

davon ausgehen muss, dass der Auftraggeber einen entsprechenden Rechtsgeltungswillen hat. Bei bloßen Wünschen des Auftraggebers wird – unabhängig von der Frage, ob die in Rede stehenden Änderungen **objektiv eine Änderung des Vertrages** voraussetzen – nicht hinreichend deutlich, dass der Auftraggeber durch diese Äußerungen wirklich rechtsverbindlich den Vertrag ändern will.

Forderungen des Auftraggebers, die **im Vertrag keine Grundlage** haben, sind **keine verbindlichen Anordnungen**. Sie können daher auch keine Veränderung des Vertragsinhalts zur Folge haben, wenn nicht ausnahmsweise aus anderen Gründen ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht besteht.⁶³¹ 413

a) Konkludente Anordnung

Eine Anordnung kann ggf. auch durch schlüssiges Verhalten, also **konkludent** erfolgen: Es soll beispielsweise genügen, wenn die Parteien sich wissentlich **auf geänderte Umstände aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers einstellen** und wenn der Auftraggeber **erkennbar will**, dass vertraglich nicht bzw. so nicht vereinbarte Arbeiten ausgeführt werden. Hierfür kann es im Einzelfall ausreichen, dass der Auftraggeber in Kenntnis von Umständen, die von den vertraglichen Angaben abweichen, weiterarbeiten lässt bzw. zur Weiterarbeit auffordert.⁶³² Da sich aus einer Anordnung für den Auftragnehmer jedoch **zusätzliche vertragliche Leistungspflichten** ergeben, muss das Verhalten des Auftraggebers **als verpflichtende Vertragserklärung** erkennbar sein.⁶³³ Dies kann beispielsweise durch das Ergebnis einer Abstimmung bei einem Baustellengespräch erfolgen, bei dem die Parteien eine Lösung für die geänderten Bauumstände festlegen. Die bloße Mitteilung des Auftragnehmers an den Auftraggeber, dass geänderte Bauumstände vorliegen, genügt für eine leistungsändernde Anordnung jedoch nicht ohne weiteres.⁶³⁴ Insbesondere bei der Annahme konkludenter Anordnungen zur Bauzeit ist daher Zurückhaltung geboten (näher → Rn. 425). 414

Übergibt der Auftraggeber dem Auftragnehmer nach Vertragsschluss **Ausführungspläne**, durch die die vertraglichen Pläne abgeändert werden, ist darin regelmäßig eine konkludente Anordnung einer Änderung des Bauentwurfs zu sehen.⁶³⁵ In der **Freigabe von Ausführungsplänen**, die der Auftragnehmer selbst auf der Grundlage vertraglicher Entwurfspläne zu erstellen hatte, liegt dagegen nicht ohne Weiteres eine leistungsändernde Anordnung.⁶³⁶ Dies kommt vielmehr nur in Betracht, wenn der Auftragnehmer nach objektivem Empfängerhorizont in der Freigabe einen entsprechenden Erklärungswillen erkennen kann.⁶³⁷ Denkbar ist dies insbesondere, wenn der Auftraggeber aufgrund der Umstände ersichtlich wusste oder wissen musste, dass die ihm vorgelegte Ausführungsplanung Änderungen gegenüber dem vertraglichen Bauentwurf enthalten würde.

Zu beachten ist ferner, dass auch konkludente Anordnungen den gleichen **Formerfordernissen** unterliegen können wie ausdrückliche Anordnungen. 415

Die **bloße Duldung** einer vom ursprünglichen Vertrag abweichenden Ausführung durch den Auftragnehmer hat regelmäßig nicht den Charakter einer konkludenten Anordnung, 416

⁶³¹ OLG Hamm 14.4.2005 – 21 U 133/04, NZBau 2006, 180; Thode ZfBR 2004, 214 ff.; iBR OK BauVertrR/Kniffka, Stand 26.5.2009, BGB § 631 Rn. 436, 441.

⁶³² Vgl. BGH 27.6.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561; OLG Jena 11.10.2005 – 8 U 849/04, NZBau 2006, 510; OLG Dresden 3.12.2004 – 9 U 3114/98, IBR 2006, 127.

⁶³³ BGH 9.4.1992 – VII ZR 129/91, IBR 1992, 349 = BauR 1992, 759.

⁶³⁴ OLG Düsseldorf 21.11.2014 – 22 U 37/14, IBR RS 2015, 0203 = BauR 2015, 494 mwN; OLG Frankfurt a. M. 25.5.2007 – 19 U 127/06, IBR 2008, 375.

⁶³⁵ KG 21.4.2016 – 27 U 81/15, IBR 2019, 59.

⁶³⁶ OLG Naumburg 13.10.2014 – 12 U 110/14, IBR 2016, 567; OLG Dresden 31.8.2011 – 1 U 1682/10, IBR 2012, 9.

⁶³⁷ OLG Düsseldorf 30.8.2012 – 23 U 162/11, IBR 2012, 632; KG 25.11.2016 – 21 U 31/14, IBR 2019, 1284.

wenn diese geänderte Ausführung **nicht** für beide Vertragsteile erkennbar **notwendig** für die Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung ist.

Beispiel:

Das Leistungsverzeichnis enthält eine Position 1.0.015, wonach 460 qm Pflaster aufzunehmen, wieder verwendbare Steine zu säubern sowie sortiert auf der Baustelle zu lagern sind. Ferner enthält das Leistungsverzeichnis zwei Positionen für die Herstellung von Verbundsteinpflaster: Eine Position 3.5.007 für 460 qm Verbundsteinpflaster aus Steinen des Auftraggebers; sowie eine weitere Position 3.5.008 für 160 qm Verbundsteinpflaster mit Material, das vom Auftragnehmer zu liefern war. Der Auftragnehmer baut dagegen überall neue, von ihm gelieferte Pflastersteine ein. Der Auftraggeber, der dies sieht, erhebt keinen Widerspruch. Der Auftragnehmer möchte die Mehrkosten für die neuen Steine abrechnen. Das **OLG Koblenz**⁶³⁸ lehnt die Zahlungsansprüche des Auftragnehmers ab. Die geänderte Ausführung war nicht erforderlich. Die Duldung kann nicht als konkludente Änderungsanordnung angesehen werden.

b) Freiwillige Befolgung unwirksamer Anordnungen

- 417** Wenn der Auftragnehmer eine **unwirksame Anordnung „freiwillig“ befolgt**, hat dies nicht ohne weiteres dieselben Rechtswirkungen wie eine einseitige leistungsändernde Anordnung. Es kommt jedoch nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht, die unwirksame Anordnung entweder als ein **Angebot** zu einer **einvernehmlichen Vertragsänderung auszulegen**⁶³⁹ oder zumindest entsprechend **umzudeuten** (§ 140 BGB).⁶⁴⁰ Hierauf kann der tatsächliche bzw. mutmaßliche Wille des Auftraggebers gerichtet sein, wenn er vom Auftragnehmer Arbeiten verlangt, zu deren einseitiger Anordnung er nach den Bestimmungen des Bauvertrages nicht berechtigt ist. Eine solche Fallgestaltung liegt insbesondere vor, wenn der Auftraggeber eine Leistung einseitig anordnet, obwohl diese dem Auftragnehmer nur mit dessen Zustimmung übertragen werden kann (zB § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B). Führt der Auftragnehmer in solchen Fällen die angeordnete Leistung aus, ist dies regelmäßig eine **konkludente Annahme des Änderungsangebots**.⁶⁴¹ Damit wird die geänderte Leistung zum Inhalt der Bauleistungspflicht, obwohl sich der Auftragnehmer dieser Vertragsänderung **hätte widersetzen können**. Für das Anordnungsrecht nach § 650b Abs. 2 BGB dürften im Ergebnis dieselben Grundsätze gelten.⁶⁴² Die **Vergütungsfolgen** richten sich in diesen Fällen in der Regel nach § 650c BGB bzw. nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B (hierzu näher → Teil 3 Rn. 20, → Rn. 109).
- 418** Es ist aber keineswegs so, dass jede freiwillige Befolgung einer unberechtigten Anordnung dazu führt, dass eine solche konkludente Änderung der Leistungspflicht zustande kommt.⁶⁴³ Vielmehr ist hierfür im Einzelfall erforderlich, dass zugleich ein **rechtsgeschäftlicher Wille** der Parteien, der auf eine **Änderung des Vertrags** gerichtet ist, **erkennbar** wird.⁶⁴⁴ Das ist insbesondere zweifelhaft bei unberechtigten zeitlichen Anordnungen, wenn der Auftrag-

⁶³⁸ OLG Koblenz 12.1.2007 – 10 U 423/06, IBR 2007, 237. Allerdings kann im Einzelfall die einvernehmliche Festlegung konkreter Beschleunigungsmaßnahmen als eine vertragliche Anordnung im Sinne von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B anzusehen sein, vgl. hierzu weiter unten in diesem Abschnitt.

⁶³⁹ Vgl. Breyer BauR 2006, 1222 ff. (1224); Althaus IBR 2007, 359; Oberhauser FS Ganten, 2007, 189 ff.; Steiner, Die Beschleunigung von Bauabläufen – Teil 2: Ansprüche des Auftragnehmers bei durchgeführter Beschleunigung, *ibr-online-Aufsatz*, 2007, Rn. 73; ähnlich OLG Hamm 14.4.2005 – 21 U 133/04, NZBau 2006, 180: konkludente Einräumung eines Rechts zur Leistungsbestimmung.

⁶⁴⁰ Dierh ZfBR 2006, 312 (314); Steiner, Die Beschleunigung von Bauabläufen – Teil 2: Ansprüche des Auftragnehmers bei durchgeführter Beschleunigung, *ibr-online-Aufsatz*, 2007, Rn. 73; RVL Bauzeit-HdB Rn. 1177 ff.

⁶⁴¹ OLG Dresden 9.1.2013 – 1 U 1554/09, IBRRS 2015, 1013 = BauR 2015, 1488; OLG Naumburg 23.6.2011 – 2 U 113/09, IBR 2011, 626; OLG Celle 22.7.2009 – 14 U 166/08, IBRRS 2009, 2432 = BauR 2009, 1591; FKZGM/Kemper VOB/B § 1 Rn. 33; vgl. Althaus IBR 2007, 359.

⁶⁴² BeckOK BauVertrR/Althaus/Kattenbusch BGB § 650c Rn. 6; ähnlich Messerschmidt/Voit/Leupertz BGB § 650c Rn. 11.

⁶⁴³ So aber offenbar Breyer BauR 2006, 1222 ff. (1224).

⁶⁴⁴ Ähnlich OLG Hamm 12.4.2011 – 24 U 29/09, IBR 2013, 136: Konkludente Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts.

geber ersichtlich der Auffassung ist, dass sich seine Forderung im Rahmen des ohnehin vertraglich Geschuldeten hält (vgl. → Rn. 425).⁶⁴⁵

c) Anordnung einer Leistung unter Ablehnung einer gesonderten Beauftragung

Verlangt der Auftraggeber eine bestimmte Ausführung, die objektiv nach dem ursprünglichen Vertrag nicht vereinbart war, kann auch dies eine leistungserweiternde Anordnung sein, selbst wenn der Auftraggeber zusammen mit dem Verlangen einer bestimmten Ausführung ausdrücklich darauf hinweist, dass die **betreffende Leistung zum Vertragsinhalt gehört**. Unter diesen Umständen ist gleichwohl eine leistungserweiternde Anordnung anzunehmen, wenn aus der Äußerung des Auftraggebers deutlich wird, dass dieser die betreffende Ausführung in jedem Fall will, also erkennbar auch für den Fall, dass sich seine Rechtsauffassung später als unzutreffend erweist.⁶⁴⁶ Dann ist diese Aufforderung des Auftraggebers so zu verstehen, dass die Leistung in jedem Fall in der geforderten Art auszuführen ist und eben nur die rechtsgestaltende Erklärung unter die **Bedingung** gestellt wird, dass eine entsprechende Anpassung des Vertrages notwendig ist. Obwohl die Anordnung als einseitige Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich ist, bestehen gegen eine solche **Rechtsbedingung** keine Bedenken.⁶⁴⁷

Insbesondere dann, wenn der Auftraggeber die Ausführung von Leistungen verlangt, die **unstreitig** für die ordnungsgemäße Herstellung der geschuldeten Bauleistung **erforderlich** sind, ist regelmäßiger der Erklärungswille des Auftraggebers anzunehmen, die betreffenden Leistungen für den Fall neu in den Vertrag einzubeziehen, dass sie bislang nicht zur vertraglichen Leistung gehört haben. Denn der Auftraggeber hat im Zweifel kein Interesse daran, dass der Auftragnehmer die Ausführung notwendiger Leistungen verweigern darf, falls seine Rechtsauffassung, dass diese Leistungen bereits vom Vertrag umfasst sind, unzutreffend ist.⁶⁴⁸ Hierbei ist insbesondere auch eine **konkludente** bedingte Anordnung möglich, selbst wenn der Auftraggeber ausdrücklich betont, dass die erforderlichen Arbeiten bereits zum Vertrag gehören.

Beispiel:

Der Auftragnehmer meldet bei Erdarbeiten Mehrkosten mit der Begründung abweichender Bodenverhältnisse an. Der Auftraggeber weist dies mit dem Argument zurück, die tatsächlich angetroffenen Verhältnisse seien bei Vertragsschluss zu erwarten gewesen und besteht auf zügiger Weiterarbeit. Tatsächlich lag die vom Auftragnehmer behauptete Abweichung der Bodenverhältnisse von den vertraglichen Angaben vor. Damit war die Forderung zur Weiterarbeit objektiv auf die Ausführung eines vertraglich so nicht vorgesehenen Arbeitsschritts und damit auf eine Leistungsänderung gerichtet.⁶⁴⁹

Von einer solchen bedingten Anordnung kann bei Leistungen, die unstreitig notwendig sind, unter Umständen selbst dann ausgegangen werden, wenn der Auftraggeber eine **gesonderte „Beauftragung“ ausdrücklich ablehnt**.⁶⁵⁰ Die Grenze einer solchen Auslegungsmöglichkeit dürfte allerdings überschritten sein, wenn der Auftraggeber auch eine vertragserweiternde **Anordnung ausdrücklich ausschließt**. In solchen Fällen muss der Auftragnehmer die betreffende Leistung daher nicht ausführen, wenn sie bislang nicht

⁶⁴⁵ Ebenso OLG Hamm 12.4.2011 – 24 U 29/09, IBR 2013, 136; vgl. Althaus IBR 2007, 359; aA offenbar Oberhauser FS Ganten, 2007, 189 (200). Die Fallgestaltung einer konkludenten einvernehmlichen Vertragsänderung ist nicht zu verwechseln mit einer wirksamen Anordnung unter Ablehnung einer „gesonderten Beauftragung“, vgl. hierzu → Rn. 419.

⁶⁴⁶ KG 17.12.2013 – 7 U 203/12, IBRRS 2016, 1882; ebenso im Hinblick auf „Beschleunigungsanordnungen“ Steiner, Die Beschleunigung von Bauabläufen – Teil 2: Ansprüche des Auftragnehmers bei durchgeführter Beschleunigung, *ibr-online-Aufsatz*, 2007, Rn. 78; aA Kapellmann NZBau 2009, 538.

⁶⁴⁷ Vgl. MüKoBGB/Westermann § 158 Rn. 54.

⁶⁴⁸ Vgl. OLG München 10.9.2003 – 27 U 802/98, IBR 2004, 356 = BauR 2004, 1197, siehe hierzu auch Althaus BauR 2008, 167 (169 f.).

⁶⁴⁹ Vgl. OLG Dresden 3.12.2004 – 9 U 3114/98, IBR 2006, 127.

⁶⁵⁰ Vgl. OLG München 10.9.2003 – 27 U 802/98, IBR 2004, 356 = BauR 2004, 1197; Althaus BauR 2008, 167 (169 f.).

Vertragsinhalt ist. Er hat nun die Alternative, entweder eine eindeutige **leistungserweiternde Anordnung einzuholen** oder den Vertrag in der bisherigen Gestalt zu erfüllen. Keinesfalls sollte der Auftragnehmer dagegen die neue Leistung ohne eine solche Anordnung ausführen. Er riskiert ansonsten, dass er keine Vergütungsanpassung im Hinblick auf seine erhöhten Kosten geltend machen kann.⁶⁵¹ Dieses Risiko besteht vor allem, wenn es sich um eine nicht erforderliche Leistungserweiterung handelt, da dann auch sonstige Ansprüche ausscheiden (→ Teil 3 Rn. 173 ff. und → Rn. 432 ff.).⁶⁵²

d) Änderungsvorschläge des Auftragnehmers

- 421 Die **Zustimmung des Auftraggebers** zu einem **Vorschlag des Auftragnehmers**, bislang nicht vorgesehene Arbeiten („Leistungen“) zur Herstellung der Bauleistung auszuführen, kann im Einzelfall als Anordnung zu werten sein. Hierfür kommt es darauf an, ob die Zustimmung auch als einseitige Gestaltungserklärung, die auf Änderung des Vertrages gerichtet ist, verstanden werden kann. Dies ist zu bejahen, wenn der Auftragnehmer den Vorschlag als **notwendige Abänderung** der bislang vertraglich vorgesehenen Arbeiten bezeichnet. Denn hier muss der Auftraggeber (aus Sicht des Auftragnehmers) für eine Anpassung des Vertrages Sorge tragen. Die Zustimmung zu dem Änderungsvorschlag hat in diesem Falle die Qualität einer **einseitigen** rechtsgestaltenden Willenserklärung des Auftraggebers. Wer der geistige bzw. planerische Urheber der so angeordneten neuen Ausführung ist, ist insoweit ohne Belang.
- 422 Eine Anordnung ist dagegen regelmäßig zu **verneinen**, wenn der Auftragnehmer nach Vertragsschluss lediglich eine gegenüber den bisherigen vertraglichen Festlegungen **kostengünstigere bzw. kostenneutrale gleichwertige Ausführungsart** zum Erreichen des vertraglich vereinbarten Leistungsziels vorschlägt, die aber erkennbar **nicht notwendig** für die Herbeiführung des Werkerfolgs ist. Stimmt der Auftraggeber einer solchen „Optimierung“ zu, kann dies eine **einvernehmliche Vertragsänderung** darstellen (vgl. → Rn. 417). Anders als bei einer Anordnung verbleibt es in diesem Fall daher auch grundsätzlich bei der bisher vereinbarten Vergütung bzw. einer Berechnung der Vergütung nach den Positionen des Leistungsverzeichnisses, es sei denn, auch hierzu wurde eine entsprechende Abrede getroffen.
- 423 Schlägt der Auftragnehmer Änderungen der Ausführungsart vor, übernimmt er damit häufig die technische Verantwortung für diesen Vorschlag. Die Zustimmung des Auftraggebers zur Ausführung eines solchen Vorschlags ist vergleichbar mit der Beauftragung eines Sondervorschlags (vgl. → Rn. 356). Der Auftragnehmer übernimmt für diesen Bereich eine eigene **Planungsverantwortung**.⁶⁵³ Will der Auftragnehmer eine solche Planungsverantwortung für die von ihm vorgeschlagene Alternative nicht übernehmen, muss er dies rechtzeitig deutlich machen.

e) Behördliche Anordnungen

- 424 Anforderungen des Prüfeningenieurs oder behördliche Anordnungen aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B) sind für sich allein noch keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Auftraggebers. Sie werden erst dadurch zum Vertragsinhalt, dass der Auftraggeber selbst eine entsprechende Leistungsänderung anordnet.⁶⁵⁴ Trifft der Auftraggeber keine solche Anordnung, so kann der Auftragnehmer einstweilen die

⁶⁵¹ OLG Koblenz 12.1.2007 – 10 U 423/06, NZBau 2007, 517; OLG Schleswig 31.10.2006 – 3 U 28/05, IBR 2007, 359 = BauR 2007, 1879. AA Kapellmann NZBau 2009, 538.

⁶⁵² OLG Schleswig 31.10.2006 – 3 U 28/05, IBR 2007, 359 = BauR 2007, 1879.

⁶⁵³ Vgl. Langen/Schiffers Rn. 1951; Fuchs BauR 2009, 404 (408).

⁶⁵⁴ Vgl. Schrader/Borm BauR 2006, 1388 ff. mwN; iBrOK BauVertrR/Kniffka, Stand 26.5.2009, BGB § 631 Rn. 457; vgl. auch BGH 24.6.2004 – VII ZR 271/01, NZBau 2004, 612; vgl. zum neuen Bauvertragsrecht auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/8486, 53 sowie Leinemann/Kues/Leinemann/Kues BGB § 650b Rn. 59.

Leistung verweigern, da er auf der einen Seite nicht im Widerspruch zu den behördlichen Bestimmungen arbeiten, andererseits nicht vertragswidrig handeln darf. Etwas anderes gilt allerdings, soweit der Vertrag vorsieht, dass behördliche Auflagen zum Vertragsgegenstand werden.⁶⁵⁵

f) Anordnungen zur Bauzeit

„**Anordnungen**“ zur **Bauzeit**, also Forderungen des Auftraggebers, die Gesamtleistung oder Teile hiervon in Abweichung von den Vertragsfristen auszuführen bzw. zu vollenden, kommen bei **Bauverträgen nach BGB nicht als Anordnungen im Sinne von § 650b Abs. 2 in Betracht**. Die Frage der Möglichkeit bauzeitlicher Anordnungen wurde im Gesetzgebungsverfahren für den Tatbestand des § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB (Änderung des Werkerfolgs) diskutiert und war sogar Gegenstand des Referentenentwurfs in § 650b Abs. 2 S. 3 E-BGB,⁶⁵⁶ wurde jedoch letztlich nicht ins Gesetz aufgenommen. Dies lässt den Schluss zu, dass dem Auftraggeber ein solches einseitiges zeitliches Anordnungsrecht nicht zustehen soll.⁶⁵⁷ Jedenfalls passt ein zeitliches Anordnungsrecht rechtsdogmatisch nicht zum gesetzlichen Tatbestand einer Änderung des vereinbarten Werkerfolgs nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB, da das geschuldete Arbeitsergebnis beim Bauvertrag in aller Regel nicht zeitlich bestimmt ist.⁶⁵⁸ (→ Rn. 462). Denkbar ist allerdings, dass aufgrund **geänderter Randbedingungen** oder aufgrund der notwendigen **Koordination** zwischen mehreren Unternehmern auf der Baustelle die vertraglich **vorgesehenen Abläufe** so geändert werden müssen, dass dies als Leistungsänderung (Art der Ausführung) angesehen werden kann. In diesem Fall kann eine Leistungsänderung nach § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB vorliegen, die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs erforderlich ist (→ Rn. 469); die bloße Verschiebung des Zeitfensters für die Ausführung der Bauleistung stellt indes keine solche Leistungsänderung dar.⁶⁵⁹

Gleiches gilt entsprechend auch für Anordnungen nach **VOB/B**. Nach richtiger Ansicht gehören die vertraglichen Bestimmungen zur Leistungszeit grundsätzlich nicht zur vertraglichen Leistungspflicht des Auftragnehmers und unterliegen damit insoweit auch nicht dem einseitigen Gestaltungsrecht in § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B⁶⁶⁰ (vgl. → Rn. 50, → Rn. 337 und → Rn. 487). Gleichwohl kann es aufgrund geänderter Randbedingungen sein, dass die vertraglich vorgesehenen Abläufe auch beim Vertrag nach VOB/B so geändert werden müssen, dass dies als Leistungsänderung (Art der Ausführung) angesehen werden kann und damit dem Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B unterliegt (→ Rn. 493). Daneben könnten zeitliche Anordnungen zum Zweck der **Koordination** der Arbeiten nach **§ 4 Abs. 1 VOB/B** (vgl. näher → Rn. 320) zulässig sein.

Damit verbleibt im Hinblick auf eine geforderte **Beschleunigung** oder Unterbrechung der Arbeiten lediglich die Möglichkeit einer **einvernehmlichen Vertragsänderung**. Diese kann auch stillschweigend erfolgen, indem der Auftragnehmer die unberechtigte Aufforderung **freiwillig befolgt** (vgl. → Rn. 417, → Rn. 421).⁶⁶¹ Ein hierauf gerichteter Wille des Auftraggebers wird aber nur in Ausnahmefällen erkennbar sein, wenn der

⁶⁵⁵ Vgl. *ibrOK BauVertrR/Kniffka*, Stand 26.5.2009, BGB § 631 Rn. 457.

⁶⁵⁶ Allerdings nur im Falle des Vorliegens „schwerwiegender Gründe“ im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung, vgl. § 650b Abs. 2 S. 3 BGB-E, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz v. 10.9.2015, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, abrufbar unter www.bmjv.de.

⁶⁵⁷ BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650b Rn. 48; *ibrOK BauVertrR/von Rintelen* BGB § 650b Rn. 65 f.; DLOPS Neues BauVertrR/Oberhauser § 2 Rn. 34 f.; LBD BauVertrR/Langen § 650b Rn. 25 ff.; Leinemann/Kues/Leinemann/Kues BGB § 650b Rn. 60; aA Jousen BauR 2018, 151 ff.

⁶⁵⁸ BeckOK BauVertrR/Leupertz BGB § 650b Rn. 48; DLOPS Neues BauVertrR/Oberhauser § 2 Rn. 34 f.; Oberhauser NZBau 2019, 1 (4); LBD BauVertrR/Langen BGB § 650b Rn. 26.

⁶⁵⁹ Vgl. BGH 19.9.2024 – VII ZR 10/24, NZBau 2025, 176; aA Retzlaff BauR 2017, 1747 (1789).

⁶⁶⁰ Thode ZfBR 2004, 214 ff.

⁶⁶¹ OLG Dresden 9.1.2013 – 1 U 1554/09, IBRRS 2015, 1013 = BauR 2015, 1488; vgl. hierzu Oberhauser FS Ganten, 2007, 189 ff.

Auftraggeber erkennbar eine Verkürzung der Ausführungsfrist gegenüber dem ursprünglich vereinbarten Termin fordert. Fordert der Auftraggeber dagegen lediglich „rechtzeitige Vertragserfüllung“ oder eine „Beschleunigung der Arbeiten“ zur Einhaltung der Ausführungsfrist, so ist dies zunächst nur eine Aufforderung zur Vertragserfüllung oder ggf. ein Abhilfeverlangen. Der Auftraggeber will durch solche Aufforderungen seiner Rechtsposition Nachdruck verleihen und ggf. seine Rechte aus dem Vertrag wahren, also etwa die Voraussetzungen für eine Kündigung nach § 5 Abs. 4 VOB/B schaffen.

- 428 Insbesondere die **Zurückweisung einer Behinderungsanzeige** sowie eines hiermit verbundenen Antrags auf Verlängerung der Ausführungsfristen beinhaltet im Regelfall, dass der Auftraggeber **keine leistungserweiternde Anordnung** abgeben will, wenn er die Einhaltung der ursprünglichen Vertragsfristen fordert.⁶⁶² Eine andere Auslegung ist nur ausnahmsweise dann möglich, wenn der Auftraggeber die Beschleunigung erkennbar auf jeden Fall fordert – also unabhängig von der Frage, wer die vorangegangene Bauablaufstörung zu vertreten hat. Aus den vorstehenden Gründen kommt es regelmäßig auch **nicht** zu einer konkludenten **Vertragsänderung**, wenn der Auftraggeber eine Beschleunigungsaufforderung erkennbar zur Einhaltung der aus seiner Sicht weiter gültigen Vertragsfristen ausspricht und der Auftragnehmer dem nachkommt.⁶⁶³ Die vom Auftragnehmer in diesem Zusammenhang getroffenen zusätzlichen Maßnahmen sind daher als solche nicht vertraglich geschuldet, es handelt sich vielmehr lediglich um Anstrengungen, die der Auftragnehmer vorsorglich unternimmt, um nicht später in Verzug zu geraten.⁶⁶⁴

g) Geänderte Planungsvorgaben und Ausführungsunterlagen

- 429 Je nach dem Inhalt der vertragsändernden Anordnung erschließt sich deren Inhalt nur in Verbindung mit entsprechenden **abgeänderten Planungsvorgaben bzw. Ausführungsunterlagen**. Ggf. kann wie beim Ausgangsvertrag auch für den Inhalt der Änderungsanordnung selbst eine weniger detaillierte Darstellung der Bauentwurfsänderung bzw. der geforderten Zusatzleistung genügen, dann muss allerdings spätestens für die Ausführung selbst eine entsprechende Detaillierung nachgeliefert werden, vgl. zum Vertrag nach VOB/B § 3 Abs. 1 VOB/B, für das gesetzliche Bauvertragsrecht § 650b Abs. 1 S. 4 BGB (→ Rn. 477). Solche Umplanungsleistungen können nur in Ausnahmefällen vom Auftragnehmer selbst verlangt werden (→ Rn. 433).
- 430 Nicht jede Änderungsanordnung erfordert allerdings eine gesonderte Planung und neue Ausführungsunterlagen. Vielfach kann die angeordnete Änderung nach Art und Umfang auch als Text beschrieben oder als einfacher Eintrag in die bisherigen Ausführungsunterlagen kenntlich gemacht werden (vgl. → Teil 3 Rn. 300). In diesem Falle bedarf es weder für die Wirksamkeit der Anordnung noch für die Ausführung selbst weiterer Planungen des Auftraggebers.

h) Nachtragsleistungsverzeichnis?

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

⁶⁶² OLG Koblenz 12.1.2007 – 10 U 423/06, NZBau 2007, 517; OLG Schleswig 31.10.2006 – 3 U 28/05, IBR 2007, 359 = BauR 2007, 1879; Kapellmann NZBau 2009, 538.

⁶⁶³ AA Breyer BauR 2006, 1222 ff. (1224).

⁶⁶⁴ Mit der Folge, dass hierfür kein gesonderter Vergütungsanspruch besteht.

Nachtragsleistungsverzeichnis nur noch der Vorbereitung einer Preisvereinbarung (Nachtragsvereinbarung) über die geänderte bzw. zusätzliche Leistung dienen, betrifft also nicht die Leistungspflicht selbst.

Abgesehen hiervon ist ein in Teilleistungen gegliedertes und mit zugehörigen Mengensätzen versehenes Leistungsverzeichnis bei Nachtragsleistungen keineswegs stets erforderlich.⁶⁶⁵ Im Gegenteil dürfte es regelmäßig entbehrlich sein. Denn ein solches Leistungsverzeichnis dient der erleichterten Kalkulation von im Wettbewerb zu vergebenden Bauleistungen. Da bei geänderten und zusätzlichen Leistungen die Vergütungsanpassung aus den bereits vereinbarten Preisen für die vertraglichen Teilleistungen (§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B, § 650c Abs. 2 BGB) oder den tatsächlichen Mehr- und Minderkosten (§ 650c Abs. 1 BGB) erfolgt, bedarf es hierfür nur einer entsprechenden Aufstellung des Auftragnehmers, **nicht jedoch eines neuen Leistungsverzeichnisses** (vgl. hierzu näher → Teil 3 Rn. 301). Auch sehen weder §§ 1 und 2 VOB/B noch § 650b und § 650c BGB die Vorlage eines Leistungsverzeichnisses durch den Auftraggeber vor (während § 650b Abs. 1 S. 4 BGB ausdrücklich die Erstellung und Vorlage einer geänderten Planung durch den Auftraggeber erwähnt). Im Gegenteil sieht § 650b BGB die Pflicht zur Vorlage eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung durch den Auftragnehmer vor.

i) Anordnung von Planungsänderungen

aa) Verträge nach VOB/B. Die Anordnungsrechte nach § 1 Abs. 3 und 4 S. 1 VOB/B beziehen sich grundsätzlich nur auf die vertragsgegenständlichen Bauleistungen, die Planung für geänderte und zusätzliche Leistungen hat der Auftraggeber ebenso beizustellen wie die Planung für die ursprüngliche Leistung.⁶⁶⁶ Solche Leistungen, wie etwa die nach § 3 Abs. 1 VOB/B vom Auftraggeber zu übergebende **Ausführungsplanung**, können daher auch **nicht** über § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B nachträglich einseitig angeordnet werden, ebenso wenig wie Bauleistungen, die nicht zu dem vertraglichen Gewerk des Auftragnehmers gehören (→ Rn. 62).⁶⁶⁷ Dies gilt insbesondere für selbständige Planungsleistungen, die ihrer Art nach als Architekten- bzw. Ingenieurleistungen unter die HOAI fallen würden, sofern der Vertrag hierzu nichts Abweichendes regelt.⁶⁶⁸

Werden allerdings dem Auftragnehmer neben Bauleistungen mit dem Vertrag auch zugehörige **Planungsleistungen übertragen**, dürften auch für diese Leistungen bei Vereinbarung der VOB/B auch die Anordnungsrechte nach § 1 VOB/B anwendbar sein. Obwohl sich die VOB/B insgesamt auf Bauleistungen bezieht, kann die Vertragsauslegung ergeben, dass nach dem Willen der Parteien einzelne Bestimmungen der VOB/B auch für die zusammen mit der Bauleistung vereinbarten Planungsleistungen gelten sollen, soweit diese inhaltlich für solche Planungsleistungen passen.⁶⁶⁹ Dies kann für die Regelungen in §§ 1 und 2 VOB/B wohl angenommen werden, soweit Bauentwurfsänderungen des Auftraggebers und eine Vergütungsanpassung hierfür betroffen sind. In diesem Falle muss der **planungsverpflichtete Auftragnehmer** dann auch die **entsprechenden Planungsanpassungen** vornehmen.⁶⁷⁰ Die Vergütungsanpassung richtet sich in diesen Fällen nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B (→ Teil 3 Rn. 185).

Soweit daher Planungsleistungen nach VOB/C DIN 18299 ff. Abschnitt 4.1 als **geschuldete Nebenleistungen** wie Werkstattzeichnungen zum vertraglichen Leistungsumfang des Auftragnehmers gehören (etwa Werkstattzeichnungen), können insoweit auch Planungsänderungen angeordnet werden.⁶⁷¹ Für notwendige Planungsleistungen, die nach VOB/C

⁶⁶⁵ Vgl. Ingenstau/Korbion/Keldungs VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 57.

⁶⁶⁶ Fuchs BauR 2009, 404 (408).

⁶⁶⁷ Fuchs BauR 2009, 404 (408). Ähnlich Ingenstau/Korbion/Keldungs VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 6.

⁶⁶⁸ Kapellmann/Schiffers/Markus, Bd. 1 Rn. 896.

⁶⁶⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Sacher VOB/B § 5 Rn. 23 ff.; vgl. BGH 28.3.1996 – VII ZR 228/94, IBRRS 2000, 0507 = BauR 1996, 544.

⁶⁷⁰ Fuchs BauR 2009, 404 (408).

⁶⁷¹ Kapellmann/Messerschmidt/Sacher VOB/B § 5 Rn. 23 ff.

DIN 18299 ff. Abschnitt 4.2 unter den **Besonderen Leistungen** erfasst sind, muss je nach den Umständen des Einzelfalls im Wege der Vertragsauslegung ermittelt werden, ob der Auftraggeber zu deren einseitiger Anordnung berechtigt sein soll, wenn diese nicht besonders im Vertrag erwähnt sind; für das einseitige Anordnungsrecht spricht allgemein der Umstand, dass sie als „Besondere“ Leistungen nach der vertragsgegenständlichen VOB/C potentiell immer schon Auftragnehmerleistungen sind und der wirtschaftliche Schwerpunkt der Abgrenzung zwischen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen vor allem in der Frage liegt, ob diese Leistungen gesondert vergütet werden oder von den vertraglichen Preisen umfasst sind (§ 2 Abs. 1 VOB/B, vgl. VOB/C DIN 18299 Nr. 4.1).⁶⁷²

- 436 **bb) Verträge nach BGB.** Die vorstehenden Ausführungen zum Vertrag nach VOB/B dürften für Verträge nach gesetzlichem Bauvertragsrecht entsprechend gelten. Der planende Auftraggeber muss auch die Planung für die geänderte Leistung beistellen und kann diese **nicht durch einseitige Anordnung** auf den Auftragnehmer übertragen (→ Rn. 477, vgl. § 650b Abs. 1 S. 4 BGB). Hat der Auftragnehmer **neben den Bauleistungen auch bestimmte Planungsleistungen übernommen** (zB die Ausführungsplanung), die aufgrund einer vom Auftraggeber gewünschten Leistungsänderung zunächst ebenfalls geändert werden müssen, sollte dem Auftraggeber auch insoweit ein Leistungsänderungsrecht zugestanden werden, wie es sich für Architekten- und Ingenieurverträge aus § 650q BGB in Verbindung mit § 650b BGB ergibt. Es ist zwar zweifelhaft, ob für solche gemischten Verträge, die im Schwerpunkt Bauverträge bleiben, die §§ 650p ff. BGB umfassend auf die darin enthaltenen Planungsleistungen Anwendung finden.⁶⁷³ Dennoch muss nach der Systematik der gesetzlichen Regelung dem Auftraggeber auch bezüglich der im Bauvertrag enthaltenen Planungsleistungen ein Anordnungsrecht nach § 650b BGB zugebilligt werden.

4. Form der Anordnung

- 437 Für die Anordnung nach VOB/B ist **grundsätzlich keine Form vorgeschrieben**. Gleichwohl können öffentlich-rechtliche Normen für die Abgabe von Verpflichtungserklärungen, die mit finanziellen Verpflichtungen für den öffentlichen Auftraggeber verbunden sind, bestimmte Anforderungen an die Form der Erklärungen stellen.
- 438 Insbesondere die **Kommunalordnungen** der Länder knüpfen eine wirksame Vertretung der Gemeinden, Landkreise und sonstigen Gebietskörperschaften durch deren Organe und Bedienstete bei der Eingehung von Verpflichtungsgeschäften teilweise an die Einhaltung der **gesetzlichen Schriftform** (§ 126 BGB)⁶⁷⁴ oder einer bestimmten elektronischen Form (mit qualifizierter elektronischer Signatur gemäß § 126a BGB oder mit einer dauerhaft überprüfbaren Signatur⁶⁷⁵). Vertragserweiternde Anordnungen können insoweit zB **nicht wirksam per E-Mail oder Telefax** erfolgen. Ähnliches gilt teilweise nach den landesrechtlichen Gesetzen über die **kommunale Zusammenarbeit** für kommunale Zweckverbände.⁶⁷⁶ Vielfach bestehen **zusätzliche Formerfordernisse**, etwa dass die betreffenden Erklärungen von bestimmten hierfür in den Kommunalordnungen benannten **Personen** (ggf. unter Angabe der Amtsbezeichnung) **unterzeichnet** werden müssen.⁶⁷⁷ Teilweise wurde dieses Formerfordernis neuerdings für die Vergabe öffentlicher Aufträge abgesenkt und hierfür nur noch die Einhaltung der **Textform** verlangt.⁶⁷⁸ Diese Formerleichterung für

⁶⁷² Abweichend Leinemann/Hilgers, VOB/B, § 2, Rn. 735: zustimmungspflichtige Zusatzleistung nach § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B.

⁶⁷³ BeckOK BauVertrR/Fuchs BGB § 650p Rn. 39 f.

⁶⁷⁴ Etwa § 64 Abs. 1 GO NRW; Art. 38 Abs. 2 BayGO in der bis 31.7.2022 geltenden Fassung, § 54 Abs. 1 GO BW – hierzu allerdings die Einschränkung nach § 54 Abs. 4 GO BW: Die Formvorschriften gelten nicht für Erklärungen in Geschäften der laufenden Verwaltung oder auf Grund einer in der Form der Absätze 1 bis 3 ausgestellten Vollmacht.

⁶⁷⁵ § 54 Abs. 1 GO BW.

⁶⁷⁶ ZB § 16 Abs. 4 GkG NRW; Art. 37 BayKommZG in der bis 31.7.2022 geltenden Fassung.

⁶⁷⁷ Art. 38 Abs. 2 S. 4 BayGO in der seit 1.8.2022 geltenden Fassung.

⁶⁷⁸ Art. 37 S. 4 BayKommZG in der seit 1.8.2022 geltenden Fassung.