondere Vertragsbedingungen gegenüber seinen Subunternehmern verwandte, den Unterlassungs- und Widerrufsanspruch aus § 13 AGBG bzw. heute §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UklaG geltend gemacht. In diesem Zusammenhang ging es auch um § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B . In ihm hatte das Landgericht einen formularmäßigen Kontrahierungszwang gesehen, der dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entgegenstehe und deshalb gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG bzw. heute § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Demgegenüber hatte der beklagte Hauptunternehmer u.a. eingewandt, dass § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B das Synallagma als solches betreffe und daher gem. § 8 AGBG bzw. heute § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gar keiner Inhaltskontrolle unterliege. Der im Wege der Sprungrevision⁴² angerufene 7. Zivilsenat ließ diese Frage jedoch dahinstehen, weil § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle jedenfalls standhalte. In den Gründen wird hierzu auf das gesetzliche Leitbild verwiesen: Das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB kenne eine einseitiae Anordnungsbefugnis des Bestellers zwar nicht. Allerdings könne sie - mit den in § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B ausgesprochenen Beschränkungen (nämlich positiv auf Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, sowie negativ durch die Exemtion von Unternehmern, deren

- 36 Am 01.04.1977, vgl. AGBG vom 09.12.1976 (BGBl. I, S. 3317).
- 37 BGHZ 50, 25 (30).
- 38 BauR 1971, 202 (203).
- 39 BGHZ 95, 128 (135).
- 40 Ebenda, S. 134.
- 41 § 52 Abs. 1 Satz 1 HandwO.
- 42 § 566 ZPO.

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 785 << >>

richtet ist) – im Einzelfall aus §§ 157, 242 BGB folgen und begründe dann auch beim BGB-Vertrag eine vom Unternehmer zu erfüllende Vertragspflicht. Mithin setzt der Senat nicht etwa nur bei Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Generalklausel⁴³ an, sondern gesellt ihr explizit die Auslegung des jeweils einzelnen Vertrages (§ 157 BGB) bei. Darauf, dass seine Erwägungen immer sowohl die VOB/B als Klauselwerk aus AGB wie auch das BGB als Gesetzesrecht im Blick behalten, ist deshalb besonders hinzuweisen, weil der 7. Zivilsenat sein fundamentales Argument hinsichtlich beider ohne Unterschied aus dem (so wörtlich) Spannungsverhältnis zwischen Planung und Realität⁴⁴ schöpft, das für die tatsächliche Durchführung von Bauverträgen ausnahmslos konstitutiv und deshalb auch bei der Rechtsanwendung angemessen zu berücksichtigen sei. § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B werde diesen Anforderungen gerecht, indem er ein Recht des Bestellers, zugunsten des Unternehmers aber auch dessen Grenzen regele. Dieses Recht wird in den Gründen – wiederum wörtlich – zunächst als vertraglich vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht ähnlich § 315 BGB und wenig später als Gestaltungsrecht bezeichnet.

5. BGH, Urt. v. 28.11.2002 - VII ZR 4/00

Der Unternehmer hatte mit den Bestellern, die Verbraucher waren, vor der Schuldrechtsreform einen Vertrag über den Neubau eines Einfamilienwohnhauses geschlossen. Das geschah auf einem von ihm gestellten Formular, mit dem die VOB/B einerseits in den Vertrag einbezogen, andererseits jedoch modifiziert wurde. Eine der Modifikationen lautete, dass Sonderwünsche nur solange möglich seien, bis die Ausführungsplanung vorliege. Nach der Abnahme kam es zum Streit u.a. über Sachmängel, hinsichtlich derer der Unternehmer die Einrede der Verjährung erhob. Diese wäre angesichts der damals nur zweijährigen Gewährleistungsfrist aus § 13 Nr. 4 VOB/B a.F. wirksam gewesen, wenn die VOB/B Vertragsgrundlage i.S.d. damaligen § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG geworden wäre. Hierfür hatte der 7. Zivilsenat seinerzeit noch nicht die seit BGHZ 157, 346 (348) geltende formelle Regel aufgestellt, dass die Einbeziehung der VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen ingesamt schon durch jede beliebige Modifikation irgendeiner Klausel verhindert werde. Vielmehr fragte er noch, ⁴⁵ ob die einzelne Modifikation materiell den Kernbereich der VOB/B berühre. Dies wurde für o.a. Klausel bejaht, weil Sonderwünsche dem Besteller beim VOB/B-Vertrag immer vorbehalten seien, habe er doch nach § 1 Abs. 3 VOB/B das Recht, Änderungen des Bauentwurfs einseitig und ohne Zustimmung anzuordnen. Somit greife die Klausel in den Kernbereich der VOB/B ein, die daher nicht wirksam in den Vertrag einbezogen sei. Dieser unterlag deshalb der gesetzlichen Gewährleistungsfrist; die Mängelrechte der Besteller waren unverjährt. 46 Nach alldem stellt die Entscheidung zwar nicht auf die Bauzeit ab, belegt aber, dass die Anordnungsbefugnisse des Bestellers jedenfalls für den VOB/B-Vertrag konstitutiv sind. Ausführungen zu der im Urteil vom 25.01.1996 [oben C I, 4] angelegten Frage, ob diese Befugnisse für den VOB/B-Vertrag vielleicht nur deshalb konstitutiv sind, weil es sich bei ihm gerade um einen Bauvertrag handelt, waren ebensowenig veranlasst wie zu der weiteren Frage, ob sie nach Inhalt und Umfang nicht ebenso wie beim BGB-Vertrag aus einer Auslegung des jeweils einzelnen Vertrages nach Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) folgen.

II. Oberlandesgerichte

1. OLG Hamm, Urt. v. 14.04.2005 - 21 U 133/04

Der Besteller hatte den Unternehmer beauftragt, diverse Leitungen zu verlegen. Hierüber wurde ein VOB/B-Vertrag mit einem Bauzeitenplan geschlossen, in dem Termine für Baubeginn und Fertigstellung vereinbart waren. Diese konnten jedoch zunächst mangels Baustrom, anschließend mangels Bauwasser und sodann wegen fehlender Vorleistungen nicht eingehalten waren, weshalb der Unternehmer zunächst Behinderung anmeldete und anschließend den Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B geltend machte. In den Gründen⁴⁷ verweist der Senat auf die [oben C I, 1–3] vorgestellten Urteile des Bundesgerichtshofes, leitet von ihnen aber sogleich zur Problematik der Anspruchsgrundlage über. Ausgangspunkt hierfür ist die

Erwägung, dass *andere Anordnungen* i.S.v. § 2 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VOB/B prinzipiell auch bauzeitwirksame Anordnungen sein könnten. Weiterhin streitig sei allerdings, ob dies nur inso-

- 43 Palandt/Grüneberg, 76. Aufl., § 242 BGB, Rdnr. 2.
- 44 NJW 1996, 1346 (1347) [BGH 25.01.1996 VII ZR 233/94].
- 45 BGHZ 86, 135 (142).
- 46 BauR 2003, 380 (381).
- 47 BauR 2005, 1480 (1481 ff.).

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 786 << >>

weit gelte, als eine bauzeitwirksame Anordnung zugleich rechtmäßig sei. Insofern sei der von Thode⁴⁸ begründeten Auffassung zu folgen, dass eine rechtswidrige Anordnung keinen vertraglichen Anspruch begründen könne. Wenn die bauzeitwirksame Anordnung entweder aufgrund einer Individualvereinbarung oder aufgrund §§ 1 Abs. 3 , Abs. 4 Satz 1 VOB/B rechtmäßig sei, könne der Unternehmer den Mehrvergütungsanspruch aus §§ 2 Abs. 5 Satz 1 , Abs. 6 VOB/B haben. Sei sie hingegen rechtswidrig, bewende es beim Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B bzw. dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB . Auf dieser Linie blieb einige Zeit später auch das Oberlandesgericht Celle.

2. OLG Celle, Urt. v. 22.07.2009 - 14 U 166/08

Der Besteller hatte den Unternehmer beauftragt, die vorhandene, einen Kanal überspannende Autobahnbrücke abzubrechen und anschließend auf ihrer nicht abzubrechenden Gründung eine neue Autobahnbrücke zu bauen. Im VOB/B-Vertrag wurde ein Bauzeitenplan vereinbart, in dem für beide Bauabschnitte jeweils ein spätester Baubeginn sowie ein Fertigstellungstermin festgelegt wurden. Keiner dieser Termine konnte eingehalten werden, weil der Besteller die während der Bauarbeiten erforderliche Umgehung einem Drittunternehmer übertragen hatte, der seinerseits in Verzug geriet, die zuständige Behörde die Benutzung der schließlich doch noch hergestellten Umgehung für einen bestimmten Zeitraum untersagte und sich außerdem herausstellte, dass die alte Gründung für die neue Brücke zu schwach war, d.h. zusätzlich war eine neue Gründung herzustellen. Anschließend stritten die Parteien um den Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B . In den Gründen⁴⁹ folgt das Oberlandesgericht Celle der Linie des Oberlandesgerichtes Hamm [oben C II, 1]. Zugleich setzt es jedoch zwei besondere Akzente, die deshalb erwähnenswert sind, weil beide auf die reale Baustelle bzw. darauf abzielen, einerseits Anordnungen von Behinderungen abzuschichten, andererseits aber auch zu berücksichtigen, dass die Parteien eines Bauvertrages sich im Rahmen eines tatsächlich gelebten Kooperationsverhältnisses typischerweise - und zwar gänzlich unabhängig vom Bestehen ihrer anhand dieses Befundes richterrechtlich⁵⁰ erst entwickelten⁵¹ Kooperationspflicht – zunächst oft intensiv bemühen, auftretende Probleme gemeinsam in den Griff zu bekommen. Vor diesem Hintergrund sieht das Oberlandesgericht Celle (erstens) den Begriff der Anordnungen in § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B darin, dass der Besteller einseitige Vorgaben mache, deren Anlässe unabhängig von einem Vertretenmüssen i.S.v. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB rein faktisch ihm selbst zuzurechnen seien. Daran fehle es hinsichtlich des in Verzug geratenen Drittunternehmers, während die Zurechenbarkeit an den Besteller sowohl hinsichtlich der an ihn adressierten behördlichen Auflage als der von ihm als Baugrund zur Verfügung gestellten, zu schwachen Gründung eindeutig sei. Ob § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B nur rechtmäßige Anordnungen betreffe und der Besteller deshalb bei rechtswidrigen Anordnungen auf § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B bzw. § 642 BGB verwiesen sei, bedürfe hingegen (zweitens) keiner Klärung, denn der Unternehmer habe die Anordnungen des Bestellers vorliegend nicht bloß akzeptiert und ihnen Folge geleistet, sondern beide Parteien hätten die geänderten Umstände einvernehmlich hingenommen und gestaltet. Dieser letztere Gesichtspunkt wird exemplarisch variiert in einer weiteren Entscheidung des Oberlandesgerichtes Hamm.

3. OLG Hamm, Urt. v. 12.04.2011 - I-24 U 29/09

Der im Rahmen der Sanierung einer Bunkeranlage beauftragte Unternehmer vermochte den als Bestandteil des VOB/B-Vertrages vereinbarten Bauzeitenplan nicht einzuhalten; aus welchen Gründen auch immer. Daraufhin stellte das vom Besteller mit der Bauüberwachung beauftragte Ingenieurbüro im Verlauf der Bauarbeiten sukzessiv sechs weitere Bauzeitenpläne zur Verfügung, die jeweils, um die Formulierung des Oberlandesgerichtes Celle [oben C II, 2] aufzugreifen, den *geänderten Umständen* angepasst waren. Anschließend machte der Unternehmer den Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B sowie hilfsweise den Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B und den Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB geltend. Er begründete dies damit,

48 4100 4004, 414.

- 49 BauR 2009, 1591 (1592 f.).
- 50 BGHZ 133, 44 (47); BGHZ 143, 89 (93).
- 51 Grieger, BauR 2000, 969 ff.

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 787 << >>

dass die Verzögerungen teils durch Änderungswünsche des Bestellers und dadurch veranlasste Umplanungen sowie teils durch unzureichende Planung und Bauüberwachung seitens des Ingenieurbüros verursacht gewesen seien. Dabei sei die Bauüberwachung insbesondere deshalb unzureichend gewesen, weil die Gewerke mangels konsequenter Terminverfolgung nicht mehr ineinander gegriffen hätten und es dadurch zu einer Zerstückelung der Arbeiten gekommen sei; außerdem hätten Vorleistungen anderer Unternehmer nicht zeitgerecht zur Verfügung gestanden.⁵² Dass die Klage auch deshalb abgewiesen wurde, weil dem Prozessbevollmächtigten des Unternehmers die Darlegung entsprechend den drei unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen nicht gelungen war, kann hier dahinstehen. Wesentlich sind vielmehr die nachstehend sinngemäß wiedergegebenen Erwägungen: (1) An einer wenigstens konkludenten Individualvereinbarung fehle es. (2) Deshalb könne sich ein Mehrvergütungsanspruch nur aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B ergeben. (3) Zu den anderen Anordnungen im Sinne dieser Klausel seien auch solche über die Bauzeit zu zählen. (4) Ob Änderungen der Bauzeit zugleich mit Änderungen des Bauentwurfs i.S.v. § 1 Abs. 3 VOB/B einhergehen müssten, könne vorliegend offenbleiben. (5) Dahinstehen könne auch die vom Oberlandesgericht Hamm [oben C II, 1] aufgeworfene Frage, ob ein Mehrvergütungsanspruch nur in Betracht komme, wenn die Anordnung des Bestellers rechtmäßig sei. Denn jedenfalls wenn der Unternehmer sie befolgt habe, könne er auch bei einer rechtswidrigen Anordnung aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B vorgehen. (6) Auch das könne aber dahinstehen, denn vorliegend fehle es schon an einer Anordnung des Bestellers. Eine solche könne insbesondere nicht aus der Aktualisierung der Baupläne geschlossen werden, denn - und dies ist die Botschaft der Entscheidung - ein rechtsgeschäftlicher Wille des Bestellers, die vertraglichen Grundlagen durch eine Anordnung zu ändern, komme nicht in Betracht, wenn sein Ansinnen durch eine Leistungsstörung aus der Unternehmersphäre veranlasst sei: Dann habe der Besteller nämlich regelmäßig kein Interesse, seinen daraus resultierenden Leistungsstörungsansprüchen durch eine vertragsändernde Anordnung den Boden zu entziehen.⁵³ Nachdem dieses Urteil durch Nichtannahmebeschluss des Bundesgerichtshofes⁵⁴ rechtskräftig wurde, schließt sich der Kreis zur Rechtsprechung des 7. Zivilsenates [oben C I, 1-3]. Bevor, ausgehend von ihr, nach dem Ertrag der Rechtsprechung gefragt wird, ist zuletzt von einer Entscheidung des Oberlandesgerichtes Naumburg⁵⁵ zu berichten.

4. OLG Naumburg, Urt. v. 15.05.2013 - 2 U 161/12

Der Unternehmer war, neben anderen (Dritt-) Unternehmern, im Zusammenhang mit der Sanierung eines mehrflügeligen Hochschulgebäudes mit Leistungen aus dem Gewerk "Heizungsinstallation" beauftragt, das die Demontage der alten und die Montage einer neuen Heizungsanlage vorsah. Ziel des Bestellers war es, die Sanierung während des fortlaufenden Hochschulbetriebes und während der winterlichen Heizperiode durchzuführen, was in seinen Vergabeunterlagen allerdings nicht explizit zum Ausdruck kam. Die VOB/B war einbezogen, und zwar - da es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelte, offenbar unverändert (§ 8a Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A) bzw. ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt (§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB). In bauzeitlicher Hinsicht wurde außer einem Termin für den Baubeginn, der zum Zeitpunkt des Zuschlages freilich schon zwei Wochen lang verstrichen war, als Vertragsfrist i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B nur der 02.09.2011 als einheitlicher Fertigstellungstermin vereinbart; ein daneben existierender und mehrfach fortgeschriebener Bauzeitenplan wurde nicht Vertragsinhalt. Bereits einen Tag vor dem Zuschlag und damit einen Tag vor Zustandekommen des Vertrages (§ 18 Abs. 1 VOB/A) entschied der Besteller im Hinblick auf den fortlaufenden Hochschulbetrieb und die anstehende Heizperiode, die Demontage der alten Heizungsanlage auf das Frühjahr 2010 zu verschieben. Der gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B nicht Vertragsinhalt gewordene Bauzeitenplan sah als Montagebeginn für die neue Heizungsanlage einen Tag x im Herbst 2010 und als Termin für ihre Fertigstellung in den Seitenflügeln einen Tag v im Winter 2010 vor. Schon im Frühsommer 2010 drang der Besteller jedoch zunächst

- 52 BauR 2013, 956 (957).
- 53 Ebenda, S. 958.
- 54 BGH. Beschl. v. 10.01.2013 VII ZR 110/11.
- 55 BauR 2013, 1912 (nur Ls.), vgl. auch den Hinweis in der Rechtsprechungsübersicht von Keldungs, BauR 2013, 1862 (1864).

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB - Teil 1 - BauR 2017 Heft 5

gegenüber anderen am Gewerk beteiligten (Dritt-) Unternehmern und schließlich auch gegenüber dem später klagenden Unternehmer darauf, diese Arbeiten um mehrere Monate vorzuziehen; und zwar explizit deshalb, um die Heizleistung in den Seitenflügeln im Winterhalbjahr 2010/2011 provisorisch sicherzustellen, obwohl er die Fertigstellung dort ja ursprünglich selbst erst für den Winter eingeplant hatte. Gleichwohl ließ sich der Unternehmer hierauf ein und begann mit den Arbeiten zwei Monate früher, als der Bauzeitenplan dies vorgesehen hatte. Recht voran kamen die Arbeiten aber wohl nicht; einerseits meldete der Unternehmer eine Behinderung wegen parallel laufender Putzarbeiten (§ 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B) an, andererseits forderte der Besteller ihn wegen angeblich mangelhafter Schweißnähte schon während der Arbeiten (§ 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B) zur Mangelbeseitigung auf. Schließlich gab der Besteller – hinsichtlich des Bauinhaltes - für bestimmte Leitungen einen geänderten Verlauf vor und verfügte außerdem, dass diese Leitungen vorab zu isolieren seien; ob die Anordnung vielleicht nur deshalb getroffen wurde, um das Provisorium in den Seitenflügeln sicherzustellen, liegt nach den Gründen nahe, ist ihnen aber nicht zu entnehmen. Sodann ordnete der Besteller - hinsichtlich der Bauumstände - die Fertigstellung in den Seitenflügeln bis 01.10.2010 an, obwohl als Vertragsfrist ja der 02.09.2011 vereinbart war. Diese Entscheidung fiel in einer Besprechung, an welcher der Unternehmer nicht teilnahm; das Besprechungsprotokoll mit der Anordnung wurde ihm anschließend übermittelt. Als die Arbeiten stagnierten - u.a. meldete der Unternehmer eine weitere Behinderung wegen parallel laufender Stemmarbeiten an -, forderte der Besteller ihn zunächst im Rahmen diverser Beschleunigungsanordnungen zum Einsatz von mehr Personal auf, setzte dann Nachfrist und sprach schließlich die seinerzeit noch als Entziehung des Auftrages bezeichnete Kündigung i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B a.F. aus. Nachdem der Besteller die bis dahin erbrachten Teilleistungen abgenommen hatte, machte der Unternehmer geltend, dass es sich in Wahrheit um eine freie Kündigung i.S.v. § 8 Abs. 1 VOB/B /§ 649 Satz 1 BGB gehandelt hatte, und klagte deshalb die vereinbarte Vergütung i.S.v. § 8 Abs. 2 VOB/B /§ 649 Satz 2 BGB ein. Nachdem das Landgericht die Klage - freilich unter Hinweis auf § 5 Abs. 4 VOB/B und die technische Anordnungsbefugnis des Bestellers aus § 4 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 VOB/B - abgewiesen hatte, ging der Unternehmer in die Berufung, die jedoch zurückgewiesen wurde. In seinen Gründen geht der Senat allerdings davon aus, dass dem Landgericht nur im Ergebnis zuzustimmen sei, denn um eine Anordnung des Bestellers zur vertragsgemäßen Ausführung gehe es gerade nicht. Vielmehr handele es sich um eine Vertragsänderung, und eine solche könne nur durch Einigung oder Anordnung zustandekommen. Für eine stillschweigende Einigung spreche, dass die Absicht des Bestellers, die Sanierung während des fortlaufenden Hochschulbetriebes und damit während der Heizperiode durchzuführen, zwar nicht Vertragsbestandteil geworden, für den Unternehmer jedoch immerhin von Anfang an offensichtlich gewesen sei; außerdem sei er auf das Ansinnen des Bestellers sogleich tätig geworden, ohne seinen Mehrvergütungsanspruch anzumelden (§ 2 Abs. 5 Satz 2 VOB/B), und als die verlangte Beschleunigung nicht erreicht worden sei, habe er versucht, die Nichteinhaltung zu erklären und zu rechtfertigen. Darauf, wie kennzeichnend derartige Erwägungen für die Situation des Bestellers in den hier interessierenden Konstellationen ganz allgemein sind, wird zurückzukommen sein. Allerdings konnte das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer stillschweigenden Einigung nach Auffassung des Senates dahinstehen, denn jedenfalls liege eine Anordnung i.S.v. § 1 Abs. 3 VOB/B vor. Dergleichen Anordnungen seien im VOB/B-Vertrag generell zulässig, und auch die vorliegende Anordnung sei es gewesen. Ob § 1 Abs. 3 VOB/B auch die Befugnis zu unmittelbar bauzeitwirksamen Anordnungen umfasse, sei allerdings streitig. Die besseren Argumente sprächen aber dafür, dies zu bejahen, denn auch solche Anordnungen seien regelmäßig kalkulationserheblich; hierauf hatte der Senat bereits in einer älteren Entscheidung⁵⁶ abgestellt. Zu alldem wird u.a. Keldungs zitiert, der sich dieser Auffassung – wie eingangs dargestellt – trotz ausdrücklich beibehaltener dogmatischer Bedenken angeschlossen hat. Selbst diese werden vom Senat allerdings nicht thematisiert, denn jedenfalls sei in der veränderten Leitungsführung sowie der vorab anzubringenden Isolierung auch eine Änderung des Bauentwurfs zu sehen. Die dahingehende Anordnung sei dem Besteller in Form des Besprechungsprotokolles zugegangen, die Nachfrist sei verstrichen, die Entziehung des Auftrages heute: Kündigung - daher rechtens und die Berufung zurückzuweisen. Dieses Urteil und die

56 BauR 2012, 255 (258).

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 789 << >>

oben erwähnte ältere Entscheidung des Senates sind bisher, soweit ersichtlich, die einzigen Judikate, die sich mit der eingangs erwähnten Literaturmeinung zu § 1 Abs. 3 VOB/B auseinandersetzen und sie deshalb billigen, weil unmittelbar bauzeitwirksame Anordnungen jedenfalls, und zwar ebenso wie Änderungen des Bauentwurfs, in der Regel kalkulationserheblich seien. Vor diesem Hintergrund ist das einstweilige Resümee zu ziehen.

III. Zwischenergebnis

In seinem Rahmen gilt es zunächst festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof bauzeitwirksame Anordnungen in allen [oben C I, 1-3] vorgestellten Entscheidungen prinzipiell für zulässig gehalten hat, ohne dies auch nur zu problematisieren. Obwohl diese Aussage jeweils nur im Rahmen von obiter dicta getroffen wurde,⁵⁷ ist sie deshalb umso bedeutsamer, als der 7. Zivilsenat mit seiner stehenden und von den Oberlandesgerichten verschiedentlich aufgegriffenen Formulierung, Anordnungen könnten sowohl solche über die Bauzeit als auch solche über den Beginn der Bauausführung sein, offenbar sowohl lediglich mittelbar bauzeitwirksame Anordnungen aufgrund von Änderungen des Bauentwurfs bzw. mit auszuführenden Leistungen als auch solche Konstellationen ins Auge fasst, in denen die Anordnung unmittelbar bauzeitwirksam ist. Da die o.a. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes nahezu vollständig und die der Oberlandesgerichte jedenfalls repräsentativ sein dürften, ⁵⁸ steht der einhellige Ausgangspunkt der Rechtsprechung als Zwischenergebnis fest; Jedenfalls im Einzelfall sind bauzeitwirksame Anordnungen des Bestellers dem *Inhalt* nach zulässig. Was die Ausübung des daraus folgenden bauzeitlichen Bestimmungsrechtes dem Umfang nach angeht, so kann auf das freilich nur zu § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B ergangene Urteil vom 25.01.1996 [oben CI, 4] verwiesen werden; dass dieses auf Anordnungen gem. §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B übertragbar ist, sei hier vorausgesetzt. Konstitutiv für die bisherige Linie der Rechtsprechung ist damit allerdings nur, dass die in Frage kommenden Klauseln der VOB/B jedenfalls insofern AGB-konform sind, als die Befugnis des Bestellers zu einseitigen und ggf. bauzeitwirksamen Anordnungen ohnehin aus §§ 157, 242 BGB bzw. der bauvertraglichen Kooperationspflicht des Unternehmers folgen würde; denn mehr ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Die hier nicht dargestellte Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 27.11.2003⁵⁹ ändert daran nichts, denn in ihr konnte die Problematik letztlich dahinstehen, weil der auf § 2 Abs. 6 VOB/B gestützte Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers bereits an § 177 Abs. 1 BGB bzw. der Nichtbeachtung der für den Besteller, eine Gemeinde, kommunalrechtlich geltenden Vertretungsregeln⁶⁰ scheiterte. Schon deshalb kann daraus, dass in diesem Judikat scheinbar weitergehend von einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht beim VOB/B-Vertrag gesprochen wird, nichts gefolgert werden, zumal die Gründe wiederum auf das Urteil vom 25.01.1996 [oben C I, 4] und damit auf den BGB-Vertrag als gesetzliches Leitbild verweisen. Weitergehend hat sich bislang offenbar nur das Oberlandesgericht Naumburg [oben C II, 4] positioniert, und zwar unter Hinweis auf das Schrifttum, von dem nun zu berichten ist.

D. Schrifttum

I. Die Befürworter eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes

1. Ihre gemeinsamen Merkmale

a) Die Argumentation aus dem Sachbereich

Den Literaturmeinungen, die ein bauzeitliches Bestimmungsrecht des Bestellers befürworten, sind in der einen oder anderen Form, teils explizit und teils nur vage, durchwegs drei Prämissen gemeinsam; nämlich erstens die Argumentation aus dem Sachbereich, zweitens die Radizierung in der VOB/B anstatt im BGB sowie drittens der Fokus auf dem Besteller. Grundlegend für alle drei Prämissen ist deren erste, die die tatsächliche Seite der Problematik bzw. ihren Sachbereich⁶¹ ins Auge fasst. Was ihn betrifft, wird auf das Bedürfnis des Bestellers abgestellt. Ihm die Befugnis zu bauzeitwirksamen Anordnungen zu verwehren, erscheine vor dem Hintergrund realer Baustellen mit ihren vielfältigen, im Voraus nicht planbaren Unwägbarkeiten als lebensfremd. Ins-

- 57 Hierauf weist auch Jansen im Beck'schen VOB-Kommentar, a.a.O., § 1 Abs. 3, Rdnr. 26 hin.
- 58 Vgl. etwa noch OLG Schleswig, BauR 2007, 391 zu einer Beschleunigungsanordnung.
- 59 BauR 2004, 495 (497).
- 60 Vgl. etwa § 54 GemO Baden-Württemberg sowie aus der Rechtsprechung neuerdings OLG Braunschweig, NJW-RR 2016, 1493.
- 61 "Sachbereich" i.S.v. Friedrich Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl., S. 253 f.

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 790 << >>

besondere bei gewerkweiser Ausführung eines Bauvorhabens durch mehrere Unternehmer müsse der Besteller deshalb die Möglichkeit haben, auf aktuelle Entwicklungen auch in bauzeitlicher Hinsicht zu reagieren. Diese pars pro toto dem Referat von Joussen auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag⁶² entnommenen Formulierungen verdeutlichen, dass die Befürworter eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes den Besteller als jene Instanz ansehen, die die Fäden in der Hand hält und deshalb imstande sein muss, den Bauzeitenplan entsprechend den sich wandelnden Umständen für den Unternehmer verbindlich und damit

ggf. auch einseitig fortzuschreiben: Einem tatsächlichen Bedürfnis wird ein Bedarfsargument entnommen, von dem gesagt wird, dass es rechtlich erheblich sei. Insoweit stimmen die Befürworter mit dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 25.01.1996 [oben C I, 4] und seiner Formel vom *Spannungsverhältnis zwischen Planung und Realität* überein.

b) Die Radizierung in der VOB/B

Obwohl Hauptpflicht des Unternehmers natürlich auch beim BGB-Vertrag die mangelfreie und entsprechend dem Inhalt des jeweils einzelnen Vertrages *rechtzeitige* Herstellung des Werkes ist, ⁶³ setzen die literarischen Befürworter eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes nicht beim BGB an, sondern beziehen die Anordnungsbefugnisse der VOB/B im Wege der Auslegung auch auf die Bauzeit. Deshalb betrifft die Diskussion der Befürworter de lege lata ausschließlich den VOB/B-Vertrag. Zu den Anordnungsbefugnissen der VOB/B hat freilich Glöckner⁶⁴ richtigerweise darauf hingewiesen, dass das aus dem *Spannungsverhältnis* zwischen Planung und Realität gewonnene Argument, mit dem der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.01.1996 [oben C I, 4] die ABG-Konformität von § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B begründet, ohne jeden Abstrich auch auf den BGB-Vertrag übertragbar ist. Was ihn betrifft, gesteht der 7. Zivilsenat dem Besteller aber ein Bestimmungsrecht bereits aus §§ 157, 242 BGB zu und begründet damit eine diesem Recht entsprechende Pflicht des Unternehmers. Will man ihre Diskussion nicht als akademisches Nachdenken über Anspruchskonkurrenzen verstehen, die praktisch nahezu irrelevant wären - denn das bauzeitliche Bestimmungsrecht aus §§ 157, 242 BGB bliebe dem Besteller des VOB/B-Vertrages ja auch dann, wenn die VOB/B ihn nicht zu bauzeitwirksamen Anordnungen ermächtigen würde - so folgt daraus, dass die Befürworter eines aus den Anordnungsbefugnissen der VOB/B abgeleiteten bauzeitlichen Bestimmungsrechtes dem Besteller beim VOB/B-Vertrag ein vom Einzelfall so weit wie möglich abgekoppeltes Mehr an bauzeitwirksamer Gestaltungsfreiheit einräumen möchten, als er sie beim BGB-Vertrag schon von Gesetzes wegen hätte. Tendenziell anders ist dies nur bei der noch darzustellenden, vermittelnden Auffassung von Jansen, der einerseits eine erweiternde Auslegung von § 1 Abs. 3 VOB/B befürwortet, 65 bei der Anwendung auf den Einzelfall jedoch ausdrücklich zur Zurückhaltung mahnt. 66 Andere Autoren wie etwa Zanner tendieren hingegen beim VOB/B-Vertrag offenbar gerade deshalb zu einer denkbar weiten Auslegung, um die vom BGB gesetzten Grenzen zulasten des Unternehmers zu verschieben. Von diesem Ansatz her gesehen, liegt der Unterschied auf der Hand: Wird das bauzeitliche Bestimmungsrecht auf §§ 157, 242 BGB gestützt, bleibt die bauzeitwirksame Anordnung tendenziell eine Ausnahme, deren Rechtmäßigkeit konkret-individuell aus dem Einzelfall abzuleiten ist und stets einer besonderen Begründung bedarf. Nicht umsonst hat wiederum Glöckner⁶⁷ darauf hingewiesen, dass man bei einer Ableitung allein aus §§ 157, 242 BGB nicht einmal von einem eigentlichen Anordungsrecht sprechen könne. Wird das bauzeitliche Bestimmungsrecht dagegen den Anordnungsbefugnissen der VOB/B entnommen, ist es in deren Tatbestand bereits enthalten und existiert somit als generell-abstrakte Regel, gegen deren Inanspruchnahme durch den Besteller der Unternehmer mit allen gravierenden Nachteilen dieser Einwendung auf § 315 Abs. 3 BGB ⁶⁸ verwiesen ist.

c) Der Fokus auf dem Besteller

Wie einschneidend sich ein solches Verständnis auf die Position des Unternehmers auswirkt, wird insbesondere bei Zanner deutlich, der diese These – teils als Verfasser, teils als Mitverfasser der hier zitierten Publikationen – nicht bloß besonders pointiert vertritt,⁶⁹

- 62 BauR 2014, 1544 (1546 f.).
- 63 Palandt, a.a.O., § 631 BGB, Rdnr. 12.
- 64 BauR 2008, 152 (154).
- 65 Beck' scher VOB-Kommentar, a.a.O., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 32–35.
- 66 Ebenda, Rdnr. 36-41.
- 67 BauR 2008, 152 (154).
- 68 Zanner BauR 2006, 171 (181).
- 69 VOB/B nach Ansprüchen, 5. Aufl., S. 16.

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 791 << >>

sondern immerhin versucht, sie mit weitläufigen materiell- und sogar prozessrechtlichen Konsequenzen vom werkvertraglichen System her zu durchdenken. Dabei zieht Zanner nicht etwa nur das tatsächliche Bedürfnis des Bestellers heran, um aus ihm das schon erwähnte Bedarfsargument zu schöpfen. Das tut er allerdings auch. ⁷⁰ Sehr viel grundsätzlicher ist aber die weitere Überlegung, dass jedenfalls seit Inkrafttreten

der Schuldrechtsreform⁷¹ mit ihrem in § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB n.F. verankerten und durch § 13 Abs. 1 Satz 3 VOB/B 2002⁷² auch in die VOB/B übernommenen subjektiven Mangelbegriff ein Sachmangel ohne Einschränkung immer dann vorliege, wenn die vom Unternehmer hergestellte Ist-Beschaffenheit des Werkes in irgendeiner Weise von der mit dem Besteller vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweiche. Mithin sei dem neuen Mangelbegriff keine auch nur mittelbare Begrenzung auf das körperlich hergestellte Werk als solches immanent, sondern Sachmangel sei jedwede Abweichung des tatsächlich vorhandenen Leistungs-Ist vom vertraglich geschuldeten Leistungs-Soll. Hieraus folge, dass jede Bauzeitüberschreitung zugleich einen Sachmangel im Rechtssinn begründe, wenn und sofern es um eine Vertragsfrist gehe und die Folgen ihrer Überschreitung zum Zeitpunkt der Abnahme noch vorhanden seien.⁷³ Prozessrechtlich soll es bei einer Bauzeitüberschreitung, die diese Voraussetzungen erfüllt, somit um den Zustand … einer Sache bzw. die Ursache oder den Aufwand für die Beseitigung … eines Sachmangels i.S.v. § 485 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 ZPO gehen, so dass sie sogar Gegenstand eines selbständigen Beweisverfahrens sein könne.⁷⁴ Materiellrechtlich deuten die Ausführungen u.a. darauf hin, dass Zanner aufgrund der spezifisch zeitgebundenen Eigenart des - für ihn - aus einer Bauzeitüberschreitung resultierenden "Sachmangels" den Rechtsgedanken der §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2, 637 Abs. 2 BGB als grundlegend ansieht, die einschlägigen Frist- und Nachfristerfordernisse also zugunsten des Bestellers restriktiv auslegen möchte;⁷⁵ wobei Zanner als Vertragsfristen i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B natürlich auch die Fristen ansieht, die der Besteller in Wahrnehmung seines Bestimmungsrechtes nachträglich selbst definiert und, wenngleich nach billigem Ermessen, einseitig vorgibt. Wie sehr Zanners Fokus hier auf dem Interesse des Bestellers liegt, zeigt sich an seiner Stellungnahme zu von Rintelen, ⁷⁶ der auf die in § 4 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/B vorausgesetzte Dispositionsfreiheit des Bestellers hingewiesen hatte. Demgegenüber beharrt Zanner darauf, dass die Leistung auch nach dieser Klausel nach dem Vertrag auszuführen sei; und was der Unternehmer darunter aktuell zu verstehen habe, folge eben aus den Anordnungen des Bestellers. 77 Während § 631 Abs. 1 BGB die Herstellung des ein für alle Mal versprochenen Werkes als Regel ansieht, sollen die Anordnungsbefugnisse der VOB/B das Synallagma somit auch in bauzeitlicher Hinsicht zu einem vom Besteller fortzuschreibenden work in progress⁷⁸ machen.

2. Ihre hauptsächlichen Vertreter

a) Zanner: Lösung über § 1 Abs. 3 VOB/B

Grundlage hierfür soll nach Zanner⁷⁹ und – oftmals ihm folgend – auch anderen⁸⁰ die Anordnungsbefugnis aus § 1 Abs. 3 VOB/B sein. Gemäß dieser Klausel bleibt es dem Besteller vorbehalten, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen. Was den Bauentwurf angeht, so arbeitet Zanner freilich zunächst heraus, dass das ältere Schrifttum darunter nur die Baupläne verstand, zu deren Verständnis notfalls die Leistungsbeschreibung heranzuziehen war. Bauentwurf sei nach dieser Auffassung, so etwa in der Erstauflage des Ingenstau/Korbion von 1960 und danach in vielen Folgeauflagen, nur gewesen, was die geschuldete Leistung für das Auge anschaulich mache.⁸¹ Heute allg. M. sei jedoch ein sehr viel weiteres Verständnis, nach dem Gegenstand des Bauentwurfs darüber hinaus alles sein könne, was

- 70 BauR 2006, 177 (179).
- 71 Am 01.01.2002 gem. Art. 9 Abs. 1 Satz 1 SMG vom 26.11.2001 (BGBl. I, S. 3138).
- 72 Vgl. hierzu Ganten im Beck' schen VOB-Kommentar, a.a.O., § 13 Abs. 1 VOB/B, Rdnr. 52 f.
- 73 Liebchen/Viering/Zanner, Baumanagement und Bauökonomie, 2007, S. 327-331.
- 74 Ebenda, S. 331 f.
- 75 Ebenda, S. 333.
- 76 Mittlerweile, in: Kapellmann/Messerschmidt, 4. Aufl., B § 1 Rdnr. 53 ff.
- 77 Zanner, BauR 2006, 177 (181).
- 78 So der treffende Titel des Dossiers in baunetzwoche#471 vom 03.11.2016, 5 ff.
- 79 Insb. in Zanner, BauR 2006, 177 und Zanner/Keller, NZBau 2004, 353.
- 80 Nachweise bei Jansen im Beck' schen VOB-Kommentar, a.a.O., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 29; Jaeger, im Beck' schen Online-Kommentar, 18. Edition, § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 6; Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 4.
- 81 BauR 2006, 177 (180).

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 792 << >>

inhaltlich der geschuldeten Leistung zuzuordnen sei. Dann aber gebe es keinen nachvollziehbaren Grund

mehr, unter die Rede vom Bauentwurf nicht auch die Planung der bauzeitlichen Leistungsmodalitäten zu subsumieren, die mit Bauvorhaben ausnahmslos verbunden seien. Der Sache nach ebnet Zanner damit nicht nur die Differenzierung nach Bauinhalt und Bauumständen, sondern auch die synallagmatische Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung ein. Denn auch für die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Unternehmer sei es vollkommen unerheblich, ob die Anordnungen des Bestellers nur den Bauinhalt oder auch die Bauumstände beträfen. In jedem Fall müsse der Unternehmer umdisponieren – aber gerade deshalb habe er ggf. den Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B sowie den Fristverlängerungsanspruch bei Umständen aus dem Risikobereich des Bestellers gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 a) VOB/B .⁸² Der an alldem u.a. von Thode⁸³ geäußerten Kritik hält Zanner entgegen, dass die Anordnungsbefugnisse der VOB/B bewusst als spezifisch bauvertragliche Abweichungen vom schuldrechtlichen System des BGB konzipiert worden seien. Nach letzterem sei die Leistungszeit zwar regelmäßig nicht synallagmatisch; aber dass sie ausnahmsweise synallagmatisch sein könne, folge daraus, dass die Rechtsordnung das Fixgeschäft seit jeher anerkenne. Ebenso – nämlich im Sinne einer weiteren Ausnahme von der Regel – sei die VOB/B auszulegen, wenn sie dem *Spannungsverhältnis zwischen Planung und Realität* durch ihre Anordnungsbefugnisse Rechnung trage.⁸⁴

b) Breyer: Lösung über § 1 Abs. 4 VOB/B

Diesen Gedanken greift auch Breyer auf, wenn er darauf abstellt, dass die Anordnungsbefugnisse der VOB/B aus einem praktischen Bedürfnis heraus entstanden und deshalb nach Sinn und Zweck weit auszulegen seien. 85 Ausgangspunkt ist somit wieder das tatsächliche Bedürfnis des Bestellers, dem ein Bedarfsargument entnommen wird, das rechtlich erheblich sei. Dieses wird ergänzt durch die auch bei Zanner⁸⁶ anzutreffende weitere Überlegung, dass eine spezifisch bauvertragliche Lösung nicht darin bestehen könne, den Besteller zur Wahrung seiner Interessen auf juristische Umwege wie etwa die freie Kündigung aus § 649 Satz 1 BGB /§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B zu verweisen. 87 Auch deshalb zeige Thode zwar trefflich die rechtssystematischen Probleme auf, geize jedoch mit Lösungsansätzen; und zwar insbesondere mit solchen, die auch praxistauglich seien: Erneut gibt das für die Befürworter eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes so grundlegende Bedarfsargument die Richtung vor, zumal Breyer⁸⁸ ebenso deutlich wie plakativ hinzufügt, die Rechtsanwendung dürfe sich nicht in dogmatischen Winkeln verschließen, sondern müsse sich den tatsächlichen Erfordernissen öffnen. Sachgerecht sei hierfür auf der Leistungsebene allerdings nicht bei § 1 Abs. 3 VOB/B, sondern bei § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B anzusetzen. Nach dieser Klausel hat der Unternehmer nicht vereinbarte Leistungen auf Verlangen mit auszuführen, wenn sie zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Insofern bildet Breyer drei Fallgruppen, nämlich Beschleunigungsanordnungen, Baustopps und sonstige Bauzeitänderungen. Hinsichtlich der Beschleunigungsanordnungen geht Breyer von dem nun schon bekannten Argument aus, dass eine Differenzierung nach mittelbar und unmittelbar bauzeitwirksamen Anordnungen nicht praktikabel sei: Wenn der Besteller eines einröhrig geplanten Tunnels die Erweiterung auf zwei Tunnelröhren anordne, solle diese nur mittelbar bauzeitwirksame Anordnung gem. § 1 Abs. 3 VOB/B zulässig sein, während die Anordnung, es bei einer Röhre zu belassen, deren Ausbau aber nicht einseitig, sondern zweiseitig anzugreifen, trotz bauzeitlich identischer Auswirkungen nur deshalb unzulässig sein solle, weil es an einer Änderung des Bauentwurfs fehle. Das gehe ersichtlich fehl, und zwar sowohl baupraktisch als auch rechtssystematisch. Stelle man dagegen auf § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B ab, habe der Unternehmer in beiden Fällen ursprünglich nicht vereinbarte Leistungen auf Verlangen des Bestellers mit auszuführen. Zwar verlange § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B, dass diese Leistungen zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden. Dies aber sei nicht auf den (bautechnischen) Bauinhalt beschränkt, sondern im Wege der Auslegung auch

```
82 Ebenda.
```

- 83 A.a.O.
- 84 BauR 2006, 179 und 181.
- 85 Breyer, BauR 2006, 1222 (1228 f.) .
- 86 Zanner/Keller, NZBau 2004, 353 (354).
- 87 Breyer, a.a.O.
- 88 Ebenda.

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 793 << >>

auch auf die (bauzeitlichen) Bauumstände zu beziehen, weil § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B andernfalls geradezu als Hülse ohne Kern verstanden werden müsse. Denn was sich bautechnisch als zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich herausstelle, sei eben im Rechtssinn auch dann von Anfang an geschuldet, wenn dies den Parteien ursprünglich nicht bewusst gewesen sei. So gesehen, eröffne erst eine

auch bauzeitlich ansetzende Subsumtion unter die *mit auszuführenden* … *nicht vereinbarten Leistungen* einen nennenswerten eigenen Anwendungsbereich für § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B . Zusätzliche Leistung i.S.d. Klausel sei (1) bei Beschleunigungsanordnungen der *Einsatz* von mehr Personal und Gerät. ⁸⁹ Gehe es dagegen (2) um Baustopps, sei zusätzliche Leistung i.S.d. Klausel das *Warten* von Personal und Gerät. Was schließlich (3) die sonstigen Bauzeitänderungen angeht, so möchte Breyer darunter nur solche Fälle verstehen, in denen der Besteller das Gefüge des ursprünglich vereinbarten Bauzeitenplanes dadurch verändert, dass er verlangt, bestimmte Gewerke später, andere hingegen früher zu erbringen. Aus Sicht des Bestellers handele es sich um eine Kombination von partiellem Baustopp und partieller Beschleunigungsanordnung, deren einzelne Bestandteile – jeweils für sich – unter § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B zu subsumieren seien. Auf der Ebene der Gegenleistung folgt der Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers daher für Breyer ggf. aus § 2 Abs. 6 VOB/B .

c) Jansen: Lösung jedenfalls über § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B

Obwohl Jansen wie gesagt eine erweiternde Auslegung des § 1 Abs. 3 VOB/B befürwortet, 90 betont er in seiner Stellungnahme doch, dass die praktische Bedeutung des Meinungsstreites überschätzt werde. 91 Denn der Besteller des VOB/B-Vertrages sei auch bei erweiternder Auslegung seiner Anordnungsbefugnis aus § 1 Abs. 3 VOB/B im Regelfall⁹² auf die Grenzen verwiesen, die der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25.01.1996 [oben C I, 4] gezogen und unter Heranziehung der §§ 157, 242 BGB vom Einzelfall her begründet habe. Deshalb unterliege das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers auch beim VOB/B-Vertrag den Grenzen des Üblichen, die Jansen explizit als eng ansieht. 93 Falls diese Grenzen überschritten seien und die Anordnung rechtswidrig sei, sei der Unternehmer zwar auf den Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. den Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB verwiesen. Jedenfalls dann, wenn der Unternehmer einer Anordnung i.S.v. § 1 Abs. 3 VOB/B folge, sei aber im Zweifel davon auszugehen, dass sie rechtmäßig sei. Dann habe der Besteller den von ihm veranlassten Mehraufwand gem. § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B zu vergüten, und zwar entweder aufgrund einer Änderung des Bauentwurfs gemäß Alt. 1 oder aufgrund einer anderen (rechtmäßigen)⁹⁴ Anordnung gemäß Alt. 2 der Klausel. Darüber hinaus sei auch eine einvernehmliche Vertragsänderung denkbar. Bei einer solchen sei der Unternehmer nicht mehr an die bisherigen Grundlagen der Preisermittlung gebunden, denn § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B setze in beiden Alternativen eine einseitige Anordung voraus. Seien die beiderseitigen Erklärungen als einvernehmliche Vertragsänderung zu qualifizieren, könne sich der Besteller deshalb im Zweifel nicht einmal darauf berufen, dass § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B die Berücksichtigung des bisherigen Preisniveaus fordere; denn wenn die Parteien einen Änderungsvertrag geschlossen, hinsichtlich der Vergütung jedoch nichts vereinbart hätten, könne der Unternehmer - im Rahmen des § 632 Abs. 2 BGB, wie wohl hinzuzufügen ist – frei kalkulieren. ⁹⁵ Mithin bleibt auf der Vergütungsebene außer in ganz besonders evidenten Fällen kein Unternehmer auf den Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. den Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB verwiesen. All dies verdeutlicht Jansens Bestreben, eine an der wirtschaftlichen Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung orientierte Lösung aufzuzeigen, die auch ergebnisbezogen als *richtiges Recht*⁹⁶ ausweisbar ist. Wesentlich⁹⁷ hierfür ist namentlich die Auseinandersetzung mit der Argumentation von Thode, der als profiliertester Vertreter der Gegenmeinung gelten kann.

- 89 Vgl. hierzu auch Markus, NJW 2007, 545 (547 f.).
- 90 Beck'scher VOB-Kommentar, a.a.O., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 32–35.
- 91 Ebenda, Rdnr. 42.
- 92 Ebenda.
- 93 Ebenda, § 2 Abs. 5 VOB/B, Rdnr. 17.
- 94 Ebenda, § 2 Abs. 5 VOB/B, Rdnr. 29.
- 95 Ebenda, § 2 Abs. 5 VOB/B, Rdnr. 11.
- 96 Larenz, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, 1979, S. 65 ff.
- 97 Beck'scher VOB-Kommentar, a.a.O., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 28.

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 794 << >>

II. Die Gegner eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes

- 1. Ihre gemeinsamen Merkmale
- a) Die Argumentation aus dem Normbereich

Typisch nicht nur für Thode, sondern für alle Gegner eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes ist, in geradezu auffallendem Gegensatz zu dessen Befürwortern, die Argumentation nicht aus dem Topos der realen Baustelle bzw. dem Sachbereich der Problematik, sondern das Pochen darauf, dass eine rechtlich tragfähige Lösung nur aus dem Normbereich⁹⁸ der einschlägigen Rechtsnormen bzw. AGB-Klauseln erarbeitet werden könne. In drastischer Weise ausgesprochen hat dies Thode, wenn er insbesondere die Versuche, ein bauzeitliches Bestimmungsrecht in die Änderungen des Bauentwurfs in § 1 Abs. 3 VOB/B hineinzulesen, explizit als gescheitert ansieht, ⁹⁹ weil in ihnen mit Pseudobegrifflichkeiten und Scheinbegründungen hantiert, den Anforderungen an eine spezifisch juristische Begriffsbildung aber nicht einmal ansatzweise genügt werde¹⁰⁰ – Formulierungen, die Niemöller¹⁰¹ zu der Bemerkung veranlasst haben, Thodes Wortmeldung habe eine bis dahin bestehende *Argumentationsidylle der beteiligten meinungsbildenden Kräfte* angetroffen; und was sie dort bewirkte, wusste Zeiß¹⁰² nicht anders denn als *Beben* zu umschreiben: Keine noch so reale Baustelle, halten die Gegner eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes den Befürwortern entgegen, vermag durch ihr Sein und dessen faktische Bedürfnisse ein rechtliches Sollen zu begründen.¹⁰³

b) Die Radizierung im BGB

Kennzeichnend für die Gegner eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes ist daher die Rückbindung des spezifisch bauvertragsrechtlichen Sollens an das Gesetz bzw. an das Werkvertragsrecht des BGB sowie dessen Allgemeines Schuldrecht mit seinen Regelungen zur Leistungszeit. Von diesem gesetzlichen Leitbild her – und nicht von einem wie immer gearteten Realtypus¹⁰⁴ der Baustelle aus – wird zudem auch die VOB/B gelesen, so dass die ABG-Konformität eines aus ihr etwa abzuleitenden bauzeitlichen Bestimmungsrechtes bei dessen Gegnern eine große Rolle spielt. Nichtsdestotrotz führt die Radizierung im BGB dazu, den in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 25.01.1996 [oben C I, 4] aus §§ 157 , 242 BGB abgeleiteten, ggf. auch bauzeitlich zu nutzenden Spielraum zu akzeptieren. Selbst Stellungnahmen wie z.B. die von Kapellmann, der ein bauzeitliches Bestimmungsrecht ausdrücklich ablehnt, ¹⁰⁵ beziehen sich offenbar nur auf weitergehende Auffassungen wie die von Zanner, nicht aber auf den vom Bundesgerichtshof gewiesenen Weg über die Vertragsauslegung sowie Treu und Glauben im Einzelfall. Dass dieser Weg somit nicht nur von der Rechtsprechung, sondern auch vom Schrifttum einhellig anerkannt wird, relativiert zugleich die Rede von den Gegnern eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes; abgelehnt wird nur ein generell-abstraktes Recht, das über den aus §§ 157 , 242 BGB konkret-individuell eröffneten Spielraum hinausgeht.

c) Der Fokus auf dem Unternehmer

Während die Befürworter eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes ihr Bedarfsargument explizit aus dem Bedürfnis des Bestellers ableiten, liegt der Fokus ihrer Gegner darauf, dem Unternehmer innerhalb des *Spannungsverhältnisses zwischen Planung und Realität* ein Refugium zu wahren, aus dem heraus er den wechselnden Ansinnen des Bestellers nicht als Anordnungsadressat, sondern als gleichrangiger Verhandlungspartner gegenübersteht. Soweit deshalb bei den Gegnern eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes der Fokus auf dem Unternehmer zu liegen scheint, handelt es sich allerdings nicht etwa um ein spiegelbildliches Argumentieren nunmehr aus dem Bedürfnis des Unternehmers statt aus dem des Bestellers heraus, sondern vielmehr – ganz im Gegenteil – um einen Reflex der Argumentation aus dem Normbereich und der Radizierung im BGB. Besonders deutlich wird dies bei Thode, der alle ergebnisorientierten Erwägungen konsequent als *metajuristisch* beiseiteschiebt. ¹⁰⁶ Zugleich ist Thode der wohl einzige Autor, der beide Seiten der Medaille in zwei Publikationen getrennt betrachtet hat. Denn erst

```
98 "Normbereich" i.S.v. Friedrich Müller, Juristische Methodik, a.a.O., S. 147 ff.
```

99 BauR 2008, 155 (159).

100Ebenda, 156.

101Niemöller, BauR 2006, 170 (174).

102FS Quack zum 75. Geburtstag (2009), S. 315 (318).

103Ähnlich auch Thode, ZfBR 2004, 214 (225).

104Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 220.

105Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 4. Aufl., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 57 ff.

106ZfBR 2004, 214 (225) und öfters.

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 795 << >>

im späteren seiner beiden Aufsätze¹⁰⁷ geht es um den Tatbestand bzw. darum, ob die Anordnungsbefugnisse aus §§ 1 Abs. 3 , Abs. 4 Satz 1 VOB/B den Besteller überhaupt zu bauzeitwirksamen Anordnungen berechtigen. Dagegen setzt die frühere Abhandlung¹⁰⁸ bei der Rechtsfolge an und fragt, inwieweit die Qualifikation dieser Anordnungsbefugnisse als rechtsgeschäftliche Leistungsbestimmungsrechte durch den 7. Zivilsenat zugleich die Rechtsnatur der ihnen zugeordneten Mehrvergütungsansprüche des Unternehmers aus §§ 2 Abs. 5 Satz 1, Abs. 6 VOB/B einerseits sowie deren Verhältnis zum Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B und dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB andererseits geklärt hat. Wie trennscharf Thode ansetzt, zeigt sich daran, dass er hinsichtlich der Leistung zwar zum Ergebnis kommt, dass ein bauzeitliches Bestimmungsrecht abzulehnen sei, hinsichtlich der Gegenleistung jedoch daran festhält, dass das deutsche Recht einen allgemeinen Erstattungsanspruch für bauzeitbedingte Mehrkosten nicht kenne, so dass der Unternehmer ggf. auch leer ausgehen könne. 109 Sämtliche anderen Autoren stellen hingegen in irgendeiner Weise a priori darauf ab, dass der in §§ 631 ff. BGB vertypte Interessenausgleich durch ein über §§ 157, 242 BGB hinausgehendes bauzeitliches Bestimmungsrecht des Bestellers auf der Leistungsebene unabhängig davon grundlegend gestört werde, dass dem Unternehmer auf der Vergütungsebene mehrere Anspruchsgrundlagen für Mehrvergütung, Schadensersatz und Entschädigung zur Verfügung stehen. Nachdem die Gegner eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes im Rahmen der Debatte nur den status quo verteidigen, sind sie allerdings bereits von ihrem Ansatz her nicht genötigt, innovative Weiterungen zu ersinnen. Deshalb argumentieren sie durchwegs näher am Gesetz als ihre Kontrahenten. Anders als bei den Befürwortern eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes sei die nachstehende Zusammenfassung daher nicht anhand der wiederum nur beispielhaft aufgeführten Gegner, sondern anhand ihrer hauptsächlichen Argumentationsstränge gegliedert.

2. Ihre hauptsächlichen Argumentationsstränge

a) Die Argumentation aus dem Gesetz

Da die Argumentation aus dem Gesetz im Einzelnen erst in der eigenen Stellungnahme [unten E] zu diskutieren ist, seien an dieser Stelle nur die Regelungskomplexe benannt, aus denen die Gegner eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes schöpfen. Da ein solches dem BGB unstreitig nicht entnommen werden kann, wird die Einbettung des Werkvertragsrechts in das Allgemeine Schuldrecht meist nur gestreift, so etwa schon bei Enders, ¹¹⁰ auf den sich auch der 7. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 25.01.1996 [oben C I, 4] bezieht. Hingewiesen wird, so etwa bei Kaufmann¹¹¹ im Anschluss an Peters¹¹² darauf, dass Anordnungsbefugnisse des Bestellers wie die aus §§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 VOB/B dem BGB-Vertrag de lege lata auf der Leistungsebene wesensfremd¹¹³ seien und dem Unternehmer für eine Anpassung auf der Vergütungsebene innerhalb der Systematik des BGB nur die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) zur Verfügung stünden. Den Schwerpunkt der Argumentation bildet jedoch die Auseinandersetzung mit dem Verständnis der §§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 VOB/B, das die Befürworter eines bauzeitlichen Bestimmungsrechtes vertreten. Ihnen wird, so etwa bei Voit, 114 zunächst entgegengehalten, dass ihre Subsumtion bereits vom Wortlaut nicht getragen werde. In diesem Zusammenhang wird weiter, so etwa bei Rehbein, 115 darauf hingewiesen, dass die Gegenmeinung die VOB/B wie ein Gesetz auslege, was selbst dann nicht gerechtfertigt sei, wenn man in ihr nach wie vor eine *Dienstvorschrift mit halbamtlichem Charakter*¹¹⁶ sehen wolle. Eben das aber sei aufgrund der neueren Entwicklungen im AGB-Recht und vor dem Hintergrund von § 308 Nr. 4 BGB nicht länger möglich. Namentlich Minckwitz¹¹⁷ hat überdies die These vertreten, dass die AGB-Konformität von §§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 VOB/B auch angesichts der Rechtsprechung zu § 315 BGB nicht zu halten sei. Dies

```
107BauR 2008, 155 ff.

108ZfBR 2004, 214 ff.

109Ebenda, 218.

110BauR 1982, 535 (536 f.) .

111BauR 2005, 1806 (1808) .

112Staudinger/Peters, a.a.O., Rdnr. 66 und 71 zu § 631 BGB .

113Enders a.a.O., 535.

114Privates Baurecht, 3. Aufl., VOB Teil B § 1, Rdnr. 6.

115Glöckner/von Berg, Bau- und Architektenrecht, 1. Aufl., § 1 VOB/B, Rdnr. 14 ff.

116Jansen im Beck' schen VOB-Kommentar, a.a.O., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 33.

117BrBp 2005, 170 ff.
```

Maase: Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers gem. §§ 157, 242 BGB – Teil 1 - BauR 2017 Heft 5 - 796 << >>

verweist auf die Definition der *unangemessenen Benachteiligung* in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit auf das Interesse.

b) Die Argumentation aus dem Interesse

Soweit die Argumentation beim Interesse ansetzt, wird dem von der Gegenmeinung aus dem tatsächlichen Bedürfnis des Bestellers entwickelten Bedarfsargument freilich nirgendwo ein kontradiktorisches wirtschaftliches Interesse des Unternehmers entgegengesetzt, sondern es wird von vornherein, wie etwa bei Markus, ¹¹⁸ auf ein spezifisch rechtliches Interesse bzw., wie etwa bei Oberhauser, ¹¹⁹ auf das beiderseitige Leistungsgefüge und seine Störung abgestellt. Zentrum der Argumentation ist in beiden Fällen die Überlegung, dass jede nachträgliche Änderung der vertraglich fixierten Leistung einschließlich der Modalitäten ihrer Erbringung als eine Störung des Leistungsgefüges anzusehen sei; und zwar als Störung, die immer dann, wenn sie auf einem Ansinnen des Bestellers beruhe, auch seinem Risikobereich zuzuordnen sei. Deshalb werden bauzeitwirksame Anordnungen des Bestellers als Ausnahmen von der Regel angesehen, dass der Unternehmer sich vertraglich typischerweise nur verpflichtet habe, eine klar definierte Leistung zu erbringen; und eben daraus folgt für Oberhauser¹²⁰ sein berechtigtes Interesse, das als übergeordneter Wertungsgesichtspunkt fungiert. Ähnlich argumentiert Markus, 121 bei dem der Akzent jedoch auf dem Prognoserisiko liegt, das aus einer bauzeitlichen Anordnungsbefugnis des Bestellers folgen würde: Kein Unternehmer werde es sich leisten können, die Befolgung einer bauzeitwirksamen Anordnung zu verweigern, um sich nach jahrelangem Rechtsstreit sagen zu lassen, dass ihre Befolgung für ihn *unter* Abwägung der beiderseitigen Interessen doch nicht unzumutbar¹²² gewesen wäre. Denn schon eine hinreichend bestimmte Regelung dessen, was überhaupt Gegenstand einer bauzeitwirksamen Anordnung sein könne, erscheine völlig ausgeschlossen, zumal nicht einmal klar sei, wie das Verhältnis zwischen bestellerseits nachträglich anders geplanten Bauabläufen und zuvor etwa vereinbarten Vertragsfristen zu bestimmen sei. Ähnlich hat sich jüngst Schmeel¹²³ geäußert, der einem Urteil des Oberlandesgerichtes Düsseldorf¹²⁴ – in dem es freilich umgekehrt darum ging, dass der Besteller, *obwohl* die Störung des Bauablaufes ihm zuzurechnen war, keine Anordnung getroffen hatte - den strukturellen Nachteil des Unternehmers entgegenhält; und dieser liege eben darin, dass seine Auffassung im Nachhinein als falsch bewertet werde. Mithin geht es in sämtlichen Spielarten der Argumentation aus dem Interesse letztlich darum, beide Parteien auch in bauzeitlicher Hinsicht an das zu binden, was anfänglich vereinbart war. Damit schließt sich der Kreis zu dem in §§ 631 ff. BGB vertypten Interessenausgleich und damit zu dessen Rechtsidee.

c) Die Argumentation aus der Rechtsidee

Dass in einer Praktikermaterie wie dem Bauvertragsrecht überhaupt mit der Rechtsidee bzw. bei Kaufmann¹²⁵ und Anker/Klingenfuß¹²⁶ sogar direkt mit dem Topos der Gerechtigkeit argumentiert wird, mag verwundern, zumal Jansens¹²⁷ bereits zitierter Hinweis [oben D I, 2 c], dass die praktische Bedeutung des Meinungsstreites überschätzt werde, sicher nicht völlig von der Hand zu weisen ist. Indessen besteht der denkbare Ertrag einerseits darin, die theoretische Durchdringung des Bauvertragsrechts als eines im Allgemeinen Schuldrecht verwurzelten *Vertragsrechts* zu befördern, und andererseits weist etwa Bydlinski¹²⁸ darauf hin, dass die Rechtsidee mit ihren drei Elementen (Rechtssicherheit, Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit)¹²⁹ vom positiven Recht gerade bei der Arbeit am Einzelfall nicht zu trennen sei. Von den genannten baurechtlichen Autoren zieht Kaufmann die Gerechtigkeit freilich nur im Sinne

```
118NJW 2007, 545 (548).

119BauR 2010, 308 (309) .

120Ebenda 321.

121NJW 2007, 545 (547).

122Dies war der nicht in die VOB/B übernommene Formulierungsvorschlag des DVA vom 17.05.2006 gewesen; vgl. Kohlhammer IBR 2006, 1640.

123MDR 2015, 567 (569).

124BauR 2014, 700 .

125BauR 2005, 1806 (1812) .

126BauR 2005, 1377 ff. (1377 f.) .

127Beck' scher VOB-Kommentar, a.a.O., § 1 Abs. 3 VOB/B, Rdnr. 42 f.

128Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., S. 106 sowie S. 290 ff. zum Begriff der Rechtsidee und S. 566 ff. zu ihrem Verhältnis zum positiven Recht.
```

129Differenzierend Brugger, FS Quaritsch zum 70. Geburtstag (2000), S. 45 ff.

einer Kontrollüberlegung heran, die noch dazu am Ende seiner Ausführungen steht. Dagegen stellen Anker/Klingenfuß den Topos nicht nur als Auftakt in die Diskussion, sondern unternehmen es ausdrücklich, die Erörterung insgesamt von ihm aus auf den Weg zu bringen. Denn sei die Gerechtigkeit als Maßstab auch unkonkret, so verhelfe sie doch zum unverstellten Blick auf das Problem; und dieses bestehe darin, dass ein Taktieren mit dem Recht gegen die Gerechtigkeit auf realen Baustellen täglich geübte Praxis sei. Obwohl die Vorleistungspflicht des Unternehmers, 130 trotz der damit für ihn verbundenen Risiken, unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten an sich auch unproblematisch sei, verschaffe sie dem Besteller doch einen taktischen Vorteil. Dieser werde unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten spätestens dann problematisch, wenn der Besteller zusätzlich befugt sei, Inhalt und Umfang der Vorleistungspflicht nachträglich einseitig abzuändern, während es für den Unternehmer bei den schwierig zu handhabenden Anspruchsgrundlagen für Mehrvergütung, Schadensersatz und Entschädigung im Nachhinein bewende, manche Mehrkosten worauf Thode¹³¹ zu Recht hinweise – gar nicht erstattungsfähig seien und überdies in die zeitliche Disposition für anderweitige Parallel- und Folgeaufträge eingegriffen werde. Mithin führe das bauzeitliche Bestimmungsrecht unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten auf einen Irrweg, der rechtspraktisch zudem in eine Konfliktspirale münde, weil er den Unternehmer dazu verleite, ihm an anderer Stelle eingeräumte Stärkepositionen seinerseits rein taktisch einzusetzen - ein Gedanke, der angesichts einzelner neuerer Stimmen zu einer restriktiven Auslegung des Kündigungsrechtes aus §§ 648a Abs. 5 Satz 1, 643 Satz 1 BGB im Lichte der bauvertraglichen Kooperationspflicht in der Rechtsprechung¹³² sowie zu § 648a BGB und der Flucht des Unternehmers aus dem Werkvertrag im Schrifttum¹³³ keineswegs nur theoretisch scheint.

III. Zwischenergebnis

Damit ist das Programm umrissen, das die in Teil 2 des Aufsatzes folgende Stellungnahme zunächst auf der Leistungsebene abzuarbeiten hat. Ausgangspunkt sei eine Vorüberlegung, in deren Rahmen gefragt werden soll, was es für die Parteien in tatsächlicher Hinsicht bedeutet, Zeit zum Vertragsgegenstand zu machen [E I]. Anschließend sei der gesetzliche Befund de lege lata – auf der Leistungsebene – erhoben, und zwar einschließlich seiner vielfältigen, beileibe nicht nur baurechtlichen Diskussion im Schrifttum sowie seiner richterrechtlichen Akzentuierung durch die bauvertragliche Kooperationspflicht [E II]. Von ihr und dem Topos der *realen Baustelle* her stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von BGB-Vertrag und Bauwirklichkeit sowie danach, welche Fallgruppen bauzeitlich relevant sind [E III]. Da sich die VOB/B ungeachtet der AGB-rechtlichen Diskussion jedenfalls im unternehmerischen Bereich sowie für öffentliche Auftraggeber nach wie vor als bereitliegende Vertragsordnung versteht, sei anschließend gefragt, ob ihre Anordnungsbefugnisse ein weitergehendes bauzeitliches Bestimmungsrecht eröffnen [E IV] und was – auf der Vergütungsebene – aus dem bis dahin gefundenen Ergebnis folgt [F]. Im Anschluss hieran sei gefragt, ob sich am Ergebnis de lege ferenda etwas ändert, falls das neue Bauvertragsrecht so in Kraft tritt, wie es derzeit den Anschein hat [G]. Abgerundet sei die Erörterung durch eine vergaberechtliche Kontrollüberlegung [unten H]. Anschließend sei das Resümee gezogen [I].

130Vgl. zu ihr nur Palandt/Sprau, a.a.O., Rdnr. 2 zu § 641 BGB.

131ZfBR 2004, 214 (218).

132 Im dort entschiedenen Einzelfall freilich nachvollziehbar OLG Frankfurt am Main 5~U~211/13, Urt.~v.~17.02.2015.

133Schlie BauR 2016, 1076 ff.