

ist, so ist der Ablauf der 30-tägigen Einigungsfrist jedenfalls bis zur Erfüllung der Bestellerobliegenheit gehemmt mit der Folge, dass kein Anordnungsrecht des Bestellers entstehen kann.⁷⁷

Lehnt der Besteller Verhandlungen über das vom Unternehmer vorgelegte Vergütungsangebot ab, weil er z.B. der Auffassung ist, die entsprechende Leistung sei bereits vom bisherigen Vertragsinhalt erfasst oder das Angebot sei völlig überhöht und damit keine geeignete Verhandlungsgrundlage, so entsteht das Anordnungsrecht des Bestellers dennoch grundsätzlich erst nach Ablauf der 30-Tages-Frist. Je nach Einzelfall kommt aber in Betracht, dass der Unternehmer aufgrund seiner Pflichtverletzung hinsichtlich des vorzulegenden Angebots für damit verbundene Schäden, z.B. Bauverzögerungen, schadensersatzpflichtig ist. Im Einzelfall ist der Kausalnachweis zwischen Pflichtverletzung des Unternehmers bezüglich des Angebots und dem geltend gemachten Schaden aus verzögertem Bauablauf natürlich schwierig. 80

II. 30-Tages-Frist

Das Anordnungsrecht des Bestellers entsteht gemäß § 650b Abs. 2 S. 1 BGB, wenn die Einigung nach Abs. 1 nicht binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer erfolgt ist. Diese Befristung des Einigungsgebots auf 30 Tage geht auf die Initiative des Bundesrats zurück, der in Anlehnung an § 15a Abs. 1 S. 2 EGZPO allerdings vorgeschlagen hatte, dass die Verhandlungspflicht der Parteien spätestens 30 Tage nach *Zugang des Angebots* nach Abs. 1 S. 2 beim Besteller ablaufen sollte.⁷⁸ Diese Anregung ist vom Gesetzgeber aufgegriffen, allerdings dahin modifiziert worden, dass die 30-Tages-Frist bereits mit dem Zugang des Änderungsbegehrens beginnt und nicht erst mit der Vorlage des Unternehmerangebots, was bei einem verspätet vorgelegten Angebot zu einer unvertretbar langen Verhandlungsphase der Parteien geführt hätte.⁷⁹ 81

Für die Entstehung des Anordnungsrechts des Bestellers nach Abs. 2 S. 1 kommt es grundsätzlich nur darauf an, ob innerhalb der 30-Tages-Frist eine Einigung der Parteien über die geänderte Leistung und deren Vergütung stattgefunden hat. Scheitern die Verhandlungen der Parteien also bereits vor Ablauf der 30-Tages-Frist, so entsteht das Anordnungsrecht des Bestellers bereits mit dem Scheitern der Verhandlungen. Gleiches gilt nach dem Rechtsgedanken des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wenn der Unternehmer seine Mitwirkungspflicht im Rahmen des Einigungsgebots endgültig und ernsthaft verweigert, was sich sowohl auf die Erstellung des Angebots selbst als auch auf Verhandlungen über das Angebot beziehen kann.⁸⁰ Auch in diesem Fall entsteht das Anordnungsrecht des Bestellers also bereits vor Ablauf der 30-Tages-Frist. Verstößt der Besteller seinerseits gegen seine Mitwirkungsobliegenheiten, z.B. hinsichtlich der geänderten Planung oder hinsichtlich der Prüfung und Verhandlung zum Unternehmerangebot, so entsteht 82

⁷⁷ Zutreffend Dammert u.a. § 2 Rdn 88.

⁷⁸ BT-Drucks. 18/8486, S. 93.

⁷⁹ BT-Drucks. 18/11437, S. 47.

⁸⁰ So auch Orlowski, BauR 2017, 1427, 1430.

nach dem gesetzgeberischen Willen das Anordnungsrecht gleichwohl frühestens nach Ablauf der Frist von 30 Tagen, weil der Besteller das ihn begünstigende, einseitige Leistungsänderungsrecht ansonsten beliebig generieren könnte.⁸¹

- 83 Dauern die Verhandlungen der Parteien, z.B. bei komplexen, mit umfangreichem Planungsaufwand verbundenen Änderungsleistungen über die 30-Tages-Frist hinaus an, so steht es den Parteien frei, die Frist einvernehmlich zu verlängern bzw. seitens des Bestellers auf das formal bereits entstandene Anordnungsrecht vorläufig zu verzichten.⁸² Ansonsten spielt es für das Entstehen des Anordnungsrechts des Bestellers aber keine Rolle, ob binnen der gesetzlich normierten Frist von 30 Tagen die Einigung über geringe oder umfangreiche Änderungen nicht erfolgt ist. Entscheidend ist, dass dem Besteller nach Ablauf der Frist das Recht zustehen soll, einseitig die Änderung des Leistungsinhalts anzuordnen, nachdem innerhalb der Frist keine Einigung erfolgt ist.
- 84 Für die Entstehung des Anordnungsrechts des Bestellers nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB unterscheidet das Gesetz nicht danach, ob der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder eine Änderung begehrt, die nach Abs. 1 S. 1 Nr. 2 zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist. Für den letztgenannten Fall, insbesondere dann, wenn es um die Korrektur einer fehlerhaften Planung geht, erscheint die Abhängigkeit des Anordnungsrechts vom Scheitern der Einigungsbemühungen nicht zielführend. Denn die regelmäßige Konstellation besteht darin, dass der Unternehmer im Rahmen seiner Prüfungs- und Hinweispflicht auf den Planungsmangel hinweist. In diesem Fall ist der Besteller berechtigt und verpflichtet, den Planungsmangel zu beseitigen und dem Unternehmer eine mängelfreie Änderungsplanung zur Verfügung zu stellen, die ihm die Herstellung einer mängelfreien Bauleistung ermöglicht. Sicherlich ist es auch in diesem Fall sinnvoll, wenn sich die Parteien möglichst schnell über die Änderungsleistung und eine damit ggf. verbundene Mehr- oder Mindervergütung verständigen. In Fällen der notwendigen Korrektur der Vertragsgrundlage (Planung), um eine für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendige Leistung herzustellen, erscheint die Abhängigkeit des bestellerseitigen Anordnungsrechts von einem bis zu 30 Tage andauernden Einigungsversuch kontraproduktiv. Dennoch ist diese Rechtslage nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung zu beachten. Zukünftig sollte das Gesetz für diese Fallkonstellation aber dahin geändert werden, dass ein Anordnungsrecht des Bestellers im Sinne einer Korrektur der Planung nicht von einem vorherigen Einigungsversuch abhängig ist.
- 85 Für die Fristberechnung selbst gelten die §§ 187 ff. BGB. Endet die 30-Tages-Frist also an einem Samstag, einem Sonntag oder einem Feiertag, so endet die Frist erst mit Ablauf des nächsten Werktags (§ 193 BGB).
- 86 Ungeregt ist, ob und welche Wirkungen eine vom Besteller verfrüht erklärte Anordnung nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB hat. Ordnet der Besteller also ohne vorherige Verhandlungen der Parteien eine bestimmte Leistungsänderung an, so wird man diese (zunächst unwirksame) Anordnung im Sinne von § 650b Abs. 1 S. 1 BGB als

81 Näher dazu oben Rdn. 25ff.

82 Dazu auch Althaus, BauR 2017, 412, 416.

Änderungswunsch auslegen können, woraufhin nun der Einigungsversuch der Parteien nach Abs. 1 stattzufinden hat. Scheitern die Verhandlungen der Parteien oder kommt es jedenfalls innerhalb der Frist von 30 Tagen nicht zu einer Einigung, so muss die Frage, ob der Besteller dieselbe Anordnung nun nochmals aussprechen muss oder ob die frühere, als Änderungswunsch ausgelegte Anordnung unverändert Gültigkeit beansprucht, wie folgt beantwortet werden: Da das Anordnungsrecht des Bestellers nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB entweder das Scheitern der Verhandlungen oder den Ablauf der 30-Tages-Frist voraussetzt, ist eine verfrühte Anordnung des Bestellers unwirksam, sodass die Rechtsfolgen des § 650b Abs. 2 erst mit einer (nochmaligen) Anordnung des Bestellers eintreten.

III. Anordnungsrecht des Bestellers

Einigen die Parteien sich nicht binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer, so kann der Besteller die gewünschte Änderung in Textform anordnen. In der Begründung zu § 650b Abs. 2 BGB nimmt der Gesetzgeber Bezug auf das entsprechende Anordnungsrecht des VOB-Auftraggebers aus § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B.⁸³ Zu Inhalt und Ausgestaltung des Anordnungsrechts kann deshalb in Anlehnung an Rechtsprechung und Literatur zu § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B festgehalten werden:

Entgegen häufiger Darstellung handelt es sich beim Anordnungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B und nunmehr auch beim gesetzlichen Anordnungsrecht gemäß § 650b Abs. 2 S. 1 BGB nicht um ein (allgemeines) Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB, sondern um einen *Änderungsvorbehalt* hinsichtlich einer bereits durch den Vertrag bestimmten (Bau-)Leistung.⁸⁴ Bei der Anordnung einer Leistungsänderung handelt es sich um eine einseitige und empfangsbedürftige, rechtsgestaltende Willenserklärung des Bestellers.⁸⁵ Von einer Anordnung ist demgemäß auszugehen, wenn der Besteller einseitig gestaltend erklärt, dass er anstelle der bisher vertragsgegenständlichen Leistung X nunmehr eine Leistung Y wünsche, sodass für den Unternehmer als Erklärungsempfänger klar ist, dass mit dieser Willenserklärung des Bestellers fortan ein anderer Leistungsinhalt als bisher auszuführen ist. Dementsprechend ist eine Anordnung nach § 650b Abs. 2 S. 1 BGB, analog der Rechtslage zu § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B, von einem bloßen Änderungswunsch oder der Aufforderung an den Unternehmer, hinsichtlich einer bestimmten Leistung einen Änderungsvorschlag zu unterbreiten, zu unterscheiden.⁸⁶

Während die Anordnung nach den Bestimmungen der VOB/B formlos möglich ist, also auch mündlich oder konkludent erklärt werden kann,⁸⁷ bestimmt der Gesetzgeber in § 650b Abs. 2 S. 1 BGB, dass eine wirksame Anordnung nur in Textform

83 BT-Drucks. 18/8486; Orłowski BauR 2017, 1427, 1428 S. 55.

84 Vgl. von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 1 VOB/B Rn. 49 b m.w.N.

85 BGH, NZBau 2004, 207; allgemein von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 1 VOB/B Rn. 50 a.; Orłowski, BauR 2017, 1427, 1430.

86 Vgl. Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, § 2 VOB/B Rn. 190.

87 Vgl. Kapellmann, a.a.O. Rn. 193 ff.