

V o r w o r t

Die folgende Dissertation zum deutschen und französischen Bauvertragsrecht soll einen Beitrag zur Diskussion über die Fortentwicklung des Bauvertragsrechts in Deutschland leisten und einem vertieften Verständnis der im deutschen und im französischen Recht bestehenden Regelungen über vom Bauherrn gewünschte Planänderungen dienen.

Das Manuskript wurde im März 1988 abgeschlossen. Bis zu diesem Zeitpunkt sind Literatur und Rechtsprechung in die Betrachtung einbezogen.

Meinem Betreuer, Herrn Professor Dr. G. Weick, möchte ich meinen besonderen Dank für die ermutigenden und richtungweisenden Anregungen aussprechen, mit denen er in vielen, auch kurzfristig terminierten Gesprächen die Arbeit gefördert hat. Freundliche Unterstützung bei der Suche nach den in der Praxis zu beobachtenden betriebswirtschaftlichen und fiskalischen Auswirkungen von Planänderungen und zur Vertragspraxis habe ich von einer Vielzahl von Personen sowohl der Auftraggeber- als auch der Auftragnehmerseite erhalten, denen ich danke. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Rechtsanwalt Dr. W. Bayer vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Bonn, für Hinweise auf baubetriebliches Material und Informationen zur Verbreitung der VOB in der Praxis, sowie dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht in Hamburg für die Nutzung seiner Bibliothek. Meinem Vater, Herrn Dipl.-Ing. W. Poesch, meiner Schwester, Frau cand. jur. S. Hassler und meinem Freund, Herrn Dr. jur. C.-J. Rütch danke ich für die Durchsicht des Manuskripts. Schließlich danke ich meiner Frau für die Anregungen und Diskussionen, die mir eine unerläßliche Hilfe zur Anfertigung der Arbeit waren.

Brüssel, Februar 1989

Joachim Poesch

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	X
Einleitung	1
1.) Problemstellung	2
2.) Ziel	3
3.) Methode	3
4.) Aufbau	5
A. Regelungsgrund	6
1. Die zu untersuchenden Fälle und ihre Auswirkungen	6
1.) Abgrenzung der zu untersuchenden Fälle	6
a) Bauleistungen	6
b) Realisierung der Bauleistung	8
aa) Technische Realisierungsmaßnahmen	8
bb) Wirtschaftliche Realisierungsmaßnahmen	9
c) Betriebliche Planung	12
(1) Zielplanung	13
(a) Programmplanung (technische Zielplanung)	13
(b) Preiskalkulation (wirtschaftliche Zielplanung)	14
(aa) Vorgehen bei der Preiskalkulation	16
(aaa) Herstellkosten der Gesamtleistung	16
(i) Einzelkosten	16
(ii) Baustellengemeinkosten	17
(bbb) Nicht an der Baustelle anfallende	
Kalkulationsposten	18
(i) Allgemeine Geschäftskosten	18
(ii) Wagnis und Gewinn	18
(iii) Umsatzsteuer/ Angebotsendsumme	19
(ccc) Angebotsendpreis der Teilleistungen	19
(bb) Kosteneinflußgrößen	20
(2) Durchführungsplanung	21
(a) Projektplanung	21
(b) Investitionsplanung	22
d) Planänderung	24
e) Planänderung durch den Bauherrn	24
2.) Einteilung der zu untersuchenden Fälle	25
a) Unveränderter Erfolg der Baumaßnahme	25
(1) Änderungen in Art und/oder Menge der zur Durch-	
führung eingesetzten Produktionsfaktoren	26
(a) Änderungen nur in der Art der Faktoren	26
(b) Änderungen nur in der Menge der Faktoren	28
(c) Änderungen in Art und Menge der Faktoren	29
(2) Änderungen der Durchführung bei gleichbleibendem	
Erfolg der Bauleistung, die nicht Art oder Menge	
der Produktionsfaktoren betreffen	30
b) Geänderter Erfolg der Baumaßnahme	32
aa) Änderung der einzelnen erfolgbestimmenden Elemente	
Material, Dimension und Fertigstellungstermin in	
gesonderter Betrachtung	32

(1) Änderungen des Leistungserfolges, die nur die Dimension oder nur das Material betreffen	33
(a) Änderungen nur in der Dimension	33
(aa) Falls mehr als vorgesehen zu produzieren	33
(aaa) Leistungsvermögen pro Zeit reicht	33
(bbb) Leistungsvermögen pro Zeit reicht nicht	36
(i) Lösung durch Fristüberschreitung	36
(ii) Lösung durch Nutzung von Pufferzeiten	39
(iii) Lösung durch Intensitätssteigerung	41
(iiii) Lösung durch Folgeänderungen in Art und/oder Menge der Produktionsfaktoren	42
(bb) Falls weniger als vorgesehen zu produzieren	43
(b) Änderungen nur im Material	45
(2) Änderungen nur im Fertigstellungstermin	47
bb) Änderungen in Material, Dimension und Fertigstellungstermin	47
Zusammenfassung zu Abschnitt 2.	47
II. Die zu erwartenden Konflikte	49
B. Regelungsinhalt	56
I. Überblick über die Regelungen des deutschen und des französischen Rechts	59
1.) Deutsches Recht (BVB, ZVB, VOB/B, BGB)	59
2.) Französisches Recht	63
a) Öffentliches Bauwesen (C.C.A.P., C.C.A.G.)	64
b) Privates Bauwesen (Normes AFNOR NF P 03-011 und NF P 03-001)	69
II. Durchsetzung der vom Bauherrn gewünschten Abweichungen vom Plan	73
1.) Abweichungen im Erfolg	74
a) Abweichungen in der herzustellenden Sache	74
(1) Regiearbeiten	79
(2) Leistungsbestimmungsvorbehalt	79
(3) Leistungserbringung abhängig von Bedingungseintritt	80
(4) Wegfall von Leistungen	81
(a) Kündigung des gesamten Vertrages (§ 8 Nr. 1 VOB/B, § 649 BGB; art. 46.1. C.C.A.G.; art. 1795 C.Civ.)	81
(b) Kündigung von Teilleistungen (§ 8 Nr. 1 VOB/B; art. 46.1. C.C.A.G.)	81
(c) Bauentwurfsänderung als Grund für Wegfall von Leistungen (§ 1 Nr. 3 VOB/B, art. 2.52 C.C.A.G.)	83
(5) Hinzutreten von Leistungen	83
(a) Deutsches Recht (§§ 1 Nrn. 4. und 3 VOB/B)	86
(b) Französisches Recht (art. 2.52 C.C.A.G.)	86
(6) Substitution von Leistungen/ Leistungsänderungsvorbehalt	86
(a) Deutsches Recht (§§ 1 Nr. 3, 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B)	87
(b) Französisches Recht (art. 2.52, 15.22 C.C.A.G.; art. 12 und 7 NF P 03-001)	101
(aa) Öffentliches Recht	101
(bb) Privatrecht	112
(c) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen deutschem und französischem Recht	118
(d) Beurteilung der Unterschiede	122
(aa) Feststellung von Kriterien zur Bewertung	122
(bb) Anwendung der Kriterien	124
(e) Vorschlag zu § 1 Nr. 3 VOB/B	128

b) Abweichungen im Herstellungszeitpunkt	130
aa) Deutsches Recht (§§ 1 Nr. 3; 5 Nrn. 1 und 2 VOB/B; 242, 305 BGB/ Unterlassung von Mitwirkungshandlungen)	131
bb) Französisches Recht (art. 2.52; 48.1 C.C.A.G.; art. 12.1 NF P 03-001)	135
cc) Vergleichung der Regelungen	139
2.) Abweichungen in der Durchführung	141
a) Abweichungen im zeitlichen Einsatz der Arbeitsmittel	142
aa) Direkter Einfluß des Bauherrn auf den zeitlichen Einsatz der Arbeitsmittel des Unternehmers (art. 2.52 C.C.A.G.; § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B; art. 12 NF P 03-001)	144
bb) Indirekter Einfluß des Bauherrn auf den zeitlichen Einsatz der Arbeitsmittel des Unternehmers durch Einfluß auf den zeitlichen Rahmen für die Produktion des Unternehmers	149
(1) Beginn der Ausführungszeit	150
(a) Deutsches Recht (§§ 5 Nrn. 1 und 2; 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B; 305 BGB)	150
(b) Französisches Recht	153
(aa) Französisches Öffentliches Recht (art. 2.52 und 19.21 C.C.A.G.)	153
(bb) Französisches Privatrecht (art. 12 NF P 03-001)	155
(c) Feststellung und Bewertung von Unterschieden	156
(d) Formulierungsvorschlag zu § 6 Nr.2 Abs. I VOB/B	157
(2) Verlängerung der Produktionszeit durch Ausschöpfen von Pufferzeiten	158
(a) Deutsches Recht (§§ 6 Nrn. 1 und 2; 5 Nr. 2; 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B)	158
(b) Französisches Recht (art. 28; 2.52 C.C.A.G.)	160
(c) Feststellung und Bewertung der Unterschiede	161
(d) Vorschlag zu § 4 VOB/B	161
(3) Verschiebung oder Unterbrechung der Produktionszeit des Bauunternehmers	162
(a) Deutsches Recht (§§ 6 Nr. 7; 9 Nr. 1a VOB/B)	162
(b) Französisches Recht (art. 2.52; 19; 48 C.C.A.G.; 19 NF P 03-001)	163
(c) Feststellung und Bewertung der Unterschiede/ Vorschlag zu § 6 VOB/B	164
b) Abweichungen in Art und/oder Menge der eingesetzten Arbeitsmittel des Unternehmers	165
aa) Deutsches Recht (§§ 633ff., 315, 316, 631 I BGB; 5 Nr. 3; 4 Nr. 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B)	165
bb) Französisches Recht (art. 28; 36; 2.52 C.C.A.G.; 12.2 NF P 03-001)	171
cc) Feststellung und Bewertung der Unterschiede	174
dd) Vorschlag zu § 4 VOB/B	176
III. Ausgleich der dem Bauunternehmer entstehenden Nachteile	177
1.) Technischer Ausgleich - Kostensenkung	180
a) Durch Maßnahmen, die den geplanten Erfolg betreffen	180
aa) Qualitäts-/ Quantitätseinschränkungen	180
(1) Grundsatz der Sanktion bei Abweichungen des Unternehmers vom vertraglich vorgesehenen geplanten Erfolg	180
(2) Ausnahmen vom Grundsatz	184
(a) Vereinbarte Abweichungen	184
(b) Angeordnete Abweichungen	186
(c) Vom Bauherrn verursachte Abweichungen	190
(d) Genehmigte Abweichungen	191

bb)	Herstellungszeitpunkt	194
	(1) Deutsches Recht (§ 6 Nr. 2 VOB/B; § 645 BGB)	194
	(2) Französisches Recht (art. 19.21 C.C.A.G.; art. 7.1.1.2, 6.5.1.3 NF P 03-001)	200
	(3) Feststellung und Bewertung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede	206
	(4) Vorschlag zu § 6 Nr. 2 VOB/B	212
b)	Durch Maßnahmen, die die geplante Durchführung ändern	214
aa)	Zeitliche Abweichungen	214
	(1) Beginn	214
	(a) Deutsches Recht (§ 5 Nr. 4; § 6 Nr. 2 VOB/B)	214
	(b) Französisches Recht (art. 19 C.C.A.G.)	215
	(c) Keine wesentlichen Unterschiede	216
	(2) Unterbrechung und Verschiebung von Tätigkeiten	217
	(a) Deutsches Recht (§§ 5 Nr. 3; 4 VOB/B; pFV)	217
	(b) Französisches Recht (art. 2.52 C.C.A.G.)	217
	(c) Keine Ansatzpunkte für Rezeption	218
bb)	Abweichung in Elementarfaktoren	218
	(1) Deutsches Recht	218
	(2) Französisches Recht	219
2.)	Wirtschaftlicher Ausgleich - Entgelthanpassung	221
a)	Entgelthanpassung an den vertraglichen Preis	221
	(1) Französisches Öffentliches Recht	222
	(a) Art. 14 C.C.A.G.	222
	(aa) Rechtsfolge	222
	(bb) Voraussetzungen	225
	(i) Materielle Voraussetzungen des Anspruchs	225
	(ii) Formelle Voraussetzungen des Anspruchs	226
	(iii) Somit Regelungsgegenstand	227
	(iiii) Prozessuale Voraussetzungen der Durch- setzung des Anspruchs	228
	(b) Art. 48.1 Abs. 3 C.C.A.G.	228
	(c) Außervertragliche Regelungen	229
(2)	Deutsches Recht (§ 2 Nrn. 6, 7, 5 und 3 Abs. 2 VOB/B)	229
	(a) Rechtsfolgen	230
	(aa) Rechtsfolge von § 2 Nr. 6 VOB/B	231
	(bb) Rechtsfolge von § 2 Nrn. 7, 5, 3 Abs.2 VOB/B	235
	(b) Voraussetzungen	240
	(aa) Voraussetzungen von § 2 Nr. 6 VOB/B	240
	(i) Im Vertrag nicht vorgesehene Leistung	240
	(ii) Weitere Voraussetzungen	248
	(iii) Somit abgedeckte Anordnungsfälle	251
	(bb) Voraussetzungen von § 2 Nr. 7 VOB/B	252
	(cc) Voraussetzungen von § 2 Nr. 5 VOB/B	256
	(dd) Voraussetzungen von § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B	258
(3)	Französisches Privatrecht (art. 7.1. NF P 03-001)	260
(4)	Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Regelungen	261
(5)	Bewertung der Unterschiede	263
(6)	Vorschlag zur Neufassung von § 2 Nrn. 3 Abs. 2; 5; 9 und 10 VOB/B	268
b)	Ausgleich durch Anpassung an einen außerhalb des ur- sprünglichen Preises liegenden Maßstab	271
aa)	Anpassung an das für einen anderen Bezug der Mittel durch den Bauherrn zu zahlende Entgelt	271
	(1) Deutsches Recht (§ 2 Nr. 6 VOB/B; § 632 I; §§ 315; 316; 812 BGB)	272

(2) Französisches Recht	276
(a) Anpassung bis zum Preis der Ersatzbeschaffung	276
(b) Anpassung bis zum Marktpreis der Leistung	278
(aa) Französisches Öffentliches Recht	278
(bb) Französisches Privatrecht	279
bb) Anpassung an das Entgelt, das der Bauunternehmer erzielt hätte, wäre die Anordnung nicht erfolgt	283
(1) Minderleistung wegen der Anordnung des Bauherrn	284
(a) Fortfall der gesamten Leistung	284
(b) Teilweise Kürzung der Leistung	286
(aa) Ersatzloser Wegfall von Leistungsteilen	287
(i) Deutsches Recht (§§ 8 Nr. 1 und 2 Nr. 4 VOB/B)	
(ii) Französisches Recht (art. 17; 16 C.C.A.G.)	288
(iii) Bewertung der Unterschiede	289
(iiii) Vorschlag §§ 2 Nr. 4; 8 Nr. 1 VOB/B	290
(bb) Wegfall von Teilen der Leistung und Leistungs-Substitution	290
(i) Französisches Öffentliches Recht (art. 17 und 16 C.C.A.G.)	291
(ii) Französisches Privatrecht (art. 7.1 und 7.3 NF P 03-001)	294
(iii) Deutsches Recht	295
(iv) Feststellung und Bewertung der Unterschiede	295
(v) Vorschlag (Verweisung)	299
(2) Mehrleistung wegen einer Anordnung des Bauherrn	299
(a) Deutsches Recht	299
(aa) §§ 6 Nr. 6 und 2 Nr. 5 VOB/B	299
(bb) Positive Forderungsverletzung	301
(cc) § 642 BGB	302
(b) Französisches Recht	304
(aa) Französisches Öffentliches Recht	305
(aaa) Entschädigung bei Aufhebung des Vertrages wegen Bauherrnverschuldens	306
(bbb) Entschädigung wegen Vertragsverletzungen des Bauherrn	308
(ccc) Entschädigung für Anordnungen, die keine Pflichtverletzung sind, außerhalb vertraglicher Sonderregelungen	313
(ddd) Entschädigung für Anordnungen, die den Leistungsinhalt modifizieren (art. 15 C.C.A.G.)	314
(i) Darstellung der Regelung	314
(ii) Feststellung und Bewertung von Unterschieden und Feststellung übernehmenswerter Bestandteile	321
(eee) Entschädigung bei Änderungen im Umfang von Teilleistungen (art. 17 C.C.A.G.)	324
(i) Darstellung der Vorschrift	324
(ii) Feststellung und Bewertung der Unterschiede und Feststellung übernehmenswerter Bestandteile	325
(fff) Entschädigung bei Unterbrechungen der Ausführung	325
(i) Art. 48 C.C.A.G.	325
(ii) Feststellung und Bewertung von Unterschieden und Feststellung übernehmenswerter Bestandteile	326

(ggg) Außervertragliche Rechtssätze	326
(bb) Französisches Privatrecht (art. 7.1., 19.3; 6, 2.; 5.6.2 NF P 03-001)	331
(3) Zusammenfassung zum Abschnitt Anpassung an das ohne die Anordnung erzielbare Entgelt	335
cc) Anpassung an die durch den abweichenden Einsatz der Mittel entstehenden Kosten	336
(1) Deutsches Recht	337
(a) VOB-Vertrag	337
(aa) Festsetzung des Preises	337
(bb) Anpassung des Preises (§§ 4 Nr. 1 Abs. 4; 2 Nrn. 3, 5 und 7 VOB/B)	342
(b) BGB-Vertrag (§§ 304; 683 BGB)	347
(2) Französisches Recht	347
(a) Französisches Öffentliches Recht (art. 15; 16; 17; 19 C.C.A.G.)	347
(b) Französisches Privatrecht (art. 7.1; 5.6; 6.5; 19.1 NF P 03-001)	348
(3) Vorschlag zu § 2 Nr. 3 Abs. 2 und 3, sowie zu §§ 2 Nr. 6 und 6 Nr. 8 VOB/B	349
 Gesamtzusammenfassung und Regelungsvorschlag	 351
 Annex: Wortlaut zitierter, für die Untersuchung wesentlicher französischer Vorschriften	 XIX

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Allgemeine Ansicht
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AFNOR	Association Française de Normalisation
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGK	Allgemeine Geschäftskosten
AK	Alternativ-Kommentar
Anm.	Anmerkung
BauR	Baurecht: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGK	Baustellengemeinkosten
BHO	Bundshaushaltsordnung
BuMiBau	Bundesminister für Raumordnung und Bauwesen
BuMiRaum	Bundesminister für Raumordnung und Bauwesen
BRH	Bundesrechnungshof
BVB	Besondere Vertragsbedingungen
BWL	Betriebswirtschaftslehre
bzw.	beziehungsweise
C. Admin.	Code Administratif
C.C.A.G.	Cahier des Clauses Administratives Générales
C.C.A.P.	Cahier des Clauses Administratives Particulières
C.Civ.	Code Civil
C.C.T.G.	Cahier des Clauses Techniques Générales
C.C.T.P.	Cahier des Clauses Techniques Particulières
C.E.	Arrêt du Conseil d'Etat
circ.	circulaire
C.M.P.	Code des Marchés Publics
Comm. Centr.	Commission Centrale des Marchés
décr.	décret
ders.	derselbe
desh.	deshalb
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselben
DIN	Deutsches Institut für Normung
D-P-S-St	Daub-Piel-Soergel-Steffani
DVA	Deutscher Verdichtungsausschuß für Bauleistungen
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt

VIII

éd.	édition
EFB	Einheitliches Formblatt
Einl.	Einleitung
ErlZ	Erläuterung Ziffer
e.V.	eingetragener Verein
EVM	Einheitliches Verdingungsmuster
evtl.	eventuell
f.	folgende Seite
Fasc.	Fascicule
Fn.	Fußnote
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
HLM	Habitations à Loyer Modéré
H-L-N	Hereth-Ludwig-Naschold
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
H-R-S	Heiermann-Riedl-Schwab
hrsg.	herausgegeben
i.e.	id est
J.-Cl.	Juris-Classeur
J.O.	Journal Officiel de la République Française
JZ	Juristenzeitung
Leb.	Recueil Lebon. Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
Lit.V.	Literaturverzeichnis
LM	Lindenmaier-Möhring. Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LV	Leistungsverzeichnis
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Min.Bl.	Ministerialblatt
Min.Environn.	Ministère de l'Environnement
MK	Münchener Kommentar
Mon.T.P.	Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MwSt	Mehrwertsteuer
NF	Norme Française établie par l'AFNOR
no.	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
p.	page
pFV	positive Forderungsverletzung
R	Rückseite
Rd.	Randnummer
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

s.	siehe
S.	Seite
SF	Schäfer/Finnern. Rechtsprechung der Bau-Ausführung.
SFH	Schäfer/Finnern/Hochstein. Rechtsprechung zum privaten Baurecht.
Sp.	Spalte
str.	streitig
SZ	Süddeutsche Zeitung
u.	unten, und
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VHB	Vergabe-Handbuch
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
wg.	wegen
WM, WPM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZVB-StB	Zusätzliche Vertragsbedingungen Straßenbau

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :A. Literatur zum französischen RechtI. Gesetzliche, amtliche und AFNOR-Veröffentlichungen

- 1.) Code des Marchés Publics (C.M.P.), Herausgegeben von Direction des Journaux Officiels, Paris: 1986
- 2.) Commission Centrale des Marchés, Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics des travaux (C.C.A.G.) in Annex zu Décret No. 76-87 du 21 jan. 1976, J.O.-N.C. du 30 jan. 1976 = Juris-Classeur Construction, Bd. 3, Fasc. 75 = Administrativ. Fonctions administratives. Principaux contrats administratives Fasc. 522 = Veröffentlichung der Direction des Journaux Officiels, Marchés Publics des Travaux (approbation du cahier des clauses administratives générales), Paris: 1986
- 3.) Commission Centrale des Marchés, Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage et des maîtres d'œuvre. Hrsg.v. Direction des Journaux Officiels, Marchés publics de travaux, Paris: 1987 (Neuauf. d. Fassung v. 1. Nov. 1976)
(zit.: Commission Centrale, Guide)
- 4.) Commission Centrale des Marchés. Marchés Publics de Travaux, Recueil des Documents Types. Tome I: Dossier de Consultation des Entreprises: marché unique pour la réalisation d'un ouvrage / marché de contrôle technique. Herausg. von Ministère de l'Economie, Commission Centrale des Marchés, Secrétariat Central, 41, quai Branly, 75700 Paris
(zit.: Commission Centrale, marché unique)
- 5.) Commission Centrale des Marchés. Marchés Publics de Travaux, Recueil de Documents Types. Tome II: Dossier de consultation des entreprises: opérations courantes traitées par marchés séparées.
Bezugsquelle s.o. Tome I
(zit.: Commission Centrale, marchés séparées)
- 6.) Dalloz. Code Administratif. 18. éd. Paris: 1985.
(zit.: Dalloz, Code Administratif)

- 7.) Ministère de l'environnement. Marchés Publics, Cahier des clauses techniques générales applicables aux marchés de travaux, Fascicule No. 35: Travaux d'espaces verts, d'aires de sports et de loisirs, Tome II - Travaux d'entretien, circulaire no. 80 - 152 du 5 décembre 1980, Bulletin Officiel du Ministère de l'environnement, Texte no. 1144, herausgg. v. Direction des Journaux Officiels, 26, rue Desaix, 75727 Paris CEDEX 15, 1980.
(zit.: Ministère de l'environnement, C.C.T.G., circulaire 80 - 152)
- 8.) Ministère de l'environnement. "Marchés Publics, Cahier des clauses techniques générales applicables aux marchés publics de travaux (C.C.T.G. Travaux Publics) fascicule 2: Terrassements Généraux, circulaire No. 79 - 27 du 14 mars 1979", in: Bulletin Officiel du Ministère de l'environnement, Fasc. Spécial No 79 - 15 bis, herausgg. v. Direction des Journaux Officiels, 26, rue Desaix, Paris, 1979.
(zit.: Ministère de l'environnement, C.C.T.G. circ. no. 79 - 27)
- 9.) Premier ministre. "Marchés Publics, Cahier des clauses techniques générales (C.C.T.G.), décret no. 86 - 290 du 25 février relatif à composition du cahier des clauses techniques générales applicables aux marchés publics de travaux et approuvant ou modifiant divers fascicules." Journal Officiel du 4 mars 1986.
(zit.: Premier Ministère, C.C.T.G., décret no. 86 - 290)
- 10.) Secrétaire d'Etat du logement. "Arrêté du 31 août, 1966. Marchés de travaux passés au nom des sociétés d'Habitations à loyer modéré: Cahier des clauses administratives générales." Juris-Classeur Construction. Bd. 3/Fasc. 78 (S. 1 - 12).
(zit.: Secrétaire, C.C.A.G.-HLM)

II. Handbücher und Kommentare

- 1.) Benabent, Alain. "Louage d'ouvrage et d'industrie: contrat d'entreprise et sous-traitance". Juris-Classeur Civil, Art. 1787 (Annexe) = Notarial Répertoire Droit Français, Louage d'ouvrage Fasc. H (Annexe), S. 1 - 23.
- 2.) Ferid - Sonnenberger. Das französische Zivilrecht; Bd. 2 Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse; Sachenrecht -. 2. Auflage, Heidelberg: 1986
(zit.: Ferid - Sonnenberger, Schuldrecht)

- 3.) Laubadère, André; Moderne, Franck; Delvolvé, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*, 2^e édition. Tome 1, Paris: 1983. Tome 2, Paris: 1984.
(zit.: Laubadère, Traité).
- 4.) Liet-Veaux, Georges. *Le droit de la construction*. 5^e édition. Paris: 1978.
(zit.: Liet-Veaux, Droit)
- 5.) Llorens, François. *Contrat d'Entreprise et Marché de Travaux Publics: (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*. Paris: 1981.
(zit.: Llorens, Contrat)
- 6.) Montmerle, Jaques/Caston, Albert. *Passation et exécution des marchés de travaux privés*. 3^e éd. Paris: 1979.
(zit.: Montmerle/Caston, Passation)
- 7.) Montmerle, Jaques. *Passation et Exécution des Marchés de Travaux Publics: Commentaire des Cahiers des Clauses Administratives Générales*. Paris/ 1966.
(zit.: Montmerle, Publics)
- 8.) Prieux, Henri. *Traité Pratique du Droit des Travaux Publics*, Bd. 1. Paris: 1959.
(zit.: Prieux, Traité)
- 9.) Villard, Michel; Bachelot, Yves; Roméro, Jean-Michel. *Droit et Pratique des Marchés Publics de Travaux: Passation-Exécution- Financement*. Paris: 1981.
(zit.: Villard, Droit)
- 10.) Wenner, Wolfgang. *Geschäftserfolg in Frankreich: - Recht und Wirtschaftspraxis -*. München: 1985
(zit.: Wenner, Geschäftserfolg)

III. Einzeldarstellungen

- 1.) Binnewies, W. "Die VOB und die ZVB-StB im Vergleich mit den französischen C.C.A.G." *Bauwirtschaft*, 1981, No. 48, S. 1783 - 1786.

- 2.) Kohl, Helmut. "Der Bauvertrag mit öffentlichen Auftragnehmern in Frankreich". Baurecht, 1/1983, 29 - 43
- 3.) Lukes, Rudolf. Oberbetriebliche technische Normung in den Rechtsordnungen ausgewählter EWG- und EFTA-Staaten. Frankreich, Großbritannien, Italien, Österreich, Schweden: Organisation der Normung/Einfluß des Staates/Beziehungen zum Verbraucherschutz. Köln, Berlin, Bonn, München: 1984.
(zit.: Lukes, Normung)
- 4.) Montmerle, Jaques. "Le cahier des charges générales applicables aux marchés privés de bâtiment: la norme AFNOR P 03.001 de novembre 1972". Le Moniteur des Travaux Publics, 3. März 1973, S. 16 - 29.
- 5.) Schwarze, Jürgen. "Der vorläufige Rechtsschutz (sursis à exécution) im französischen Verwaltungsrecht: Rechtsgrundlagen und Rechtsprechungspraxis im Vergleich zum deutschen Verwaltungsrecht."
Deutsches Verwaltungsblatt. 20/1987, 1037 - 1045

B. Sonstige Literatur

I. Gesetzliche, amtliche und DVA-Veröffentlichungen

- 1.) Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (Hrsg.). Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen. Loseblattausgabe mit Ergänzungslieferungen. Bonn: 1975.
(zit.: BuMi Bau, VHB)
- 2.) Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (Hrsg.). "Leitfaden für die Berechnung der Vergütung bei Nachtragsvereinbarungen nach § 2 VOB/B: Az. B I 2 - 01082 - 202/1 vom 04. Aug. 1981." Min.Bl. Fin 1981, S. 524 = VHB Teil VI = Michaelis-Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, Text-Teil II 4 B (9), Loseblattsammlung, Köln: 1965.
(zit.: BuMi Raum, Leitfaden)
- 3.) Bundesrechnungshof. "Bemerkung des Bundesrechnungshofes zu der Bundeshaushaltsrechnung (einschließlich Bundesvermögensrechnung) für das Haushaltsjahr 1970." Bundestags-Drucksache 7/8 zu Sachgebiet 63. Verhandlungen des Deutschen Bundestages: Anlagen zu den stenographischen Berichten, 7. Wahlperiode. 1972/Bd. 168/Nrn. 1-70. Bonn: 1972/1973.
(zit.: Bemerkungen des Bundesrechnungshofs)

- 4.) Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen (DVA). VOB '79. Verdingungsordnung für Bauleistungen. Zentralverband des deutschen Baugewerbes (Hrsg.). Köln: 1979, (zit.: DVA, Vorbemerkungen)

II. Handbücher und Kommentare

- 1.) Alternativkommentar.
Kommentar zum BGB in 6 Bänden. Hrsg. Wassermann, Rudolf. Bd. 3. Neuwied und Darmstadt: 1979
(zit.: Alternativkommentar-Bearbeiter)
- 2.) Burlitta, Erich und Hildegard. Wörterbuch der Synonyme und Antonyme: 18000 Stichwörter mit 175000 Worterklärungen, Sinn- und sachverwandte Wörter und Begriffe sowie deren Gegenteil und Bedeutungsvarianten. Wolfgang Krüger Verlag: 1983
(zit.: Burlitta, Wörterbuch)
- 3.) Constantinesco, Léontin-Jean. Rechtsvergleichung. Bd. I: Einführung in die Rechtsvergleichung. Köln: 1971.
(zit.: Constantinesco, Einführung).
Bd. II: Die rechtsvergleichende Methode. Köln: 1972.
(zit.: Constantinesco, Methode).
- 4.) Daub, Walter; Piel, Rudolf; Soergel, Carl.
Kommentar zur VOB Teile A und B. Bd. 1: Teil A der Verdingungsordnung für Bauleistungen: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen
1. Auflage. Wiesbaden, Berlin: 1981.
(zit.: D-P-S-St, VOB)
- 5.) Daub, Walter, Piel, Rudolf;
Soergel, Karl; Steffani, Wolfgang.
Kommentar zur VOB Teile A und B, Fassung 1973. Bd. 2:
Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen. Wiesbaden, Berlin: 1976.
(zit.: D-P-S-St, VOB)
- 6.) Ebert, Kurt Hannes. Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen. Bern: 1978
(zit.: Ebert, Rechtsvergleichung)
- 7.) Eplinius, Bruno. Der Bauvertrag: Erläuterungen zur Verdingungsordnung für Bauleistungen (DIN 1960)
Unveränderter Nachdruck der 3. Auflage v. 1940. Berlin: 1950
(zit.: Eplinius, Bauvertrag)

- 8.) Gablers Wirtschaftslexikon. 11. Auflage. Wiesbaden: 1984.
(zit.: Gabler, Wirtschaftslexikon)
- 9.) Hill, Hermann; Einführung in die Gesetzgebungslehre.
Heidelberg: 1982.
- 10.) Heinen, Edmund. Einführung in die Betriebswirtschaftslehre. 8. Auflage, Wiesbaden: 1982.
(zit.: Heinen, Einführung)
- 11.) Heiermann, Wolfgang; Riedl, Richard; Schwaab, Fritz;
Rusam, Martin. Handkommentar zur VOB Teile A und B. 4. Auflage,
Wiesbaden, Berlin: 1986.
(zit.: H-R-S-Bearbeiter, VOB)
- 12.) Hereth, Franz; Ludwig, Oswald; Nashold, Richard. Kommen-
tar zur VOB: Verdingungsordnung für Bauleistungen, Fassung
1952. Bd. II: Erläuterungen zu Teil B. Wiesbaden-Berlin:
1954.
(zit.: H-L-N, VOB)
- 13.) Ingenstau, Heinz; Korbion, Hermann. VOB: Verdingungs-
ordnung für Bauleistungen Teile A und B DIN 1960/61
(Fassung 1979): Kommentar. 10. Auflage, Düsseldorf: 1984.
(zit.: Ingenstau-Korbion, VOB)
- 14.) Jebe, Hans. Preisermittlung für Bauleistungen: Neuerliche
Erfahrungen auf der Basis des Kalkulationsverfahrens von
Opitz. 1. Auflage. Düsseldorf: 1974
(zit.: Jebe, Preisermittlung)
- 15.) Jauernig, Othmar; Schlechtriem, Peter; Stirner, Rolf;
Teichmann, Arndt; Vollkommer, Max. Bürgerliches Gesetz-
buch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen. 3. Auflage. München 1984.
(zit.: Jauernig-Bearbeiter, BGB)
- 16.) Kiesel, Helmut. VOB Teil B: Vertragsrecht der Ver-
dingungsordnung für Bauleistungen. 1. Auflage, Stuttgart,
Berlin: 1984.
(zit.: Kiesel, VOB)
- 17.) Korndörfer, Wolfgang. Allgemeine Betriebswirtschaftslehre:
Aufbau-Ablauf-Führung und Leitung. 3. Auflage. Wiesbaden:
1980.
(zit.: Korndörfer, Allg. BWL)
- 18.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 7
Bänden. hrsg. von Kurt Rebmann; Franz-Jürgen Säcker.
Bd. 3, Schuldrecht Besonderer Teil, 1. Halbband:
§§ 433 - 656 und Abzahlungsgesetz. Redaktion: Harm-Peter
Westermann. München: 1980.
(zit.: Münchener Kommentar-Soergel, BGB)

- 19.) Mantscheff, Jack. Einführung in die Baubetriebslehre. Teil 1 und Teil 2. Düsseldorf: 1975
(zit.: Mantscheff, Einführung)
- 20.) Nicklisch, Fritz und Weick, Günter. VOB: Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B. München: 1981.
(zit.: Bearbeiter in Nicklisch/Weick, VOB)
- 21.) Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Hans Putzo, Heinz Thomas, 46. Auflage. München: 1987,
(zit.: Palandt-Bearbeiter, BGB)
- 22.) Reichsgerichtsräte-Kommentar. Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des BGH: Kommentar. Hrsg. Mitglieder des BGH. 12. Auflage. Berlin, New York: 1982.
(zit.: RGRK-Bearbeiter, BGB)
- 23.) Rheinstejn, Max. Einführung in die Rechtsvergleichung. München: 1974.
(zit.: Rheinstejn, Einführung)
- 24.) Schäfer, Hans; Finnern, R..
Rechtsprechung der Bau-Ausführung, Loseblattausgabe.
Düsseldorf.
(zit.: SF)
- 25.) Schäfer, Hans, Finnern, R.; Hochstein, Reiner. Rechtsprechung zum privaten Baurecht. Hrsg. Hochstein, Reiner. Loseblattsammlung. Düsseldorf.
(zit.: SFH)
- 26.) Staudinger, von J.. Kommentar zum BGB: mit Einführungs- und Nebengesetzen. 12. Auflage. Berlin: 1984.
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, BGB)
- 27.) Vygen, Klaus. Bauvertragsrecht nach VOB und BGB: Handbuch des privaten Baurechts. 1. Auflage. Wiesbaden, Berlin: 1984.
(zit.: Vygen, Bauvertragsrecht)
- 28.) Wöhe, Günter, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre. 12. Auflage. München: 1976.
(zit.: Wöhe, Einführung)

III. Einzeldarstellungen

- 1.) Altmann, Ch.. "Zur Preisprüfung bei Vergabe öffentlicher Bauaufträge im Falle der Erbringung zusätzlicher Leistungen." Der Betriebsberater, 23/1966, 925-926
- 2.) Bunte, Hermann-Josef. Bauverträge und AGB-Gesetz. 1. Auflage. Köln: 1982.
(zit.: Bunte, Bauverträge)
- 3.) Craushaar, Götz von. "Abgrenzungsprobleme im Vergütungsrecht der VOB/B bei Vereinbarung von Einheitspreisen". Baurecht 4/1984, 311 - 324.
- 4.) Craushaar, Götz von. "Risikotragung bei mangelhafter Mitwirkung der Bauherrn." Baurecht, 1/1987, 14 - 22.
- 5.) Enders, Christian. "Existenz und Umfang eines Abänderungsrechtes des Bestellers beim BGB-Bauvertrag." Baurecht 6/1982, 535 - 538.
- 6.) Frickell, Eckhard; Glatzel, Ludwig; Hofmann, Olaf. Bauvertragsklauseln und AGB-Gesetz: Hinweise und Beispiele zur Überprüfung von Bauverträgen. 2. Auflage. Köln-Braunsfeld: 1980.
(zit.: Frickell, Bauvertragsklauseln)
- 7.) Hax, K.. "Studium und Aufgaben der Betriebswirtschaftslehre". Zeitschrift für Handelswissenschaftliche Forschung. 56, 141 - 156.
- 8.) Institut für Deutsches und Internationales Baurecht e.V.. Rechtsgutachten über Verstöße gegen die VOB und das AGB-Gesetz bei der Vergabe und Ausführung von Bauleistungen, erstellt im Auftrag des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V. und des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e.V.. Bonn: 1985.
(zit.: Institut, Rechtsgutachten)
- 9.) Jebe, Hans. "Bedeutung und Problematik des Einheitspreisvertrages im Bauwesen." Baurecht 3/1973, 141 - 148o.
- 10.) Jebe, Hans. "Ausschreibung und Preisermittlung von Bauleistungen." Baurecht 2/1978, 88 - 98.
- 11.) Kapellmann, Klaus, u. Schiffers, Karl-Heinz. "Die Ermittlung der Ersatzansprüche des Auftragnehmers aus vom Bauherrn zu vertretender Behinderung (§ 6 Nr.6 VOB/B): Juristische und baubetriebliche Überlegungen zum Schaden, zur Schadensschätzung und zur Baudokumentation in Anknüpfung an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.02.86, VII ZR 286/84=BauR 1986, 347-". BauR 6/1986, 615 - 642.

- 12.) Käppeli, Guido. Die Planung von Produktionsprozessen in der Bauunternehmung auf der Grundlage der Netzplantechnik. Bern: 1974.
(zit.: Käppeli, Planung)
- 13.) Mantscheff, Jack. "Genauigkeitsgrad von Mengenansätzen in Leistungsverzeichnissen: Preisberechnungsansätze für Fälle des § 2 Nr. 3 VOB/B." Baurecht, 5/1979, 389 - 399.
- 14.) Pause, Hans und Franz Schmieder. Baupreis und Baupreiskalkulation. Düsseldorf und Köln: 1986.
(zit.: Pause, Baupreis).
- 15.) Prange, Herbert. "Vergütungsänderungen bei Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen nach der VOB: Betriebswirtschaftliche Überlegungen für die Begriffe "Grundlagen des Preises" und "Grundlagen der Preisermittlung". Der Betrieb, 49/1981, 2477 - 2481.
- 16.) Roever, Paul-Ruprecht. Projektsteuerung und Leasing: Entscheidende Vorteile bei größeren Baumaßnahmen - eine Entgegnung." Süddeutsche Zeitung Nr. 86 vom 11.04.1984, Beilage, S. XII.
- 17.) Swoboda, Wolfgang. "Ursachen und Auswirkungen von Änderungen und Behinderungen bei Bauverträgen". Leistungsstörungen bei Bau- und Anlageverträgen. Heidelberger Kolloquium Technologie und Recht 1984. Heidelberg: 1985.
(zit.: Swoboda, Ursachen)
- 18.) Urmes, Nicolas. "Netzplantechnik: Eine Einführung." Aus Datenverarbeitung in Steuer, Wirtschaft und Recht. Heft 3/75, Sonderdruck S. 1 - 22, herausgegeben von IBM Deutschland GmbH, Stuttgart: 1976.
(zit.: Urmes, Netzplantechnik)
- 19.) Vygen, Klaus. "Der Vergütungsanspruch beim Pauschalvertrag." Baurecht 5/1979, 375 - 389.
- 20.) Vygen, Klaus. "Behinderungen des Auftragnehmers und ihre Auswirkungen auf die vereinbarte Bauzeit." Baurecht 3/1983, 210 - 219.
- 21.) Will, Ludwig. "Zur Funktion des Bauherrn als oberster Projektmanager." Baurecht 4/1987, 370 - 377.
- 22.) Weick, Günter. Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht. 1. Auflage München: 1977.
(zit.: Weick, Standardbedingungen)

Einleitung

1. Problemstellung

Baukosten haben die Neigung, im Laufe der Bauausführung zu steigen. Dies kann konjunkturelle Gründe haben. Preissteigerungen können zu erhöhten Kosten führen, die das ursprüngliche Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung stören können. Baukostenexplosionen können aber auch darauf zurückzuführen sein, daß die Bauleistung selbst nachträglich gegenüber der ursprünglichen Planung geändert wird. Überschreiten derartige Änderungen oder insbesondere die für die Änderungen zu zahlenden Preise ein gewisses Maß, so finden sich derartige Fälle teils in der Zeitung, teils in Bemerkungen des Bundesrechnungshofes ¹⁾ (BRH) kommentiert. Nach Ansicht des BRH hätten die Abweichungen von der Planung in den von ihm aufgegriffenen Fällen bei sorgsamer Planung vermieden werden können. Abweichungen vom Plan sind aber bei der Realisierung von Bauleistungen erfahrungsgemäß nicht in jedem Falle zu vermeiden. Zwar kann durch sorgsame Planung das Risiko, vom Plan abweichen zu müssen, eingeschränkt werden, vollständig auszuschließen ist es jedoch nicht. So ändern sich objektive Voraussetzungen der Planung: Löhne und Materialpreise steigen; Materialien werden knapp; Gesetze, die das Bauen oder seine Finanzierung betreffen, werden geändert; oder der Baugrund ist ein anderer, als nach Probebohrungen zu erwarten war ²⁾. Neben diesen objektiven Voraussetzungen können sich auch subjektive als unzutreffend erweisen. So können sich höhere Anforderungen an die Ästhetik, andere Bedürfnisse ergeben, denen das Gebäude gerecht werden soll; die wirtschaftliche Lage des Bauherm ³⁾ kann sich ver-

1) Bemerkungen des Bundesrechnungshofes zur Bundeshaushaltsrechnung 1970 BT - Drucksache 7/8, a.a.O., Rd. 89

2) Nicklisch/Weick VOB Teil B, a.a.O., Einl. Rd. 4

3) Swoboda, Ursachen, a.a.O., S. 67

schlechtern.

Änderungen der Planung können wirtschaftliche Nachteile für die Beteiligten mit sich bringen. Der Bauunternehmer muß, um Abweichungen vom Plan realisieren zu können, die Voraussetzungen schaffen, d.h. Arbeitskräfte, Maschinen, Material herbeischaffen, um etwa eine nachträgliche Erweiterung der Leistung durchführen zu können. Er muß Konsequenzen ausgleichen, z.B. den Verlust von Folgeaufträgen bei Verzögerungen durch Erweiterungen des Leistungsumfanges oder Änderungen des Zeitplanes. Fehlinvestitionen können entstehen, wenn der Auftrag eingeschränkt wird. Derartige Nachteile führen zu Aufwendungen, die er finanzieren muß. Soweit der Bauherr Aufwendungen des Bauunternehmers ausgleichen muß, hat der Bauherr das Finanzierungsproblem.

Planungsänderungen durch den Bauherrn sind deshalb konfliktträchtig, wobei der Streit zumeist um die Frage geht, wie und inwieweit Nachteile des Bauunternehmers auszugleichen sind.

Planungsänderungen während der Auftragsabwicklung lassen sich im Hinblick auf die bei Bauleistungen zu beobachtenden Spannung zwischen Plan und Realität ¹⁾ häufig nicht vermeiden. Die wirtschaftlichen Folgen der Planungsänderungen können aber durch übersichtliche, vollständige und eindeutige rechtliche Regelungen ²⁾ im voraus bewußter und berechenbarer gemacht und gerechter verteilt werden. Unsicherheitsfaktoren, die aus den Regelungen selbst resultieren, können vermieden werden.

Die im deutschen Recht bestehenden rechtlichen Regelungen

1) Weick, Standardbedingungen, a.a.O., S. 140

2) vgl. Roever, Paul Ruprecht, Projektsteuerung und Leasing in: Beilage zur SZ Nr. 86, 11.4.1984, S. XII

weisen Lücken im System des Ausgleichs von Nachteilen des Bauunternehmers auf, und sie sind in der Praxis schwierig zu handhaben, da sie zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führen. Dies wird die Untersuchung zeigen.

2.) Ziel

Die Untersuchung hat das Ziel, von einer konkreten Verhandlungssituation abstrahiert - sozusagen "in vitro" - einen rechtlichen Regelungsvorschlag zu entwickeln, der in den Fällen der Planänderung durch den Bauherrn einen Interessenausgleich durch Regelungen herbeiführt, die besser zu handhaben sind als die bestehenden Regelungen des deutschen Rechts.

3.) Methode

Zur Erreichung des Ziels geht die Untersuchung rechtsvergleichend vor. Die Regelungen des französischen Rechts werden dazu als Lösungsmodell den deutschen Regelungen gegenübergestellt. Soweit sie Vorteile zeigen, wird der entsprechende Regelungsbestandteil herausgegriffen, in den Regelungszusammenhang des deutschen Rechts - soweit erforderlich - eingepaßt ¹⁾ und schließlich in einen Regelungsvorschlag aufgenommen.

Um diesen Vergleich zu ermöglichen, stellt die Untersuchung diejenigen rechtlichen Regelungen des deutschen und des französischen Rechts einander gegenüber, die in der jeweiligen Rechtsordnung die Aufgabe (Funktion) haben, die in den Fällen der Planänderung entstehenden Konflikte zu regeln. Es geht

1) vgl. Constantinesco, Methode, a.a.O., S. 418

also nicht darum, einander dogmatisch entsprechende Rechtsregeln zu finden, vielmehr solche Regelungen, die sich funktional ¹⁾ entsprechen. Solche sich funktional entsprechenden rechtlichen Regelungen können sich in dem einen Land z.B. im öffentlichen Recht, im anderen Land im Privatrecht finden. Dieser Ansatz bedingt weiter, den Begriff der rechtlichen Regelung nicht reduziert auf gesetzliche Regelungen zu verstehen; vielmehr sind auch vertragliche Regelungen als rechtliche Regelungen anzusehen. Sie sind in die Betrachtung einzubeziehen, soweit sie zugänglich sind und eine hinreichende Verbreitung im Rechtsverkehr erlangt haben.

Das französische Recht ist für einen solchen Vergleich besonders geeignet: Einerseits läßt das französische Recht aufgrund seiner selbständigen Rechtstradition eigenständige Regelungen erwarten, die Unterschiede zu unseren Regelungen zeigen. Andererseits stimmen die Probleme, an die die Regelungen anknüpfen, aufgrund der ähnlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten insbesondere im Bauwesen und aufgrund der ähnlichen ordnungspolitischen Rahmenbedingungen in beiden Ländern weitgehend überein. Dies ermöglicht, die Auswirkungen unterschiedlicher Regelungen für ähnliche Probleme anhand der Rechtspraxis zu beobachten. Dadurch lassen sich leichter Argumente dafür finden, ob die französischen Regelungen Vorteile gegenüber den deutschen haben oder nicht. Außerdem zeigen die dogmatischen Grundlagen des Rechts, die Methoden der Rechtsanwendung ²⁾ und die rechtliche Dokumentation eine doch so weitgehende Obereinstimmung, daß bei der Einpassung einer einmal als besser bewerteten Regelung in das deutsche Rechtssystem nicht mit grundlegenden Schwierigkeiten zu rechnen ist. So wurden in der Vergangenheit bereits vielfach Regelungen aus Frankreich in das deutsche Recht rezipiert ³⁾.

1) Zum Begriff der funktionalen Rechtsvergleichung vgl. Ebert, Rechtsvergleichung, a.a.O., S. 27 u. Rheinstejn, Einführung, a.a.O., S. 26 ff

2) vgl. Constantinesco, Methode, a.a.O., S. 222 f

3) z.B. im Verwaltungsrecht, s. Schwarze, DVBl 1987, 1037
m. Hinweis auf O. Mayer

Da die Gemeinsamkeit der zu untersuchenden Regelungen darin liegt, die in den Fällen der Planänderung entstehenden Konflikte zu regeln, ist Ausgangspunkt der Untersuchung die Feststellung dieser Konflikte. Dazu ist eine Untersuchung der faktischen Gegebenheiten erforderlich, die bei Planänderungen auftreten. Planänderungen sind dabei betriebswirtschaftlich/technisch zu verstehen, d.h. nicht an rechtlichen Kategorien, wie z.B. den Begriff der Leistungsbeschreibung orientiert. Diese Untersuchung ermöglicht eine Feststellung der tatsächlichen Folgen, die im Falle von Planänderungen entstehen. Dies erlaubt, die aus den Planänderungen entstehenden Interessengegensätze (Konflikte) festzustellen. Die Feststellung der Interessengegensätze und der ihnen zugrundeliegenden Tatsachen ist darüber hinaus erforderlich, um bewerten zu können, ob eine Regelung gegenüber der anderen Vorteile hat ¹⁾.

4.) Aufbau

Der erste Teil der Arbeit (A. Regelungsgrund) untersucht, welche Tatsachen in den zu betrachtenden Fällen zu Konflikten führen. Dazu teile ich die Fälle zunächst nach dem Gegenstand der Planänderung ein und suche die entstehenden Konflikte in ihren Abhängigkeiten zu erkennen, um hieraus konfliktbegründende Tatsachen herauszuarbeiten.

Der zweite Teil (B. Regelungsinhalt) untersucht, welche rechtlichen Regelungen in den zu betrachtenden Fällen das deutsche und das französische Recht gefunden haben; außerdem bewertet dieser Teil, welche der gefundenen Regelungen die bessere ist.

Abschließend werden die als besser bewerteten Regelungen zu einem Regelungsvorschlag zusammengefaßt (Zusammenfassung/Regelungsvorschlag).

1) vgl. ähnlich Ebert, a.a.O. und Rheinstein, a.a.O.

A. Regelungsgrund

Von entscheidender Bedeutung für die Bewertung eines Vertragstextes ist seine Eignung, die ihm zugrundeliegenden Konflikte zu regeln. Die folgende Untersuchung ermittelt daher zunächst die auftretenden Konflikte. Dabei werden die Fälle der Änderung des Plans definiert und anschließend nach der Art der Abweichung klassifiziert, um die auftretenden Auswirkungen beobachten zu können.

Anschließend stelle ich aus der Sicht der in Betracht kommenden Beteiligten fest, welche Bestrebungen die Beteiligten bei Abweichungen typischerweise verfolgen werden, um ihre idealtypischen wirtschaftlichen Ziele zu erreichen. Derartige Bestrebungen nenne ich Interessen. Weichen diese Interessen der Beteiligten so voneinander ab, daß ihre Verwirklichung sich gegenseitig ausschließt, so ergibt sich ein Interessengegensatz, den ich Konflikt nenne.

Ergebnis soll also sein, die zu untersuchenden Fälle nach ihren tatsächlichen Merkmalen zu klassifizieren und auf Auswirkungen hin zu untersuchen (I), sowie die möglichen Konflikte zu benennen (II).

I. Die zu untersuchenden Fälle und ihre Auswirkungen

Planänderungen durch den Bauherrn führen dazu, daß Realisierung und ursprüngliche Planung der Bauleistung voneinander abweichen. Zunächst sind diese Fälle gegenüber sonstigen Fällen abzugrenzen (1.), sodann zu klassifizieren (2.).

1.) Abgrenzung der zu untersuchenden Fälle

a) Bauleistungen sind Bauarbeiten jeder Art mit oder ohne Lieferung von Stoffen oder Bauteilen ¹⁾. Unter

1) Die Definition entspricht § 1 VOB/A.

Bauarbeiten sind nach der üblichen Definition ¹⁾ bauhandwerkliche oder bauindustrielle Maßnahmen zu verstehen, mit denen Bauwerke unmittelbar geschaffen, erhalten oder geändert werden.

Beschreibt man die unter diesen Begriff fallenden Maßnahmen rein faktisch, so kann man feststellen, daß Materialien ausgesucht, bereitgestellt und zu einer Baustelle gebracht werden müssen. Dort fügen Arbeitskräfte unter Zuhilfenahme von Maschinen aus den Materialien ein Bauwerk zusammen, d.h. einen körperlichen Gegenstand, der sich dadurch auszeichnet, daß er mit dem Erdboden verbunden ist und aus Baumaterialien besteht.

Generell kann man daher zwischen dem Erfolg einer Bauleistung (Schaffung, Erhaltung oder Änderung eines Bauwerkes) und seiner Durchführung (Maßnahmen) unterscheiden.

Der Erfolg einer Bauleistung ist ein bestimmtes Bauwerk.

Die Durchführung bedeutet demgegenüber rein faktisch betrachtet die Beschaffung, den Einsatz und die räumliche und zeitliche Koordination der für den Erfolg notwendigen Arbeitsleistungen, Werkstoffe und Betriebsmittel (Produktionsfaktoren)²⁾.

Die Bauleistung hat also zwei Aspekte:

Einerseits ist sie durch den Erfolg in Form einer unbeweg-

1) vgl. Ingenstau-Korbion § 1 VOB/A Rdnr. 12 m. Hinw. auf BGH BauR 73, 110 m.w.N.

2) Wöhe, Einführung, S. 83; Anm.: Der betriebswirtschaftliche Begriff "Produktionsfaktoren" weicht vom volkswirtschaftlichen (Kapital und Arbeit) ab.

lichen, durch Arbeit und Material hergestellten Sache ¹⁾, andererseits durch die technischen Maßnahmen festgelegt, die diesen Erfolg bedingen. Die technischen Maßnahmen sind dabei als Durchführung der Bauleistung bezeichnet.

b) Die Realisierung der Bauleistung bezeichnet zunächst die rein technischen Maßnahmen, darüber hinaus aber auch alle anderen Maßnahmen, die erforderlich sind, um den Erfolg der Bauleistung herbeizuführen. Zu nennen sind vor allem wirtschaftliche Maßnahmen (z.B. Finanzierung). Diese sind besonders wichtig, weil jede technische Durchführung wirtschaftliche Folgen auslöst und diese wiederum für die Gegenleistung des Bauunternehmers entscheidendes Gewicht bekommen.

aa) Die technischen Maßnahmen sind die zur Durchführung der Bauleistung, d.h. der Bauproduktion erforderlichen Maßnahmen.

Neben den Problemen jeder Produktion zeigt die Bauproduktion Besonderheiten, die insbesondere aus der Notwendigkeit zur Auftragsfertigung ²⁾ und der weitgehend notwendigen Einzel- fertigung resultieren ³⁾.

Zum einen ist der Betrieb auf Grund des Auftrages an die Produktionsstätte gebunden. Auftragsobjekt und Produktionsstätte fallen räumlich zusammen ⁴⁾. Der Bauunternehmer hat also ein Objekt anzubieten, daß er mit mobiler Anlage als stationäres Werk zu fertigen hat ⁵⁾. Deshalb ist der Bauunternehmer

1) BGHZ 57, 60

2) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 10
ebenso Jebe, Ausschreibung und Preisermittlung von Bauleistungen, BauR 78, 88 (92)

3) Käppeli, a.a.O.
Jebe, a.a.O., S. 93 - Pause, Baupreis, a.a.O., S. 10

4) Mantscheff, Einführung Bd. 2, a.a.O., S. 20

5) Mantscheff, Einführung, Bd. 2, a.a.O.

häufig gezwungen, den Betrieb an weit auseinanderliegenden Produktionsstätten zu koordinieren.

Zum anderen ist jedes Bauwerk, auch wenn es aus weitgehend vorgefertigten Teilen montiert ist, eine Einzelanfertigung. Eine Produktion auf Vorrat ist daher von Fertigteilen abgesehen nicht möglich ¹⁾. Somit sind die wechselnden Standorte der Produktionsstätten, örtliche Unterschiede und Arbeit im Freien (welche enge Wetter- und Klimaabhängigkeiten mit sich bringt) Besonderheiten des Bauwesens gegenüber der Industrie mit festen Standorten ²⁾. Unerheblich ist hierbei, ob handwerkliche Produktionsmethoden, wie vorwiegend im Hochbau, oder industrielle, wie häufig im Tiefbau, Anwendung finden.

Aus diesen Gegebenheiten ergibt sich die Notwendigkeit zur Koordination der Produktionsfaktoren durch Planung und ein erheblicher Teil der Gründe, die Abweichungen von der Planung notwendig machen.

bb) Die wirtschaftliche Realisierung des Bauwerkes besteht in den Maßnahmen, die dazu dienen, Gelder bereitzustellen, damit die Güter beschafft werden können, die zur Realisierung erforderlich werden.

Für den Bauherrn bedeutet dies die Zahlung des Baupreises; für den Bauunternehmer bedeutet es die Bereitstellung von Geldern, um die Leistungen Dritter, Gewinne etc. bezahlen zu können.

1) Käppeli, a.a.O.

2) Käppeli, a.a.O., m.w.N.

Folge der technischen Realisierungsmaßnahmen ist ein Verbrauch von Gütern, der sich wirtschaftlich bewerten läßt (Kosten - zum Begriff s.u. Preisermittlung).

Die Bereitstellung der zu verbrauchenden Güter im Rahmen der wirtschaftlichen Realisierung erfordert folgende Maßnahmen:

Sind erforderliche Realgüter im Betrieb nicht vorhanden, so sind diese zu beschaffen. Handelt es sich um Güter zur Produktion anderer Güter oder zur Lagerung, so ist eine entsprechende Investition vorzunehmen¹⁾. Insbesondere ist dies der Fall, wenn neue oder zusätzliche Maschinen angeschafft werden müssen.

Entsteht solch ein Mehrbedarf an Mitteln, so sind diese im Wege der Außenfinanzierung nur aufzubringen, wenn dem Geldgeber Zins- und Tilgungszahlungen versprochen werden. Im Falle der Beteiligungsfinanzierung entsteht über den Rückzahlungsanspruch hinaus eine Beteiligung am Auseinandersetzungsguthaben im Falle der Liquidation des Unternehmens.

Die Innenfinanzierung hat ebenso wie ein nachträglich geringer werdender Kapitalbedarf den Nachteil, daß das Unternehmen seine Mittel an anderer Stelle möglicherweise günstiger hätte anlegen können.

Bei der Finanzierung privater Bauherren entsteht typischerweise das Problem, daß insbesondere bei Änderungen der Bauleistung, ungenügender Eigenkapitaldecke, verzögertem Baubeginn oder fehlender Belastungsreife des Baugrundstückes ein vorübergehender Finanzierungsbedarf entsteht, der durch Zwischenfinanzierung zu ungünstigeren Konditionen gedeckt

1) Gablers Wirtschaftslexikon, Investition, a.a.O., Sp. 2228

werden muß.

Auch in ihren Grundzügen anders als die Finanzierung privater Unternehmen ist die Finanzierung, falls staatliche Stellen Bauleistungen in Auftrag geben oder - was selten sein dürfte - für andere herstellen. Den öffentlichen Ausgaben entsprechen hierbei im Rahmen der periodisch neu zu erstellenden Haushaltspläne die öffentlichen Einnahmen, die der Finanzierung der Ausgaben dienen. Steuern usw. sind dabei als ordentliche Einnahmen den außerordentlichen Einnahmen, insbesondere der Kreditaufnahme, gegenübergestellt, da letztere nur vorübergehend sind und insbesondere bei Kreditaufnahmen öffentliche Schulden durch Rückzahlungsverpflichtungen begründen. Zu berücksichtigen ist auch, daß Haushaltsentscheidungen politische Entscheidungen sind. Dies ist insbesondere bei nachträglichen Ausgabenerhöhungen zu berücksichtigen. Minderausgaben können durch die zuständige Stelle nicht anderweitig verbraucht werden.

Selbstverständlicher Nachteil jeder Finanzierung ist, daß sie Mittel bindet, die dann an anderer Stelle nicht eingesetzt werden können. Dies sind zusätzliche Nachteile insbesondere bei einem Mehrbedarf an Mitteln.

Alle Finanzierungsinstrumente bieten Vor- und Nachteile im Hinblick auf Finanzierungskosten, Tilgungsmodalitäten, Besicherung, Haftung, Publizitätswirkung und -Maßnahmen, Mitspracherechte, Rechtsform, Projekt ¹⁾.

Änderungen der Kapitalstruktur können daher nachteilige Auswirkungen auf die Beteiligten haben.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß bei Bauleistungen

1) Gablers Wirtschaftslexikon, a.a.O., Finanzierung, Sp. 1519

die Erstellung von Bauwerken (technischer Erfolg) zu einem bestimmten Preis (wirtschaftliches Ergebnis) die Produktion (technische Durchführung) und die Bereitstellung der dazu erforderlichen realen und nominalen Güter (wirtschaftliche Durchführung) erfordert. Sowohl die technische als auch die wirtschaftliche Realisierung zeigt eine erhebliche Komplexität ¹⁾ der durchzuführenden Maßnahmen. Produktion, Investitionen und Finanzierung bedingen sich gegenseitig.

c) Die betriebliche Planung hat die Aufgabe, den Erfolg, d.h. die Ziele und sodann die zur optimalen Zielerreichung erforderlichen Wege festzulegen ²⁾, um ein zweckgerichtetes Vorgehen, Koordination der Betriebsfunktionen und Betriebsbereiche, optimalen Mitteleinsatz, wirkungsvolle Kontrolle und eine dezentrale Betriebsausführung zu erreichen.

Im folgenden wird als Plan jedes geistige Modell einer Realität bezeichnet, welches der Aufstellung von Zielen und den Erwägungen über mögliche Wege zum Ziel dient ³⁾. Daher ist das Vorgehen zur Erreichung des Zieles (Realisationsplanung, Durchführungsplanung) von der Festlegung des Zieles (Entwurfs-, Programmplanung) zu unterscheiden. Die Festsetzung des Ziels ist Voraussetzung für die Festlegung der Durchführung bei der Planung; umgekehrt ist es bei der Realisierung, bei der die Durchführung Voraussetzung für die Zielerreichung ist.

1) Nicklisch/Weick, VOB/B, a.a.O., Einl. 1

2) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 2

3) Hax, ZfhF 56, 141 - 156

(1) Die Zielplanung besteht aus der Programmplanung (technische Zielplanung und der Preiskalkulation (wirtschaftliche Zielplanung)).

(a) Die Programmplanung ist im Rahmen der Bauplanung die Planung, die das zu errichtende Bauwerk in Art und Massen festlegt ¹⁾. Der Begriff ist also weiter als der der Entwurfsplanung nach § 15,5. HOAI. Die Programmplanung beginnt mit der Aufstellung der Bauaufgabe, definiert sodann die durch die Baudurchführung zu erbringenden Teile des Bauwerkes (Teilziele). Im allgemeinen besteht dies in der Reinzeichnung des auszuführenden Bauwerkes nach HOAI. Die Zieldefinition kann dabei sowohl vom Bauherrn als auch vom Bauunternehmen kommen ²⁾. Die Zieldefinition kann unterschiedlich detailliert sein, so kann abgesehen von einer vagen Vorstellung jede Angabe fehlen; sie kann aber auch sehr detailliert sein. Die darauf folgende Durchführungsplanung wird davon abhängen, wie konkret die Zielplanung durchgeführt ist.

Daneben ist das Ziel in seiner zeitlichen Lage durch Ausführungsfristen zu bestimmen. Die Angabe der Materialien findet sich in den Leistungsverzeichnissen.

Die Programmplanung bestimmt also, was bis wann gebaut sein soll. Sie bestimmt damit den technischen Erfolg der Bauleistung.

1) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 6

2) vgl. § 9, Ziff. 10 ff VOB/A

(b) Das wirtschaftliche Ziel wird durch die Preiskalkulation des Bauunternehmers als Ziel für Bauherr und Bauunternehmer geplant. Eine realistische Preiskalkulation setzt voraus, daß das Programm und seine Durchführung geplant sind.

Die Preisermittlung bei Bauleistungen weist Besonderheiten gegenüber der Preisgestaltung bei Industrieunternehmen mit Serienprodukten auf. Ein Industrieunternehmen kann von der Marktlage ausgehen, d.h. von der Frage, zu welchem Preis die Kunden wieviel Stück des vorgesehenen Produktes zu kaufen bereit sind. Die Kosten spielen dann erst eine Rolle bei der Entscheidung, ob sich die Produktion unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse rentiert ¹⁾.

Da die baubetriebliche Fertigung aber auftragsbezogen ist, ist lediglich die konkrete Bauaufgabe der "Markt". Auch weichen die Verhältnisse auf den einzelnen Baustellen so stark voneinander ab, daß die zur Errichtung eines ähnlichen Ergebnisses (z.B. Verlegung von Steinplatten) ganz unterschiedliche Aktivitäten erforderlich sein können. Ein Preis nach "Marktlage" läßt sich daher für Bauleistungen nur schwer ermitteln. Deshalb kalkuliert das Bauunternehmen den Angebotspreis üblicherweise ²⁾ ausgehend von den zu erwartenden Selbstkosten (sog. Vorkalkulation) ³⁾. Erst anschließend werden Zuschläge für Wagnis und Gewinn oder auch Abschläge vorgenommen, um der konjunkturellen Lage, der Konkurrenzsituation, Auslastung des Betriebes etc. Rechnung zu tragen ⁴⁾. Abschläge können erforderlich sein, da es für einen Unternehmer besser sein kann, einen nicht kostendeckenden Auftrag hereinzuholen als gar keinen, so daß die Kapazitäten ausgelastet und ein Deckungsbeitrag für solche Kosten erwirtschaftet werden kann, die unabhängig von der Durchführung des Auftrages sowieso entstehen.

1) Wöhe, Einführung, S. 1139

2) mündliche Auskunft Dr. Rückel, Leiter der Zweigniederlassung Köln, Fa. Strabag, 16.02.88; mündliche Auskunft H. Kübeck, Leiter der Kalkulation, Fa. Hochtief, Niederlassung Köln, 17.02.88

3) Mantscheff, Einführung, Bd. 2, S. 20, 75

4) Mantscheff, a.a.O., S. 75

Wenn aber der Bauunternehmer den Baupreis ausgehend von den Kosten und einem darauf basierenden anteiligen Gewinnzuschlag bestimmt, dann bedeutet jede Abweichung der tatsächlich entstehenden Kosten von den erwarteten Kosten einen erheblichen Eingriff in seine wirtschaftlichen Interessen, falls der Preis nicht den Kosten folgt.

Es kommt also für die vorliegende Untersuchung darauf an, wie Kosten und Gewinn bei der Bauleistung zu ermitteln sind (aa) und von welchen Gegebenheiten die Höhe der Kosten abhängt (bb). Das wiederum hängt davon ab, was Kosten sind. Betriebswirtschaftlich ²⁾ sind Kosten die in Preisen gewerteten Verzehre an wirtschaftlichen Gütern materieller und immaterieller Art zur Erstellung und zum Absatz betrieblicher Güter sowie zur Aufrechterhaltung der dafür notwendigen Teilkapazitäten. Nach Ausführung der Bauleistung läßt sich feststellen, welche Güter durch sie verbraucht worden sind. Bewertet man den Verbrauch in Geld, so erhält man die Kosten, die für die Erbringung der Leistung angefallen sind. Dabei gilt die Beziehung: $\text{Kosten} = \text{Gütermenge} \times \text{Güterpreis}$.

(aa) Um die Kosten und den Gewinn bei einer Bauleistung zu bestimmen, ist folgendes Vorgehen üblich ³⁾.

Zunächst unterscheidet man die Herstellkosten der Gesamtleistung (aaa) von den sog. "Allgemeinen Geschäftskosten" des Unternehmens, Wagnis und Gewinn und Mehrwertsteuer (bbb)⁴⁾.

1) Mantscheff, a.a.O., S. 75

2) Gablers Wirtschaftslexikon, Bd. I, a.a.O., Kosten, Sp. 2438

3) weitere Kalkulationsschemata s. Mantscheff, a.a.O., S. 163

4) Pause, Baupreis, a.a.O., S. 31

(aaa) Die Herstellkosten der Gesamtleistung (HK) sind die Kosten, die der Baustelle unmittelbar zurechenbar sind. ¹⁾ Zu ihrer Kalkulation ist es erforderlich festzustellen, welche Mittel zur Erstellung der Gesamtleistung notwendig sind. Zu diesem Zweck gliedert man die Gesamtleistung in Einzelleistungen auf, für die nach der Erfahrung die Feststellung der erforderlichen Mittel getroffen werden kann. Eine solche Aufgliederung ist häufig auch deshalb notwendig, weil die Ausschreibung des Bauherrn ein Leistungsverzeichnis enthält, das die Gesamtleistung bereits in einzelne Teilleistungen, d.h. Positionen des Leistungsverzeichnisses untergliedert und der Bauherr für jede einzelne Position eine gesonderte Preisangabe erwartet. Die Einzelleistungen für Kalkulationszwecke stimmen dann häufig mit den Positionen des Leistungsverzeichnisses überein oder untergliedern ihrerseits diese Teilleistungen ²⁾.

Es gibt jedoch Güter, die nicht unmittelbar den einzelnen Teilleistungen zurechenbar sind, etwa weil sie für mehrere Teilleistungen erbracht werden (z.B. Baustellenbewachung oder ein Kran). Solche Kosten werden als Baustellengemeinkosten (BGK) (ii) von den Einzelkosten der Teilleistungen (EK) unterschieden, welche auch unmittelbare oder direkte Herstellkosten der Teilleistungen genannt werden (i) ³⁾.

(i) Die Einzelkosten werden jeweils bezogen auf die Teilleistungen üblicherweise so kalkuliert, daß man jeweils die Kosten für

- Löhne (Löhne und Gehälter, Sozialabgaben und Lohnnebenleistungen)
- Stoffe und unselbständige Nachunternehmer (z.B. Material,

1) Pause, a.a.O., S. 29

2) ders. a.a.O., S. 29

3) ders., a.a.O.

- Energie, Betriebsstoffe, Fracht),
- Geräte
 - Selbständige Nachunternehmer (das sind Nachunternehmer, die die gesamte Teilleistung übernehmen)

ermittelt und zusammenzählt ¹⁾.

(ii) Die Baustellengemeinkosten entstehen typischerweise durch den Einsatz von Mitteln für Bauleitung, Führung der Baustelle von außerhalb, Baustelleneinrichtung, Unfallverhütung/Versicherung, Planung/Vermessung, Sonderkosten, besondere Risiken (z.B. Mehrmengenrisiken, knappe Termine etc.). Die entstehenden Baustellengemeinkosten werden bei größeren Bauvorhaben ähnlich kalkuliert wie die Einzelkosten, indem man die anfallenden Löhne, Stoffpreise und Nachunternehmervergütungen zusammenzählt. Bei einfachen Bauvorhaben läßt sich dies vereinfachen, indem man einen geschätzten Prozentsatz von den Einzelkosten als Baustellengemeinkosten ansetzt ²⁾. Häufig wird nach Gemeinkosten für Nachunternehmerleistungen und für Eigenleistungen differenziert. Es ergeben sich dann zwei getrennte Summen für Baustellengemeinkosten, die die Eigenleistungen betreffen und die die Nachunternehmerleistungen betreffen.

Die Abgrenzung von Baustellengemeinkosten und Einzelkosten kann im Einzelfall streitig sein ³⁾. So kann es etwa sein, daß Vermessungskosten einer einzelnen Teilleistung direkt zugerechnet werden können.

1) Pause, a.a.O., S. 29 ff

2) Pause, a.a.O., S. 49, S. 27
Jebe, Preisermittlung, S. 85, 86, a.a.O.

3) vgl. Mantscheff, Einführung, Bd. 2, a.a.O., S. 117

Die Summe aller Einzelkosten und der Baustellengemeinkosten ergibt die Herstellkosten der Gesamtleistung.

(bbb) Zur Ermittlung der nicht an der Baustelle entstehenden Kalkulationsposten:

(i) Die allgemeinen Geschäftskosten (AGK) sind die Kosten für die allgemeine Führung und Verwaltung des Unternehmens, die der einzelnen Baustelle nicht unmittelbar zurechenbar sind, wie z.B. Löhne in der Verwaltung, Steuern etc.. Sie werden meist jährlich in der Unternehmensrechnung festgestellt und als Prozentsatz von der Jahresbauleistung ausgewiesen. In der Kalkulation werden sie mit diesem Prozentsatz auf den sich unter Berücksichtigung weiterer Zuschläge kalkulierten Angebotsendpreis vor Mehrwertsteuer zugeschlagen.¹⁾

(ii) Wagnis bezeichnet das technische und kaufmännische Risiko bei der Durchführung der Bauaufgabe. Es ist in einem weiteren prozentualen Zuschlag auf die Angebotsendsumme vor Mehrwertsteuer enthalten. Dieser Prozentsatz enthält außerdem den Gewinnansatz, d.h. einen Erlös über die Kostendeckung hinaus. Die Festlegung dieses Prozentsatzes ist eine unternehmerische Entscheidung unter Berücksichtigung der Konkurrenzsituation, Konjunktur, Risikolage des Unternehmens aus früheren Leistungen etc..²⁾ Der sog. Unternehmerlohn ist demgegenüber in den Herstellkosten enthalten, soweit der Unternehmer die Baustelle selbst leitet, oder in den Allgemeinen Geschäftskosten³⁾.

(iii) Addiert man die Allgemeinen Geschäftskosten, Wagnis

1) Pause, a.a.O., S. 30
Mantscheff, a.a.O., S. 89

2) Pause, a.a.O.
Mantscheff, a.a.O.

3) Mantscheff, a.a.O., S. 85

und Gewinn auf die Herstellungskosten der Gesamtleistung, so ergibt sich die "Angebotsendsumme ohne MWST". Die Umsatzsteuer wird nach dem jeweiligen Satz gesondert auf diesen Betrag aufgeschlagen.

Damit ist dann die Angebotsendsumme einschl. Mehrwertsteuer für die Gesamtleistung ermittelt.

(ccc) Um den Angebotspreis für die einzelnen Teilleistungen zu ermitteln, ist es zusätzlich erforderlich, die mittelbaren Kostenanteile (BGK, AGK, Wagnis und Gewinn) auf die Kosten der einzelnen Teilleistungen zu verteilen. Dies geschieht, indem man feststellt, wie groß das Verhältnis von unmittelbaren Herstellkosten aller Teilleistungen zusammengenommen zu den mittelbaren Kalkulationselementen ist, wobei das Verhältnis als Prozentsatz von den mittelbaren Herstellkosten ausgedrückt wird. Wurden die Baustellengemeinkosten für selbständige Nachunternehmerleistungen und die Eigenleistungen gesondert kalkuliert, ergeben sich differenzierte Zuschlagssätze. Dieser Prozentsatz oder diese Prozentsätze werden dann jeweils auf die unmittelbaren Herstellkosten der einzelnen Teilleistungen aufgeschlagen. Daraus ergibt sich dann die Angebotssumme für die gesamte jeweilige Teilleistung vor Mehrwertsteuer ¹⁾. Es entsteht damit ein Pauschalpreis.

Ist die Teilleistung technisch und wirtschaftlich einheitlich, so daß sich ihre Menge nach der Ausführung durch Maß-, Gewichtseinheiten oder Stückzahl bestimmen läßt, so wird im Regelfall ein Preis pro Mengeneinheit (Einheitspreis) anzubieten sein (s. § 5 Nr. 1 a VOB/A). Der schließlich vom Bauherrn zu zahlende Preis wird dann so ermittelt, daß nach der Ausführung die Menge der effektiv ausgeführten Leistung gemessen wird und die Zahl der Mengeneinheiten mit dem Einheitspreis multipliziert wird. Für die Kalkulation ist dementsprechend die Gesamt-Angebotssumme der Teilleistung durch die Zahl der zu erwartenden Einheiten zu dividieren, um den zu kalkulierenden Einheitspreis zu erhalten.

1) Pause, a.a.O., S. 33

(bb) Wovon die einzelnen Kostenelemente der Höhe nach abhängen, behandelt die Betriebswirtschaftslehre unter dem Terminus Kostenbestimmungsfaktoren oder auch Kosteneinflußgrößen. Die Höhe der Kosten ist abhängig von den verbrauchten Mengen der eingesetzten Produktionsfaktoren und deren Preisen ¹⁾, d.h. dem Marktpreis der eingesetzten Güter.

Die Menge der eingesetzten Güter unterliegt einer Vielzahl von Einflüssen:

Sie hängt zunächst ab von den Auftragsverhältnissen, die sich aus der Art und Zusammensetzung des Leistungsprogramms, den schwankenden Auftrags- und Losgrößen sowie den Auftragsfristen ergeben ²⁾. Überdies bestimmen die technischen und organisatorischen Bedingungen des Produktionsprozesses die Höhe der Kosten.

Die Kosten sind jedoch insbesondere abhängig von der Ausbringungsmenge ³⁾, d.h. der durch Einsatz von Material und Arbeit bei gegebener technischer Betriebsausstattung erzielten Produktmenge ⁴⁾. Die Ausbringungsmenge hängt zum einen von der Beschäftigung ab. Unter Beschäftigung versteht man den Ausnutzungsgrad der produktionstechnischen Kapazität ⁵⁾. Die Beschäftigung wiederum wird von der Einsatzzeit und der Einsatzintensität der arbeitenden Menschen und der Einsatzgüter bestimmt ⁶⁾. Die Ausbringungsmenge wird außerdem von der Betriebsgröße beeinflusst, schließlich aber von Verfahren, Art und Güte der Leistungsträger (Produktionsfaktoren).

1) Gablers Wirtschaftslexikon, a.a.O., Sp. 2528

2) ders., a.a.O.

3) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 464, 447

4) Gablers Wirtschaftslexikon, a.a.O., Sp. 346

5) ders., a.a.O., Beschäftigung, Sp. 595

6) ders. a.a.O., Kostenlehre, Sp. 2447

(2) Im Anschluß an das Programm ist zur Planung der Durchführung des Projektes zu ermitteln, welche Mittel und Tätigkeiten in welchem Zeitablauf einzusetzen sind. Anschließend sind die Investitionen und die Finanzierung zu planen.

(a) Die Projektplanung hat nach der hier zugrundegelegten Terminologie ¹⁾ die Vorbereitung, den Ablauf sowie die Kontrolle und Korrektur der Durchführung zur Aufgabe.

Erreicht werden soll, daß die richtigen Produktionsfaktoren in der richtigen Menge zur rechten Zeit am Ort der Produktion bereitstehen (Bereitstellungsplanung).

Die Ablaufplanung als Element der Projektplanung sieht vor, wie, wo, womit und wann die Produktionstätigkeit erfolgt. Ziel ist dabei, eine wirtschaftliche Fertigung bei optimaler Kapazitätsausnutzung zu erreichen.

Hierzu muß das Produktionsverfahren, d.h. die technologische Methode der Durchführung der einzelnen Produktionsvorgänge festgelegt werden ²⁾. Dies beinhaltet eine Entscheidung für bestimmte Kombinationen der Produktionsfaktoren Arbeitskräfte, Betriebsmittel und Werkstoffe. Die Bestimmung der Reihenfolge, in der die Maschinen oder Arbeitskräfte die unterschiedlichen Operationen ausführen, ist notwendig, damit sich

1) vgl. Käppeli, a.a.O., S. 6 m.w.N.

2) Käppeli, a.a.O.

eine möglichst hohe Produktionsleistung mit den gegebenen Produktionsfaktoren unter Berücksichtigung spezieller Ablaufbedingungen (technologisch, betrieblich oder durch Termine) ergibt.¹⁾ Die Terminplanung schließlich setzt zeitliche Maßstäbe, so daß Zwischen- und Fertigstellungstermine festlegbar sind, indem der zeitliche Ablauf der Produktion festgelegt wird.

Die Darstellung der Pläne erfolgt bei komplexen Bauvorhaben als Netzplan, bei übersichtlichen Vorhaben als Balkenplan²⁾.

(b) Die Projektplanung zeigt, was und wer wann gebraucht wird. Ein Vergleich mit dem, was vorhanden ist, zeigt, ob Investitionen durch Anschaffung von Gütern zur Produktion oder zur Lagerung notwendig werden. Gegebenenfalls sind diese zu planen (Investitionsplanung); dabei ist die durch die Investitionsrechnung ermittelte Wirtschaftlichkeit des Investitionsvorhabens den Möglichkeiten zur Finanzierung entgegenzusetzen³⁾.

Das wesentliche Problem für die Planenden ist dabei, daß nicht alles, was für oder gegen eine Investition spricht, berechenbar ist, so daß eine Risikobewertung erfolgen muß⁴⁾. Das Risiko für den Unternehmer besteht bei Investitionen darin, daß durch die Investition Mittel gebunden werden. Eine Revision dieser Entscheidung, falls Erwartungen nicht eintreffen, die der Entscheidung zugrundeliegen, ist in der Regel nicht oder nur unter Verlusten möglich, insbesondere wenn Mittel langfristig gebunden sind. So können Fehlinvestitionen entstehen, die die Rentabilität und den Gewinn eines Unter-

1) ders., a.a.O.

2) Swoboda, Ursachen, a.a.O., S. 71

3) Gablers Wirtschaftslexikon, a.a.O., Investitionsplanung

4) Gablers Wirtschaftslexikon-Jacob, a.a.O., Investitionsrechnung

nehmens verringern ¹⁾. Es besteht die Gefahr von Kapitalverlusten und die Gefahr des Verlustes des gesamten Unternehmens. Änderungen der Produktionsplanung können damit zu Lasten der Rentabilität gehen. Ist die Investitionsplanung realisiert und sind damit Mittel gebunden und erweist sich im Falle von Abweichungen von den der Investitionsplanung zugrundeliegenden Daten die Investition als Fehlinvestition, so sind einerseits ehemals vorhandene Mittel gebunden, die sich nicht sofort, wenn überhaupt, befreien lassen, andererseits sind Mittel erforderlich, um den Produktionsapparat den veränderten Verhältnissen anzupassen.

Die Bereitstellung der notwendigen Mittel wird im Finanzplan festgestellt. Die Probleme, die bei Finanzierungsänderungen auftreten können, sind bereits dargestellt (s.o.).

Eine vollständige Kostenberechnung ist erst möglich, sobald die Finanzierungsbedingungen bekannt sind, weil die Zinsen in der Kostenkalkulation zu berücksichtigen sind. Andererseits sind die Kosten der Produktion nach dem Schema der Kostenkalkulation bei der Finanzierungsplanung mit heranzuziehen ²⁾.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Realisierung von Bauleistungen, sobald sie einen kleinen Umfang überschreiten, ein erhebliches Maß an Planung erfordern. Diese beschränkt sich nicht auf die technische Planung, sondern umfaßt insbesondere auch wirtschaftliche Aspekte. Die Planungselemente stehen dabei in einem komplexen Zusammenhang. So wirken etwa unterschiedliche Finanzierungsmodelle durch

1) ders., a.a.O.

2) Wöhe, Einführung a.a.O., S. 717 f.

unterschiedliche Zinssätze auf die Planung der Kosten zurück, (Interdependenz der Planungselemente).

d) Eine Planänderung ¹⁾ ist gegeben, wenn entweder an die Stelle eines in einem ursprünglichen Plan vorgesehenen und bestimmten Elements in einem neuen Plan ein nicht identisches tritt oder ein im ursprünglichen Plan nicht vorgesehenes Element hinzugefügt wird. Eine Abweichung vom Plan liegt vor, wenn die Durchführung einem Plan nicht entspricht.

Die Untersuchung beschränkt sich auf solche Änderungen, die Elemente des Planes betreffen, die die Bauleistung selbst (Erfolg oder/und Durchführung im oben erörterten Sinne) vorwiegend zu bestimmen suchen. Preis-, Zins-, Lohnänderungen etwa fallen daher nicht unter das Thema.

e) Planänderungen durch den Bauherrn sind Gegenstand der Untersuchung, gleichviel ob der ursprüngliche Plan vom Bauherrn oder vom Bauunternehmer stammte und ob der Plan den Erfolg oder die Durchführung der Bauleistung bestimmte.

1) Plan im dargelegten weiten technischen Sinne, nicht im Sinne der §§ 1 Nr. 3; 2 Nrn. 5 -7 VOB/B.

2.) Einteilung der zu untersuchenden Fälle

Die erste Stufe der Klassifikation ergibt sich durch die Unterscheidung nach der Art der abweichenden Planungselemente. Die in den sortierten Fallgruppen auftretenden Auswirkungen sind zu erörtern. Dabei liegt das Schwergericht auf betriebswirtschaftlichen Auswirkungen. Diese Einteilung soll ermöglichen, isoliert eine mögliche Änderung nach der anderen durchzuspielen und festzustellen, wovon welche Auswirkung auf die übrige Planung (insbesondere auf Zeit- und Kostenplanung) und auf außerhalb der Planung liegende Umstände abhängt.

Die Änderung der Planung kann den Erfolg oder/und die Durchführung der Bauleistung betreffen.

a) Keine Änderung des Erfolgs

Ändert sich der geplante Erfolg nicht, so muß, damit es sich überhaupt um einen Fall der Änderung des Plans im Hinblick auf die Bauleistung handelt, eine Änderung der Durchführung erfolgt sein.

Die Durchführung bedeutet die Beschaffung, den Einsatz und die räumliche und zeitliche Koordination der für den Erfolg notwendigen Arbeitskräfte, Werkstoffe und Betriebsmittel (Produktionsfaktoren¹⁾). Wie gezeigt (S. 21 f.), legen die Bereitstellungs- und die Ablaufplanung die Art und Menge der voraussichtlich benötigten Produktionsfaktoren, ihren Einsatzort und ihre Einsatzzeit, sowie die Art ihres Zusammenwirkens fest. Diese Planungselemente sind für die Bauproduktionsplanung wesentlich. Deshalb werden im folgenden Änderungen hinsichtlich dieser Elemente auf ihre Auswirkungen untersucht. Dabei sollen Änderungen in Art und/oder Menge der Produktionsfaktoren zunächst betrachtet werden, d.h. Abweichungen von Bestandteilen der Bereitstellungsplanung.

(1) Änderungen in Art und/oder Menge der Produktionsfaktoren

(a) Änderungen in der Art der Produktionsfaktoren sind beispielsweise gegeben, wenn statt einer Maschine des Typs A eine solche des Typs B eingesetzt wird. Sonstige Änderungen der Durchführung oder des Produktes sollen mit der Änderung nicht verbunden sein, d.h. beide Maschinen liefern in diesem Beispiel die gleiche Qualität und Quantität des Produktes in der gleichen Zeit mit dem gleichen Personal- und Betriebsmittelaufwand. Interessant ist dies für den Bauunternehmer, wenn Typ B billiger ist und die Vergütung gleich bleibt. Somit ändert sich durch eine qualitative Änderung einzelner oder aller Produktionsfaktoren die Kombination der Produktionsfaktoren, nicht aber in dem - gedachten - Fall deren Mengenverhältnis.

Ändert sich der Preis des statt des ursprünglich vorgesehenen Produktionsfaktors eingesetzten Produktionsfaktors nicht, und sind - wie vorausgesetzt - weder Auswirkungen auf die Mengenkombination der Produktionsfaktoren noch auf den Erfolg der Bauleistung gegeben, so bleibt auch die wirtschaftliche Realisierungsplanung unverändert. Relevante Auswirkungen sind nicht zu erkennen.

Wird der Preis des Produktionsfaktors aber wie im Beispiel vorgesehen geringer, so sinken - unter den genannten weiteren Prämissen - die Gesamtkosten um den Betrag, um den die Faktorkosten sinken. Demnach besteht das Problem einer überflüssigen Bereitstellung von Mitteln im Rahmen der Finanzierung, so daß Mittel an anderer Stelle fehlen können oder hätten gewinnbringender eingesetzt werden können.

Wird der Preis des Faktors höher, so erhöhen sich die Kosten. Bei konstanter Vergütung sinkt die Kostenwirtschaftlichkeit, da das in Geld bewertete Ergebnis der betrieblichen Lei-

stungserstellung bei steigenden Kosten gleich bleibt.¹⁾ Über den durch die Preiserhöhung entstehenden Mehrbetrag der Kosten hinaus entstehen zusätzliche Mehrkosten durch eventuell erforderliche zusätzliche Finanzierungsmaßnahmen.

Preissteigerungen führen überdies zu zusätzlichen Aufwendungen für dasselbe Ergebnis. Aufwendungen sind²⁾ betriebswirtschaftlich die während einer Abrechnungsperiode verbrauchten Güter und Dienstleistungen (Kosten sind nicht periodenbezogen).

Da es sich in den zu untersuchenden Fällen um Erhöhungen der Preise für Produktionsfaktoren handelt, die der betrieblichen Leistungserstellung dienen, erhöht sich entsprechend der Wert der verbrauchten Güter und Dienstleistungen. Die Aufwendungen steigen daher. Bei konstantem Erlös wird die Differenz zwischen Erlös und Aufwendungen einer Periode geringer, damit sinkt der (kalkulatorische)³⁾ Gewinn, auch Betriebsgewinn genannt⁴⁾.

Entsprechend sinkt der Unternehmensgewinn, falls kein Ausgleich für die betriebliche Gewinneinbuße erfolgt. Die Rentabilität geht für den Betrieb und damit für das gesamte Unternehmen zurück, d.h. der Unternehmenserfolg im Verhältnis zum eingesetzten Kapital⁵⁾.

Festzuhalten bleibt, daß die Änderung des Produktionsfaktors seinen Preis ändern kann und dadurch zusätzliche Kosten zur Folge haben kann. Wie jede auch konjunkturell bedingte Preisänderung und jeder Fall zusätzlicher Kosten hat dies Aus-

1) Korndörfer, W., Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, a.a.O., 4. A. 1980, S. 60

2) Gablers Wirtschaftslexikon, a.a.O., Bd. 1, Sp. 331, Aufwendungen

3) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 48

4) Korndörfer, Einführung a.a.O., S. 262

5) Korndörfer, a.a.O., S. 57

wirkungen auf die Finanzierung, Kosten, Gewinn und auf die Rentabilität.

(b) Eine ausschließlich quantitative Änderung der Durchführung bei gleichbleibendem Leistungserfolg ist beispielsweise gegeben, wenn statt des ursprünglich vorgesehenen einen Mitarbeiters nachträglich zwei Mitarbeiter für die Bewachung der Baustelle für eine Nachtschicht eingeteilt werden, - etwa um einer eingetretenen Gefahrenlage Rechnung zu tragen.

Die eingesetzte Menge der Produktionsfaktoren ändert sich. Dies hat eine entsprechende Änderung der Gesamtkosten zur Folge, denn die Gesamtkosten werden von der Summe der Kosten für die einzelnen Produktionsfaktoren bestimmt. Diese Einzelpreise sind gleich dem Produkt aus den Faktorpreisen (z.B. Kosten je Arbeitsstunde, qm-Preis) multipliziert mit der Faktormenge, d.h. Menge der eingesetzten Produktionsfaktoren (z.B. Zahl der Arbeitsstunden, qm) ¹⁾. So hat sich im Beispiel die Zahl der Arbeitsstunden verdoppelt.

Mengenänderung ohne Änderung in der Art der Produktionsfaktoren führen daher zu gleichen Änderungen der Kosten für die einzelnen Produktionsfaktoren wie Änderungen der Preise für eine Faktoreinheit, denn der Faktorpreis ist das Produkt aus Preis/Einheit und Menge. Derartige Mengenänderungen haben daher gleiche Auswirkungen wie Änderungen der Preise für eine Faktoreinheit, d.h. Kostensteigerungen, Gewinn- und Rentabilitätseinbußen.

Anzumerken ist, daß derartige Fälle bei substituierbaren Produktionsfaktoren denkbar sind, jedoch nicht der Regelfall sein dürften. Vielmehr wird im allgemeinen davon auszugehen

1) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 447 ff

sein, daß sowohl die Zusammensetzung als auch die Mengenkombination im Zuge von Durchführungsänderungen sich ändern wird.

(c) Art und Menge der eingesetzten Produktionsfaktoren ändern sich kumulativ etwa, wenn neue Produktionsverfahren eingesetzt werden, neue Maschinen Anwendung finden, ein Übergang zur Fließfertigung stattfindet oder auf Grund einer Abweichung vom Zeitplan die Produktionsfaktoren anders eingeteilt werden müssen. Eine vollständig neue Kalkulation ist erforderlich, um Auswirkungen auf die Kosten festzustellen. Einzelne Elemente der ursprünglichen Kostenansätze lassen sich übernehmen, soweit ein Produktionsfaktor auch nach der Änderung eingesetzt wird und durch die Änderung der Durchführung der Preis des Produktionsfaktors oder seine Menge unverändert bleibt. Bei erhöhtem oder verringertem Produktionsfaktoreinsatz ist allerdings mit Änderungen des Preisansatzes für den Produktionsfaktor bei der Kostenberechnung zu rechnen, weil z.B. Rabatte zu einer Verringerung des Preisansatzes führen können. Eine Übernahme von Werten aus der ursprünglichen in die neue Kalkulation ist daher im Regelfall nur begrenzt möglich.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß bei gleichbleibendem Erfolg der Bauleistung und der Vergütung eine Änderung der Durchführung der Bauleistung im Hinblick auf Art und/oder Menge der eingesetzten Produktionsfaktoren Änderungen der wirtschaftlichen Realisierung bedingen kann. Möglich sind insbesondere Wirtschaftlichkeitseinbußen und -erhöhungen, Kosten- und Gewinnänderungen. Derartige Folgen können auch unabhängig von den untersuchten Fällen auftreten, sie können aber auch Folge der untersuchten Änderungen in Art oder Menge der Produktionsfaktoren sein.

Ändert sich nur die Art der Faktoren bei gleichbleibender Mengenkombination, so sind Kostenänderungen nur möglich,

wenn auch der Faktorpreis sich ändert.

Ändert sich nur die Quantität der Faktoren, so ergeben sich Änderungen nur dann, wenn der geänderte Faktorpreis nicht durch den Faktor ausgeglichen wird, durch den er substituiert wurde.

Ändern sich beide, so gilt, soweit Faktor- oder Mengenkombination gleich bleibt, die geplante Kalkulation weiter, im übrigen entsteht eine neue Produktionsfunktion, die zu anderen Kosten führt, soweit die Summe der Kosten der Einzelfaktoren sich ändert.

(2) Änderungen der Durchführung bei gleichbleibendem Erfolg der Bauleistung, die nicht Art oder Menge der Produktionsfaktoren betreffen, sind denkbar; denn die Durchführungsplanung enthält neben der Bestimmung der Produktionsfaktoren weitere wesentliche Elemente, wie z.B. Abfolge und Beginn und Ende der einzelnen von den Produktionsfaktoren durchzuführenden Tätigkeiten, sowie Ort und/oder Zeit des Arbeitseinsatzes.

Auswirkungen auf die Kosten sind gegeben, soweit diese Änderungen Auswirkungen auf den Preis pro Mengeneinheit oder auf die Menge des Produktionsfaktors haben (z.B. durch Veränderung der Zahl der Arbeitsstunden), denn allein die Produktionsfaktoren bestimmen die Kostenfunktion (Faktorpreis x Faktormenge). Isoliert ohne rechtliche Einordnung betrachtet (d.h. ohne Berücksichtigung von Ansprüchen wegen Verzuges etc.) haben diese Änderungen wirtschaftliche Auswirkungen für den Bauunternehmer nur, soweit sie in die Kostenfunktion eingehen, d.h. entweder den Faktorpreis (z.B. durch Oberstundenzuschläge) oder die Faktormenge (z.B. längerer Anfahrtsweg) ändern; denn die Kosten bestimmen die Finanzierung, Gewinnerwartung und Rentabilität des Unternehmens; diese Kosten aber hängen nur vom Faktorpreis und -menge ab.

Zeitabhängige Kosten steigen beispielsweise, wenn der Bauherr Probleme bei der Koordination mit anderen Bauunternehmern bekommt. Er kann dann daran interessiert sein, daß der Bauunternehmer früher oder später arbeitet als ursprünglich vorgesehen, Arbeiten unterbricht etc., um etwa einem anderen Bauunternehmen die Möglichkeit zu geben, Arbeiten durchzuführen. Beim Bauunternehmer kann sich dann die Folge ergeben, daß er pro Tag weniger lange auf der Baustelle arbeiten kann und dadurch z.B. bei Gründungsarbeiten statt wie ursprünglich vorgesehen zehn nur acht Pfähle pro Tag einrammen kann. Dies führt zu einer Verlängerung der Ausführungszeit um 25 %. Dementsprechend werden alle Kosten um 25 % steigen, die proportional zur Zeit sind, wie z.B. Löhne, Gerätevorhaltung etc. ¹⁾. Derartige Kosten werden auch als zeitabhängige Kosten bezeichnet ²⁾.

Im Beispiel ist nicht ersichtlich, daß ansonsten noch mehr Kosten anfallen könnten, da weder mehr produziert wird (deshalb keine Erhöhung der Materialkosten etc.) noch andere Produktionsfaktoren als ursprünglich vorgesehen eingesetzt werden (keine Erhöhung des Preises der eingesetzten Produktionsfaktoren).

Aus dem Beispiel läßt sich jedoch keine allgemein gültige Aussage ableiten, daß bei zeitlichen Änderungen und bei Änderungen in der Arbeitsweise zwangsläufig mehr Kosten entstünden; dies ist vielmehr eine Frage des Einzelfalls ³⁾. Z.B. bleiben die Kosten gleich, wenn die Bauleistung schlicht insgesamt unverändert zeitlich verschoben wird und außerdem keine Preissteigerung für die Produktionsfaktoren erfolgt (also keine Lohn erhöhungen etc.).

1) Beispiel nach Jebe, Bedeutung, a.a.O., BauR 73, 146

2) Jebe, Bedeutung, a.a.O., BauR 73, 146

3) Kapellmann, Ermittlung, a.a.O., BauR 86, 621

b) Bleibt der Leistungserfolg nicht gleich, so ist damit eine Änderung der Durchführung verbunden, da der Erfolg die Durchführung voraussetzt. Änderungen des Leistungserfolges haben daher mehr oder weniger tiefgreifende Folgeänderungen in der Durchführungsplanung zur Folge.

Die folgende Untersuchung betrachtet zunächst isoliert Änderungen bei den wesentlichen Bestimmungsmerkmalen des Leistungserfolges (aa), und anschließend, ob bei Auftreten von Änderungen an mehreren oder allen dieser Bestimmungsmerkmalen Besonderheiten der Kummulierung gegenüber isolierter Betrachtung auftreten (bb).

Zu den wesentlichen Bestimmungsmerkmalen des Erfolgs bei Bauleistungen: Der Erfolg einer Bauleistung ist ein bestimmtes Bauwerk. Als körperlicher Gegenstand ist jedes Bauwerk durch seine Substanz in Verbindung mit seiner Dimension körperlich festgelegt, d.h. durch die Qualität des Materials, aus dem es besteht, in Verbindung mit seiner räumlichen Lage (Dimension), welche wiederum die Quantität des jeweiligen Materials bestimmt. Eindeutig wird die Festlegung eines einzelnen Bauerfolges aber nur, wenn darüber hinaus der Zeitpunkt der Beobachtung festliegt, etwa das Ende einer Ausführungsfrist, weil sonst eine beliebig häufige Wiederholung des Bauerfolges innerhalb der Zeit möglich wäre. Der Erfolg jeder Bauleistung ist daher hinreichend nach den oben genannten Merkmalen beschreibbar, wie die Baupraxis zeigt, die üblicherweise das Ergebnis von Bauleistungen durch Planzeichnungen (räumliche Lage), Leistungsbeschreibungen (Material) und Fertigstellungsterminen antizipiert und kontrollierbar machen. Somit wird sich die Erörterung von Planänderungen hinsichtlich des Leistungserfolges auf die entwickelten Merkmale Material, Dimension, Termin beschränken.

aa) Falls man zunächst isoliert Material-, Dimensionsänderungen und Änderungen des Fertigstellungszeitpunktes betrachtet, so gilt:

(1) Änderungen des Leistungserfolges, die ausschließlich die Dimension oder das Material betreffen.

(a) Eine ausschließlich die Dimension des Produktes betreffende Änderung ist beispielsweise gegeben, wenn eine Sichtbetonwand aus einer unveränderten Betonmischung größer oder kleiner ausgeführt wird, als ursprünglich vorgesehen. Damit ist dann mehr bzw. weniger eines im übrigen unveränderten Produktes herzustellen.

(aa) Falls mehr als vorgesehen zu produzieren ist, sind alternativ folgende Auswirkungen zu erwarten:

(aaa) Erste Alternative: Reicht das Leistungsvermögen pro Zeiteinheit (Kapazität) der vorgesehenen Mittel aus, um in der selben Zeit wie vom Bauunternehmer ursprünglich eingeplant die höhere Menge zu fertigen, dann lassen sich die fixen Kosten auf eine größere Produktmenge verteilen (Fall der Beschäftigungsänderung ¹⁾), so daß die Stückkosten im Regelfall sinken, ausnahmsweise steigen sie jedoch, wenn die variablen Kosten mit jedem Stück zunehmen, d.h. progressiv sind ²⁾ und dies betragsmäßig mehr ausmacht als die Verteilung der fixen Kosten auf die größere Stückzahl. Die Gesamtkosten werden steigen.

Fixe Kosten sind solche Kosten, die auch bei Änderungen der Ausbringungsmenge (Beschäftigungsgrad) konstant bleiben ³⁾, z.B. Mieten, auf die Zeit bezogene Abschreibungen, Fremdkapitalzinsen, Geschäftsführergehälter. Ihnen sind die bei Änderungen des Beschäftigungsgrades reagierenden Kosten gegenüberzustellen, die als variable Kosten bezeichnet werden ⁴⁾. Diese verändern sich proportional, progressiv oder degressiv zum Beschäftigungsgrad ⁵⁾. Kosten, die nicht kontinuierlich mit

1) Korndörfer, Allg. BWL, a.a.O.

2) ders., a.a.O., S. 250

3) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 451

4) Wöhe, a.a.O., S. 451

5) Wöhe, a.a.O., S. 451

dem Beschäftigungsgrad steigen oder fallen, werden als Sprungkosten oder als intervall-fixe Kosten bezeichnet ¹⁾.

Zu unterscheiden sind die variablen Kosten von den Gemeinkosten. Diese können fix sein, sie können aber auch variabel sein. ²⁾ Variable Kosten können Gemeinkosten sein. Jedoch ist anzunehmen, daß fixe Kosten in der Regel Gemeinkosten sind ³⁾.

Wie diese Veränderungen auf die Kalkulation einwirken, soll folgendes Beispiel ⁴⁾ zeigen:

Vereinbart ist die Verfüllung von zwei vom Auftraggeber vorgefertigten Schalungen mit Beton. Beide Schalungen fassen je 350 m^3 Beton. Die Kalkulation des Bauunternehmers sieht wie folgt aus (vereinfacht und für eine der Schalungen gerechnet):

<u>Kalkulationsposten:</u>	<u>DM pro m^3</u>	<u>DM gesamt</u>
Lohnkosten	65,--	22.750,--
Sonstige direkte Kosten (insbesondere Materialkosten)	60,--	21.000,--
Baustellengemeinkosten	16,50	5.775,--
Allgemeine Geschäftskosten	12,50	4.372,--
Wagnis	4,--	1.400,--
Gewinn	5,--	1.750,--
	<u>163,--</u>	<u>57.050,--</u>

Aufgrund einer architektonischen Änderung ändert der Auftraggeber eine der Schalungen, so daß zu ihrer Verfüllung 400 m^3 erforderlich werden. Er verlangt vom Bauunternehmer die Verfüllung beider Schalungen, also eine mit 350 m^3 und eine mit 400 m^3 .

1) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 460

2) vgl. Gablers Wirtschaftslexikon, a.a.O., Kostenstellenrechnung, Abb. zu Sp. 2461, 2462

3) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 1143

4) Mantscheff, Genauigkeitsgrad, a.a.O., BauR 79, 396

Dies bedeutet für die Kalkulation für die geänderte Schalung:
Die Lohnkosten bleiben unverändert, da in diesem Fall davon ausgegangen wird, daß die Einsatzzeit des Produktionsapparates unverändert bleibt und die Lohnkosten nach Zeiteinheiten kalkuliert werden ¹⁾. Das Verhalten der sonstigen direkten Kosten ist im Einzelfall zu prüfen. Für das Beispiel sei davon ausgegangen, daß die sonstigen Kosten nur aus Materialkosten bestehen und diese proportional zur Menge steigen, d.h. die sonstigen Kosten gesamt auf 24.000,- DM steigen. Bei den Baustellengemeinkosten sei für dieses Beispiel davon ausgegangen, daß sie keine mengenabhängigen Elemente enthalten. Die Baustellengemeinkosten bleiben also konstant bei insgesamt 11.550,- DM für beide Schalungen zusammengenommen. Da sich die Einzelkosten der einen Teilleistung erhöht haben, muß sie einen entsprechend höheren Anteil an den Gemeinkosten der Baustelle tragen, hier 6.814,50 DM. Die Allgemeinen Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn sind weder mengen- noch zeitabhängig, vielmehr werden sie umsatzbezogen als Prozentsatz vom Auftragswert vorgegeben. Der Prozentsatz kann aus der ursprünglichen Kalkulation übernommen werden. Er betrug dort 13,3 % vom Auftragswert. Dies bedeutet umgerechnet einen Prozentsatz von 15,3 % von den Herstellkosten. Daraus ergibt sich ein Betrag von 8.195,30 DM. Die neue Kalkulation schließt also mit einem Gesamtbetrag von 61.759,80 DM ab; dies entspricht einem Stückpreis von 154,40 DM. Würde man auch die Verfüllung der unverändert gebliebenen zweiten Schalung neu kalkulieren, so wäre dort der Gesamtpreis und der Einheitspreis ebenfalls etwas geringer, da nur noch ein geringerer Anteil an den Baustellengemeinkosten von dieser Leistung zu tragen wäre.

Das Beispiel zeigt, daß eine neue Kalkulation sowie eine Feststellung von Veränderungen der Einzelkosten und der Baustellengemeinkosten nur möglich ist, wenn die Kostenposten der Her-

1) vgl. Pause, Baupreis, a.a.O., S. 114 (Formbl. 10)

stellungskosten im Detail nach Art, Menge und Preis bekannt sind; erst dies gibt die Möglichkeit, ihre Entwicklung analysieren zu können.

Bei einer vollständig neuen Kalkulation ist festzustellen, daß diese zu einer Änderung (Erhöhung) der als Prozentaufschlag auf die Herstellkosten zu kalkulierenden Posten Allgemeine Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn führt, obwohl es sich bei diesen Kosten um fixe Kosten handelt, die von der Änderung der Beschäftigung gerade nicht beeinflußt werden. Würde man hingegen nicht vollständig neu kalkulieren, sondern lediglich die durch Kostenänderungen veränderten Werte in die im übrigen unveränderte ursprüngliche Kalkulation einsetzen, dann ergäbe sich im Beispiel ein um DM 3.000,- erhöhter Gesamtpreis (entsprechend der Erhöhung bei den Materialkosten) von 60.050,- DM, d.h. ein Einheitspreis von 150,25 DM.

(bbb) Reicht die Kapazität aber nicht aus, die zur Erstellung des Produktes innerhalb der vom Bauunternehmer ursprünglich vorgesehenen Frist zur Ausführung der Leistung erforderlich ist, so kann der Bauunternehmer folgende Maßnahmen ergreifen:

(i) Er überschreitet die von ihm eingeplante Frist, d.h. die Produktion beginnt früher oder endet jeweils der Mehrmenge entsprechend später; im übrigen läuft sie wie vorgesehen. Damit verlängert der Bauunternehmer die Einsatzzeit seines - unveränderten - Produktionsapparates ¹⁾. Dies ist zunächst das einfachste Mittel, um die Mehrleistung zu erbringen; denn eine qualitative Änderung der Produktionsfaktoren ist nicht erforderlich. Die bisherige Ausstattung des Betriebes reicht auch in quantitativer Hinsicht hin, um die

1) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 72 ff

Leistung zu erbringen. Lediglich die Materialien müssen entsprechend nachträglich beschafft werden. Dies führt zu einer entsprechenden Änderung der Gesamtkosten, nicht jedoch der Stückkosten. Problematisch ist hierbei nur, daß sich nachträglich Preissteigerungen wie für alle Produktionsfaktoren ergeben können.

Im Beispiel mit den verfüllten Schalungen ergeben sich folgende Auswirkungen:

Da die Verlängerung als den Mehrmengen entsprechend vorausgesetzt ist, steigen die zeitabhängigen Kosten proportional zur Mehrmenge. Dies bedeutet für die direkten Lohnkosten, daß sie ebenso wie die Materialkosten im Ausgangsfall (oben aa) der veränderten Menge entsprechend anwachsen. Es ergeben sich also keine Auswirkungen auf die Stückkosten. Dies könnte allerdings anders sein, wenn die direkten Lohnkosten überproportional steigen, z.B. wenn durch die Verzögerung in einer Schlechtwetterperiode Zuschläge zu den Lohnkosten gezahlt werden müssen. Die Baustellengemeinkosten sind zu einem Teil von der Dauer der Bauleistung abhängig ¹⁾. Der Anteil der zeitabhängigen Kosten kann in der Baupraxis erheblich sein; für den Auslandsbau werden 40 % der Auftragssumme als nicht ungewöhnlich bezeichnet ²⁾. Es gibt aber einen erheblichen Anteil der Baustellengemeinkosten, der nur einmalig auftritt und deshalb von zeitlichen Verschiebungen und Mengenerhöhungen nicht abhängt ³⁾. Diese Kosten können wiederum auf eine erhöhte Stückzahl verteilt werden, so daß die Stückkosten entsprechend sinken. Zum Einfluß und zur kalkulatorischen Erfassung der Allgemeinen Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn gilt das oben im Eingangsbeispiel (aa) Gesagte entsprechend.

-
- 1) Jebe, BauR 73, 144
ders. Preisermittlung, a.a.O., S. 85 ff
Mantscheff, Genauigkeitsgrad, BauR 79, 394
- 2) Swoboda, Ursachen, a.a.O., S. 78
- 3) Jebe, BauR 73, 144

Die Überschreitung der vom Bauunternehmer eingeplanten Fristen ist allerdings nicht unbegrenzt möglich, da sie für die Parteien folgende Nachteile haben kann:

Für den Bauherrn kann eine Fristüberschreitung durch den Bauunternehmer bedeuten, daß sich die Ausführung seines Gesamtprojektes verzögert, wenn ein Anschlußunternehmer - zumeist aus technischen Gründen - erst anfangen kann, wenn das Produkt des Bauunternehmers erstellt ist. Für den Bauherrn bedeutet dies eine Verzögerung des Bauprojektes, die er nur dann auffangen kann, wenn er an anderen Stellen Zeit spart. Die Verzögerung kann aus Gründen der Finanzierung und insbesondere dann nachteilig für den Bauherrn sein, wenn das Bauwerk z.B. als Fabrikgebäude den Zweck hat, möglichst bald rentabel eingesetzt zu werden.

Soweit die Überschreitung der Frist zu Ersatzansprüchen des Bauherrn gegen den Bauunternehmer führen, sind dies Mehrkosten für den Bauunternehmer. Außerdem bedeutet eine Fristverlängerung für den Bauunternehmer eine Bindung von Kapazitäten, die er nach den von ihm aufgestellten Zeitplänen bereits an anderer Stelle benötigt, wenn er einen entsprechenden Folgeauftrag hat. Es entsteht dann ein Engpaß. Hat er keinen Folgeauftrag, so kann er seine Kapazitäten, die sonst nutzlos wären, nutzen. Er muß dann keinen Überhang finanzieren. Das Problem liegt also für den Bauunternehmer bei dieser Fallkonstellation ausschließlich im Engpaß.

Für Dritte bedeutet eine Verzögerung entsprechende Zeit- oder Terminverschiebung:

Für Drittunternehmer, die nicht wie geplant anfangen können, sind Leerzeiten zu erwarten, falls diese innerhalb der Verzögerungszeit ihre Kapazität nicht anderweitig einsetzen können. Innerhalb dieser Zeit fallen Kosten an, die nicht schnell genug an die veränderte Situation angepaßt werden.

Bei einigen dieser Kosten ist eine kurzfristige Anpassung nicht möglich, z.B. bei Mieten. Oberdies ergeben sich Verzögerungen bei Folgeaufträgen, falls sich der Zeitverlust nicht ausgleichen läßt, und der Drittunternehmer keine zusätzlichen Kapazitäten schaffen kann. Dies beinhaltet das Risiko, den Folgeauftrag zu verlieren.

Für dritte Bauherrn hat dies dementsprechend zur Folge, daß sie entweder Verzögerungen in Kauf nehmen müssen oder durch anderweitige Zeitersparnisse oder zusätzliche Kapazitäten die Verzögerungen wieder hereinholen müssen.

Außerdem bedeutet eine Überschreitung des Endtermins eine Änderung des hier als feststehend für die Untersuchung gedachten zeitlichen Erfolges.

Eine Vorverlegung des Beginntermins ist hingegen häufig aus technischen Gründen nicht möglich, weil Vorgewerke und/oder Planungen noch nicht fertig sind, die eine notwendige Voraussetzung für die Tätigkeit des Bauunternehmers sind.

Will man die geplanten Ausführungsfristen nicht überschreiten, so kann man die Dauer der Produktion durch Ausnutzung von Pufferzeiten innerhalb der Ausführungsfristen erhöhen (ii), die Arbeitsintensität steigern (iii), oder die Art und/oder die Menge der Produktionsfaktoren verändern (iiii).

(ii) Pufferzeiten des Projektes (auch "Schlupf" genannt) sind solche für die Ausführung geplante Zeiten, innerhalb derer die Durchführung einer Tätigkeit, die der Erstellung des Produktes dient, verschoben werden kann, ohne daß dadurch der Endtermin für die Produkterstellung beeinflusst wird ¹⁾, sog. Gesamtpuffer ²⁾.

1) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 75 u. Wöhe, Einführung, a.a.O., S.150

2) Urmes, Netzplantechnik, a.a.O., S. 16

Läßt sich die Tätigkeit nicht später ausführen, ohne daß der vorgesehene Endtermin verschoben werden müßte, so wird sie als "kritische" Tätigkeit bezeichnet ¹⁾. Jede Produktion enthält eine Vielzahl von Pufferzeiten. Beispiel: Für die Tätigkeit Grabenaushub ist der Einsatz von 10 Arbeitern geplant. Diese sind in der Lage, den Aushub in 5 Tagen zu leisten; 10 Tage stehen aber zur Verfügung, da das Folgeunternehmen nicht früher zum Einsatz kommt. Es entsteht eine Pufferzeit von 5 Tagen ²⁾. Die Pufferzeit ermöglicht den Ausgleich von Überschreitungen bei anderen Zwischenfristen. Außerdem können die während der Pufferzeit freien Mittel abgezogen werden und dort eingesetzt werden, wo sie gebraucht werden, ohne den Endtermin zu gefährden.

Besteht das Problem darin, daß durch Mehrleistung Kapazitäten gebunden werden, die auch an anderer Stelle gebraucht werden, so lassen sich innerhalb der Pufferzeiten die Tätigkeiten so verschieben, daß die Kapazität nicht gleichzeitig nachgefragt wird und folglich eine Überlastung nicht eintritt. Die nach der Änderung sich überlappenden Zeiten für den Einsatz knapper Kapazitäten werden also innerhalb von Pufferzeiten hintereinandergeschaltet oder mit sonstigen Tätigkeiten getauscht ³⁾. Ein Tausch ist aber nur möglich, soweit die Tätigkeitenfolge nicht zwingend technologisch vorgegeben ist - so dürfte es schwerlich möglich sein, den Wasserhahn anzuschließen, bevor die Leitung liegt. Das Problem dieser Ausweichmöglichkeit besteht darin, daß evtl. Folgebeziehungen durcheinander kommen und darin, daß nunmehr Kapazitätsengpässe bei der Tätigkeit auftreten, mit der getauscht wurde. ⁴⁾.

1) Käppeli, a.a.O.

2) ders., a.a.O.

3) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 75, 79

4) ders., a.a.O., S. 77

Zur Entwicklung der Kosten gilt im Grundsatz dasselbe wie bei den anderen Fällen der Verlängerung der Produktionszeit (i), vorausgesetzt daß es gelingt, mit derselben Art und Menge der Produktionsfaktoren auszukommen und daß diese Faktoren im Preis gleich bleiben. Dies ist indes in der Praxis fraglich, da es wohl nicht möglich sein dürfte, den Baubetrieb völlig unbeeinträchtigt aufrecht zu erhalten. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß Störungen des Betriebsablaufs vgl. mit der ursprünglichen Planung auftreten werden. Dadurch können zusätzliche Kosten durch Unterbrechung und Wiederaanlaufen von Maschinen, zusätzliche Koordinationsmaßnahmen, Erstellung und Überarbeitung von Netzplänen etc. entstehen.¹⁾ Zum anderen ist es wahrscheinlich, daß der Preis der Produktionsfaktoren sich ändert, z.B. höhere Tariflöhne durch Zuschläge für Nachtarbeit, Überstunden etc. entstehen.

Alle diese Ausgleichsmöglichkeiten durch verlängerten Einsatz der Produktionsfaktoren setzen aber voraus, daß die Dauer des Einsatzes des Produktionsfaktors sich verlegen läßt. Ist dies nicht möglich, etwa weil es sich um eine kritische Tätigkeit handelt, so kommt nur eine Erhöhung der Intensität (iii) oder eine Veränderung der Art und/oder der Menge der Produktionsfaktoren (iiii) in Betracht.

(iii) Intensität bedeutet die Zahl der geleisteten Leistungseinheiten pro Zeiteinheit. Mehrleistungen lassen sich also dadurch erreichen, daß die Intensität erhöht wird. Hierzu ist allerdings erforderlich, Menschen und Maschinen - umgangssprachlich ausgedrückt - schneller arbeiten zu lassen. Bleiben dabei die Kosten pro Zeiteinheit konstant, so etwa

1) vgl. Kapellmann, BauR 86, 628 m.w. Beisp.

bei fest eingestellten Mitarbeitern, so entstehen keine höheren Kosten pro Stück, vielmehr lassen sich die von der Dauer der Ausführung abhängigen Kosten, wie z.B. Arbeitskosten, auf eine höhere Stückzahl verteilen, so daß die Stückkosten sinken. Demgegenüber steigen die Stückkosten, wenn z.B. Akkordlöhne oder Zuschläge gezahlt werden müssen. Auch kann der Verbrauch an Betriebskosten für die Maschinen pro Stück steigen. Erreichen läßt sich ein höherer Leistungsgrad (Intensität) ¹⁾ nicht nur dadurch, daß intensiver gearbeitet wird, sondern auch durch eine bessere Organisation des Arbeitsprozesses oder durch eine Beschränkung der unproduktiven Zeiten wie Wartung etc.. Problem dabei ist, daß sich dies häufig nur über kurze Zeitspannen aufrechterhalten läßt. Außerdem kann die Gebrauchstauglichkeit des Produktes leiden, so daß Kosten für Nachbesserung entstehen, die letztlich zu einer Erhöhung der Stückkosten führen.

Eine generelle Aussage über die zu erwartende Entwicklung der Stückkosten bei intensitätsmäßiger Anpassung läßt sich also nicht treffen ²⁾. Sie sind jedoch ähnlich wie im Eingangsbeispiel (aa).

(iii) Eine Änderung in Art und/oder Menge der Produktionsfaktoren und damit eine sog. mengenmäßige Anpassung ³⁾ kann durch zwei Klassen von Maßnahmen erreicht werden:

Zum einen kann man die Menge der Produktionsfaktoren rein quantitativ erhöhen, d.h. ihre Art und damit den Fertigungsablauf gleich lassen. Dies erhöht die Kapazität im Wege der sog. multiplen Betriebsgrößenvariation ⁴⁾. Dabei kann die

1) vgl. Korndörfer, Allgemeine BWL, a.a.O., S. 253
" Heinen, Einführung, a.a.O., S. 180
" Käppeli, Planung, a.a.O., S. 74

2) Heinen, Einführung, a.a.O., S. 180

3) Heinen, a.a.O., S. 181

4) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 465

gesamte Produktionsstätte schlicht um eine gleichartige erweitert werden oder um den Engpaß-Produktionsfaktor. Nachteil ist, daß für die Betriebserweiterung in jedem Fall Kosten anfallen¹⁾. Binden diese etwa durch Einkauf zusätzlicher Maschinen über die anstehende Produktion hinaus Mittel, so besteht das Risiko einer Fehlinvestition.

Eine Kapazitätserweiterung läßt sich ebenso durch eine Änderung der Art der Produktionsfaktoren unter Änderung des Fertigungsverfahrens (mutative Betriebsgrößenvariation) erreichen. Dessen Einführung ist mit Kosten verbunden, kann aber die Stückkosten senken. Die Kalkulation und die Kostenstruktur ändern sich grundlegend. Das Risiko der Fehlinvestition besteht ebenso wie bei rein quantitativer Änderung der Produktionsfaktoren.

(bb) Falls weniger als vorgesehen von dem geplanten und unveränderten Produkt zu produzieren ist, ergibt sich im Vergleich zur Planung folgende Abweichung als Auswirkung:

Man könnte so weiterproduzieren wie bisher und die überschießenden Mengen auf Lager legen. Dies ist jedoch bei Bauleistungen auf Grund ihrer Auftragsorientiertheit im Regelfall nicht möglich, zumindest aber mit Lagerkosten verbunden.

Also ist die Ausbringung anzupassen. Problem sind die Leerkosten.²⁾ Um eine möglichst unmittelbare Kapazitätsanpassung zu erreichen, ist es notwendig, überzählige Maschinen zu veräußern, langfristige Verträge über Sachmiete oder Dienste zu kündigen.

Gelingt dies, so sinken die variablen Gesamtkosten entsprechend dem Beschäftigungsrückgang. Die fixen Kosten verteilen sich

1) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 73

2) z. Begriff vgl. Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 461 ff.

jedoch auf eine geringere Stückzahl, d.h. die Stückkosten steigen. Dies gilt jedoch nur, wenn die Produktionsfaktoren nach ihrer Art gleich bleiben.

Ändern sie sich, d.h. geht man etwa bei gravierenden Leistungseinschränkungen von einer mechanischen Produktion, die hohe fixe Kosten verursacht, zu Handarbeit im Akkord über, so können sich die Stückkosten auf Grund des dann geringeren Fixkostenanteils verringern.

Soweit eine Kapazitätsanpassung nur mit Verzögerungen möglich ist, d.h. etwa die Abschreibungen auf Gebäude und Maschinen, Zinskosten etc. gleich bleiben - entweder weil diese Kosten nicht teilbar (z.B. Betriebsmittel ¹⁾) oder weil der Betrieb auf Grund vertraglicher Bindungen (z.B. Kündigungsfristen) die Anpassung nur langfristig erreichen kann (sog. Kostenremanenz ²⁾) - so steigen die Stückkosten. Die Kosten verlaufen daher nicht ebenso, wie sie bei einer entsprechenden Zunahme verlaufen wären, sondern sie fallen auf einem über dem beim Anstieg der Beschäftigung liegenden Niveau. Wie eine Mengenverringerung sich im Einzelfall auswirken kann, zeigt eine Variation zum Ausgangsbeispiel (aa): Die zweite Verschalung wird nicht vergrößert, sondern verkleinert und zwar so, daß sie nur noch 300 m³ fasst. Der Bauherr möchte dementsprechend nur noch diese Menge Beton haben: Die Einzelkosten sinken nahezu proportional zur hergestellten Menge, vorausgesetzt daß sich die freiwerdenden Mittel anderweitig einsetzen lassen, z.B. Arbeitskräfte oder Material (anderenfalls ändern sich die Gesamtkosten nicht, vielmehr entstehen Leerkosten). Also ergibt sich ein proportionales Sinken der Einzelkosten für die Gesamtmenge um DM 6.000,- DM auf 37.500,- DM. Bei den Baustellengemeinkosten

1) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 464

2) Gablers Wirtschaftslexikon, a.a.O., Kostenremanenz, Sp. 2453

ist es wiederum möglich, daß die zeitabhängigen Elemente sich verändern, so z.B. dadurch, daß durch die Leistungsänderung eine kürzere Bauzeit eintritt ¹⁾. Im vorliegenden Fall wäre eine solche Verringerung unwahrscheinlich, wenn beide Schalungen parallel vergossen werden. Deshalb wird für das Beispiel davon ausgegangen, daß die Baustellengemeinkosten insgesamt gleich bleiben. Da sich jedoch das Verhältnis der Einzelkosten von Leistung 1 zu Leistung 2 verschiebt, müßte bei einer vollständig neuen Preiskalkulation die geringer werdende Leistung in geringerem Maße mit den Baustellengemeinkosten belastet werden als die gleichbleibende Leistung. Bei einer Neukalkulation würden sich außerdem geringere absolute Werte für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn ergeben, da diese als Prozentsatz auf die Herstellkosten aufgeschlagen werden. Geht man von den verringerten Einzelkosten und einem absolut unveränderten Betrag bei den Baustellengemeinkosten aus, so ergibt eine umsatzabhängige Berechnung von Allgemeinen Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn mit dem ursprünglichen Zuschlagsatz von 15,3 % auf die Herstellkosten einen Gesamtpreis von 49.896,07 DM, was einem Einheitspreis von 166,03 DM entspricht. Übernimmt man die ursprünglich eingesetzten absoluten Beträge, so ergibt sich ein Gesamtpreis von 50.800,- DM und ein Einheitspreis von ca. 169,- DM. Das sind fast 20,- DM mehr als sich bei einem ähnlichen Rechengang oben für die Ausführung von 400 m³ ergeben haben.

(b) Eine ausschließlich das Material des Produktes betreffende Änderung liegt etwa vor, wenn eine Betonmischung in gleicher Menge durch eine andere ersetzt werden soll, d.h. ein Produkt fällt weg, an seine Stelle tritt ein anderes Produkt.

Auswirkung der Änderung ist, daß das ursprünglich herzustellende Produkt wegfällt.

1) Mantscheff, BauR 79, S. 394

Dadurch sind die zu seiner Durchführung bereitgestellten Produktionsfaktoren frei, damit werden Kapazitäten frei, die ursprünglich an das Produkt gebunden waren.

Das an seine Stelle tretende neue Produkt fragt jedoch neue Kapazitäten nach. Nur wenn die für das ursprünglich geplante Produkt bereitgestellten Faktoren auch für die Herstellung des neuen Produktes hinreichend sind, entsteht kein Produktionsengpaß mit den für den Fall der Mehrmengen bereits beschriebenen Folgen von Kapazitätsengpässen.

Nur wenn alle Produktionsfaktoren des geplanten Produktes für das neue Produkt notwendig sind, kann kein Oberhang an bereits bereitgestellten Faktoren entstehen. Ein Kapazitätsüberhang kann nur vermieden werden, wenn die bereitstehenden Kapazitäten genutzt werden.

Soweit Mittel in überhängenden Kapazitäten gebunden sind und sich nicht kurzfristig lösen lassen, oder anderweitig Einsatz finden, besteht die Gefahr einer Fehlinvestition.

Umgekehrt ist es auch möglich, daß das neue Produkt bisher ungenutzte Kapazitäten nutzt und damit Oberhänge vermeidet. Dies ist häufig das Ziel freiwilliger Entscheidungen des Unternehmens. Ist die Produktänderung aber vom Abnehmer erzwungen, so kann sich die Kapazitätsauslastung zu Lasten des Unternehmers verschieben ¹⁾.

Die Materialänderung kann demnach zu einer Änderung der Menge der Produktionsfaktoren als auch der Art der Faktoren führen, mit entsprechenden Kostenänderungen. Diese können in einer schlichten Korrektur des Materialpreises bestehen. Es ist aber auch möglich, daß sich eine völlig neu gestaltete Pro-

1) Wöhe, Einführung, a.a.O., S. 465

duktion ergibt mit entsprechenden Kostenänderungen und einer völlig neuen Kalkulation (s.o.(aa),(iiii)), z.B. wenn Beton-
guß durch handbehauenen Naturstein ersetzt wird.

(2) Im Falle einer Änderung des Fertigstellungstermins, d.h. im Falle der Verlängerung oder Verkürzung von Ausführungsfristen, werden Kapazitäten verstärkt nachgefragt bzw. freigesetzt. Ähnlich wie bei Mengenerhöhungen entsteht bei Fristverkürzungen die Notwendigkeit zur Nutzung von Pufferzeiten, Intensitätssteigerungen und Änderungen der Betriebsgröße mit den genannten wirtschaftlichen und planerischen Folgen. Es ändern sich allerdings nur die zeitabhängigen Kosten.

bb) Falls sich sowohl die Art als auch die Menge und die Ausführungszeit des Produktes ändern, so hat dies eine Änderung bei den Produktionsfaktoren zur Folge mit den hieraus entsprechend resultierenden Engpässen oder Oberhängen bei einzelnen Faktoren oder Kapazitäten.

Entstehen Oberhänge, so sind diese als Kosten anzusehen, die der Produktion zuzurechnen sind, wenn die Oberhänge nicht bei anderen Produkten verbraucht werden können.

Engpässe erhöhen in der Regel die Produktionskosten für das geänderte und/oder für die übrigen Produkte des Betriebes, weil entweder in den übrigen Bereichen oder im geänderten Bereich die Produktion länger, intensiver oder anders gestaltet werden muß, es sei denn, durch geschickte Organisation ließe sich dies im Einzelfall vermeiden. Ein über die Kombination der Effekte hinausgehender kumulativer Effekt besteht nicht.

Zusammenfassung zu Abschnitt 2.:

Wird der Plan der Bauleistung geändert und dementsprechend

abweichend realisiert, so können hieraus Auswirkungen auf die Zeit, die Kosten, den Gewinn, die Investitionen, die Finanzierung der Ausführung verglichen mit dem ursprünglichen Plan entstehen. Diese Möglichkeit besteht in allen untersuchten Fällen. Die Auswirkungen können durch die Planänderungen verursacht sein, müssen es aber nicht. Auch können die Auswirkungen durch andere Gründe verursacht sein.

Änderungen im Zeitplan belasten Drittbeziehungen und können ihrerseits Ursache von Kosten- und Gewinnänderungen sein. Planänderungen im Leistungserfolg wirken auf die Durchführungsplanung. Änderungen in der Durchführung können auf den Leistungserfolg einwirken.

Häufig lassen sich die Folgen von Planveränderungen durch Folgeabweichungen verringern oder vergrößern.

Auswirkungen auf die Kosten führen zu Kostenwirtschaftlichkeitsänderungen beim Bauunternehmer, falls die Gegenleistung des Bauherrn nicht entsprechend angepaßt wird. Auswirkungen auf die Kosten entstehen nur, wenn sich die Summe der Produkte aus Kostenwerten (Preis pro Einheit) und Kostenmengen (Zahl der Einheiten) der eingesetzten Kostenfaktoren ändert. Dies ist anzunehmen, wenn sich Änderungen der Leistung, Änderungen der Faktorpreise oder der Faktormengenkombination ergeben. Änderungen der Art der Leistung (Programmänderungen) oder der Menge der Leistung (Beschäftigungsänderungen) oder der Produktionsbedingungen berechtigen zu der Vermutung, daß eine derartige Änderung vorliegen könnte. Insbesondere Änderungen der Faktormengenkombination machen eine völlig neue Kalkulation erforderlich. Ähnlichkeiten lassen sich daher zwischen Fallgruppen feststellen, in denen die Art der Abweichung von der geplanten Produktionsfunktion übereinstimmt:

Erwarten läßt sich, daß bei ausreichender Kapazität eine

Vergrößerung der Menge zu einer Verringerung der Stückkosten durch Verteilung der fixen Kosten im Regelfall Gemeinkosten - auf eine größere Stückzahl führen wird. Bei nicht ausreichender Kapazität besteht diese Gesetzmäßigkeit nicht, vielmehr sind Kapazitätsänderungen erforderlich, die zu neuen Produktionsfaktorkombinationen führen und damit zu einer neuen Kalkulation. Jedoch besteht eine Vielzahl von Ausgleichsmöglichkeiten zur Vermeidung von Kapazitätsengpässen.

Zeitverschiebungen hängen davon ab, ob durch die Änderung kritische Tätigkeiten länger dauern. Sie sind in allen Fällen denkbar, in denen sich die Einsatzdauer eines Produktionsfaktors ändert. Zeitverschiebungen lassen sich auch bei kritischen Tätigkeiten ausgleichen, indem die Intensität oder die Betriebsgröße variiert werden. Dies kann jedoch zu erhöhten Stückkosten führen, sowie zur Beeinträchtigung von Folgeaufträgen.

Gewinnänderungen sind bei Kostenänderungen zu erwarten.

Auswirkungen auf die Finanzierung sind zu erwarten, wenn erhöhte Mittel erforderlich sind, um erhöhte Kosten abzudecken. Die aus der Finanzierung entstehenden Kosten sind wiederum bei der Kostenkalkulation zu berücksichtigen.

II. Die zu erwartenden Konflikte

Bauprojekte erfordern eine umfangreiche Planung (s.o.). Die Produktionsmethoden erfordern einen erheblichen Kapitaleinsatz ¹⁾, sieht man von sehr kleinen Bauvorhaben ab. Jede Abweichung vom Plan zieht die Notwendigkeit nach sich, die Planung auch im Hinblick auf die übrigen Teile zu überprüfen und anzupassen, da die Planungselemente sich gegenseitig be-

1) vgl. Weick, Standardbedingungen, a.a.O., S. 6

dingen (Interdependenz).

Dies zeigt sich insbesondere bei Großprojekten. Dort aber sind die Auswirkungen nicht mehr auf die Parteien des Bauleistungsvertrages beschränkt. Wirtschaftliche Auswirkungen zeigen sich wie dargestellt (s.o.1) auch bei Dritten, Zulieferern, Folgeunternehmern, nächsten Bauherrn sowie, soweit der Staat baut, auch bei der Allgemeinheit, den Steuerzahlern. Der Bauleistungsvertrag zeigt daher überindividuelle Auswirkungen des Vertragsverhältnisses ¹⁾. Auch die Drittinteressen sind daher bei der überindividuellen Formulierung von Vertragsklauseln mit zu berücksichtigen ²⁾. Insbesondere die Regelungen der VOB/B haben als verbreitete Standardbedingungen im Bauwesen die Wirkung, Eckdaten für die Planung einer Vielzahl von Beteiligten zu setzen. Daher ist zwischen den möglichen Auswirkungen von Abweichungen auf den Bauherrn und den Bauunternehmer einerseits und den Auswirkungen auf Dritte zu unterscheiden.

Den Bauunternehmer treffen die Auswirkungen direkt, da er in jedem Fall eventuell anfallende Kosten-, Aufwendungs-, Rentabilitäts-, Finanzierungs- und Zeitänderungen zunächst zu tragen hat und erst durch Überwälzung wirtschaftlich ausgleichen kann. Kann er die Abweichung vom Plan rein technisch nicht durchführen, so wird er bestrebt sein, die Abweichung zu verhindern oder zumindest einen Ausgleich in Geld zu erlangen, der ihn mindestens ebenso stellt, als hätte er den ursprünglichen Plan durchgeführt. Kann und will er die Änderung oder Ergänzung durchführen, so wird er bestrebt sein, Mehraufwendungen und Mehrkosten abzuwälzen, soweit diese seinen Gewinn schmälern. Zwar ist der Gewinn nicht das ein-

1) ders., a.a.O., S. 3

2) ders., a.a.O., S. 1 - 14

zig mögliche Unternehmensziel ¹⁾, jedoch kann idealtypisierend davon ausgegangen werden, daß die Erhöhung der Rentabilität das generelle Ziel jedes Unternehmens im marktwirtschaftlichen System ist ²⁾ und damit die Erhöhung des Gewinns im Verhältnis zum eingesetzten Kapital. Daher ist bei gleichbleibendem Kapitaleinsatz der Gewinn zu erhöhen, um die Rentabilität zu erhöhen. In der Praxis kommt als Ausgleichsmittel nur der Preis in Betracht, den der Bauunternehmer dem Bauherrn in Rechnung stellt. Der Bauunternehmer wird also versuchen, die Mehrkosten und Aufwendungen auf den Preis aufzuschlagen, um den Gewinnanteil zumindest entsprechend dem ursprünglich erwarteten Verhältnis zum Kapitaleinsatz im Hinblick auf den zusätzlichen Kapitaleinsatz anzuheben. Will der Bauunternehmer die Abweichung nicht durchführen, so wird er sie zu verhindern suchen. Objektiv wirtschaftlich begründet ist dies aber wohl nur, wenn wirtschaftliche Nachteile für den Unternehmer entstehen, die nicht ausgeglichen werden. Fraglich wird sein, inwieweit der Willensfreiheit des Unternehmers der Vorrang gegenüber dem Interesse des Bauherrn an einer seinen Vorstellungen entsprechenden Bauausführung gebührt.

Zeitliche Verzögerungen wird der Bauunternehmer zu verhindern suchen, wenn sie zu Konflikten mit Folgeaufträgen führen können, da der Bestand des Folgeauftrages und mögliche weitere Aufträge auf dem Spiel stehen, so daß selbst bei Ausgleich der aus dem Drittverhältnis dem Bauunternehmer entstehenden Nachteile der Unternehmer typischerweise die Abweichung zu verhindern trachten wird. Hat er keinen kollidierenden Folgeauftrag, so wird er zeitliche Verzögerungen bei voller Beschäftigung gern in Kauf nehmen, weil er dadurch Leerkosten

1) Korndörfer, Allg. BWL, a.a.O., S. 72 f.
Wöhe, Einführung, a.a.O., 42 ff

2) Korndörfer, Allg. BWL, a.a.O., S. 73 und 59

spart. Zeitliche Kürzungen kann er evtl. als Pufferzeiten für die Kapazitäten auf anderen Baustellen nutzen.

Auf eine Kurzformel gebracht läßt sich sagen, daß der Bauunternehmer daran interessiert ist, die Leistung möglichst konstant zu halten, soweit er keinen Ausgleich für Kostenerhöhungen oder Gewinneinbußen erhält, andernfalls aber gern einer Planänderung folgt.

Der Bauherr ist ebenfalls daran interessiert, die Rentabilität des Bauens für sich selbst sowie die Kostenwirtschaftlichkeit aus seiner Sicht zumindest zu halten. Preiserhöhungen bedeuten aber für ihn Erhöhungen der Aufwendungen bzw. der Kosten. Andererseits ist für den Bauherrn wahrscheinlich, daß er während der Ausführung vom Plan abweichen möchte, soweit dieser die Bauleistung betrifft, weil sich seine Bedürfnisse, Vorstellungen oder die Bedingungen der Planung geändert haben. Er wird daher einerseits Preiserhöhungen zu verhindern suchen und Aufwendungs- sowie Kostenminderungen herausverlangen, andererseits wird er versuchen, notwendige oder auch nur gewünschte Abweichungen vom Plan der Bauleistung durchzusetzen.

Der Bauherr ist also daran interessiert, den Bauunternehmer zumindest am ursprünglichen Preis festhalten zu können, selbst jedoch möglichst die vom Bauunternehmer zu erbringende Leistung festlegen zu können ¹⁾.

Dritte Bauherrn haben ein Interesse daran, Mehrkosten ersetzt zu bekommen, die ihnen auf Grund von Verzögerungen entstehen.

Dritte Unternehmer werden bei Verzögerungen ihre Leerkosten ersetzt verlangen.

Auf Grund dieser Interessenlagen lassen sich Fallgruppen

1) Weick, Standardbedingungen, a.a.O., S. 140

bilden, bei denen Konflikte, d.h. Interessengegensätze auftreten.

1.) Konfliktbegründend ist jeder Fall, in dem der Bauherr eine Änderung der Leistung will, ohne dem Bauunternehmer die daraus entstehenden zusätzlichen Kosten und Gewinneinbußen zu ersetzen.

2.) Konfliktbegründend sind im Hinblick auf Wirtschaftlichkeits- und Gewinneinbußen (bei Bauunternehmer oder -herr) alle Fälle, in denen die Kosten oder die Aufwendungen steigen, denn die Bestrebungen der Parteien schließen sich in diesen Fällen gegenseitig aus.

3.) Konfliktbegründend sind weiter Zeitverzögerungen, die für die Ausführungsfristen bei Folgeaufträgen oder -gewerken kritisch sind.

4.) Konfliktbegründend sind alle Fälle, in denen die Ausführung der Abweichung vom Plan an Kapazitätsgrenzen des Baubetriebs stößt.

Um zu Regelungen zu gelangen, die ihren Interessen entsprechen, werden die Vertragsparteien bei der Vertragsgestaltung folgende Strategien verfolgen:

Der Bauherr wird versuchen, gegen den Bauunternehmer einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch für den Fall der Verzögerung mit der Bauleistung zu erhalten¹⁾ (auch für den Fall von Verzögerungen durch Vor- Aufträge also). Er wird sich weiter Änderungen des Bauerfolges und der Durchführung vorbehalten sowie die Möglichkeit zu Ergänzungen der

1) evtl. zusätzlich einen Vertragsstrafenanspruch

Bauleistung. Er wird schließlich den Preis für die Leistung des Bauunternehmers möglichst exakt festzulegen suchen, d.h. als Pauschalpreis mit einem Erstattungsanspruch für Kostensenkungen. Da er diese Maximalposition kaum erreichen kann, wird er zumindest anstreben, die Preiserhöhung in Anlehnung an den vertraglichen Preis auszugestalten.

Der Bauunternehmer wird demgegenüber den Konflikt zwischen Erst- und Zweitauftrag dadurch zu vermeiden trachten, daß er nur unverbindliche Ausführungszeiten zugesteht und allenfalls eine Lösung des Vertrages im Falle der Verzögerung durch die vorherige Bauausführung akzeptiert. Er wird weiter einen Kostenerstattungsanspruch für den Fall anstreben, daß ihm Leerkosten durch Verzögerungen bei anderen Gewerken entstehen. Im Hinblick auf den Preis wird er versuchen, diesen möglichst an den entstehenden Kosten zuzüglich fixem, hilfsweise prozentualem Gewinnanteil zu orientieren und damit seine Vorkalkulation unverbindlich zu halten, zumindest aber eine Preiserhöhung in Anlehnung an den vertraglichen Preis für alle Abweichungen von seiner Planung einzuführen. Gelingt es ihm, eine Verpflichtung des Bauherrn auf Zahlung eines erhöhten Preises bei Änderungsanordnungen zu erhalten, so wird er Änderungsanordnungen des Bauherrn als Chance betrachten. Gelingt ihm dies nicht, so wird er Abweichungen vom Plan der Bauleistung auf Anordnung des Bauherrn zu verhindern trachten, d.h. er wird eine möglichst konkrete und durch den Bauherrn unveränderliche Bauleistungsplanung bei einer möglichst flexiblen Preisgestaltung anstreben. Gelingt auch dies nicht, so wird er versuchen, auf die Gesamtheit seiner Preise das Risiko von durch Kostensteigerungen bedingten Rentabilitätsverlusten umzulegen ¹⁾. Dies ist jedoch allenfalls eine Hilfslösung für den Bauunternehmer,

1) vgl. auch BRH, a.a.O., Nr. 93

weil sich das Wagnis schlecht kalkulieren ¹⁾ läßt, und der Wettbewerb für den Bauunternehmer als Bieter nicht transparent ist, d.h. er immer Gefahr läuft, den Auftrag nicht zu bekommen, weil ein Mitanbieter das Wagnis geringer bewertet hat und dadurch zu einem geringeren Preis anbietet.

Der folgende Teil untersucht, wie das deutsche und das französische Recht die Konflikte regeln (B. Regelungsinhalt).

1) vgl. Jebe, BauR 78, S. 88 ff. (92,93)

B. Regelungsinhalt

Der 1. Abschnitt beschäftigte sich mit der Frage, welche Auswirkungen Abweichungen vom Plan bei der Bauausführung für den Bauunternehmer haben. Vergleichsmaßstab war hierfür ausschließlich der Plan des Unternehmers. Unerheblich waren die Gründe, derentwegen die Abweichung vorgenommen wurde. Unerheblich war insbesondere, ob sie auf eine Intervention des Bauherrn zurückging oder nicht. Unerheblich war auch, ob der ursprüngliche Plan dem Plan des Bauherrn entsprach und insbesondere, ob er einer vertraglichen Vereinbarung entsprach oder nicht. Es ging also lediglich darum festzustellen, ob und ggfl. welche Folgen die Abweichung innerhalb des Plangefüges hat und zu bewerten, ob diese Folgen Vor- oder Nachteile gegenüber dem ursprünglich vom Bauunternehmer vorgesehenen Plan gehabt hätten. Eine Bewertung, ob Vor- oder Nachteile gegenüber der ursprünglich vertraglich vorgesehenen Ausführung entstehen, erfolgte nicht.

Die Folgen machen deutlich, welche Interessen für den Bauunternehmer gegen eine Abweichung vom Plan sprechen. Das Interesse des Bauherrn, Abweichungen des Bauunternehmers vom Plan herbeizuführen, ergibt sich aus den Zielvorstellungen des Bauherrn, ein Bauwerk errichten zu lassen, das seinen jeweils aktuellen Bedürfnissen entspricht. Dazu entwickelt er Vorstellungen, d.h. in einem sehr weiten Sinne Pläne. In allen Phasen der Planung ist es daher das Interesse des Bauherrn, die Ausführung durch den Bauunternehmer an seine Vorstellungen anzugleichen. Rechtstechnisches Mittel hierfür ist der Vertrag, nach welchem die Gegenleistung des Bauherrn - d.h. der Preis - an die Ausführung einer Leistung gekoppelt ist, die den Vorstellungen des Bauherrn entspricht. Dieser gibt dem Bauherrn die Möglichkeit, den Bauunternehmer zu einer vertragsgemäßen Ausführung anzuhalten; hält sich der Bauunternehmer hieran nicht, so geht er das Wagnis des Entstehens von Gewährleistungs- und Nichterfüllungsansprüchen

ein, wodurch seine Kosten steigen.

Gegenstand der Untersuchung soll also das aus der Bindung des Bauunternehmers an den Vertrag entstehende Problem sein, inwieweit der Vertrag an Abweichungswünsche des Bauherrn angepaßt werden kann und welche Ausgleichsmöglichkeiten sich hieraus ergeben. Die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bedingt, daß der Bauunternehmer seinen Einsatz von Mitteln und vor allem seinen Preis nach der Beschreibung der Leistung kalkuliert, die der Bauherr ihm vorlegt. Abweichungen hiervon können zu den im ersten Teil dargestellten Vor- und Nachteilen führen. Der Bauunternehmer hat daher ein erhebliches Interesse, auf die vertragliche Beschreibung der Leistung zu vertrauen, die die Vorstellungen und Pläne des Bauherrn beinhaltet. Pläne sind aber nicht der Realität gleich. So können sie Widersprüche in sich tragen (z.B. zwei sich widersprechende Pläne innerhalb des Vertrages) oder in Widerspruch zur Realität stehen (Erfahrungssätze der Statik nicht berücksichtigt; Bodenverhältnisse falsch eingeschätzt). Dabei kann sich die Realität zur Zeit der Planung anders darstellen als später. Hieraus kann sich für den Bauherrn das dringende Bedürfnis ergeben, vom vertraglich vorgesehenen Plan abzuweichen. Regelungsproblem ist daher festzulegen, ob, wie, inwieweit und zu welchen Bedingungen der Bauherr vom Bauunternehmer verlangen kann, vom ursprünglich vereinbarten Plan abzuweichen bzw. inwieweit der Bauunternehmer auf die vertragliche Festlegung des Planes vertrauen darf. Besonderes Interesse verdient dabei die Frage, ob und wie ein Ausgleich evtl. Vor- und Nachteile erfolgt, falls der Bauunternehmer dem Wunsch des Bauherrn entsprechend vom Plan abweicht. Die Umkehrung dieses Problems, welche Möglichkeiten der Bauunternehmer hat, vom Plan abzuweichen, ist nur insoweit Gegenstand der Untersuchung, als eine Folgeabweichung dem Bauunternehmer einen Ausgleich für eine ursprüngliche Abweichung auf Wunsch des Bauherrn verschaffen kann.

Die folgende Untersuchung dient der Feststellung und ver-

gleichenden Bewertung der rechtlichen Regelungen, die diese Probleme im Deutschen und im Französischen Recht gefunden haben. In einem ersten Teil (I.) wird der rechtliche Regelungszusammenhang kurz skizziert. In den darauf folgenden Teilen II. und III. gliedert sich die Untersuchung nach den bereits dargestellten Gegenständen. Das Problem der Durchsetzung von Abweichungen, das zumindest dann dem des Ausgleichs vorgeht, wenn der Bauunternehmer sich weigert, vom Plan abzuweichen, wird zunächst behandelt (II.), hieran anschließend das Problem des Ausgleichs (III.).

I. Überblick über die Regelungen des Deutschen und des Französischen Rechts

Rechtliche Grundlage für die Beziehung zwischen Bauherrn und Bauunternehmer ist nach deutschem ebenso wie nach französischem Recht eine Vereinbarung zwischen den Parteien, nach der sich der Bauunternehmer verpflichtet, eine Bauleistung - typischerweise ein Bauwerk - für den Bauherrn gegen Geld herzustellen.

1. Nach deutschem Recht ist der Vertrag zwischen Bauherrn und Bauunternehmer eine privatrechtliche Vereinbarung, gleichviel ob der Bauherr ein öffentlicher oder ein privater Auftraggeber ist und ob das Bauwerk öffentlichen oder privaten Zwecken dient. Auf solche Verträge finden bei typischen Bauleistungen (Herstellung eines Bauwerks) die Regeln über den Werkvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB, §§ 631 ff) Anwendung.

Diese gesetzlichen Vorschriften werden häufig durch vertragliche und außervertragliche Bestimmungen geändert und/oder ergänzt. Besondere Bedeutung kommt dabei der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) zu, insbesondere Teil B. Die VOB/B enthält "Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen", die als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des AGBG zu qualifizieren sind (ex negatione § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG). Die VOB wurde vom Deutschen Verdingungsausschuß für Bauleistungen (DVA) verabschiedet¹⁾. In diesem sind die am heutigen Baugeschehen beteiligten Ministerien, öffentlichen Verwaltungen, Wirtschafts- und Berufsverbände sowohl der Auftraggeber- als auch der Auftragnehmerseite vertreten²⁾.

1) Zur Geschichte der VOB: vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., Einl. Rd. 3 und Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., Einl., Rd. 23 - 27

2) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., Einl. Rd. 3

wobei sich zahlenmäßig ein Übergewicht der Mitglieder aus dem Bereich der öffentlichen Hand zeigt ¹⁾. Die VOB/B enthält damit Standardbedingungen ²⁾ für die Regelung der vertraglichen Beziehungen zwischen Bauherrn und Bauunternehmer. Die VOB/B wird als DIN-Norm 1961 vom Deutschen Institut für Normung (DIN) herausgegeben.

Die VOB/B findet zwischen den Parteien im Grundsatz nur dann Anwendung, wenn ihre Geltung zwischen ihnen vereinbart ist ³⁾. Sie hat weder gesetzlichen noch gewohnheitsrechtlichen Charakter ⁴⁾. Nach Schätzungen ⁵⁾ beziehen 70 % der Bauverträge die VOB/B in den Vertrag ein, wobei die VOB/B sich nicht nur bei öffentlichen, sondern auch bei privaten Auftraggebern durchgesetzt hat ⁶⁾. Bei der Entscheidung über die Einbeziehung der VOB/B sind Private in ihrer Entscheidung frei. Bei öffentlichen Auftraggebern ist zu differenzieren: Behördenintern haben öffentliche Dienststellen in weitem Umfang die VOB Teile A (Regelung des Vergabeverfahrens) und B in der Fassung vom Oktober 1979 als für die ihnen nachgeordneten Behörden verbindlich eingeführt ⁷⁾. Dies gilt insbesondere für den Bund und die Länder ⁸⁾. Demgegenüber wird im Außenverhältnis ein Anspruch des Bieters auf Einhaltung der Vergabevorschriften im Grundsatz nicht anerkannt ⁹⁾. Vielfach finden sich Ergänzungen und Abänderungen der in den Vertrag einbezogenen VOB/B:

-
- 1) Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., Einl. Rd. 25
 - 2) zum Begriff vgl. Weick, Standardbedingungen, a.a.O., S. 3
 - 3) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., Einl. Rd. 7 ff.
 - 4) ders., a.a.O.
 - 5) vgl. Weick, Standardbedingungen, a.a.O., S. 55
 - 6) Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., Einl., Rd. 28
 - 7) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O. Einl. Rd. 25
 - 8) vgl. die Aufstellung bei Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., Einl. zu Rd. 25 (S. 80 ff.).
 - 9) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., Einl. Rd. 12 und 13 m.w.N.

Als Quelle für vertragliche Ergänzungen und Abänderungen gegenüber der VOB/B kommen bei öffentlichen Auftraggebern zunächst die sog. Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen in Betracht. Für derartige Bedingungen sowie für die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, das Angebot und den Auftrag etc., haben die einzelnen Verwaltungen Muster entwickelt. Im Bereich des Bundesministers für Raumordnung sind diese neben anderen Texten zu einem Vergabehandbuch (VHB) zusammengefaßt ¹⁾. Dieses wurde durch eine Arbeitsgruppe des Ausschusses "Verdingungswesen" der Finanzbauverwaltungen der Länder aufgestellt, der Vertreter der Hochbauverwaltungen der Länder und ein Vertreter des Bundesrechnungshofes angehörten ²⁾. Die Verwendung dieser Muster ist für die dem Bundesministerium für Raumordnung nachgeordneten Behörden mit behördeninterner Wirkung zwingend vorgeschrieben (Richtlinie zu § 10 VOB/A Ziff. 1.1 ³⁾, i.V.m. § 55 Abs. 2 der Bundeshaushaltsordnung (BHO)). Ähnliche Vergabehandbücher bestehen für die anderen Bundesministerien und für Länder, sowie Kommunen.

Nicht selten finden sich sowohl bei öffentlichen als auch bei privaten Auftraggebern in Bauverträgen Vorschriften, die von der VOB/B deutlich abweichen ⁴⁾; diese erscheinen in Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen, aber auch als "Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" oder "Besondere Technische Vorschriften". Derartige Vor-

1) Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau (BuMiRaum), Vergabehandbuch (VHB), a.a.O.

2) BuMiRaum, VHB, a.a.O., "Zur Einführung"

3) VHB, a.a.O., Teil I

4) vgl. das im Auftrag der Bauwirtschaft erstellte Rechtsgutachten des Instituts für Deutsches und Internationales Baurecht e. V., a.a.O.; s.a. Bunte, Bauverträge, a.a.O. und Frikell/Glatzel/Hofmann, Bauvertragsklauseln, a.a.O., m.w.N.

schriften werden nicht in die Betrachtung einbezogen, da sie für die vorliegende Untersuchung keinen hinreichenden Erkenntnisfortschritt erwarten lassen. Sie haben sich als zu einseitig formuliert erwiesen und sind nicht hinreichend verbreitet, als daß sie für die auf die Suche nach einer sachgerechten und damit ausgewogenen Lösung ausgerichtete Arbeit dienlich sein könnten.

Soweit vertragliche Vereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, unterliegen sie der Kontrolle durch das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG). Dies gilt für die VOB/B selbst, sowie einige der genannten Abweichungen. Das AGBG fördert die Tendenz, die VOB/B unverändert einzubeziehen.

Außervertragliche Ergänzungen der VOB/B sind speziell für öffentliche Auftraggeber u.a. in Auslegungsregeln¹⁾ enthalten, die zunächst rein behördenintern verbindlich sind. Diese entfalten keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber dem Bieter. Für die vorliegende Untersuchung sind zum einen zu nennen die Richtlinie zu § 2 VOB/B, ergänzt durch den "Leitfaden für die Berechnung der Vergütung bei Nachtragsvereinbarungen" vom 04.08.1981²⁾, zum anderen die "Richtlinie zu § 25 VOB/A". Letztere sieht Formblätter für die Offenlegung der Kalkulation des Bieters und Bewertungsgrundsätze für die Vergabe der Leistung vor³⁾.

Die wesentlichen für die Praxis relevanten rechtlichen Vorschriften zur Regelung der in den Fällen der Planungsänderung auftretenden Konflikte finden sich im deutschen Recht in der VOB/B. Auf ihren Vorschriften liegt das Schwergewicht der Untersuchung.

1) Zum Stellenwert: vgl. BGH III ZR 154/61 v. 17.1.63, BGHZ 39, 35 ff (37,38)

2) Bundesminister für Raumordnung, Leitfaden, a.a.O., VHB, Teil VI

3) s. VHB Teil I und Teil III (EFB-Preis)

2.) Im Zuge der französischen Revolution ergab sich eine für die dogmatische Entwicklung des Bauvertragsrechtes in Frankreich entscheidend andere Weichenstellung als in Deutschland: Die französische Republik legte in einem noch heute gültigen Gesetz fest, daß Streitigkeiten aus Verträgen zur Durchführung öffentlicher Bauvorhaben von den "Conseils de Préfecture" - das waren Spruchkammern der Verwaltung, die als Vorläufer der heutigen französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten können - zu entscheiden sind ¹⁾. Im Laufe der Zeit wurde die Vorschrift so interpretiert, daß aufgrund dieser Zuständigkeitsvorschrift den Verträgen zur Ausführung öffentlicher Bauvorhaben öffentlich-rechtlicher Charakter beigemessen wird. Streitigkeiten aufgrund dieser Bauverträge gehören heute zur Zuständigkeit der an die Stelle der Conseils de Préfecture getretenen Verwaltungsgerichte; vor die Zivilgerichte gehören dagegen bei Baumaßnahmen der öffentlichen Hand nur Maßnahmen rein fiskalischen Charakters (z.B. der Bau eines Forstweges für einen gemeindlichen Nutzwald). Alle Baumaßnahmen privater Träger im Privatinteresse werden nach dem Zivilrecht geregelt, d.h. nach dem Code Civil.

Auswirkungen hat die unterschiedliche dogmatische Einordnung vor allem in folgender Hinsicht:

- Der Rechtsweg vor die Verwaltungsgerichte ist vom Zivilrechtsweg getrennt. Für die Praxis wichtig ist dabei, daß der Verwaltungsrichter bei Rechtsverletzungen der Verwaltung im Rahmen der Durchführung öffentlich-rechtlicher Verträge ²⁾ nur eine Geldentschädigung festlegen kann, nicht aber die Aufhebung einer Maßnahme der Verwaltung aussprechen kann, ebensowenig die Feststellung der Nichtigkeit einer Maßnahme der Verwaltung oder eine Pflicht der Verwaltung, Maßnahmen zu unterlassen. Demgegenüber geht der Rechtsweg im privaten

1) Art. 4, Loi du 28 pluviôse An VIII, abgedruckt in Dalloz, Code Administratif, a.a.O., S. 488

2) vgl. unten B. II.1.

Recht zu den ordentlichen Gerichten und ermöglicht ebenso wie im deutschen Recht mehr als nur den Ausspruch einer Geldentschädigung, z.B. die Feststellung der Nichtigkeit einer Maßnahme oder den Ausspruch eines Unterlassungsanspruchs.

- Im französischen Privatrecht werden die Parteien als rechtlich gleichgeordnet angesehen; beim französischen öffentlich-rechtlichen Vertrag indes ist der Bauunternehmer der Verwaltung untergeordnet. Dies kann sich bei der Interpretation vertraglicher Vorschriften auswirken.

- Ein dem Wegfall der Geschäftsgrundlage entsprechendes Rechtsinstitut zur Anpassung des Vertrages an geänderte Verhältnisse gibt es im französischen Privatrecht nicht; dagegen kennt das französische Verwaltungsrecht ein ganz ähnliches Rechtsinstitut wie die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ('Théorie de l' imprévision').

Unterschiede finden sich ansonsten eher im Detail als in den groben Zügen. Dies zeigt sich zum einen darin, daß Regelungen des Code Civil etwa zur Gewährleistung von den Verwaltungsgerichten direkt zur Ausfüllung von Lücken der verwaltungsrechtlichen Regelungen übernommen werden. Andererseits werden von der öffentlichen Verwaltung für öffentliche Bauaufträge formulierte Vertragsmuster als Allgemeine Geschäftsbedingungen identisch auch von privatrechtlich handelnden Organisationen, wie z.B. der Staatsbahn S.N.C.F. übernommen. Auch zeigt sich bei der Lektüre privatrechtlicher Vertragsmuster, daß diese sich erkennbar in den Grundideen und in der Terminologie an Vorbilder aus dem Bereich des öffentlichen Bauwesens anlehnen.

a) Rechtliche Grundlage für das öffentliche Auftragswesen in

Frankreich ist der Code des Marchés Publics (C.M.P.). Es handelt sich um eine Verordnung des Premierministers, die mehrere Verordnungen der Exekutive zusammenfaßt, die zur Regelung des öffentlichen Vergabewesens erlassen worden sind ¹⁾. Der C.M.P. enthält zunächst allgemeine Vorschriften insbesondere zur Organisation des öffentlichen Auftragswesens (Buch I), Regelungen über Auftragsvergabe durch den Staat (Buch II), Auftragsvergaben durch die Gebietskörperschaften (Buch III) und Vorschriften über die Koordination der öffentlichen Aufträge auf örtlicher Ebene (Buch IV). Die Bücher II und III enthalten vorwiegend Vergabevorschriften; diese legen u.a. einerseits fest, nach welchem Verfahren und nach welchen Kriterien öffentliche Aufträge zu vergeben sind (also Angaben zum Vergabeverfahren), andererseits geben sie Vorgaben zum Inhalt der Bedingungen, die der Ausführung der Verträge zugrundeliegen (z.B. Art. 45 - Mindestinhalt der Verträge; Art. 44 - Form). Dabei bestimmt der C.M.P., daß die Bedingungen für die Ausführung der Verträge in "Cahiers des Charges" (Lastenheften) festzulegen sind (Art. 112 C.M.P.). Eine grobe Unterteilung dieser Lastenhefte unterschieden nach allgemeinen und besonderen Dokumenten gibt der C.M.P. vor. Als allgemeine Dokumente sieht er die "cahiers des clauses administratives générales" (C.C.A.G.), die allgemeine vertragliche Bedingungen für die Abwicklung des Auftrags enthalten und die "cahiers des clauses techniques générales" (C.C.T.G.), die allgemeine technische Vorschriften für die jeweiligen Leistungen enthalten. Als besondere Bestandteile der Verdingungsverträge legt der C.M.P. zum einen besondere Vertragsbedingungen (cahiers des clauses administratives

1) décret No. 64 - 729 vom 17.07.1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, J.O. 21. juillet 1964 et rectificatif J.O. du 25 août 1964

particulières (C.C.A.P.)) u. besondere technische Vorschriften (cahiers des clauses techniques particulieres - C.C.T.P.) fest.

Zur Ausgestaltung dieser Vertragsbestandteile im einzelnen bestimmt der C.M.P., daß die C.C.A.G. von der "section administrative" der "Commission Centrale des Marchés" aufgestellt werden (Art. 113 i.V.m. Art. 5 C.M.P.).

Diesen Vorgaben entsprechend sind die heute bei öffentlichen Bauvorhaben von der Verwaltung üblicherweise den Ausschreibungsunterlagen zugrundegelegten Vertragsbedingungen zumindest im staatlichen Bereich weitgehend vereinheitlicht. Während vor 1976 jedes Ministerium ein eigenes Vertragsmuster für seine Bauvorhaben hatte, ist seit 1976 das System neu organisiert: In diesem Jahr wurden die einzelnen Vertragsmuster zusammengefaßt und in einem Cahier des Clauses Administratives Generales applicables aux Marches Publics de Travaux (C.C.A.G.) neu formuliert ¹⁾.

Diese kennen die grundsätzliche Trennung der Ausführungs- und der Gewährleistungsphase, die Abnahme, ebenso wie die VOB/B; auch sind die auch in der VOB bekannten Preistypen Einheitspreisvertrag, Pauschalpreisvertrag, Kostenerstattungspreis und Stundenlohn vorgesehen ²⁾. Die C.C.A.G. entsprechen damit in ihrer Funktion der VOB/B.

Die Commission Centrale des Marchés ist eine Einrichtung des Wirtschaftsministers ³⁾, die die Aufgabe hat, die Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens voranzutreiben. Eine ihrer Aufgaben ist dabei die Aufstellung von Regelwerken, die ebenso wie die VOB die Beziehung zwischen

1) Fundstelle: Commission Centrale des Marchés, C.C.A.G., a.a.O.

2) Ein Überblick zum Inhalt dieser Vorschriften findet sich bei Kohl, in BauR 1/83, S. 29 - 43

3) Laubadère, Rd.Nr.: 555

öffentlichen Auftraggebern und Auftragnehmern regeln, d.h. sowohl die technischen als auch die vertraglichen Regelungen. Die Section Administrative der Commission Centrale, die die C.C.A.G. aufstellt, ist wie folgt zusammengesetzt (Art. 6 C.M.P.):

- ein Staatsrat als Präsident
- ein Richter des Rechnungshofes als Vizepräsident
- vier Vertreter des Ministers für Wirtschaft und Finanzen, dabei jeweils einer aus der Haushaltsabteilung, der Finanzverwaltung, der Wettbewerbsabteilung und der allgemeinen Verwaltung,
- ein Vertreter des Innenministeriums,
- ein Vertreter des Verteidigungsministers,
- zwei Vertreter des "Ausrüstungsministers" (entspricht wohl dem Bauminister)
- zwei Vertreter des Industrieministers,
- ein Vertreter des Gesundheitsministers,
- ein Vertreter des Postministers,
- ein Vertreter der öffentlichen Unternehmen, die dem Industrieminister unterstehen,
- drei Vertreter der üblicherweise mit der öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiet zusammenarbeitenden Berufsgruppen, deren Vertreter jedoch einer vom Industrieminister, die beiden anderen durch den "Ausrüstungsminister" bestimmt werden.

Verglichen mit der Zusammensetzung des Verdingungsausschusses, der in Deutschland die VOB/B aufstellt, zeigt die Zusammensetzung des entsprechenden Gremiums in Frankreich einen überwiegenden Einfluß der Verwaltung. Wie sich zeigen wird, ist jedoch im Hinblick auf den hier untersuchten Aspekt nachträglicher Änderungswünsche des Bauherrn das Regelwerk in

Frankreich durchaus insgesamt gesehen nicht ungünstiger für den Bauunternehmer als die entsprechenden Vorschriften der VOB/B.

Leitidee der Commission Centrale für die Aufstellung der C.C.A.G. war zunächst, einheitliche Auftragsbedingungen für alle staatlichen Baumaßnahmen zu schaffen, also allgemein verwendbare Vertragsbedingungen ¹⁾. Inhaltliches Ziel war, die Initiative, aber auch die Verantwortung des Unternehmers in den Vertragsbedingungen stärker zum Ausdruck zu bringen und schließlich, Rechte und Pflichten der Parteien ausgleichend zu berücksichtigen ²⁾.

Ebenso wie die VOB/B wird der C.C.A.G. nur durch eine Einbeziehungsvereinbarung zur Grundlage des Vertrages zwischen Bauunternehmer und Verwaltung. Dies sieht Art. 1 C.C.A.G. ausdrücklich vor; dies steht ausdrücklich auch im Dekret des Ministerpräsidenten der Französischen Republik vom 21.01.76 über die Einführung des C.C.A.G. (Art. 1 Abs. 2 des Dekrets) ³⁾.

Aufgrund dieses Dekretes ist behördenintern für staatliche Stellen, die Anwendung und Einbeziehung der C.C.A.G. verbindlich angeordnet; für kommunale Stellen ist die Anwendung der C.C.A.G. durch Runderlaß staatlicher Minister ⁴⁾ empfohlen.

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 80

2) Villard, Droit, a.a.O., S. 79 f

3) J.O. N.C. vom 30.01.1976

4) circulaire du 21 janvier 1976 relative au nouveau cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux passés par les collectivités locales et leurs établissements publics, J.O. du 30 janvier 1976

Lassen sich die Vertragsparteien allerdings auf abweichende Vertragsbedingungen ein, so werden die Gerichte diese abweichenden Bedingungen anwenden, selbst wenn die Verwaltung damit von einer ihr auferlegten Verpflichtung zur Zugrundelegung der C.C.A.G. abgewichen sein mag ¹⁾. Die Verpflichtung wirkt nur behördenintern; ein Anspruch gegen die Verwaltung auf Vereinbarung der C.C.A.G. besteht nicht.

Die Commission Centrale hat in Ergänzung der C.C.A.G. Vergabemuster aufgestellt, die ähnlich wie das VHB-Muster für die bei der Ausschreibung auftretenden Schriftstücke, z.B. Auftragsschreiben, insbesondere aber Muster für die besonderen Vertragsbedingungen (C.C.A.P.) enthalten. Diese C.C.A.P. sind in zwei Bänden veröffentlicht. Der erste Band betrifft vor allem die Vergabe des Auftrages an einen einzelnen Bauunternehmer, der zweite Band betrifft die Vergabe in einzelnen Aufträgen ²⁾. Diese Verdingungsmuster sind mit kommentierenden Richtlinien versehen. Außerdem hat die Commission Centrale eine offizielle Kommentierung der Vergabevorschriften einschl. der Vergabemuster herausgegeben ³⁾.

b) Als speziell für die Anwendung im Rahmen öffentlicher Bauvorhaben konzipiertes Regelwerk sind die C.C.A.G. im Bereich des öffentlichen Bauwesens verbreitet. Sie werden häufig darüber hinaus bei Baumaßnahmen vereinbart, die von letztlich staatlich getragenen Organisationen durchgeführt werden (z.B. SNCF). Insoweit finden die C.C.A.G. in nahezu textgleicher Form auch auf privatrechtliche Verträge Anwendung.

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 89

2) Commission Centrale des Marchés, Recueil, Bd. I und II, a.a.O.; behördenintern für verbindlich erklärt z.B. Ministère de l'environnement (C.C.T.G.), Circ. no 80 - 152 du 5 déc. 1980, a.a.O., S. 91

3) s. Commission Centrale des Marchés, Guide, a.a.O.

Im Bereich des rein privaten Bauwesens sind hingegen die von der " Association Francaise de Normalisation (AFNOR)" aufgestellten und staatlich anerkannten "normes AFNOR" verbreitet.⁷⁾ Aktuell gibt es zwei unterschiedliche AFNOR-Vertragsmuster. Zum einen die Norm NF P 03-001 vom April 1982, deren Vorläufer bis auf das Jahr 1948 zurückgehen; ihr vorgesehener Anwendungsbereich sind private Bauverträge generell. Zum anderen gibt es die Norm NF P 03-011 vom Mai 1966, deren bezweckter Anwendungsbereich private Bauvorhaben sind, deren Gegenstand von vornherein klar definiert ist und der während der Ausführung nicht geändert werden soll (ne varietur).

Die Organisation AFNOR ist ein Verein nach französischem Privatrecht¹⁾. Ihre Satzung ist staatlich vorgegeben; sie steht unter der Leitung eines staatlichen Kommissars²⁾. Dieser "Commissaire à la Normalisation" ist ein Ministerialbeamter³⁾.

Die beiden oben genannten Normen sind "Normes homologuées". Solche Normen werden durch staatlich anerkannte "bureaux de normalisation" (Fachnormungsausschüsse) der einzelnen Industriezweige erarbeitet⁴⁾. Träger dieser Fachnormungsausschüsse sind fachlich nahestehende Berufs- oder Wirtschaftsverbände⁵⁾. Die Satzung dieser Normungsausschüsse muß vom staatlichen Normungskommissar genehmigt werden⁶⁾.

1) Wenner, Geschäftserfolg, a.a.O., S. 115

2) Wenner, a.a.O.; ebenso Lukes, Normung, a.a.O., S. 12 und Schellhoss in ZfBR 1983, 67 - 70 (68)

3) Wenner, a.a.O.

4) Wenner, a.a.O.

5) Lukes, a.a.O., S. 21

6) Lukes, a.a.O., S. 21

7) vgl. Ferid-Sonnenberger, Schuldrecht, a.a.O., 2 K 120 u. S. 286 Fn. 50

Nach Prüfung und Billigung des Entwurfs durch eine Kommission¹⁾ der AFNOR, der interessierte Personen, z.B. Verwaltung, Verbraucher, Bauunternehmen und Architekten angehören, wird der Entwurf im "Bulletin Mensuel de la Normalisation Française" veröffentlicht²⁾. Vorschläge, die innerhalb einer bestimmten Frist eingehen, werden von der zuständigen Kommission berücksichtigt (lère enquête publique)³⁾. Ein überarbeiteter Entwurf wird dem Normungskommissar zur staatlichen Anerkennung zugeleitet. Dieser befragt in einer weiteren öffentlichen Anhörung (2ème enquête publique) die interessierten Ministerien, ob sie Einwände gegen die staatliche Anerkennung haben. Bestehen keine Einwände gegen die Anerkennung, so wird die Norm dem zuständigen Minister zur Anerkennung weitergeleitet. Die Anerkennung wird in Form eines arrêté (einer ministeriellen Verfügung) ausgesprochen und im Journal Officiel veröffentlicht⁴⁾.

Die Normen werden nur dann Vertragsinhalt, wenn sich der Bauvertrag zwischen privatem Bauherrn und Bauunternehmer auf sie bezieht⁵⁾. Es herrscht Vertragsfreiheit⁶⁾. Eine Bindung für den Bürger besteht nicht, da die staatliche Anerkennung (homologation) lediglich die französische Verwaltung, aber nicht die Bürger bindet⁷⁾.

1) Wenner, a.a.O.

2) Wenner, a.a.O.

3) Lukes, a.a.O., S. 26

4) zum Ablauf s. Lukes, a.a.O., S. 26 f

5) Montmerle, Le Moniteur 3 mars 1973, 16 ff (16) und Montmerle/Caston, passation, a.a.O. Rd. 80 und die Norm NF P 03-001 in G.3.1

6) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rd. 78

7) vgl. Lukes, Normung, a.a.O., S. 24, s.a. S. 35, 36

Ergänzend zur AFNOR gelten bei Bauvorhaben Privater die privatrechtlichen Vorschriften, d.h. der Code Civil (C.Civ.) Bei Obereinstimmung in einigen Grundideen ¹⁾, wie z.B. Erfolgshaftung des Unternehmers, Gefahrtragung, Abnahme, werden Unterschiede im Detail gegenüber den Regelungen des BGB bzw. der VOB/B erkennbar sein.

Aus denselben Gründen wie im deutschen Recht werden Abweichungen von den genannten Vertragsbedingungen nicht in die Betrachtung einbezogen ²⁾.

Ebenfalls nicht berücksichtigt sind die von Gesellschaften des sozialen Wohnungsbaus anzuwendenden Vertragsbedingungen ³⁾. Sie entsprechen nicht mehr dem Stand der Vertragsgestaltungstechnik in Frankreich, da sie an Verdingungsmodellen orientiert sind, die vor Einführung des C.C.A.G. 1976 im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in Frankreich gängig waren ⁴⁾.

-
- 1) vgl. zu den Grundzügen des französischen Werkvertragsrechts Ferid-Sonnenberger, Schuldrecht, a.a.O., 2 K 101 u. 2 K 161 ff (Bauvertragsrecht)
 - 2) zur Kontrolle mißbräuchlicher Klauseln vgl. Ferid-Sonnenberger, a.a.O., Rd. 2 K 168
 - 3) vgl. secrétaire d'Etat du logement, C.C.A.G.-H.L.M., arrêté du 31 août 1966, a.a.O. u. Ferid-Sonnenberger, a.a.O., 2 K 163
 - 4) vgl. z.B. die in ihrer ersten Fassung auf das Jahr 1833 zurückgehenden "Cahiers des Clauses et Conditions Générales des ponts et chaussées", abgedr. u. komment. b. Laubadère, Contrats Administratifs, Tome 1, Paris: 1956, Rd. 380 ff. und mise à jour 1959, S. 63 ff.

II. Durchsetzung der vom Bauherrn gewünschten Abweichungen vom Plan

Die Rechtsprobleme stellen sich verschiedenartig, je nachdem, auf welche Abweichung der Bauherr abzielt; dabei sind Abweichungen im Erfolg von solchen in der Durchführung zu unterscheiden, denn Abweichungen im Erfolg haben für den Bauherrn ein wesentlich größeres Gewicht als solche in der Durchführung. Abweichungen im Erfolg bedeuten Eingriffe in sein eigenes Vorhaben, um dessentwillen er den Bauunternehmer überhaupt eingesetzt hat, d.h. Eingriffe in sein eigentliches Interesse an der Leistung des Bauunternehmers. Die Folge einer derartigen Abweichung entfaltet sich auf Dauer in der Interessensphäre des Bauherrn. Eingriffe in den Erfolg haben daher eine erhebliche Bedeutung und Tragweite für den Bauherrn.

Demgegenüber ist das Interesse des Bauherrn an der Durchführung im Regelfalle gering. Ausnahmen bestehen allerdings bei Bauherrn, die selbst kompetent sind und einen unmittelbaren Einfluß auf die Durchführung suchen. Bei der regelmäßigen Interessenverteilung bei Bauverträgen geht es jedoch gerade darum, daß der Bauherr nicht selbst in der Lage ist, das Bauvorhaben durchzuführen und sich deshalb an den entsprechend ausgestatteten Bauunternehmer wendet. Der Bauherr strebt ein Ergebnis an, das seinen Vorstellungen entspricht. Der Einsatz des Bauunternehmers hat für ihn den Zweck, ihm dieses Ergebnis zu verschaffen. Wie der Bauunternehmer dieses Ergebnis erzielt, ist ihm - mit noch zu erörternden Einschränkungen insbesondere im Bereich der Bauzeitenplanung und der Sicherstellung des Ergebnisses - gleichgültig.

Entgegengesetzt ist die Interessenverteilung des Bauunternehmers. Das Ergebnis an sich ist für ihn wirtschaftlich im Regelfalle ohne Bedeutung. Es ist für den Bauunternehmer jedoch insoweit wichtig, als seine Vergütung vom Ergebnis abhängt und er Gewährleistungsansprüche vermeiden kann, d.h. er ist an den Folgen des Erfolges interessiert, nicht am Erfolg selbst. Demgegenüber ist er unmittelbar an der Durch-

führung und ihrer Gestaltung interessiert, da dadurch der Einsatz der von ihm bereitzustellenden Mittel bestimmt wird und damit ein Eingriff in seinen Betrieb erfolgt. Jeder Eingriff in die Durchführung ist daher geeignet, Auswirkungen auf den betrieblichen Ablauf des Bauunternehmers und damit auch auf Drittaufträge zu haben.

Da der Erfolg somit die Durchführung beeinflusst, werden zunächst Abweichungen im Erfolg behandelt.

1. Abweichungen im Erfolg

Abweichungen im Erfolg können die Zeit der Fertigstellung (Herstellungszeitpunkt) oder den körperlichen Erfolg, d.h. die herzustellende Sache betreffen. Während die hergestellte Sache die Interessen des Bauherrn auf Dauer berührt, ist die Herstellungszeit in ihrer Tragweite - von Folgeerscheinungen wie Mietausfall usw. abgesehen - beschränkt. Demgemäß ergeben sich unterschiedliche Interessenlagen und unterschiedliche rechtliche Regelungen, die eine getrennte Behandlung der Abweichungsmöglichkeiten rechtfertigen.

a) Abweichungen in der herzustellenden Sache

Unter dieser Überschrift sind sowohl Art- als auch Mengenabweichungen erfaßt.

Um als Bauherr vom Bauunternehmer Abweichungen in Art und/oder Menge des im Bauvertrages gegenüber der ursprünglichen Planung des Bauunternehmers im Hinblick auf die von ihm herzustellende Sache zu verlangen, gibt es mehrere Möglichkeiten:

Der Bauherr löst sein Problem, eine mit seinen Vorstellungen

Übereinstimmende Planung des Bauunternehmers hinsichtlich der auszuführenden Sache zu erreichen sowohl nach deutschem als auch nach französischem Recht durch dasselbe rechtliche Mittel: Die vertragliche Festlegung des Bauunternehmers auf eine von ihm zu erbringende Bauwerkleistung. Das hier interessierende Problem entsteht jedoch daraus, daß die Vorstellung des Bauherrn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine ganz andere sein kann als später. Der Bauherr möchte also nachträglich vom Bauunternehmer etwas haben, was er vertraglich mit diesem gar nicht vereinbart hatte. Im folgenden ersten Abschnitt wird deshalb dargestellt, was im deutschen und französischen Recht üblicherweise bei Bauverträgen Inhalt des Vertrages wird und im zweiten Teil, welche Regelungen das deutsche und das französische Recht bereitstellen, um das Problem des Bauherrn zu lösen.

Im deutschen Recht ist von § 1 Nr. 1 VOB/B auszugehen. Danach wird "die auszuführende Leistung.... nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt...". Das bedeutet, daß der Bauunternehmer dasjenige ausführen soll, was der Vertrag bestimmt. Diese Aussage ist selbstverständlich, sie löst das bereits genannte Problem, einen maßgeblichen Plan für die Ausführung festzulegen. Dies ist wie dargestellt im Interesse beider Parteien, da sonst nicht klar wird, wofür der Bauunternehmer den versprochenen Preis bekommt, bzw., wonach er ihn kalkulieren soll, denn Pläne gibt es im Verlauf der Bauausführung viele. So wird jeder der Beteiligten, d.h. insbesondere Bauunternehmer, Bauherr und sein Architekt Pläne entwickeln. Im günstigsten Falle sind diese Vorstellungen deckungsgleich. Sie können aber auch auseinanderfallen. Auch können sich diese Vorstellungen und Entwürfe im Laufe der Zeit wandeln. § 1 Nr. 1 VOB/B verschafft dem Bauherrn die Möglichkeit, den Bauunternehmer zur Ausführung des vertraglich vereinbarten Planes zu zwingen, er kann auf Ausführung der Leistung klagen bzw. Ansprüche aus Leistungs-

störungen geltend machen, die bei abweichender Leistung des Bauunternehmers eingreifen und damit dessen Wagnis, d.h. seine Kosten erhöhen. Der Bauunternehmer aber kann auf den Inhalt des Vertrages vertrauen und seinen Preis entsprechend kalkulieren.

Das zunächst entstehende Rechtsproblem, die Leistung des Auftragnehmers inhaltlich zu bestimmen, löst die VOB durch eine Verweisung auf den Vertrag; dazu zählt sie in § 1 Nr. 2 VOB/B einige übliche Bestandteile von Bauverträgen auf. Im einzelnen sind das die in § 1 Nr. 2 VOB/B aufgezählten Elemente Leistungsbeschreibung, Besondere Vertragsbedingungen, etwaige Zusätzliche Technische Vorschriften, die Allgemeinen Technischen Vorschriften für Bauleistungen (das ist die VOB/C) und schließlich die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (das ist die VOB/B); diese Reihenfolge bestimmt gleichzeitig den Vorrang.

Ganz ähnlich geht das französische Recht vor. Nicht weiter überraschend ist dabei die Obereinstimmung, daß auch nach französischem Recht die vertraglichen Festlegungen die vom Bauunternehmer herzustellende Sache bestimmen und Abweichungen vom Vertrag zu Sanktionen führen. Dies gilt im öffentlich-rechtlichen Bereich ebenso wie im privatrechtlichen Bereich. Im öffentlichen Bereich erreicht der C.C.A.G. das Interesse des Bauherrn, den Bauunternehmer auf einen bestimmten Plan festzulegen ebenso wie die VOB/B durch die Einbeziehung der Leistungsbeschreibung in den Vertrag und damit deren verbindlicher Festlegung. Als Ausdruck dieses Interesses legt Artikel 45 Abs. 3 i.V.m. Art. 75 Code des Marchés Publics die Verpflichtung der Verwaltung zu einer präzisen Beschreibung der Leistung fest. Die Einbeziehung der Leistungsbe-

schreibung erfolgt im Regelfall durch Cahiers des Clauses Techniques Particulières (C.C.T.P.), die gem. Art. 112 und 318 C.M.P. die für die Ausführung der im Vertrag vorgesehenen Leistungen erforderlichen technischen Festlegungen enthalten. Im Regelfall sind in diesem Vertragsteil eine Beschreibung der auszuführenden Werkleistungen und eine technische Spezifikation enthalten (Art. 3.11 C.C.A.G.). Außerdem gehören hierzu die Festlegung von Materialien, sowie spezielle Vorschriften, insbesondere Anordnungen zur Ausführung oder Berechnungen ¹⁾. Ist der Vertrag unter Einbeziehung der C.C.A.G. zustandegekommen, so erfolgt die Festlegung der Leistung des Bauunternehmers durch eine Vielzahl von Vertragsbestandteilen, die in folgender Rangfolge gelten:

- 1.) Der "acte d'engagement", der das Angebot des Bauunternehmers enthält;
- 2.) die C.C.A.P., die den Besonderen Vertragsbedingungen entsprechen ²⁾;
- 3.) die C.C.T.P., die der Leistungsbeschreibung entsprechen ²⁾;
- 4.) falls im Vertrag vorgesehen: Dokumente wie Pläne, Bodengutachten etc.;
- 5.) falls der Vertrag keinen alle Leistungen umfassenden Pauschalpreis vorsieht, eine Zusammenstellung der einzelnen Pauschalpreise ³⁾ oder der Einheitspreise ^{4) 5)};
- 6.) das "détail estimatif", das heißt eine Schätzung des Leistungsumfangs unter der zu 5. genannten Voraussetzung. Die Funktion von 5. und 6. wird im deutschen Recht von der Leistungsbeschreibung mit übernommen;
7. falls vertraglich vorgesehen: Kalkulation von Pauschalpreisen oder Einheitspreisen;

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 674

2) s.a. oben BI

3) "état de prix forfaitaires"

4) "bordereau de prix"-Kurz-Leistungsverzeichnis" o. Mengenan-
satz, vgl. Min. Environn, circ. 80-152, a.a.O., S. 84

5) "série de prix" - i. etwa Preisspiegel, vgl. Villard,
Droit, a.a.O., S. 86

- 8.) die C.C.T.G., die der VOB/C entsprechen ^{1) 2)};
- 9.) die C.C.A.G., die der VOB/B entsprechen ¹⁾.

An die dadurch gegebene Festlegung seines Leistungsgegenstandes ist der Bauunternehmer gem. Art. 30 C.C.A.G. gebunden. Er darf auch aus eigener Initiative nicht abweichen. Andernfalls riskiert er Sanktionen (Anordnung zum Abriss und evtl. Neuherstellung oder Entgegennahme der Leistung durch den Bauherrn zu dem vertraglich vorgesehenen Preis, selbst wenn die Ausführung wertvoller ist als vertraglich vorgesehen, - zu einem geringeren Preis bei einer weniger wertvollen Ausführung als vertraglich vorgesehen). Ganz ähnlich sehen auch die Vertragsbestandteile aus, die üblicherweise im Bereich des privaten Bauens Anwendung finden:

So nennt die Norm AFNOR NF P 03-001 folgende Rangfolge:

1. das vom Bauherrn angenommene Angebot des Bauunternehmers mit Anlagen,
2. die Besonderen Vertragsbedingungen (C.C.A.P.),
3. die Unterlagen, die eine textliche Beschreibung der Werkleistungen enthalten (Leistungsbeschriebe, sog. "descriptif"),
4. Unterlagen, die eine graphische Beschreibung der Werkleistung durch Pläne und Zeichnungen enthalten,
5. Cahier des Clauses Spéciales (Spezielle Vertragsbedingungen),
6. Bauzeitenplan, evtl. ergänzt um einen Ausführungszeitenplan,
7. Besondere Technische Vorschriften (C.C.T.P.),
8. C.C.A.G., d.h. die jeweilige AFNOR-Norm selbst.

1) s.o. B I

2) z.B. ministère de l'environnement, C.C.T.C., a.a.O.

Die Bestandteile des Bauvertrages im deutschen und im französischen Recht zeigen damit weitgehende Ähnlichkeit. In beiden Rechten wird der Bauunternehmer durch die Leistungsbeschreibung (descriptiv i.S. der AFNOR, C.C.T.P. i.S. der C.C.A.G.) evtl. ergänzt um Planunterlagen etc. auf einen bestimmten Leistungsinhalt festgelegt. Der Bauherr erreicht also sein Ziel, den Bauunternehmer an seine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Planung zu binden. Diese Festlegung wirkt aber in beiden Rechtsordnungen zunächst beidseitig, d.h. der Bauherr kann die vertraglich einmal festgelegte Leistung verlangen, aber keine andere. Daraus entsteht für ihn ein Folgeproblem: die Festlegung des Bauunternehmers auf eine Leistung, bei der sich herausstellt, daß der Bauherr sie im Laufe der Bauausführung gar nicht mehr haben will.

Zur Lösung dieses Problems gibt es mehrere Alternativen:

(1) Man kann von vornherein auf eine verbindliche Leistungsbeschreibung verzichten. Stattdessen vereinbart man Regiearbeiten, auf französisch "travaux en régie", d.h. die Leistung des Bauunternehmers besteht lediglich in der zeitgerechten Beschaffung der Mittel für den Bauherrn (vgl. Art. 11.3 C.C.A.G.). Die Koordination der Arbeiten und die Festlegung der Ausführung nimmt der Bauherr selbst in die Hand. Diese Alternative soll nicht vertieft werden, da dieses System im Regelfall mit den Interessen des Bauherrn nicht vereinbar ist; denn der Bauherr möchte ein Ergebnis erreichen und sich um die dazu erforderlichen Ausführungshandlungen nicht kümmern müssen, da er dazu im Regelfall weder die Zeit noch die Erfahrung hat. Das Interesse des Bauherrn ist vielmehr, daß die Ausführung Sache des Bauunternehmers ist und er selbst das Ergebnis soweit wie möglich bestimmen kann.

(2) Man kann die verbindliche Leistungsbeschreibung bis zu einem späteren Zeitpunkt verschieben, d.h. der Bauunternehmer bleibt zu einem Erfolg verpflichtet, nur ist dieser Erfolg

bei Vertragsschluß noch nicht definiert und kann vom Bauherrn nachträglich einseitig festgelegt werden. Auch dieses System ist im Regelfall nicht tauglich, weil im typischen Fall die Interessen der Parteien anders liegen: im Interesse des Bauunternehmers ist die Festlegung nach Vertragsschluß nicht, da er erst nach Vorliegen der Zieldefinition die Ausführung planen kann. Das aber bedeutet, daß er zum einen erst nach der endgültigen Leistungsbestimmung der Ausführung beginnen kann, erst dann Aussagen über den Herstellungstermin einigermaßen sicher treffen kann und schließlich erst dann etwas über den Wert der Leistung zu sagen vermag. Somit wird der Bauunternehmer darauf bestehen müssen, bei einem Vertragsschluß über eine noch nicht bestimmte Leistung seinerseits den Herstellungszeitpunkt und den Preis offen zu lassen. Dies bedeutet dann für den Bauherrn, daß er seinerseits die Finanzierung und den Beginn der Nutzung des Bauwerkes nicht hinreichend lange vorher in seine Überlegungen einbeziehen kann. Dies ist im Regelfall nicht in seinem Interesse.

Diese Nachteile werden die Parteien deshalb nur selten auf sich nehmen, etwa bei Bauausführungen, die sich nicht hinreichend vorher planen lassen, z.B. bei Bauten, die Experimentalcharakter haben oder bei Ausbau- oder Renovierungsarbeiten, bei denen Art und Umfang der notwendig werdenden Maßnahmen bei Vertragsschluß noch nicht bekannt sind.

(3) Man kann Leistungen fest definieren, aber die Ausführung von einem Abruf durch den Bauherrn oder anderen Voraussetzungen (z.B. bestimmte Bodenbeschaffenheit etc.) abhängig machen. Dies vermeidet zwar die Nachteile des vollständig offenen Systems, insbesondere ist eine Preisfestlegung möglich; jedoch löst dieses System das Problem des Bauherrn nicht, daß sein Interesse an einer Leistungsänderung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch als Eventualität möglicherweise noch gar nicht erkennbar ist.

(4) Man kann bei Vertragsschluß die Leistung festlegen und dem Bauherrn die Möglichkeit geben, nachträglich jederzeit die Leistungspflicht des Bauunternehmers ganz oder teilweise zu beenden, d.h. den Vertrag zu kündigen. Wenn der Bauherr anstelle der nicht mehr gewünschten Leistung des Bauunternehmers nichts anderes möchte, ist sein Problem mit einem schlichten Kündigungsrecht gelöst. Wünscht er allerdings stattdessen eine geänderte Leistung, so ist die Kündigung nur eine halbe Lösung für ihn, da er in diesem Falle durch die Kündigung zwar die nicht gewünschte Leistung vermeidet, die dann positiv von ihm gewünschte Leistung aber erst anderweitig beschaffen oder selbst ausführen oder durch eine Nachtragsvereinbarung mit dem Bauunternehmer diesen verpflichten muß.

(a) Vorzeitige Kündigung des gesamten Vertrages:

Weitgehende Obereinstimmung besteht zwischen den Vorschriften über die einseitige Kündigung des Vertrages nach BGB und VOB/B einerseits und den Vorschriften des französischen öffentlichen Rechts (C.C.A.G. sowie allgemeines französisches öffentliches Recht).

Nach französischem öffentlichem Recht hat der Bauherr die Möglichkeit, den Vertrag jederzeit vor Ausführung zu kündigen. Im C.C.A.G. ist dieses Recht des öffentlichen Bauherrn in Art. 46.1 vorgesehen; unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung ist dieses Recht außerdem richterrechtlich anerkannt¹⁾. Das Recht ist als echtes Kündigungsrecht ausgestaltet, d.h. der Bauherr kann sich durch einseitige Erklärung vom Vertrag lösen, er braucht weder die Zustimmung des Bauunternehmers noch deren Ersetzung durch ein Gericht. Die Regelung stimmt damit im wesentlichen mit dem deutschen Recht (§ 649 BGB und § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B) überein. Dies gilt insbesondere für die VOB/B und das französische öffentliche Recht.

1) sog. "résiliation du fait du prince", Comm. Centr., Guide, a.a.O., S. 185

Während das BGB nur Werkverträge betrifft, sind in das Kündigungsrecht nach VOB/B alle Leistungen einbezogen, selbst wenn die VOB/B atypisch nur für andere Leistungen, wie z.B. die Gebrauchsüberlassung eines Krans, vereinbart sein sollte. Dies gilt ebenso nach C.C.A.G.. Eine geringfügige Abweichung zwischen den Vorschriften nach VOB/B und C.C.A.G. besteht darin, daß nach § 8 Nr. 5 VOB/B die Ausübung der Kündigung an ein vertragliches Schriftformerfordernis geknüpft ist, während der Wortlaut des Art. 46.1 C.C.A.G. dies nicht vorsieht. Zum Schutz des Bauunternehmers erscheint mir das Schriftformerfordernis jedoch vorteilhaft, so daß ich die bestehende Regelung der VOB/B für besser halte.

Deutlich eingeschränkt sind die Kündigungsmöglichkeiten im französischen Privatrecht. Nach Art. 1795 Code Civil besteht ein Kündigungsrecht nur bei Bauverträgen, für die ein Pauschalpreis vereinbart ist. Diese Einschränkung ist nicht sachgerecht, da das Problem für den Bauherrn, ohne Kündigungsmöglichkeit evtl. ein für ihn unverwertbares Gebäude zu bekommen und dieses auf Dauer ohne Chance der Weiterveräußerung auf seinem Grundstück stehen zu haben, nicht vom Preistyp abhängt; vielmehr ist im Interesse des Bauherrn eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit geboten. Dem Bauunternehmer möglicherweise entstehende Nachteile können finanziell ausgeglichen werden. Einer Einschränkung des Kündigungsrechts bedarf es zur Wahrnehmung seiner Interessen nicht. Auch die Normen AFNOR kennen das im deutschen Recht vorgesehene umfassende Kündigungsrecht nicht.

Die zwischen dem französischen Recht und dem deutschen Recht bestehenden Unterschiede begründen keine Vorteile des französischen Rechts, so daß eine Übernahme der abweichenden französischen Regelungen in das deutsche Recht nicht angezeigt ist.

(b) Man kann Teile der Leistung kündigen.

Nach herrschender Meinung zum deutschen Recht soll eine Kündigung einzelner Leistungsteile beim VOB-Vertrag nach § 8 Nr. 1 VOB/B möglich sein ¹⁾. Voraussetzung ist das schlichte Bestehen eines VOB-Vertrages und eine Kündigungserklärung, die klar zum Ausdruck bringen muß, daß lediglich eine Teilkündigung gewollt ist. Außerdem ist Schriftform erforderlich. Das Problem ist, daß der Wortlaut die jederzeitige grundlose Teilkündigung nicht ausdrücklich vorsieht; im Text vorgesehen ist lediglich die Teilkündigung als teilweise Entziehung des Auftrages wegen schuldhaften Fehlverhaltens des Bauunternehmers. Die Regelung halte ich für zweckmäßig. Jedoch erscheint mir eine Klarstellung im Wortlaut erforderlich, denn das Recht zur Kündigung des gesamten Vertrages erfaßt nicht per se das Recht zur Teilkündigung, wie sich aus einem Vergleich zu anderen Vertragstypen wie z.B. zum Dienstvertrag oder Mietvertrag ergibt. Der Mieter hat nicht das Recht, die von ihm im Rahmen eines Mietvertrages über eine Wohnung mitgemietete Garage unabhängig von dem gesamten Mietvertrag über die Wohnung zu kündigen.

Auch das französische öffentliche Recht nennt in Art. 46.1 C.C.A.G. das Recht zur Teilkündigung nicht ausdrücklich. Rechtsprechung und Literatur messen dieser Vorschrift auch nicht die Bedeutung bei, das Recht zur Teilkündigung zu gewähren. Zwar existieren einzelne Entscheidungen des Conseil d'Etat ²⁾, die von Teilauflösung sprechen (résiliations partielles), dieses Problem wird aber dogmatisch nicht unter dem Stichwort Kündigung behandelt, sondern als Änderung des Leistungsinhalts bei bestehendem Vertragsverhältnis als Problem der Leistungsverringerung verstanden.

1) Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 8 Rdn. 5

2) C.E. 30. oct. 51, Sté. Citroën, p. 507

3) vgl. Comm. Centrale, Guide, a.a.O., S. 139 zur Kündigung wg. Pflichtverletzung nach Art. 49 C.C.A.G.

(c) Zu einem im Ergebnis ganz ähnlichen Wegfall von Teilen der vom Bauunternehmer auszuführenden Leistung wie bei der Teilkündigung kann es führen, wenn der Bauherr den Bauentwurf ändert¹⁾ (Beispiel: nach dem Vertrag soll der Bauunternehmer die Balkonfläche des noch zu errichtenden Hauses belegen. Nach den Planunterlagen ist mit einer Fläche von 100 m² zu rechnen. Der Balkon wurde aus statischen Gründen neu geplant und nur noch halb so groß ausgeführt, wie ursprünglich vorgesehen. Die zu belegende Fläche ist entsprechend geringer). Im Extremfall ist sogar ein vollständiger Wegfall der Leistung des Bauunternehmers denkbar.

Zur Regelung solcher Fälle kommt nach deutschem Recht auch ein verglichen mit der Teilkündigung völlig anderer dogmatischer Ansatz (§ 1 Nr. 3 VOB/B) in Betracht, nach französischem Recht ein Anordnungsrecht nach Art. 2.52 C.C.A.G.. Ihren Hauptanwendungsbereich haben diese Vorschriften aber bei der Änderung von Leistungen, mithin in den Fällen der Leistungs-Substitution. Sie sollen deshalb dort (6) behandelt werden.

(5) Man kann dem Bauherrn das Recht einräumen, zusätzlich zum im Vertrag ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang Leistungen zu verlangen. Es handelt sich also um Fälle, die denen der Kündigung entgegengesetzt sind. Ebenso wie die Kündigung führt der Anspruch auf Erbringung zusätzlicher Leistungen über den vereinbarten Rahmen hinaus nur zu einer halben Lösung des Problems für den Bauherrn.

(a) Das deutsche Recht sieht in §§ 1 Nr. 4 VOB/B und 1 Nr. 3 VOB/B Formulierungen vor, die zur Befriedigung des

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 1 Rd. 24

Bauherrninteresses an einer Erweiterung des ursprünglich vereinbarten Leistungsumfangs hinsichtlich der herzustellenden Sache (Material oder Dimensionen) in Betracht kommen:

Nach § 1 Nr. 4 VOB/B hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers nicht vereinbarte Leistungen mit auszuführen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist.

Diese Formulierung wird nach ihren Voraussetzungen dem hier in Rede stehenden Interesse des Bauherrn nicht gerecht, eine Änderung der vom Bauunternehmer herzustellenden Sache (Material oder Dimension) herbeizuführen; denn die Vorschrift gewährt lediglich einen Anspruch auf Ausführung solcher zusätzlicher Leistungen, die "zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich" sind. Dies wird so interpretiert, daß es sich lediglich um solche nicht vereinbarte Leistungen handelt, die zur Ausführung der ursprünglich im Vertrag vereinbarten ¹⁾ und unveränderten ²⁾ Leistung erforderlich sind. Das bedeutet, daß der ursprüngliche Gesamtvertragsinhalt nach Art, Form und Umfang ³⁾ unverändert bleibt. Wenn aber der ursprüngliche Gesamt-Leistungsinhalt unverändert bleibt, dann ändert sich - zumindest bei den im Bauvertragsrecht im Regelfall anzunehmenden Werkleistungen - auch an der herzustellenden Sache nichts, denn die vom Bauunternehmer zu erbringende Leistung ist im Regelfall die Herstellung einer Sache (§ 631 Abs. 2 BGB), das im Bauvertrag definierte Bauwerk.

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 1 Rd. 24

2) OLG Köln 8 K 15/71 v. 18.10.72, BauR 3/73, 194 ff. (195)

3) Ingenstau-Korbion, a.a.O.; vgl. einschränkend H-R-S-Riedl, VOB, a.a.O., B § 1 Rd. 30 ("im wesentlichen unverändert") und Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 1 Rd. 31 ("keine Entwurfsänderung"); a.A. Kiesel, VOB, a.a.O., § 1 Rd. 11 ("über den bisherigen Leistungsumfang hinaus")

Nach § 1 Nr. 3 VOB/B bleibt dem Auftraggeber die Änderung des Bauentwurfs vorbehalten. Eine Änderung des Bauentwurfs kann durchaus so aussehen, daß sie schlicht zu einer Erweiterung des Leistungsumfangs des Bauunternehmers führt¹⁾ (z.B. Erweiterung der vom Bauunternehmer zu bekiesenden Dachfläche aufgrund architektonischer Änderung der Gebäudeplanung; Verlegung von ursprünglich nicht vorgesehenen Gummischnitzelmatten zwischen Kiesschicht und Dichtungsfolie, um durch diese geänderte Dachkonstruktion die Begehrbarkeit des Daches zu erreichen; zusätzliche Isolierung des Daches²⁾). Die Vorschrift kann damit die Funktion erhalten, dem Interesse des Bauherrn an einer Leistungserweiterung zu entsprechen. Ihre Hauptfunktion liegt aber bei der Leistungsänderung. Die Vorschrift soll deshalb dort im Zusammenhang erörtert werden.

(b) Die Regelungen des französischen Rechts sehen keine Vorschriften vor, die schlicht die Erweiterung des Leistungsinhalts durch den Bauherrn bezwecken; vielmehr existieren Vorschriften, die über einen bloßen Anspruch auf zusätzliche Leistungen hinaus auch ein Änderungsrecht beinhalten. Auch diese Vorschriften sollen im folgenden Abschnitt behandelt werden, der den Leistungsänderungsvorbehalt zum Gegenstand hat.

(6) Man kann dem Bauherrn einen Leistungsänderungsvorbehalt einräumen.

Für den Bauherrn bedeutet die Möglichkeit zur Kündigung einerseits und die Möglichkeit zur Erweiterung des Leistungsumfangs andererseits nicht die vollständige Befriedigung seines Interesses, die vertraglich festgelegte herzustellende Sache

1) vgl. in ähnliche Richtung Weick in Nicklisch/Weick, a.a.O., § 1 Rd. 31 ("so nicht vereinbart")

2) a.A. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1 Rd. 24, der dies als Beispiel für § 1 Nr. 4 VOB/B sieht.

einseitig neu zu definieren. Der Bauherr sucht vielmehr häufig eine Möglichkeit, die ursprünglich definierte Leistung durch eine neue zu substituieren. Dies ist letztlich nichts anderes als eine Kombination der Verringerung des ursprünglich vereinbarten Leistungsumfangs um die nicht mehr gewünschten Leistungsteile und die Erweiterung des so reduzierten Leistungsumfangs um nunmehr neu vom Bauherrn gewünschte Leistungselemente.

(a) Im deutschen Recht sieht § 1 Nr. 3 VOB/B einen Leistungsänderungsvorbehalt des Bauherrn vor. Danach "bleibt dem Auftraggeber", d.h. dem Bauherrn "vorbehalten", "Änderungen des Bauentwurfes anzuordnen". Diese Vorschrift widerspricht der Vorstellung vom Vertrag als statischem Gebäude. Insbesondere im Hinblick auf § 1 Nr. 1 VOB/B läge es nahe, den Bauherrn einfach an seiner ursprünglichen Planung festzuhalten. Daß eine gewisse Dynamik in der Leistungsbestimmung beim Bauvertrag jedoch notwendig ist, erschließt sich, wenn man die Gegebenheiten beim Bauen berücksichtigt: Die Zeit von der Vergabe bis zur Abnahme der Leistung ist häufig sehr lang (Bauvertrag als Langzeitvertrag) ¹⁾.

Es kann sein, daß sich während der Ausführung die Bedürfnisse des Bauherrn grundlegend ändern. Auch ist eine bessere Planung vor Vergabe des Auftrags häufig - insbesondere bei Massenberechnungen ²⁾ - so teuer, daß sich der Aufwand im Verhältnis zur Risikominderung nicht lohnt. Berücksichtigt man, daß die Vergabe von Bauleistungen den Zweck hat, dem Bauherrn ein Gebäude zu verschaffen, das seinen Vorstellungen und Interessen zur Zeit der Fertigstellung entspricht, so ist es naheliegend, einerseits dem Bauherrn die Möglichkeit zu einer Änderung seines ursprünglichen Planes zu geben, andererseits Grenzen festzulegen, die das Vertrauen des Bauunternehmers in die ursprüngliche Planung, insbesondere in seinen hierauf gestützten Durchführungsplan und in seine Preisfestsetzung berücksichtigen. Daraus ergibt sich die Aufgabe, Inhalt und Umfang des Änderungsrechtes festzulegen.

1) Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., Einleitung, Rdn. 13

2) vgl. Mantscheff, BauR 5/79, 389

Dies bezweckt § 1 Nr. 3 VOB/B.

Der Rechtssatz nennt explizit nur seine Rechtsfolge - den Vorbehalt und seine Eingrenzung -. Die Vorschrift setzt schlüssig lediglich voraus, daß ein VOB-Vertrag zustande gekommen ist. Die Rechtsfolge besteht darin, daß dem Auftraggeber vorbehalten bleibt, Änderungen des Bauentwurfes anzuordnen. Aus dem Wortlaut ist zu schließen, daß dem Auftraggeber nach § 1 Nr. 3 das Recht zusteht, Änderungen des Bauentwurfs auch nach Vertragsschluß einseitig mit bindender Wirkung für den Auftragnehmer festzulegen. Als Bauentwurf wird üblicherweise der zeichnerische Entwurf eines Baues, d.h. ein Synonym für die Bauzeichnung angesehen.¹⁾ Damit ist der allgemeine Sprachsinn dieses Wortes enger als "Entwurf eines Baues". In der Tat würde man eine Bauzeichnung durchaus als Bauentwurf bezeichnen, eine daneben liegende Leistungsbeschreibung jedoch nicht. Demnach sind bei strikter Anwendung des Wortlautes nur solche Änderungsanordnungen vorbehalten, die sich auf zeichnerisch niedergelegte Elemente beziehen. Nach §§ 157, 133 BGB sind Verträge jedoch so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, wobei auch bei Verträgen der wirkliche Wille zu erforschen ist und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften ist, da auch Verträge ihrer Natur nach Willenserklärungen enthalten.²⁾

Da die VOB/B Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S. des AGBG enthält (ex negatione § 23 II Nr. 5 AGBG),³⁾ die eine generelle Regelung für eine Vielzahl von Verträgen beinhalten, ist abgesehen von einer vorrangigen Individualabrede (§ 4 AGBG) für die Auslegung nicht der Wille und die Absicht der Partei des Einzelvertrages entscheidend, sondern der objektive Inhalt und der typische Sinn der Klauseln.⁴⁾

1) ebenso Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., Rd. B, § 1, 18

2) Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., § 133 Anm. 1 a

3) Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., AGBG § 9 Anm. 7 g; ebenso Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., A § 10, Rd. 52 m.w.N.

4) Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., AGBG § 5 Anm.

Anders als bei der Individualvereinbarung kommt es nicht auf das Ergebnis der Auslegung im Einzelfall an, sondern darauf, daß das Auslegungsergebnis als allgemeine Lösung des stets wiederkehrenden Interessengegensatzes angemessen ist.¹⁾ Zur Lösung des Interessengegensatzes bezweckt der Änderungsvorbehalt erkennbar, dem Auftraggeber ein schwächeres Mittel als die jederzeit mögliche Kündigung zur Verfügung zu stellen,²⁾ um den vielfältigen und vernetzten (komplexen) Einflußmöglichkeiten³⁾ auf die Bauplanung Rechnung zu tragen, die durch die lange Zeit zwischen Planung und Realisierung risikobildend wirken. Auch wäre der Bauherr in einer schwachen Verhandlungsposition, wenn er bei notwendigen Leistungsänderungen eine einvernehmliche Lösung herbeiführen müßte.⁴⁾ Die Vorschrift soll daher dazu dienen, dem Auftraggeber so weit wie möglich die Möglichkeit zu geben, ihm das Werk zu verschaffen, das er will. Diesem Interesse kann nur dadurch entsprochen werden, daß unter "Bauentwurf" alle Elemente des Vertrages zu verstehen sind, die das Werk des Bauunternehmers planend vorwegnehmen,⁵⁾ d.h. die Art und Mengen bestimmenden Elemente. Dazu gehören neben den Zeichnungen auch die Leistungsbeschreibung,⁶⁾ sowie Berechnungen und Muster. Weitere Vertragsbedingungen, insbesondere die Bestimmung der Zeit fallen hierunter nicht.⁷⁾ Jedoch sind m.E. Teile des Bauentwurfes auch solche Elemente des Entwurfes, die bereits ausgeführte Werkteile betreffen, selbst wenn der Entwurf dann ja kein Entwurf, sondern bereits Wirklichkeit ist. Die typischen Interessen der Auftragnehmer stehen dem nicht

1) BGHZ 60, 380

2) D-P-S-St, VOB, a.a.O.; Weick in Nicklisch/Weick, § 1, Rd. 24

3) D-P-S-St, a.a.O.

4) vgl. Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 67

5) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 1 Rd. 25

6) D-P-S-St, a.a.O., B 1.24; Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 1 Rd. 18, Weick a.a.O.

7) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 1 Rd. 25

in einer Weise gegenüber, daß der Schluß zulässig wäre, daß die Vorschrift eine am Wortlaut haftende engere Begrenzung des Anordnungsrechtes bezweckte: Die einer Änderung des Werkes entgegenstehenden Interessen des Auftragnehmers bestehen in der Verminderung von Nachteilen, die hieraus entstehen. Zwar ist es möglich, durch eine enge Interpretation den Interessen des Bauunternehmers zu entsprechen, jedoch ist eine interessengerechte Abgrenzung dadurch nicht möglich, daß darauf abgestellt wird, ob die Planvorgabe bei Vertragschluß in einer Zeichnung erscheint oder nur in sonstigen Vertragsunterlagen. Demgemäß schaffen § 2 VOB/B, insbesondere sowie § 6 Nr. 2 VOB/B einen Ausgleich für Nachteile des Bauunternehmers im Falle von Änderungen durch Zeit- und Entgeltausgleich. Daher ist der Begriff Bauentwurf i.S. von § 1 Nr. 3 VOB/B auch für einen Bauunternehmer, demgegenüber etwa eine Verwaltung die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung verwendet, als alle das Werk bestimmenden Leistungselemente umfassend zu verstehen. Die Zweifelsregelung nach § 5 AGBG greift nicht ein, da die Auslegung zu einem zweifelsfreien Ergebnis führt, wenngleich das AGB-Gesetz in einer solchen Fallkonstellation Anwendung findet.¹⁾ Demnach sind vom Bauentwurf alle das Werk vorwegnehmend bestimmenden Leistungselemente erfaßt. Geändert wird der Bauentwurf, wenn zumindest eines seiner Elemente durch ein ungleiches ersetzt wird, d.h. das Werk durch die Änderung ein anderes Material und/oder eine andere Dimension erhält. Der Wortlaut geht somit sehr weit. Er erfaßt auch eine völlige Umgestaltung²⁾. Deshalb ist nunmehr zu untersuchen, welche Änderungen beispielsweise erfaßt sind, was dies für den Unternehmer bedeutet und inwieweit den dadurch entstehenden Unternehmer - Interessen - etwa durch Restriktion des weiten Wortlauts - entsprochen wird.

1) vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., AGBG § 5, Anm. 4 a

2) ebenso Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1, Rd. 20 mit weiteren Nachweisen

Als Beispiele für derartige Bauentwurfsänderungen werden zunächst solche genannt, die den Leistungsinhalt des Bauunternehmers direkt betreffen. So kann sich der vorgesehene Leistungserfolg hinsichtlich des Materials ändern, wie wenn z.B. einzelne Leistungen andersartig ausgeführt werden (Betonträger statt Eisenträger ¹⁾, Kiesfüllung statt Filtermatten im Drainrohr ²⁾, andere Fliesen, zusätzlicher Schutzanstrich ³⁾) oder sich der Leistungserfolg in seiner Dimension ändern, (z.B. Verstärkungen oder Abschwächungen des Mauerwerks ⁴⁾). Damit sind die hier interessierenden Änderungen in Material und/oder Dimension der herzustellenden Sache erfaßt. Es kann vorerst dahinstehen, ob außerdem Änderungen der Durchführung des Bauvorhabens unter dem Begriff der Bauentwurfsänderung fallen (z.B. anderes Bauverfahren ⁵⁾, Änderung der Reihenfolge von Einzelleistungen ⁶⁾). Daneben ist es denkbar, daß eine Bauentwurfsänderung die Leistung des Bauunternehmers nur indirekt betrifft, indem etwa der Bauherr nach Vertragsschluß den ursprünglich vorgesehenen Gleisanschluß zum Industriegelände fallen läßt und deshalb der Bauunternehmer seine Mittel nicht wie ursprünglich vorgesehen per Bahn, sondern per Schwertransporter zur Baustelle transportieren lassen muß.

Bedeutung haben die Fälle der Bauentwurfsänderung für den Bauunternehmer in rechtlicher Hinsicht, indem sie zur Verringerung der im übrigen unveränderten Leistung, zu deren Erweiterung und/oder zur Substitution der gesamten oder von Teilen der

1) Eplinius, Bauvertrag, a.a.O., Anm. zu B § 1 Abs. 3, S. 93

2) Kiesel, a.a.O., § 1 Rd. 8

3) ders. a.a.O.

4) Eplinius, a.a.O.

5) ders. a.a.O.

6) ders., a.a.O.

Leistung durch andere Leistungen führen können, das ist der Wegfall eines Teils und die Erbringung einer bisher nicht vorgesehenen Leistung¹⁾. Technisch besteht die Bauentwurfsänderung insbesondere in einer Änderung der Programmplanung (s.o. A I). Dies greift in die Projektplanung des Bauunternehmers ein. Wirtschaftlich bedeutet dies für den Bauunternehmer: Bleibt der von ihm zu erbringende Mitteleinsatz nach Art und Menge gleich, so entsteht ihm kein Nachteil. So kann es dem Bauunternehmer im Grundsatz egal sein, ob eine Änderung des Bauentwurfs dazu führt, daß die von ihm einzubauende Tür schlicht in eine gegenüber der ursprünglichen Planung etwas versetzte Türöffnung einzubringen ist. Wahrscheinlicher ist es allerdings, daß sich der Mitteleinsatz des Bauunternehmers ändert. Dies kann Folgewirkungen auf den Kapazitäts-einsatz und die Kosten haben, wie oben (A. II) dargestellt; dies gilt insbesondere bei Material- und Dimensionsänderungen, aber es gilt auch für indirekte Änderungen (z.B. Zufahrtsweg). Die vom Bauunternehmer ursprünglich vorgesehenen Mittel können sich ihrer Art nach als überhaupt ungeeignet erweisen, die Leistung in ihrer geänderten Form zu erbringen (z.B. ungeeignetes Material, ungeeignete Maschinen für die Verarbeitung eines geänderten Materials). Möglich ist es auch, daß die Maschinen und Mitarbeiter des Bauunternehmers für die aufgrund der Bauentwurfsänderung vergrößerten Mengen nicht hinreichend sind, oder daß umgekehrt sich die ursprünglich vorgesehenen Materialien oder Geräte als überflüssig erweisen. Ist der Bauunternehmer in der Lage, geeignete und hinreichend viele Mittel aus anderen Bereichen seines Betriebes als Ausgleich abzuziehen, wird sich das Problem zumindest technisch lösen lassen; der Bauunternehmer wird dann an einem Ausgleich in Geld interessiert sein. Allerdings wird er die Durchführung ablehnen wollen, soweit ihm ein nicht hinreichend erscheinender Ausgleich in Geld gewährt wird.

Um den Interessen des Bauunternehmers im Falle von Bauent-

1) vgl. D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 1.26
ähnlich Weick, a.a.O., R. 24 ("so nicht vereinbart")

wurfsänderungen gerecht zu werden, gibt es im wesentlichen zwei Möglichkeiten: Zum einen ist es denkbar, dem Bauunternehmer einen Ausgleich (Zeit, Sachmittel, Geld etc.) zu gewähren - dies wird später (III.) erörtert werden; zum anderen ist es möglich, das Recht des Bauherrn zur Bauentwurfsänderung zu begrenzen - dies wird im folgenden erörtert:

Zunächst ergibt sich eine Grenze durch Auslegung des Begriffs "Änderung des Bauentwurfs". Es ist einhellige Ansicht, daß eine völlig neue Planung (Änderung der Identität der Bauleistung) unter das Anordnungsrecht des Bauherrn nach § 1 Nr. 3 VOB/B nicht fällt ¹⁾. Mit dieser - wie ich meine - einschränkenden Auslegung des Wortlauts wird erreicht, daß der Bauunternehmer nicht unbeschränkt vom Bauherrn in Anspruch genommen werden kann. Zu einer klaren Grenzziehung führt diese Auslegung jedoch nicht. Abstrakte Leitlinien dafür, wo die Bauentwurfsänderung aufhört und die Neuplanung beginnt gibt es nicht, vielmehr wird auf eine Einzelfallentscheidung abgestellt ²⁾. Dies führt zu Auslegungsschwierigkeiten, erst recht zu Rechtsanwendungsproblemen im Einzelfall. Außerdem setzt dieser Begriff nicht an dem dem Bauunternehmer aufgrund der Bauentwurfsänderung entstehenden Problem an. Ebensowenig wie eine Orientierung an der Frage, ob das geänderte Planungselement in einer Zeichnung erscheint oder nicht, eine interessengerechte Abgrenzung ermöglicht, ist die Abgrenzung am Kriterium der Neuplanung hierzu geeignet. Denkbar ist nämlich, daß im Einzelfall ein Unternehmer durch eine Neuplanung, zu deren Ausführung er die Mittel hat, ebensowenig oder sogar weniger Nachteile erleidet als aus einer bloßen Änderung, soweit er zu dieser die Mittel nicht hat. Entscheidend ist vielmehr für Nachteile des Auftragnehmers, ob er die sachlichen, personellen und finanziellen Mittel für die nunmehr zu er-

1) D-P-S-St, a.a.O., ErlZ B 1.25; Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1 Rd. 20; H-R-S-Riedl, a.a.O., B § 1, Rd. 25; Kiesel, a.a.O., § 1 Rd. 8; Weick, a.a.O.; § 1 Rd. 28; Eplinius, a.a.O., S. 93

2) vgl. D-P-S-St, a.a.O., B ErlZ 1.25; Weick, a.a.O., § 1 Rd. 28

stellenden Arbeiten hat. Die Unterscheidung nach Neuplanung oder bloßer Änderung berücksichtigt nicht, daß eine Abgrenzung vom Gegenstand des Interesses des Auftraggebers aus nicht zu einer sachgerechten Abgrenzung im Interesse des Auftragnehmers führen kann, denn es gibt Neuplanungen, die der Bauunternehmer ebenso leicht ausführen kann, wie bloße Änderungen.

Deshalb wird das Anordnungsrecht des Bauherrn weiter unter Billigkeitsgesichtspunkten ¹⁾ eingeschränkt. Dabei ist von § 315 BGB auszugehen ²⁾. Danach gilt die Auslegungsregel ³⁾, daß die Bestimmung einer Leistung im Zweifel nach billigem Ermessen vorzunehmen ist, wenn die Leistung durch einen Vertragsschließenden bestimmt werden soll. Diese Vorschrift ist auf die Bauentwurfsänderung nach § 1 Ziff. 3 VOB/B analog anwendbar. Direkt ist § 315 BGB nur auf die Bestimmung der anfänglich offenen Leistung anwendbar, nicht aber auf die vertraglich vorbehaltenen Befugnis zur Änderung des Leistungsinhalts - sog. Leistungsänderungsvorbehalt ⁴⁾. Der Schutzzweck des § 315 BGB erfaßt die den in dieser Vorschrift geregelten Leistungsbestimmungsvorbehalt ähnliche Situation des Änderungsvorbehalts gleichermaßen, denn in diesem Falle erhält der Gläubiger eine Ersetzungsbefugnis ⁵⁾, da jede Bauentwurfsänderung zu einer Werkänderung und damit zu einer anderen Leistung führt ⁶⁾.

1) vgl. H-R-S-Riedl, a.a.O., B § 1, Rd. 25 a; Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1, Rd. 20; D-P-S-St., a.a.O., ErlZ B 1.25; Kiesel, a.a.O., § 1 Rd. 8; Weick, a.a.O., § 1 Rd. 28

2) Weick, a.a.O., § 1 Rd. 30

3) Jauernig-Vollkommer, BGB, a.a.O., § 315, Anm. 1 a

4) Alternativkommentar-Dubischer, BGB, a.a.O., § 315-316, Anm. 3

5) Alternativkommentar-Dubischer, a.a.O.; vgl. Begriff Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., § 262, Anm. 3 c, cc

6) Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1 Rd. 19

Der Auftragnehmer könnte nämlich nach dem alten Entwurf nicht mehr wirksam erfüllen. Im Verhältnis zur ursprünglich vertraglich bestimmten Leistungsverpflichtung kann deshalb der Schuldner Nachteile erleiden. Dies hat zur Folge, daß die Anordnung nach billigem Ermessen auszuüben ist (§ 315 BGB). Nur eine nach billigem Ermessen ausgeübte Anordnung ist für den Auftragnehmer verbindlich (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB). Sie wird erst verbindlich, sobald ihm die Anordnung zugegangen ist (§ 315 Abs. 2 BGB).

Ob eine billigem Ermessen entsprechende Ausübung des Anordnungsrechts vorliegt, hängt zum einem von dem sich aus der Anordnung ergebenden Mitteleinsatz des Bauunternehmers, zum anderen von der Frage ab, ob die ihm entstehenden Nachteile im zumutbaren Umfang ausgeglichen werden.

Hinsichtlich des Mitteleinsatzes kommt es darauf an, ob der Betrieb des Bauunternehmers auf die Ausführung der in Folge der Bauentwurfsänderung modifizierten Leistung eingerichtet ist ¹⁾. Dies bedeutet zunächst eine Begrenzung darauf, daß der Bauunternehmer die erforderlichen Mittel ihrer Art nach hat (d.h. Geräte und entsprechend qualifizierte Mitarbeiter) ²⁾. Weiterhin ist auch ein Fehlen der Mittel ihrer Menge nach ³⁾ für die Begrenzung des Leistungsänderungsvorbehalts im Rahmen des § 315 BGB beachtlich. Diese Begrenzung nach den Mitteln des Bauunternehmers führt allerdings dazu, daß in Zeiten reger Bautätigkeit der Auftraggeber damit rechnen muß, eine Änderung nicht durchsetzen zu können, weil der Bauunternehmer ausgebucht ist. Die Diskussion über die Mittel des Bau-

1) Kiesel, a.a.O., § 1 Rd. 8; D-P-S-St, a.a.O., 6/ZB 1.25; ähnl. schon Eplinius, a.a.O., S. 93 ("nach Lage seines Betriebes")

2) vgl. H-R-S-Riedl, a.a.O., B § 1 Rd. 32 und Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1 Rd. 26

3) vgl. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1 Rd. 26

unternehmers ist allerdings nicht schematisch vorzunehmen, sondern im Wege einer Einzelfalldiskussion, sodaß es durchaus sein kann, daß dem Bauunternehmer auch der Einsatz zusätzlicher in seinem Betrieb noch nicht vorhandener Mittel zumutbar sein kann¹⁾. Durch die Einzelfalldiskussion und die Billigkeitserwägungen wird die Regelung aber für beide Parteien im Streitfall schlecht kalkulierbar.

Als zweiter Gesichtspunkt zur Begrenzung des Änderungsvorbehalts ist zu überlegen, ob dem Bauunternehmer Nachteile im Vergleich zur ursprünglichen Ausführung durch die Bauentwurfsänderung entstehen, die eben nicht ausgeglichen werden.²⁾

Die Grenze des billigen Ermessens ist nach dem Schutzzweck des § 315 im Falle der Änderung des Bauentwurfs nach § 1 Nr. 3 VOB/B im Regelfalle überschritten, soweit dem Auftragnehmer durch die Änderung des Bauentwurfes Nachteile gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Ausführung entstehen, für die er keinen Ausgleich erhält. Die Kriterien des Nachteils und des Ausgleichs ergeben sich aus dem Zweck des § 315 BGB, die Austauschgerechtigkeit aufrecht zu erhalten³⁾. Zwar hat der Auftragnehmer vertraglich dem Auftraggeber einen Änderungsvorbehalt eingeräumt, bei welchem es auf den Grund für das Änderungsverlangen nicht ankommt⁴⁾, jedoch war für den Auftragnehmer der ursprüngliche Bauentwurf, d.h. Art und Umfang der Bauleistung⁵⁾ Grundlage seiner Durchführungsplanung. Das Maß der Austauschgerechtigkeit hat sich daher am ursprünglichen

1) vgl. Weick, a.a.O., § 1 Rd. 28; ähnlich Kiesel, a.a.O., § 1 Rd. 8; ablehnend Ingenstau-Korbion, a.a.O., § 1 Rd. 20

2) Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1 Rd. 20

3) Alternativkommentar-Dubischar, BGB, a.a.O., § 315-316, Anm. 3

4) H-R-S-Riedl, VOB, a.a.O., B § 1, Rd. 24

5) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 1 Rd. 20

vertraglichen Gleichgewicht zu orientieren. Nachteile können sich über Kapazitätsengpässe hinaus durch Zeitmangel, Kostenerhöhung und damit Gewinneinbußen gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Ausführung ergeben (s.o.). Hinsichtlich der Kosten und des Gewinns kommt für den Auftragnehmer zu meist ein Ausgleich nach §§ 2 Nr. 3, 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 sowie § 6 Nr 6 in Betracht ¹⁾.

Auch kommen Schadensersatzansprüche zu Gunsten des Bauunternehmers in Betracht, sowie ein Kostenausgleich durch Senkung des Gewährleistungswagnisses bei angeordneten Änderungen (§§ 4 Nr. 3; 13, 3 VOB/B). Ein Zeitausgleich kann sich aus § 6 Nr. 2 oder als Naturalrestitution in Verbindung mit Schadensersatzansprüchen ergeben.

Es ist also für die Rechtsanwendung inzident eine Prüfung erforderlich, inwieweit ein Ausgleich erfolgt. Insbesondere bei Minderleistungen aufgrund einer Bauentwurfsänderung kann dies fraglich sein und damit die Anordnung des Bauherrn unzulässig machen ²⁾.

Ein über die begriffliche Begrenzung des Änderungsrechtes hinaus der Vorschrift des § 315 zu entnehmendes Mittel, den Auftragnehmer zu sichern, liegt in der Beweislastverteilung: Der Auftraggeber muß wegen § 315 III Satz 1 insbesondere beweisen, daß er das Anordnungsrecht nach billigem Ermessen ausgeübt hat ³⁾. Dies bedeutet, daß er nach der oben genannten Ansicht dartun muß, daß dem Auftragnehmer entweder kein Nachteil entsteht oder daß solche ausgeglichen werden. Dies ist erkennbar schwierig. Prozessual ist daher anzunehmen, daß der Bauunternehmer sich im Streitfalle auf ihm entstehende Nach-

1) Die Abgrenzung der Vorschriften ist streitig, s.u. B III.

2) vgl. Eplinius, a.a.O., S. 93 f

3) Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., § 315 Anm. 5; Staudinger-Mayer-Maly, BGB, a.a.O., § 315 Rdn. 77 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung

teile und deren unzureichenden Ausgleich berufen muß, deren Nichtexistenz der Auftraggeber dann jedoch zu beweisen hat.

Ist die Änderungsanordnung billigem Ermessen gemäß und ist die Anordnung gegenüber dem Auftragnehmer erklärt, so ist dieser verpflichtet, die Anordnung auszuführen. Der Auftraggeber kann ihn auf Herstellung eines dem neuen Bauentwurf entsprechenden Werkes verklagen. Die Nichterfüllung löst Sekundär-Ansprüche (Entziehung des Auftrages, Ersatzvornahme, evtl. Schadensersatzansprüche) aus, die der Bauherr nach Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens vollstrecken kann, wobei auch Ausführungsansprüche letztlich in einen Ersatzvornahmeanspruch übergehen (§ 887 Abs. 1 ZPO).

Der Auftragnehmer kann mit dem ursprünglich geplanten Werk nicht mehr wirksam seine vertragliche Verpflichtung erfüllen. Der Auftraggeber ist an seine Änderungsanordnung nicht gebunden - im Gegensatz zu einem Auftraggeber, der ein ursprünglich unbestimmtes Werk ohne Änderungsvorbehalt konkretisiert (s.o.).

Die wirtschaftlichen Folgen der Regelung liegen für den Auftraggeber darin, daß er seine aktuelle Vorstellung vom Bauwerk umsetzen kann. Er muß jedoch Nachteile in Kauf nehmen, soweit er Nachteile des Auftragnehmers ausgleichen muß, z.B. durch Zeit- und Entgeltveränderungen. Den Auftragnehmer treffen im wesentlichen die wirtschaftlichen Nachteile, die für die Fallgruppe der Änderungen in Art und/oder Menge der Leistung im ersten Teil (A) ausgeführt wurden, d.h. er hat Zeitverzögerungen und Ausgabenerhöhungen zunächst hinzunehmen. Kapazitätsengpässe hat er im Rahmen des betrieblich Möglichen hinzunehmen. Er muß also die Durchführungsplanung anpassen.

Die Regelung ist mit § 10 Nr. 4 AGBG vereinbar, da der Änderungsvorbehalt des Auftraggebers an einen Nachteilsausgleich für den Auftragnehmer geknüpft ist und damit die Regelung als ausgewogen anzusehen ist. Die Regelung ist auch

nicht gem. § 9 AGBG unwirksam, da sie keine unangemessene Benachteiligung des Bauunternehmers enthält. Wenngleich die Regelung eine Einschränkung der Willensfreiheit des Bauunternehmers enthält, weil er Leistungen ausführen muß, die er bei Vertragsschluß nicht kannte und dementsprechend auch nicht wollte, so ist doch durch die Grenzziehung bei Überschreitung der Austauschgerechtigkeit das Interesse des Bauunternehmers im Einzelfall hinreichend geschützt. Im Interesse des Bauherrn ist die Regelung schlicht geboten.

Formelle Voraussetzungen muß der Auftraggeber nicht erfüllen, er muß lediglich einseitig dem Bauunternehmer gegenüber eindeutig erklären, daß er eine vom ursprünglichen Bauentwurf abweichende Leistung will und er muß bestimmen, wie diese abweichende Leistung aussehen soll.

Entspricht die Anordnung nicht billigem Ermessen, so ist sie nicht verbindlich. Der Auftragnehmer kann nach den alten Plänen wirksam erfüllen.

Dies kann der Auftraggeber lediglich durch die ihm jederzeit mögliche aber mit nachteiligen finanziellen Folgen des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B verbundene Kündigung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B verhindern. Eine unberechtigte Anordnung ist jedoch nur dann als Kündigungserklärung aufzufassen, wenn aus ihr eindeutig klar wird, daß der Auftraggeber nicht mehr am Vertrag festhalten will. Dies kann im Einzelfall anzunehmen sein, wenn der Auftraggeber die ursprüngliche Leistung insgesamt nicht mehr haben möchte ¹⁾.

Der Auftraggeber kann in diesem Falle versuchen, nach § 305 eine Änderung des Vertrages im Einvernehmen mit dem Auftragnehmer zu erreichen.

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 1, Rd. 22

Eine für den Auftragnehmer verbindliche und damit einklagbar auszuführende Anordnung nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B kann er mit dem Inhalt einer Änderung der zu erstellenden Sache nicht geben, da diese die Leistung ändert, § 4 Nr. 1 Abs. 3 jedoch nur solche Anordnungen zuläßt, die zur vertragsgemäßen Ausführung der - als feststehend anzusehenden Leistung - notwendig sind ¹⁾.

Die gesetzliche Regelung nach deutschem BGB kennt keine ausdrückliche Vorschrift zum Änderungsvorbehalt. Soweit keine ausdrückliche Vereinbarung über diesen Punkt bei Vertragschluß zwischen den Parteien herbeigeführt wurde, ist es eine Frage der Vertragsauslegung, ob dem Bauherrn ein Änderungsvorbehalt zusteht. Erweist sich im Zuge der Vertragsausführung der Punkt als regelungsbedürftig, so kommt eine ergänzende Vertragsauslegung (§ 133, 157 BGB) zur Schließung der entstehenden Lücke in Betracht. Dabei kommt es entscheidend darauf an, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den von ihnen mit dem Vertrag verfolgten Zweck nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten ²⁾. Eine Verkehrssitte dahingehend, daß bei Bauverträgen generell ein Änderungsvorbehalt gegeben sei, ist nicht bewiesen ³⁾. Aus dem Zweck des Bauvertrages kann sich jedoch im Einzelfall ergeben, daß dieser nur unter Gewährung eines Anordnungsvorbehaltes zu erreichen ist. So kann man etwa bei Restaurierungsarbeiten oder generell komplexen Bauvorhaben erwarten, daß sich bei ergänzender Vertragsauslegung ein Änderungsvorbehalt ergibt. Ein generell allen Bauverträgen zugrundeliegendes Anordnungsrecht hinsichtlich des Bauentwurfs läßt sich m.E. nicht feststellen, denn die ergänzende Vertragsauslegung kann grundsätzlich nicht den Vertragsgegenstand erweitern.

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 4, Rd. 53

2) vgl. BGH NJW 75, 1117

3) a.A. Enders, BauR 82, 535 - 538 (538)

(b) Die Regelungen des französischen Rechts

(aa) Das rechtliche Mittel zur Durchsetzung des Bauherreninteresses an einer nachträglichen Änderung des für den Bauunternehmer verbindlich festgelegten Erfolgs hält im öffentlichen Bauwesen Art. 2.52 C.C.A.G. bereit, wonach der Bauunternehmer sich streng an die ihm bekanntgegebenen Anordnungen ("ordres de service") des Bauherrn zu halten hat, selbst wenn er diesen Anordnungen gegenüber Vorbehalte anzubringen hat.

Gegenstand dieser Anordnungen können insbesondere auch Veränderungen sein, die den Gegenstand des Werkes betreffen, z.B. Modifikationen in der Dimension des Werkes, in seiner Lage, in seiner Zusammensetzung, im Material ¹⁾ wobei mit den Anordnungen sowohl Vergrößerungen als auch Verkleinerungen des Auftragswertes verbunden sein können (vgl. Art. 14, 15 und 16 C.C.A.G.).

Soweit die Rechtsfolge greift, ist der Bauunternehmer also verpflichtet, der Anordnung zu entsprechen.²⁾ Kommt er der Anordnung nicht nach, so kann der Vertreter des Bauherrn ("personne responsable du marché" - zumeist der Bauingenieur des Bauherrn) - nach erfolgloser schriftlich bekanntgegebener Mahnung mit Fristsetzung (Art. 49.1 C.C.A.G.) - gegen den Bauunternehmer die im Vertrag vorgesehenen Zwangsmaßnahmen (mesures coercitives) einleiten³⁾ (Art. 49 C.C.A.G.). Die Zwangsmaßnahmen bestehen alternativ in der sog. "mise en régie" auf Kosten und Risiko des Bauunternehmers oder in einer Kündigung des Vertrages (résiliation du marché):

Die mise en régie bedeutet, daß der Bauunternehmer von seinem Unternehmen getrennt wird, so daß die Verwaltung selbst auf Zeit über die Mittel des Unternehmers verfügt, d.h. deren

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1239 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung, ebenso Villard, Droit, a.a.O., S. 113 und Laubadère, a.a.O., Rdn. 1236

2) Commission Centrale, Guide, a.a.O., S. 130

3) dies., a.a.O., S. 139

Geschäftsführung übernimmt ¹⁾; die Arbeiten werden in eigener Leitung vom Bauherrn mit den Mitteln des Bauunternehmers ausgeführt ²⁾. Der Vertrag bleibt im übrigen unangetastet, d.h. der Bauunternehmer für die Ausführung verantwortlich. In der Praxis wird die Verwaltung an die Stelle des Unternehmers eine ihr geeignet erscheinende Person setzen, z.B. einen anderen Unternehmer. Die zusätzlich entstehenden Kosten hat der ursprüngliche Unternehmer zu tragen (Art. 49.6 C.C.A.G.). Die mise en régie ist allerdings nur rechtmäßig, wenn sie lediglich einen Teil der Arbeiten betrifft und verhältnismäßig ist.

Die Sanktion bringt also letztlich dem Bauherrn die Möglichkeit, seine Vorstellung vom Bauwerk durchzusetzen. Sie widerspricht jedoch dem Ziel des Bauherrn, mit der Durchführung des Vorhabens möglichst wenig zu tun zu haben. Die Sanktion deckt also im Ergebnis die Interessen des Bauherrn nicht ab. Außerdem erscheint es schwer vorstellbar, daß ein Bauherr innerhalb hinreichend kurzer Zeit in der Lage wäre, das Unternehmen eines Bauunternehmers für seine Zwecke nutzbar zu machen, sonst bräuchte er ihn gar nicht erst einzusetzen.

Stattdessen kann der Bauherr nach französischem Recht im Fall der Weigerung, einer seiner Anordnungen zu entsprechen, den Vertrag durch einseitige Erklärung aufheben, d.h. kündigen ³⁾, wobei er entweder einfach die Kündigung erklärt (résiliation simple) oder im Wege einer "résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur" den Vertrag mit dem bisherigen Bauunternehmer kündigt und für die restlichen Arbeiten nach einem neuen "appel d'offres" (Ausschreibung) über die noch nicht ausgeführten Arbeiten einen Vertrag mit einem anderen Bauunternehmer schließt. Die Mehrkosten sind dann vom ur-

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 955

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 896

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 968, 937 mit Nachweisen zur entsprechenden Rechtsprechung

sprünglichen Bauunternehmer an den Bauherrn zu zahlen (Art. 49.6 C.C.A.G.). Dieses Vorgehen erinnert an die Ersatzvornahme des deutschen Rechts. Wirtschaftliches Ergebnis ist also, daß der Bauunternehmer nur einen Teil der Vergütung (für den ausgeführten Teil des Werkes) erhält und seine Kosten durch Überbürdung der etwa durch den Einsatz des neuen Unternehmers anfallenden Mehrkosten steigen.

Bei der einfachen Kündigung wird der Vertrag aufgehoben und sofort abgerechnet. Daneben kann der Bauherr Schadensersatz (dommages interêts) oder evtl. Vertragsstrafe (pénalités) verlangen¹⁾.

Bei beiden Formen der Kündigung kann der Bauherr die Übertragung von Materialien, Behelfsbauwerken und Baustelleneinrichtungen verlangen (Art. 46.4 C.C.A.G.).

Entsteht der Verwaltung durch die Nichterfüllung der Anordnung ein Schaden, so kann sie diesen statt der anderen Zwangsmaßnahmen oder in deren Ergänzung vom Bauunternehmer mit der Begründung ersetzt verlangen, er habe durch die Nichterfüllung der Anordnung den Vertrag verletzt (faute contractuelle), was ihn zum Schadensersatz verpflichtet. Die faute contractuelle ist nach französischem Verständnis schlicht die objektive unentschuldigte Vertragsverletzung²⁾. Anstelle von Schadensersatzansprüchen kommen - ggfl. neben Zwangsmaßnahmen - auch Vertragsstrafen in Betracht, soweit diese vereinbart sind. Dies ist in der französischen Rechtspraxis bei öffentlichrechtlichen Verträgen häufig.³⁾

Die Festsetzung der Schadensersatzansprüche und der Pönale erfolgen - deren öffentlichrechtlichem Charakter entsprechend

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 944

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 763 und 932 - Die Vorstellung ist ähnlich unserer Idee der positiven Forderungsverletzung

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 936 und 944

durch die Verwaltung selbst in einem vollstreckbaren Bescheid. ¹⁾

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Rechtsfolge Bindung des Unternehmers an die Anordnung des öffentlichen Bauherrn diesem die Möglichkeit gibt, ein seinen Vorstellungen entsprechendes Bauwerk (Sache) zu erhalten. Durch die vielseitigen Möglichkeiten der Verwaltung im Fall der Nichterfüllung der Anordnung, insbesondere durch Ersatzvornahme hat die Verwaltung Möglichkeiten, eine ihrer Vorstellung entsprechende Ausführung durchzusetzen. Insbesondere ist dies dadurch gewährleistet, daß die Verwaltung die Sanktionen einer Nichterfüllung selbst vollstreckbar per Bescheid festsetzen kann ("privilège du préalable") das sind pénalités, damages-intérêts, résiliation und mise en régie ²⁾.

Das privilège du préalable rückt damit den öffentlichrechtlichen Vertrag französischer Prägung in die Nähe dessen, was wir als "Besonderes Gewaltsverhältnis" bezeichnen.

Da das Anordnungsrecht auf der Rechtsfolgenseite nach dem Wortlaut des Art. 2.52 C.C.A.G. nicht eingeschränkt ist, ist die Frage interessant, was das Anordnungsrecht voraussetzt und welche Einwendungen der Bauunternehmer geltend machen könnte.

Voraussetzungen des Anordnungsrechts:

Materiell nennt Art. 2.5 C.C.A.G. keine Voraussetzungen des Anordnungsrechts, d.h. es erfordert lediglich einen öffentlichrechtlichen Vertrag, in den die C.C.A.G. einbezogen sind. ³⁾

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 933 und 937

2) Laubadère, Traité, a.a.O., 937, 933, 968, 951

3) Nach herrschender Meinung genügt sogar ein öffentlichrechtlicher Vertrag schlechthin, vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1171 ff. m.w.N.

Formell setzen die ordres des service zu ihrer Verbindlichkeit neben einer Bekanntgabe gegenüber dem Bauunternehmer voraus, daß der maître d'oeuvre sie schriftlich ausgefertigt hat (2.51 C.C.A.G.). Außerdem müssen sie datiert und nummeriert sein, was wegen ihrer Rangfolge wichtig ist. Die ordres de service erhält der Unternehmer in zwei Exemplaren, wobei der Unternehmer verpflichtet ist, eines davon zu datieren und zu signieren und an den maître d'oeuvre zurückzuschicken. Daraus ergibt sich, daß für den Erlaß der ordres de service ausschließlich der maître d'oeuvre zuständig ist, d.h. die natürliche oder juristische Person, die der Bauherr (maître de l'ouvrage) für die Kontrolle und die Leitung der Ausführung des Vorhabens beauftragt hat (Art. 2.1 C.C.A.G.). Bei juristischen Personen ist die natürliche Person zu bezeichnen, die ordres de service erlassen kann.

Im Ergebnis ist das Anordnungsrecht inhaltlich in 2.5 C.C.A.G. weiter formuliert als in § 1 Nr. 3 VOB/B, da es dem Bauherrn schlicht ein Anordnungsrecht zugesteht, das über "Änderungen des Bauentwurfs" hinausgehend schlechterdings alle den Leistungserfolg und die Leistungsdurchführung¹⁾ betreffenden Weisungen nach seinem Wortlaut ermöglicht. Formal ist die Durchsetzung der Anordnung allerdings an enge Voraussetzungen geknüpft: - Die Anordnung kann wirksam nur vom maître d'oeuvre erlassen werden; die Anordnung muß schriftlich erfolgen²⁾.

Die damit verbundene klare Zuständigkeitsregelung hat den Vorteil, daß Widersprüche zwischen Äußerungen auf der Seite des Bauherrn vermieden werden, die zu Mißverständnissen führen könnten. Das Schriftformerfordernis schafft für den Bauunternehmer eine Beweisgrundlage, andererseits führt sie zu bewußter und klarer formulierten Anordnungen des Bauherrn, die die Verantwortung klarer hervortreten läßt, was im Hin-

1) vgl. Comm. Centr., Guide, a.a.O., S. 130

2) vgl. dies. a.a.O., S. 129

blick auf die Hektik eines Baustellenablaufs Kommunikationsprobleme vermeidet. Der Nachteil durch den Formalismus liegt in geringerer Flexibilität und größerem Aufwand für die Erklärung.

Begrenzung des Anordnungsrechts durch Ausschlußbestände:

Einschränkungen, die zu einem Interessenausgleich zugunsten des Bauunternehmers führen, sind in mehreren Vorschriften enthalten:

Eine erste Einschränkung erfährt das Anordnungsrecht seit der Neufassung der C.C.A.G. im Jahre 1976 durch Art. 15.22 C.C.A.G.. Nach dieser Vorschrift ist der Unternehmer nicht gehalten, Arbeiten auszuführen, die einem Wandel in den Bedürfnissen oder den Nutzungsbedingungen entsprechen, denen die den Gegenstand des Vertrages bildenden Werkleistungen entsprechen müssen, es sei denn die "Masse" dieser Arbeiten ("masse des travaux") übersteigt nicht 1/10 der ursprünglichen "Masse" der Arbeiten (masse initiale des travaux). Die masse des travaux ist ein künstlicher Terminus, der sich wohl am besten mit "Gesamtauftragswert" übersetzen läßt. Gem. Art. 15.1 C.C.A.G., ist unter "masse" der Arbeiten der Betrag (montant) zu verstehen, der für "travaux à l'entreprise" - das sind im Gegensatz zu Regiearbeiten "unternehmerische" Leistungen, d.h. insbesondere Werkleistungen, die in eigener Verantwortung des Werkunternehmers ausgeführt werden - bewertet nach den ursprünglich im Vertrag vorgesehenen Preisen zu zahlen ist. Der Bauunternehmer braucht also ab einer qualitativ und quantitativ definierten Grenze den Anordnungen des Bauherrn nicht zu entsprechen.¹⁾ Die Anordnungen, denen er nicht zu entsprechen braucht, können sich auch und gerade auf den körperlichen Erfolg, d.h. Lage, Dimension oder Substanz des zu erbringenden Werkes beziehen. Voraussetzung für die Weigerung ist weiter, daß der Bauunternehmer seine Weigerung innerhalb von 15 Tagen nach Zu-

1) Comm. Centr., Guide, a.a.O., S. 130

gang der Anordnung dem Bauherrn über den von ihm bestellten Vertreter (personne responsable du marché) schriftlich unter Mitteilung der seine Weigerung rechtfertigenden Gründe übermittelt hat. Eine Kopie des Schreibens ist an den maître d'oeuvre zu schicken, der die Anordnung erlassen hat. Erfüllt der Bauunternehmer diese Voraussetzungen nicht, so verliert er sein Weigerungsrecht. Er ist dann zur Ausführung verpflichtet. Dies gilt ebenso, wenn er von vornherein die Anordnung vorbehaltlos ausführt. Eine davon zu unterscheidende Frage ist, inwieweit der Bauunternehmer einen Nachteilsausgleich, insbesondere einen Nachteilsausgleich in Geld erhält.

Die Regelung in Art. 15.22 C.C.A.G. führt also nach ihrem Wortlaut dazu, daß der Bauherr, soweit sie eingreift, eine verbindliche Änderungsanordnung gegenüber dem Bauunternehmer nicht einseitig erlassen kann. Er müßte vielmehr, wenn er dem Text folgt, den ursprünglichen Vertrag entweder einvernehmlich mit dem Bauunternehmer ändern oder die von ihm gewünschte Leistung unter Kündigung des bisherigen Vertrages (mit Entschädigungsfolge für den Bauunternehmer) durch einen anderen Bauunternehmer ausführen lassen. Der Bauherr darf also aufgrund der Nichterfüllung keine Sanktionen verhängen. Das öffentliche Bauvertragsrecht in Frankreich gibt dem Bauherrn allerdings theoretisch die Möglichkeit - dies ist eine Besonderheit, die sich aus dem öffentlichrechtlichen Charakter des Bauvertrages mit öffentlichen Auftraggebern in Frankreich ergibt - dennoch sein wirtschaftliches Ziel einer geänderten Bauausführung durch den Bauunternehmer zu erreichen, indem er einfach - ob berechtigt oder nicht - Sanktionen verhängt. Da die Sanktion von der Verwaltung per Bescheid festgesetzt werden kann, ist sie zunächst vollstreckbar. Der öffentliche Auftraggeber könnte also - etwa durch Ersatzvornahme oder mise en régie (zwangsweise Übernahme der Mittel des Bauunternehmers) sein wirtschaftliches Ziel einer geänderten Bauausführung erreichen. Wendet sich der Bauunternehmer daraufhin an das zuständige Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die

Maßnahmen aufzuheben, so erreicht er dieses Rechtsschutzziel nicht; denn nach ständiger Rechtsprechung der französischen Verwaltungsgerichte kann der Richter bei Anordnungen, insbesondere Sanktionen im Rahmen des Vertrags lediglich die Aufhebung des gesamten Vertrages ex nunc d.h. ab Einleitung des gerichtlichen Verfahrens, oder eine Entschädigung in Geld gewähren, ¹⁾ eine Anullierung oder die Feststellung der Nichtigkeit einer vom Vertrag nicht trennbaren Maßnahme ist dem Gericht nicht möglich ²⁾³⁾, auch nicht im Wege einstweiligen Rechtsschutzes ("référé"- einstweilige Anordnung oder "sursis à exécution" - Aussetzung der Vollstreckung) ⁴⁾. Aufgrund der Neufassung der C.C.A.G. könnte sich die Rechtsprechung aber ändern, weil das Sanktionsrecht in Art. 49 C.C.A.G. ausdrücklich um die Ausnahmen vom Anordnungsrecht reduziert ist.

Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes sind eng gefaßt:

- Die Weigerung ist nur dann berechtigt, wenn eine Änderung in der Funktion des Bauwerkes (Bedürfnisse und Bedingungen der Nutzung) vorliegt. Dieses Abgrenzungskriterium ist enger als der Begriff der Neuplanung nach deutschem Recht. Es privilegiert technisch bedingte Änderungen.
- Interessant ist die Einfügung eines quantitativen Merkmals, wonach erst die Überschreitung um mehr als 10 % des Gesamtauftragswerts die Weigerung des Bauunternehmers begründet. Der Vorteil dieses Kriteriums liegt in seiner Klarheit und der damit verbundenen Vorhersehbarkeit seiner Anwendung im Falle einer streitigen Auseinandersetzung. Zu prüfen wird sein, ob es zur Begrenzung des Anordnungsrechts zweckmäßig ist.

- 1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1004, 1778 ff., 1791 ff., - ständige Rechtsprechung, Laubadère, a.a.O. 1792
- 2) Laubadère, a.a.O. 954 bis 1792, ebenso Villard Droit, a.a.O., S. 116, dieser von der Rechtsprechung entwickelte Satz wird kritisiert - so z.B. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1796
- 3) anders ist es außerhalb des Vertrages: vgl. Schwarze, DVBl 20/1987, 1037 - 1045 (1042 Fn. 78) s.a. Laubadère, a.a.O., Rd. 1838
- 4) vgl. Laubadère, a.a.O., Rd. 1809 ff. u. 1812 ff.

Eine weitere Einengung ergibt sich dadurch, daß der Bauunternehmer seine Weigerung innerhalb kurzer Frist förmlich gegenüber dem Bauherrn geltend machen muß. Sonst wird seine Einwendung unstatthaft ("non recevable" - 15.22)²⁾. Der Adressat ist nicht der Architekt sondern der Bauherr, weil die Vergrößerung des Auftragswerts direkt die Interessen des Bauherrn ins Spiel bringt. Mir erscheint diese Kommunikationsobliegenheit als sinnvoller Ansatz, da dadurch der Bauunternehmer gezwungen ist, den Streit zu benennen und seinen Standpunkt zu begründen, so daß von vornherein die Möglichkeit besteht, den Streitstand möglichst frühzeitig zu klären. Nach der Erfahrung erleichtert dies die Lösung eines etwaigen Konfliktes.

Eine zweite Einschränkung kann die Durchsetzung des Bauherrninteresses durch die Regelungen "fait de l'administration" (Verhalten der Verwaltung) erfahren. Der mit diesem Stichwort verbundene Rechtssatz hat zur Folge, daß der Bauunternehmer von seiner Verpflichtung zur Ausführung der ordres de service im Sinne eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes unter den nachfolgenden engen Voraussetzungen befreit wird ¹⁾.

Liegt ein Fall des fait de l'administration vor, so ist die Verwaltung nicht mehr berechtigt, Sanktionen gegen den Bauunternehmer zu verhängen; ordnet sie Sanktionen an, so sind diese vollstreckbar aber unberechtigt und lösen einen Schadensersatzanspruch des Bauunternehmers gegen die Behörde aus. Fait de l'administration setzt ein Handeln der vertragschließenden Verwaltung voraus; die Befreiung von der Verpflichtung setzt weiter voraus, daß das Ergebnis oder die Handlung nicht auf ein Verhalten des Bauunternehmers zurückzuführen ist (extériorité), unvorhersehbar (imprévisible) bei

1) s. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 729

2) vgl. Comm. Centr., Guide, a.a.O., S. 129 ("forclusion"-Ausschluß von Einwendungen)

Vertragsschluß und vom Bauunternehmer nicht überwindbar ist (irrésistibilité).

Anordnungen zur Ausführung abweichender Leistungsinhalte können Umstände bilden, die diese Voraussetzungen erfüllen ¹⁾ dies gilt insbesondere, wenn Änderungen in Lage, Dimension oder Substanz des auszuführenden Bauwerkes gefordert werden, wie z.B. die Auferlegung von Arbeiten, die unausführbar sind. ²⁾ Die Unüberwindbarkeit (irrésistibilité) liegt nicht bereits vor, wenn die Ausführung für den Bauunternehmer teurer oder schwieriger wird ³⁾, vielmehr berücksichtigt die Rechtsprechung im Wege einer Einzelfallabwägung, welche - z.B. finanziellen - Mittel der Bauunternehmer zur Verfügung hatte und vergleicht diese Möglichkeiten im Einzelfalle mit den Anstrengungen, die er unternommen hat ⁴⁾. Diese Fälle würde man im deutschen bürgerlichen Recht wohl als Fälle der wirtschaftlichen Unüberwindbarkeit entweder lösen, indem der Bauunternehmer von Sanktionen wegen Pflichtverletzungen freigestellt würde, weil er diese nicht zu vertreten hätte mangels Verschuldens, weil ihm eine weitere Ausführung nicht zumutbar wäre (§ 275 BGB) ⁵⁾ oder

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 744

2) ders., a.a.O., Rdn. 744 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung

3) ders., a.a.O., Rdn. 732

4) ders., a.a.O., Rdn. 733

5) vgl. Jauernig-Vollkommer, BGB, a.a.O., vor § 275, Anm. 2 c, dd mit Hinweisen auf Huber; m.E. richtig

Ober den Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 242 BGB ¹⁾.

Die Bedeutung des fait de l'administration ist ähnlich wie die Bedeutung von Art. 15.22 C.C.A.G., daß der Bauunternehmer von der Verpflichtung zur Ausführung der Leistung befreit wird und einen Ausgleich für evtl. Nachteile in Geld erhält, dies insbesondere dann, wenn die Verwaltung seine - dann berechnete - Weigerung mit Sanktionen belegen sollte. Anknüpfungspunkt des Rechtssatzes sind die Mittel, die dem Bauunternehmer zur Ausführung seiner Leistung zur Verfügung stehen.

Anspruch des Bauunternehmers auf Aufhebung des Vertrages als Grenze des Anordnungsrechtes:

Um sich der Ausführung zu entziehen, kann der Bauunternehmer die Aufhebung ("résiliation") des Vertrages von der Verwaltung verlangen. Die Aufhebung erfolgt einvernehmlich oder durch gerichtliche Entscheidung ²⁾. Das Gericht hebt den Vertrag rückwirkend auf das Datum der Rechtshängigkeit auf ³⁾. Bis zur Gerichtsentscheidung ist der Bauunternehmer aber zur Ausführung der - geänderten - Leistung verpflichtet ⁴⁾. Das Aufhebungsverlangen wird damit dem Interesse des Bauunternehmers kaum gerecht. Bei Erweiterungen des Leistungsumfanges wird es selten verlangt ⁵⁾; der Bauunternehmer wird diese als Chance betrachten ⁵⁾.

1) Jauernig-Vollkommer, BGB, a.a.O., § 275 Anm. 2 c, dd und bei § 245 Anm. 5 III c, aa mit Hinweis auf BGH, MDR 53, 282; meines Erachtens unrichtig

2) vgl. Laubadère, a.a.O., Rdn. 1413, 1421, 1615

3) ders., a.a.O., Rdn. 1421, 1422 ff

4) vgl. ders., a.a.O., Rd. 1421 und 1008; Montmerle, Publics, a.a.O., 192

5) vgl. Laubadère, a.a.O., Rd. 1242, Fn. 8 a.E. u. 1247

(bb) Das französische Privatrecht zeigt eine Fülle von Vertragsmustern. Diese sind teilweise stark an die öffentlichrechtlichen Vertragsmuster angelehnt, wie z.B. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der staatlichen Eisenbahngesellschaft, der Wohnbaugesellschaften zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus, sowie des gesamten halbstaatlichen Bereichs. Für diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt jedoch inhaltlich nichts anderes als das, was bereits zu den öffentlichrechtlichen Verträgen ausgeführt wurde. Im Bereich des privaten Bauens haben die bereits erwähnten Normen AFNOR eine besondere Bedeutung; sie werden in der mir zur Verfügung stehenden Standardliteratur ¹⁾ häufig zitiert und kommentiert.

Die NF P 03 - 011 vom Mai 1966 ist nach ihrer Überschrift ein "Cahier des Clauses Générales Applicables aux Travaux de Bâtiment Définis ne varietur". Das Regelungswerk ist für Bauvorhaben gedacht, die ohne Änderungen während der Bauausführung so umgesetzt werden sollen, wie sie im Plan vorgesehen sind. Dementsprechend kann der Bauherr im Grundsatz die Festlegungen des Planes nur mit Einwilligung des Bauunternehmers ändern. Falls keine Einigung erzielt werden kann, kann der Bauherr lediglich kündigen, was einen Entschädigungsanspruch des Bauunternehmers auslöst. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt, wenn die Anordnung des Bauherrn infolge einer behördlichen oder gerichtlichen oder schiesgerichtlichen Entscheidung ergeht oder aus unvorhergesehenen Besonderheiten des Geländes herrührt. Damit führt die Norm 03 - 011 dazu, daß grundsätzlich der Bauherr sein Interesse nicht durchsetzen kann, Abweichungen vom Plan anzuordnen. Der Bauherr trägt also das volle Risiko, daß die Planung stimmt. Will er eine Abweichung, so muß er eine Einigung mit dem Bauunternehmer erzielen, der jedoch in einer

1) z.B.: Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rd. 80; Liet-Veaux, Droit, a.a.O., S. 248 f.; Llorens., Contrat, a.a.O., S. 147; Benabent, J.-Cl. Civil, Art. 1787, Louage d'ouvrage: Fasc. H., a.a.O., Rd. 76

besseren Verhandlungsposition ist, weil er weiß, daß der Bauherr bei fehlender Einwilligung lediglich kündigen kann.

Der Vertragstext beinhaltet damit keine rechtliche Lösung des Abweichungsproblems, sondern setzt dessen technische Lösung voraus, indem er davon ausgeht, daß es schlicht keine Abweichung geben wird. Gibt es doch eine, so geht dies voll zu Lasten des Bauherrn, der einen Bauunternehmer finden muß, der eine entsprechende geänderte Leistung erbringt. Für den Fall, daß nachträglich ein Abweichungsinteresse des Bauherrn entsteht, ist daher der Text der Norm 03 - 011 untauglich, das Problem des Bauherrn zu lösen. Das für diese Regelung angebrachte Argument, die Regelung ermögliche günstigere Preise und kürzere Ausführungsfristen, erscheint mir nicht schlüssig: Der Bauunternehmer braucht in den ursprünglichen Preis und die ursprünglich vereinbarte Ausführungsfrist keine Zuschläge einzubeziehen, wenn vertraglich für den Fall von Modifikationen bereits ein hinreichender Ausgleich in Geld und Zeit vorgesehen ist.

Die Norm 03 - 001 enthält ein ungleich anpassungsfähigeres Instrumentarium ¹⁾. Die Vorschriften dieser Norm werden jedoch als im Vergleich mit öffentlich rechtlichen Vorschriften wenig präzise angesehen ²⁾. Neben der mit der Norm 03 - 011 nahezu gleichlautenden Vorschrift über Modifikationen wegen bindender Entscheidungen Dritter, sieht das Muster in einigen Regelungen Möglichkeiten des Bauherrn vor, über einseitig vom Bauherrn angeordnete Abweichungen vom ursprünglich ver-

1) Montmerle, Le Moniteur des Travaux Publics vom 03.03.1973, S. 16 ff.

2) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rd. 263, Fn. 14

einbarten Plan vor:

Unter der Überschrift "Modifications dans l'importance et la nature des Travaux" (Abweichungen in der Bedeutung und der Art der Arbeiten) enthält die Norm Abschnitte zur "Augmentation de la masse de travaux" (Erhöhung des Auftragswertes), Verringerung des Auftragswertes, "Changement dans la nature des travaux" (Änderungen/Abwandlungen in der Art der auszuführenden Arbeiten). Ausdrücklich nennt die AFNOR allerdings nur ein Anordnungsrecht des Bauherrn, das der Durchsetzung der vertraglich versprochenen Leistung dient (vgl. Art. 12.2 und 07.1.4 NF P 03 - 001), nicht aber deren Änderung. Einen ausdrücklichen Leistungsänderungsvorbehalt wie in § 1 Nr. 3 VOB/B oder in Art. 2:52 C.C.A.G. enthält die Norm nicht. Auch Art. 7.1.1.1 der Norm enthält keine ausdrückliche Anordnungsbefugnis des Auftraggebers. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist der Bauunternehmer im Falle einer Vergrößerung des Auftragswertes gehalten, die zusätzlichen Arbeiten auszuführen, soweit die Vergrößerung, bewertet nach den ursprünglich im Vertrag vorgesehenen Preisen, nicht 1/4 des ursprünglichen Auftragswertes überschreitet. Der Wortlaut sagt damit nicht ausdrücklich, ob der Bauherr die Möglichkeit hat, diese Vergrößerung des Auftragswertes einseitig anzuordnen. Der im Abschnitt Allgemeines (G 2) der Norm niedergelegte Gegenstand des Vertrages, die Herstellung von nicht vollständig bei Vertragsschluß definierten Projekten zu ermöglichen, läßt jedoch den sicheren Schluß zu, daß eine derartige Änderungsmöglichkeit nach dem Vertragsmuster bezweckt ist. Ebenso wie nach deutscher juristischer Methodik ist auch im französischen Recht der Inhalt von Rechtsätzen nach deren Zweck auszulegen. Folglich ist dem Vertrag die einseitige Befugnis des Auftraggebers zu entnehmen, Änderungen innerhalb der vertraglich festgelegten Grenze anordnen zu können. ¹⁾

1) Ebenso Llorens, Contrat, a.a.O., S. 246 und Montmerle/Caston Passation, a.a.O., Rdn. 266 und Montmerle in Le Moniteur, 03.03.1973, S. 21

Dafür spricht auch die Nennung der Fallgruppen für Änderungen und die Festlegung eines Formalismus für Anordnungen des Bauherrn. Diese Fallgruppen decken die Fälle der Abweichung in der herzustellenden Sache ab ¹⁾. Folgt man der Literatur, so hat sich damit der Bauherr das Recht vorbehalten, Abwandlungen des Werkes, zusätzliche und nicht vorgesehene Leistungen des Bauunternehmers einseitig verbindlich vorzuschreiben ²⁾, indem er den Auftragswert insgesamt durch Vergrößerung oder Verkleinerung ändert, die Beschaffenheit des gesamten Werkes oder einzelner Werkleistungen ändert oder nicht vorhergesehene Werkleistungen vorschreibt. ³⁾ Also wird die französische Rechtspraxis im Bereich des von den AFNOR-Bedingungen geregelten Bereichs weitgehend dem Interesse des Bauherren gerecht, ihm Änderungen in Art und Dimension des Werkes zu ermöglichen.

Die Ausübung dieses Anordnungsrechtes führt wie im deutschen Recht dazu, daß vom Bauunternehmer nur noch mit der angeordneten Leistung erfüllt werden kann. Eine Nichterfüllung einer wirksamen Anordnung führt ähnlich dem deutschen Privatrecht zu Sekundäransprüchen einschließlich Schadensersatzansprüchen etc.. Im Gegensatz zum französischen öffentlichen Recht ist zur Vollstreckung derartiger Ansprüche ein gerichtliches Urteil erforderlich.

Voraussetzung des Anordnungsrechtes ist zum einen ein Vertrag nach AFNOR 03 - 001 von 1982 und zum anderen eine wirksam ausgeübte Anordnung des Auftraggebers.

Die Anordnung ist schriftlich zu erteilen (G 4.23 der Norm).

1) vgl. Llorens, Contrat, a.a.O., S. 246

2) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 266

3) Llorens, a.a.O., S. 246

Ebenso wie im öffentlichen Recht ist eine Besonderheit des französischen Privatrechts gegenüber dem deutschen Recht das Verfahren, welches zur Durchsetzung von Änderungsanordnungen vorgesehen ist: Der Bauherr muß die Abweichungen, die er hinsichtlich des Umfangs oder der Beschaffenheit der Arbeiten anzubringen gedenkt, schriftlich dem Bauunternehmer zur Kenntnis bringen. Die Änderungen müssen Gegenstand einer förmlichen Anordnung sein, in der insbesondere der Wert der daraus resultierenden Arbeiten oder hilfsweise die Art der Berechnung ihres Preises, sowie die Auswirkungen der Arbeiten auf die Ausführungszeiten enthalten sind. Diese Anordnung ist als schriftliches, d.h. datiertes und signiertes Dokument abzuliefern, durch welches der maître d'oeuvre (das ist der bauleitende Beauftragte des Bauherrn, zumeist sein Architekt) den Unternehmer anweist, solche Handlungen vorzunehmen, die in den Rahmen seiner Verpflichtungen aus dem Vertrag fallen (G 4.15 und 4.23 der Norm). Die Anordnung des Architekten muß vom Bauherrn gegengezeichnet sein. Soweit der Bauunternehmer weitergehende Ansprüche geltend machen will als die in der Anordnung vom Bauherrn bereits vorgesehen, so muß er sie sich innerhalb von 15 Tagen vorbehalten, sonst verliert er sie.

Neben den durch diese Formvorschrift vorgesehenen formellen Grenzen des Anordnungsrechtes treten auch nach französischem Recht materielle Begrenzungen: Eine quantitative Grenze zieht Art. 7.1.1.1 der Norm von 1982 für zusätzliche Leistungen, indem die Vorschrift die Verpflichtung des Bauunternehmers nur für solche zusätzliche Arbeiten vorsieht, die - bewertet nach den ursprünglich vorgesehenen Preisen - 1/4 des Auftragswertes nicht übersteigen. Da "die ursprünglichen Preise" nur für im Betrag vorgesehene Leistungen bestehen, wird die Begrenzung nur für im Vertrag bereits mit einem Preis belegte Leistungsarten eingreifen können. Dies entspricht auch dem französischen öffentlichrechtlichen Verständnis, wonach zusätzliche Leistungen (travaux supplémentaires) solche sind,

die zwar ursprünglich in der Kalkulation des Gesamtpreises der gesamten auszuführenden Werkleistung nicht enthalten sind, für die jedoch ein Preis in der vertraglichen Preisliste steht ¹⁾. Das können Mehr-Mengen bei unverändertem Leistungsinhalt sein oder Ausführungsarten, die für durch die Anordnung geänderte Werkleistungen ebenso anfallen.

Die Rechtsfolgen bei Überschreitung des Grenzwertes sind folgende: Bei geänderter Werkleistung durch die Anordnung ist der Bauunternehmer nicht gebunden, braucht die Anordnung also nicht zu erfüllen. Außerdem kann er den Vertrag kündigen. Das kann er auch bei unveränderter Werkleistung, d.h. Mehr-Mengen wegen Fehler im Mengenansatz.

Im übrigen enthält die Norm keine ausdrückliche Grenzziehung für das Anordnungsrecht des Bauherrn. Die ausdrückliche Regelung der übrigen vorgesehenen Fallgruppen (Verringerung des Auftragswertes, Abwandlungen der auszuführenden Werkleistungen, Abweichungen in Art und/oder Menge von Teilleistungen) bezieht sich jeweils nur auf die Kostenfolgen, nicht auf das Anordnungsrecht selbst.

Aus den "Principes généraux du droit" leitet die Literatur ²⁾ weitere Einschränkungen ab: Der Bauherr kann nicht vom Bauunternehmer die Verwirklichung von Arbeiten verlangen, die dem Gegenstand des Vertrages fremd sind. Außerdem ist das Anordnungsrecht im Falle einer mißbräuchlichen Ausübung ausgeschlossen, z.B. bei unzusammenhängenden Anordnungen ³⁾.

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1245

2) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rd. 256

3) vgl. Montmerle/Caston, a.a.O., Rdn. 257, dort Fußnote 6, der Fall betraf allerdings keine Ausführungsverweigerung, sondern einen Schadensersatzanspruch. Ausdrückliche Äußerungen der ordentlichen Gerichte zur Leistungsverweigerung fehlen.

(c) Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem deutschen und dem französischen Recht

Zum Inhalt der Vorschriften:

Gemeinsamkeiten zwischen den Regelungen des deutschen und des französischen Rechts bestehen weitgehend in der Rechtsfolge einer Anordnung zur Herstellung einer anderen als der ursprünglich im Vertrag vorgesehenen Sache. Sowohl im deutschen als auch im französischen Recht gibt es Vorschriften, denzufolge der Inhalt von Anordnungen des Bauherrn zum vom Bauunternehmer herbeizuführenden Erfolg verbindlicher Vertragsinhalt werden und den ursprünglich vertraglich vorgesehenen Leistungsinhalt ersetzen. Dementsprechend sind die Folgen einer Erfüllung oder Nichterfüllung dieselben wie bei der Erfüllung oder Nichterfüllung der im Vertrag vorgesehenen Leistung, d.h. wenn die Anordnung nicht erfolgt wäre. Die Sanktion der Nichterfüllung ist nicht vollständig identisch, insbesondere ist die Sanktion an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. Obereinstimmend aber kennen beide Rechtsordnungen die Rechtsfolgen Schadensersatz, Ersatzvornahme, Rücktritt. Dementsprechend stimmen die wirtschaftlichen Folgen für die Bauunternehmer in den Fällen überein, in denen beide Rechte dieselben Rechtsfolge vorsehen. Gemeinsam ist auch die grundlegende Voraussetzung: Eine Anordnung des Auftraggebers, d.h. die einseitige bindende Erklärung des Bauherrn, eine in seiner Erklärung bezeichnete Sache anstelle der ursprünglich bezeichneten Sache zu wollen.

Wesentliche Unterschiede bestehen zunächst zur Rechtsfolge darin, daß das französische öffentliche Recht im Gegensatz zum französischen Privatrecht und zum deutschen Bauvertragsrecht dem Bauherrn die Möglichkeit gibt, selbst Sanktionen vollstreckbar anzuordnen, und dies selbst dann vorsieht, wenn keine Pflichtverletzung des Bauunternehmers gegeben ist. Einen effektiven und schnellen Rechtsschutz gegen diese Sanktionen hat der Bauunternehmer in Frankreich nicht. Weitere Unterschiede bestehen im Inhalt der Sanktionen: Dem fran-

zösischen öffentlichen Recht ist über die in deutschen Recht gleichen Sanktionen hinaus die Möglichkeit einer "mise en régie" gegeben. Dies bedeutet, daß der Bauherr die Verfügungsgewalt über die Mittel des Bauunternehmers bekommt, d.h. er leitet selbst die Bauausführung und bedient sich dazu der Mittel des Bauunternehmens.

Unterschiede zeigen sich aber auch bei den formellen und materiellen Kriterien, die im deutschen und im französischen Recht zur Eingrenzung des Anordnungsrechts angewandt werden. Die materiellen Kriterien setzen zur Eingrenzung des Anordnungsrechtes in beiden Rechtsordnungen zum einen an der Art der Änderung an, zum anderen aber auch an dem vom Bauunternehmer zu leistenden Mitteleinsatz. Die Grenze für die Art der Änderung ist im deutschen Recht durch den Begriff der "Neuplanung" festgelegt. Einen ähnlichen Begriff nutzt das französische öffentliche Recht in Art. 15.22 C.C.A.G., indem es als Grenze für Anordnungen auf Änderungen in den Nutzungsbedingungen und/oder Bedürfnissen abstellt, denen das zu errichtende Bauwerk dienen soll, d.h. auf die Funktion des Bauwerkes; allerdings ergänzt das französische Recht die Voraussetzungen kumulativ um das Erfordernis der dadurch bedingten Erhöhung des Auftragswertes um 1/10. Damit führt das französische Recht einen völlig anderen Begriffstyp zur Abgrenzung ein, als ihn die VOB/B kennt, nämlich ein quantitatives Kriterium. Ebenso stellt das französische Privatrecht in der Norm AFNOR quantitativ auf eine Erhöhung des Auftragswertes um 1/4 durch zusätzliche Arbeiten ab, wobei die Regelung nur für solche Arbeiten gilt, für die im Vertrag ein Preis vorgesehen ist. Für Änderungsanordnungen hinsichtlich des Werkinhaltes nennt die Norm keine Grenze, obgleich Fälle durchaus vorstellbar sind, in denen durch eine Änderung der Werkleistung keine Vergrößerung des Auftragswertes eintritt, die Durchführung sich durch die Änderung aber deutlich ändert und damit für den Bauunternehmer zu erheblichen Schwierigkeiten führt. Für

diese Fälle greift das französische Privatrecht auf einen dem Begriff der "Neuplanung" ähnlichen Begriff "werkfremde Leistung" zurück.

Nach dem Mitteleinsatz des Bauunternehmers begrenzt das deutsche Recht in § 1 Nr. 4 VOB/B das Anordnungsrecht des Bauunternehmers, indem es die Frage, ob der Bauunternehmer die für die Änderung erforderlichen Mittel der Art nach hat, und ob die Menge der ihm zur Verfügung stehenden Mittel hinreichend ist - etwa falls er die Mittel für einen anderen Einsatz verplant hat - im Rahmen der Ausübung des Anordnungsrechts nach billigem Ermessen analog § 315 BGB unter dem Gesichtspunkt Austauschgerechtigkeit und Zumutbarkeit für den Bauunternehmer berücksichtigt. Das französische öffentliche Recht kennt eine ähnliche Bestimmung der Opfergrenze des Bauunternehmers durch die Begrenzung "fait du prince", falls die Änderungsanordnung auch mit äußerster Anstrengung der gegebenen Mittel des Bauunternehmers nicht erfüllbar ist und diese Anordnung nach dem Vertrag für den Bauunternehmer nicht vorhersehbar war, was etwa bei Anordnungen der Fall sein dürfte, die Kenntnisse und Maschinen eines anderen Gewerkes erfordern. Generell wird man bei Anwendung der Vorschriften des deutschen Rechts und des französischen öffentlichen Rechts zu einer ähnlichen Grenzziehung kommen, soweit es um die Frage geht, welchen Kapazitätseinsatz man vom Bauunternehmer zusätzlich zur Durchführung von Anordnungen erwarten kann. Der Unterschied liegt wohl darin, daß nach französischem Recht der Bauunternehmer im Rahmen des Zumutbaren auch zur Beschaffung von Mitteln verpflichtet ist, die in seinem Betrieb der Art nach nicht vorhanden sind, während das deutsche Recht von vornherein den Mitteleinsatz im Grundsatz auf die der Art nach im Betrieb vorhandenen Kapazitäten beschränkt und nur bei überwiegender Interesse des Bauherrn eine Beschaffungspflicht des Bauunternehmers annimmt.

Besonders deutliche Unterschiede bestehen in den förmlichen Kriterien zur Einschränkung der Wirksamkeit der Anordnung. Während dem deutschen Recht eine mündliche Anordnung des Bauherrn oder seines Bevollmächtigten genügt, sind im französischen Recht besondere Zuständigkeiten und Förmlichkeiten zu beachten. Ausschließlich zuständig für die Abgabe der Anordnungserklärung ist im öffentlichen Bauvertragsrecht in Frankreich der "maître d'oeuvre", d.h. der Architekt des Bauherrn (vgl. Art. 15.22 und 2.51 C.C.A.G.). Im Privatrecht gilt dies nach der AFNOR-Norm von 1982 ebenso (G 4.23).

Die Anordnung ist schriftlich zu geben, datiert und signiert (Art. 2.51 C.C.A.G.; G 4.23 AFNOR von 1982). In der Norm AFNOR von 1982 ist außerdem vorgesehen, daß zunächst der Bauherr selbst die Modifikation schriftlich niederlegt und sodann die Anordnung vom Architekten formuliert wird und zu ihrer Wirksamkeit vom Bauherrn gegenzuzeichnen ist. Zusätzlich ist der Bauherr verpflichtet, in die Anordnung einen Vorschlag zur Vergütung der geänderten Leistung und zur Zeitverschiebung aufzunehmen (Art. 7.1.4.1 der Norm).

Umgekehrt bestehen im französischen Recht im Gegensatz zum deutschen Recht außerdem Förmlichkeiten, deren Mißachtung durch den Bauunternehmer zum Ausschluß der Einwendungen des Bauunternehmers führen. Nach C.C.A.G. hat beim öffentlich-rechtlichen Vertrag der Bauunternehmer seine Weigerung, die Anordnung auszuführen, gegenüber dem verantwortlichen Vertreter des Bauherrn (das ist die natürliche Person, die den Bauherrn nach dem Gesetz oder aufgrund einer für die Bauausführung erteilten Vollmacht vertritt) innerhalb von 15 Tagen nach Erhalt der Anordnung seinen Vorbehalt zu erklären und zu begründen. Sonst verliert der Bauunternehmer das Recht, die Leistung wegen Überschreitung des Anordnungs-

rechtes zu verweigern, soweit er die die Weigerung begründenden Tatsachen hätte erkennen können (Art. 15.22 Abs. 3 C.C.A.G.). Nach AFNOR bestehen ähnliche Ausschlußvorschriften (Art. 7.1.4.2 der Norm).

Zur Systematik der Vorschriften:

Gemeinsamkeiten bestehen zum einen darin, daß beide Rechte die Rechtsfolgen von Erfüllung und Nichterfüllung der Anordnung nicht weiter spezifizieren, d.h. die allgemeinen Vorschriften über Erfüllung/Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen eingreifen. Die Idee in beiden Rechtsordnungen ist also, daß die angeordnete Leistung die ursprünglich vorgesehene Leistung ersetzt. Außerdem ist in beiden Rechtsordnungen zur Bestimmung der Opfergrenze des Bauunternehmers auf allgemeine Rechtsprinzipien (Analogie zu § 315 BGB, 242 BGB im deutschen Recht/fait du prince im französischen Recht) abgestellt.

Unterschiede in der Systematik fallen auf: Die französischen Vorschriften fassen die Vorschriften über die Wirksamkeit der Anordnung und die Regelung der Folgen von Anordnungen in einer Vorschrift zusammen und zwar als Teil der Preisregelung im C.C.A.G. (Art. 15); dagegen ist die Anordnungsfrage im deutschen Recht getrennt als Frage des Leistungsumfangs (§ 1 VCB/B) von der Frage der Auswirkung auf den Preis (§ 2 VCB/B).

Zum Wortlaut:

Auffällig ist, daß der Wortlaut der öffentlich-rechtlichen C.C.A.G. im Regelfall detaillierter ist als der Wortlaut der VOB/B. So ist in Art. 15.22 ausdrücklich die Funktionsänderung als materielles Abgrenzungskriterium für das Recht

des Bauunternehmers vorgesehen, die Ausführung einer Anordnung zu verweigern; hingegen ergibt sich die Grenze des Anordnungsrechts in der VOB/B "Neuplanung" erst aus der Kommentarliteratur. Ähnlich ist die Erweiterung des Begriffs Bauentwurf auf alle die herzustellende Sache bestimmenden Merkmale erst der Sekundärliteratur zu entnehmen, während französische öffentliche Recht im C.C.A.G. ein allgemeines, umfassendes Anordnungsrecht als Grundsatz festlegt (Art. 2.52).

Gemeinsam ist beiden Rechten, daß zur Bestimmung der Opfergrenze auf unbestimmte Rechtsbegriffe (Zumutbarkeit etc.) zurückgegriffen wird; lediglich in der VOB/B ist eine Konkretisierung auf die Art der Leistungen vorgenommen, auf die der Betrieb des Bauunternehmers eingerichtet ist.

(a) Beurteilung der Unterschiede

Vor der Bewertung der Unterschiede seien kurz die Kriterien diskutiert, nach denen die Bewertung erfolgen soll.

(aa) Kriterien zur Beurteilung eines Rechtstextes gibt es viele. Genannt werden u.a.:

- Adressatengerechtheit,
- Verständlichkeit,
- Widerspruchsfreiheit,
- Übersichtlichkeit,
- Bestehen eines Regelungsbedarfs ¹⁾
- Billigkeit der Vorschrift

1) Hill, Einführung, S. 106

- Flexibilität bei der Rechtsanwendung ¹⁾,
- Umfang, Aussagekraft, Präzision, Verständlichkeit, Adäquanz ²⁾

All diese Kriterien lassen sich m.E. auf drei Merkmale reduzieren:

/1./Eine Regelung muß zu einer differenzierten Behandlung von Fällen führen, sonst ist sie überflüssig. Das bedeutet zunächst, daß die durch die Rechtsfolge angeordneten noch herbeizuführenden Tatsachen vom bestehenden Zustand abweichen. So würde es keinen Sinn machen, dem Bauherrn einen Anspruch gegen den Bauunternehmer einzuräumen, wonach der Bauunternehmer Kosten für die Ausführung von Anordnungen zu tragen hätte, die er bereits ausgeführt hat; denn wenn er sie ausgeführt hat, wird er sowieso bereits mit den Kosten belastet sein.

Dieses Kriterium bedeutet ferner, daß die Festlegung von Tatbestandsmerkmalen nur dann einen Sinn macht, wenn es Fälle gibt, die abweichend behandelt werden.

/2./Die in einer Regelung enthaltenen Tatbestandsmerkmale müssen als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge wertungsmäßig geeignet sein. Ob dies der Fall ist oder nicht, läßt sich m.E. nur im Einzelfall bei jeder einzelnen Regelung feststellen.

/3./Die Anwendung einer Regelung muß verläßlich sein, d.h. wenn mehrere ihrer Adressaten denselben Fall beurteilen, sollte die Regelung zu derselben Entscheidung führen.

1) Hill, Einführung, a.a.O., S. 109

2) Hill, a.a.O., S. 119

Dabei hängt die Verlässlichkeit zunächst davon ab, ob der Adressat ¹⁾ die Tatsachen zu erkennen vermag, die der Entscheidung zugrunde liegen, d.h. er muß nahe genug an die Tatsachen herankommen und die Tatsachen dürfen ihm nicht durch die Notwendigkeit des Einsatzes besonderer Mittel (z.B. Laboreinrichtungen) oder Kenntnisse (z.B. naturwissenschaftliche Kenntnisse) verschlossen sein, über die er nicht verfügt. Ferner hängt die Verlässlichkeit einer Regelung davon ab, daß die Begriffe handhabbar sind, d.h. daß kein zu großer individuell unterschiedlicher Wertungsspielraum besteht.

(bb) Übertragen auf die zwischen dem deutschen und dem französischen Recht bestehenden o.g. Unterschiede bedeutet dies:

Uninteressant für eine Übertragung in das deutsche Recht ist die - zumindest vor Neufassung des C.C.A.G. gegebene - Möglichkeit des öffentlichen Bauherrn in Frankreich, die Anordnung selbst vollstreckbar festzusetzen, da es dadurch für die Durchsetzbarkeit der Anordnung nur noch darauf ankommt, daß der Bauherr sie unter Berücksichtigung evtl. Ansprüche des Bauunternehmers auf Ausgleich in Geld - will, und der Bauunternehmer sie durchführen kann. Dies entwertet die differenzierte Regelung der Grenzen des Anordnungsrechtes. Der Wille des Bauherrn allein ist im Hinblick auf die durchaus möglicherweise nicht in Geld vollständig ausgleichbaren Nachteile des Bauunternehmers kein für die Abgrenzung geeignetes Kriterium.

Die Sanktion "mise en régie" liegt nicht im Interesse des Bauherrn, da der Bauherr den Bauunternehmer gerade deshalb einsetzt, weil er selbst ein Bauunternehmen nicht

1) Hill, a.a.O., S. 96 ff, nennt das Funktionsgerechtigkeit - gemeint ist wohl eher Funktionsgerechtheit - und unterteilt in Kriterien, die die Systematik, die Regelung, die Darstellung, und Verkündung nach den Gesichtspunkten, Verständlichkeit und Vollziehbarkeit beurteilen

oder nicht wirtschaftlich genug führen kann.

Auf das Problem des Bauunternehmers, daß die Anordnung zu einer Mittelnachfrage führen kann, die der Bauunternehmer nicht zu befriedigen vermag, kennt das französische Recht keine über das deutsche Recht hinausweisenden Lösungsansätze:

Ebensowenig wie der Begriff der Neuplanung des deutschen Rechts ist die im französischen Recht anhand der Begriffe "Funktionsänderung oder werkfremde Leistung" vorgenommene Begrenzung des Anordnungsrechts zur Lösung dieses Problems geeignet: Für dieses Problem ist es unwichtig, wie die neue Sache aussieht; vielmehr ist insoweit nur die erforderliche Durchführungsänderung entscheidend. Nur diese kann Nachteile für den Bauunternehmer mit sich bringen. Änderungen des Leistungserfolges haben keinen hinreichend direkten Einfluß auf die Durchführung, insbesondere auf die Kapazitätsnachfrage, als daß das Kapazitätsproblem durch Begrenzung des Anordnungsrechts hinsichtlich des Leistungsinhalts erfaßbar wäre.

Im Ergebnis gilt dies entsprechend für die Begrenzung nach der Erhöhung des Auftragswerts. Dieser hängt - selbst wenn er entsprechend der Kostenentwicklung kalkuliert wird - nicht direkt vom Mitteleinsatz ab, da er nur deren Wert ausdrückt, nicht aber deren Art und Menge.

Die Begriffe kommen aber in Betracht, um eine Maximal-Grenze für die Leistungspflicht des Bauunternehmers zu bilden und eine schrankenlose Leistung zu vermeiden. Der Begriff Neuplanung des deutschen Rechts ist dazu wenig geeignet, weil seine Grenze nicht klar ist. Die "Änderung im Verwendungszweck oder in den Nutzungsbedingungen" ist wenig klarer als "Neuplanung" und schafft keine Grenze bei nur technisch und nicht funktional bedingten Änderungen.

Vorzüge im Hinblick auf die Verlässlichkeit bei der Rechts-

anwendung hat die Abgrenzung nach der Erhöhung des Auftragswerts in Art. 15.22 C.C.A.G.:

- Die Grenze 10 % ist als quantitativer Begriff klar, sobald der Auftragswert ermittelt ist,
- der Auftragswert ist vom Bauunternehmer und vom Bauherrn gleichermaßen sowieso festzustellen, wenn es um die Endabrechnung geht; es ist möglich, ihn vorauszukalkulieren,
- es ist ein technischer Begriff, es geht um Kalkulationen, die von den beteiligten Technikern durchgeführt werden können und sowieso für die Endabrechnung durchgeführt werden müssen. Evtl. bei Erhöhungen des Auftragswertes zu berücksichtigende neue Preise für im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen sind den beteiligten Verkehrskreisen geläufig.
- Außerdem bringt der Auftragswert mittelbar die Erhöhung des Mitteleinsatzes zum Ausdruck. Der rechtsanwendungstechnische Nachteil, eine inzidente Prüfung der Gegenleistung zu erfordern, tritt hinter den Vorteilen zurück.

Somit rechtfertigen die Vorteile der Regelung eine Übernahme - allerdings unter Erhöhung des Grenzwertes auf 1/3, da dieser nur eine Maximalgrenze bilden soll, die - anders als 10 % - im Regelfall nicht erreicht wird. Im übrigen bleibt es bei der Festsetzung nach billigem Ermessen, da sich auch im französischen Recht keine bessere Lösung findet, um die Kapazitätsgrenzen des Bauunternehmers und das Leistungsinteresse des Bauherrn abzugrenzen.

Die Schriftform als Voraussetzung für eine wirksame Anordnung ist übernehmenswert. Sie dient dem Schutz des Bauunternehmers. Der zusätzliche Formalismus für die Abwicklung erscheint mir demgegenüber akzeptabel.

Aus den gleichen Gründen halte ich die klare Zuständigkeit des Architekten und die Notwendigkeit der Gegenzeichnung durch den Bauherrn selbst für vernünftig. Sie entspricht aber nicht der gängigen Rollenverteilung in Deutschland und soll deshalb nicht zur Übernahme vorgeschlagen werden.

Uninteressant hingegen ist die Einführung der Pflicht des Bauherrn, Auswirkungen auf die Zeit und den Preis der Leistung festzusetzen, da er dies häufig gar nicht leisten kann. Für den Bauherrn ist es besser, wenn der Bauunternehmer eine Vorstellung entwickelt, die er dann prüfen kann; dies ist auch aus der Sicht des Bauunternehmers zweckmäßiger, weil er seinen Betrieb kennt.

Es ist zweckmäßig, den Bauunternehmer mit einer Weigerung zur Ausführung einer Anordnung auszuschließen, die er nicht schriftlich innerhalb von 15 Tagen nach der Anordnung geltend macht.

Dies ist im Interesse des Bauherrn geboten, dient aber letztlich beiden Parteien, da es die Fronten alsbald klärt.

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen außerhalb der VOB wäre die Klausel unwirksam, da sie - als Verzichtsfiktion formuliert - gem. § 10 Nr. 5 AGBG unwirksam wäre. Bei Formulierung als Verwirkungsklausel wäre sie nach § 9 AGBG unwirksam, da das Gesetz die Ablehnung von Ansprüchen, deren Voraussetzungen nicht vorliegen, nicht an Formen oder Fristen knüpft und dasselbe Ergebnis einträte wie bei einer vom AGB-G nicht gebilligten Erklärungsfiktion.

Innerhalb der VOB/B wäre die Klausel wirksam, da § 10 Nr. 5 AGBG auf VOB-Klauseln keine Anwendung findet (§ 23, Nr. 5 AGBG). Daraus ist zu schließen, daß solche Klauseln und Klauseln gleicher Wirkung in der VOB auch nicht nach § 9 AGBG als unangemessen anzusehen sind, sonst würde die Freistellung nach § 23 Nr. 5 AGBG leerlaufen. Der ebenfalls einen Verwirkungstatbestand enthaltende § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B ist als wirksam in der Rechtsprechung anerkannt ¹⁾.

1) vgl. z.B. BGH NJW 72, 51; 74, 236

Oberdies ist es erforderlich, den Bauherrn bei seiner Ermessensentscheidung nur zur Einbeziehung solcher Umstände aus dem Bereich des Bauunternehmers zu verpflichten, die er kennt oder die ihm der Bauunternehmer nachträglich innerhalb von 14 Tagen zur Kenntnis bringt, da sonst eine sichere Ermessensentscheidung nicht möglich ist. Im Rahmen der VOB ist diese Regelung mit dem AGBG vereinbar: Der Leistungsänderungsvorbehalt wird nicht nach § 10 Nr. 4 AGBG unzulässig; denn der Bauunternehmer hat die Möglichkeit, seine Interessen geltend zu machen, und die Beschränkung ist erforderlich, damit eine verlässliche Leistungsänderung durch den Bauherrn möglich wird, an der er ein wesentliches berechtigtes Interesse hat. Die Einschränkung ist aus diesem Grund auch nicht unangemessen i.S.v. § 9 AGBG.

Die Systematik der VOB/B, wonach die Leistungsänderung und die Preisanpassung in zwei verschiedenen Paragraphen voneinander getrennt behandelt werden, ist klarer und damit besser als die Zusammenfassung unter der generellen Überschrift "Preis" wie im C.C.A.G., vorausgesetzt allerdings, daß beide Paragraphen wie bisher knapp und übersichtlich aufeinander folgen.

Das Wort "Bauentwurf" hat sich als zu eng erwiesen (s.o.). Entweder man nimmt wie im französischen C.C.A.G. ein allgemeines Anordnungsrecht an oder wählt einen weiteren Wortlaut. Nicht zweckmäßig ist die Übernahme eines allgemeinen Anordnungsrechts nach französischem Beispiel, sondern der Wortlaut "Anordnungen des Bauherrn, die die Leistung in Art oder Umfang ändern", denn ein allgemeines Anordnungsrecht würde auch das Recht zur Anordnung einzelner Durchführungsmaßnahmen beinhalten. Dies ist unter dem Gesichtspunkt Arbeitnehmerüberlassung kritisch. Außerdem würde es der Dogmatik des Bauvertrages als Werkvertrag nicht gerecht.

(e) Daraus ergibt sich folgender Vorschlag zur Neufassung von § 1 Nr. 3 VOB/B:

"3. Dem Auftraggeber bleibt vorbehalten, Änderungen der Leistung in Art und Umfang anzuordnen. Die Anordnung ist nur verbindlich, wenn sie schriftlich erfolgt.

Die Anordnung trifft der Auftraggeber nach billigem Ermessen. Umstände, die den Betrieb des Auftragnehmers betreffen, insbesondere die dem Auftragnehmer zur Verfügung stehenden Mittel, braucht er nur dann zu berücksichtigen, wenn er sie kennt, sie offensichtlich sind oder der Auftragnehmer sie ihm innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Anordnung mitteilt.

Der Auftragnehmer kann die Ausführung einer Anordnung verweigern, wenn sie ggf. zusammen mit früheren oder gleichzeitigen Anordnungen zu einer Erhöhung des Auftragswertes gegenüber dem ursprünglichen um 1/3 führt und er sich sein Weigerungsrecht innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Anordnung schriftlich gegenüber dem Auftraggeber vorbehält.

Der ursprüngliche Auftragswert wird nach den im Vertrag vorgesehenen Preisen und Mengen bestimmt, zuzüglich eventueller Nachtragsvereinbarungen. Der Betrag, um den der Auftragswert steigen würde, wird nach den vertraglichen Vorschriften über den Preis der Leistung berechnet."

b) Abweichungen im Herstellungszeitpunkt

Das neben den Abweichungen im körperlichen Erfolg stehende zweite den Erfolg des Bauens bestimmende Element, der Herstellungszeitpunkt, berührt die Interessen der Parteien in je nach Lage des Falles unterschiedlicher Weise. Es ist möglich, daß der Bauherr aus einer später als vorgesehenen Herstellung keinen Nachteil erleidet, jedoch kann die Herstellung des Bauwerkes teurer werden, indem etwa Folgeunternehmen den Vertrag vorzeitig kündigen, so daß eine gänzlich neue Planung der weiteren Durchführung erforderlich wird. Eine verspätete Herstellung kann überdies zu entgangenem Gewinn für den Bauherrn führen, wenn dieser wegen der Verspätung nicht wie ursprünglich vorgesehen das Gebäude zu nutzen vermag. Herstellungszeitpunkt bezeichnet im folgenden nur den Zeitpunkt, zu welchem das Werk im oben genannten Sinne als körperlicher Erfolg vollendet ist.

Zweck eines Wunsches des Bauherrn, die Herstellung früher als geplant zu beenden, kann sein, daß dadurch Folgebeziehungen erleichtert oder verbilligt werden, oder darin liegen, daß der Bauherr früher als vorgesehen das Bauwerk nutzen will. Der Bauherr kann aber auch daran interessiert sein, die Verlängerung der Ausführung zu erreichen, wenn z.B. ein Vorgewerk die Leistung noch nicht ausgeführt hat, oder er in Finanzierungsschwierigkeiten gerät und er Zahlungstermine verzögern will, die vom Baufortschritt abhängen. Ein weiterer Grund kann sich daraus ergeben, daß der Bauunternehmer einen Ausgleich für Änderungen der herzustellenden Sache, z.B. wegen Mehrmengen verlangt und der Bauherr ihm diesen durch Einräumen einer längeren Ausführungsfrist gewähren möchte, um dadurch evtl. finanzielle Ausgleichsansprüche zu verringern.

Wiederum geht dem Problem der Änderung das Problem voraus, eine Festlegung zu erreichen, d.h. eine Festlegung des Her-

stellungszeitpunktes.

aa) Deutsches Recht

Die Feststellung des Herstellungszeitpunktes kann nach deutschem Recht bereits kalendermäßig im Vertrag enthalten sein, indem ein Bauzeitenplan in den Vertrag einbezogen ist, wobei nach der Auslegungsregel in § 5 Nr. 1 VOB/B lediglich der Endzeitpunkt verbindlich ist, nicht die im Bauzeitenplan festgelegten Einzelfristen. Die Überschreitung der Frist führt zu den Verzugsfolgen, d.h. Auftragsentziehung (§§ 8 Nr. 3 und 5 Nr. 4 der VOB/B) mit Ersatzvornahme auf Kosten des Auftragnehmers oder Schadensersatz (§ 6 Nr. 6 VOB/B).

Im Regelfall wird der Vertrag keine zeitliche Festlegung enthalten, vielmehr ergibt sich der verbindliche Herstellungszeitpunkt durch einen Abruf des Bauherrn, indem der Bauherr den Beginn der Ausführung einseitig abrufte. Ab dem Beginn der Ausführungszeit, d.h. ab Abruf, läuft dann die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist, hilfsweise eine angemessene Ausführungsfrist. Mit deren Ablauf ist dann die Herstellung fällig (§ 5 Nr. 2 VOB/B).

Änderungsmöglichkeiten hat der Bauherr einseitig nach der VOB/B nur in eingeschränktem Maße:

§ 1 Nr. 3 VOB/B greift nicht ein. Als Änderung des Bauentwurfes ist eine Vorverlegung des Herstellungszeitpunktes nicht anzusehen¹⁾. Zwar ist auch der Herstellungszeitpunkt als Teil der Erfolgsplanung im technischen Sinne anzusehen und damit zum Entwurf des Baues im weitesten Sinne zu rechnen, jedoch bezweckt § 1 Nr. 3 VOB/B lediglich die Sicherung eines den Vorstellungen des Auftraggebers entsprechenden Werkes. Oberdies entspricht es nicht dem allge-

1) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 1 Rd. 25

meinen sprachlichen Wortsinn, die Zeitplanung als Teil eines Bauentwurfes anzusehen.

§ 5 Nr. 1 VOB/B gibt dem Auftraggeber kein Änderungsrecht hinsichtlich der Ausführungsfristen. Nach § 5 Nr. 2 VOB/B kann der Auftraggeber die Leistung zwar nach billigem Ermessen abrufen. Der Beginn und damit die Herstellungszeit ist jedoch in Folge des Abrufes festgelegt, der Vertrag gestaltet. Hieran ist der Auftraggeber wie an eine vereinbarte vertragliche Klausel gebunden. Ein Änderungsvorbehalt ist § 5 Nr. 2 im Gegensatz zu § 1 Nr. 3 VOB/B nicht zu entnehmen. Der Auftraggeber kann eine Verkürzung nach § 305 BGB durch einvernehmliche Abänderung des Vertrages erreichen. Hierzu kann er den Auftragnehmer z.B. durch das Versprechen einer Prämie motivieren. Der Auftraggeber befindet sich jedoch in einer nachteiligen Verhandlungssituation¹⁾, da er nicht ohne weiteres auf einen anderen Unternehmer ausweichen kann.

Demnach kann der Auftraggeber nur in den Fällen des Wegfalles der Geschäftsgrundlage eine Vorverlegung der Herstellung vom Auftragnehmer verlangen.

Der Auftraggeber kann bei nicht vertraglich fixiertem Herstellungszeitpunkt den Beginn der Ausführung und damit den Herstellungszeitpunkt steuern. Ist dieser aber festgelegt, so ist er auch für den Auftraggeber verbindlich. Will der Auftraggeber das Werk später haben als vertraglich fällig (Aufschub), so kann er den Vertrag nach § 8 Nr. 1 I VOB/B mit der Folge kündigen, dem Auftragnehmer die Vergütung abzüglich ersparter Kosten zahlen zu müssen - was er wohl ungern tun wird.

1) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2, Rd. 67

Ein Anordnungsrecht des Bauherrn, die Ausführung der Arbeiten auszusetzen, ist in der VOB/B nicht vorgesehen.

Der Bauherr könnte deshalb in Betracht ziehen, schlicht die Abnahme zum vorgesehenen Herstellungszeitpunkt zu verweigern oder zur Herstellung erforderlicher Mitwirkungshandlungen (Stellung des Grundstücks, Ausführung von Vorgewerken, Koordination mit anderen Bauunternehmern) zu unterlassen, um auf diese Weise eine spätere Herstellung zu erreichen. Hinsichtlich der Abnahme hat indes der Bauunternehmer einen klagbaren Abnahmeanspruch (§ 640 BGB). Hinsichtlich der Mitwirkungshandlungen ist im Grundsatz anzunehmen, daß sie als Obliegenheiten des Bauherrn anzusehen sind und deshalb vom Bauunternehmer nicht eingeklagt werden können¹⁾. Die bloße Verzögerung der Ausführung kann der Bauherr also erreichen. Sein eigentliches Ziel, durch die Verzögerung auch Vergütungsansprüche des Bauunternehmers hinauszuzögern, erreicht er jedoch nicht: Der Bauunternehmer hat nach § 9 VOB/B die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterläßt und dadurch den Auftragnehmer außerstand setzt, die Leistung auszuführen (Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB). Die bis dahin erbrachten Leistungen sind dann nach den Vertragspreisen abzurechnen. Außerdem hat der Auftragnehmer Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB. Außerdem kommt eine Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B in Betracht, falls durch die Unterlassung des Bauherrn eine Unterbrechung der Arbeiten des Auftragnehmers von mehr als drei Monaten Länge herbeigeführt wird. Im gesetzlichen Werkvertragsrecht gelten §§ 642, 643 und 645 für die Kündigungsmöglichkeit des Bauunternehmers. Diese

1) h.M., str., vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 4 Rd. 12 m.w.N.; Nicklisch vertritt die Gegenansicht (echte Schuldnerverpflichtung)

Regelungen entsprechen den Regelungen in der VOB/B. Außerdem kann bei grundloser endgültiger Verweigerung einer Mitwirkungshandlung das Verhalten des Bauherrn als positive Forderungsverletzung gewertet werden, welche bereits vor Fertigstellung des Werkes ohne Rücksicht auf die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers (§ 641 BGB) die volle Vergütungspflicht des Bauherrn begründet¹⁾. Außerdem könnte der Bauunternehmer auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen (§§ 322 Abs. 2, 295 Satz 2, 295 Satz 1 2. Alternative, 293 BGB). Schließlich können Zahlungsansprüche des Bauunternehmers gegen den Bauherrn entstehen, die über den ursprünglichen Vergütungsanspruch hinausgehen (Ersatzansprüche - §§ 642 BGB, 9 Abs. 1 VOB/B -; Schadensersatzansprüche § 6 Nr. 6 VOB/B und positive Forderungsverletzung).

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß der Bauherr beim VOB-Vertrag letztlich keine Möglichkeit hat, den einmal festgelegten Herstellungszeitpunkt seinen Vorstellungen entsprechend vor- oder zurückzulegen.

Nach dem gesetzlichen Werkvertragsrecht wird die Bindung des Bauunternehmers zur Vermeidung der Nichtigkeit des Vertrages nach § 271 I BGB erreicht, wonach der Gläubiger die Leistung im Zweifel sofort verlangen kann, wenn eine Leistungszeit nicht bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist. Bei der Ausführung einer Bauwerksleistung ist aus den Umständen zu entnehmen, daß die Leistung erst nach der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Zeit²⁾ fällig,

1) BGHZ 50, 175 ff.

2) Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., § 271, Anm. 3 b mit weiteren Nachweisen

d.h. einklagbar ist. Kann der Bauunternehmer jedoch nicht sofort mit der Ausführung beginnen und ist der frühere Zeitpunkt zum Beginn noch nicht bestimmt, so ist der Vertrag dahingehend ergänzend auszulegen, daß das Werk erst nach Abruf zuzüglich Ausführungszeit fällig wird; damit entsteht eine der VOB ähnliche Regelung, wobei der Abruf wiederum nach § 315 BGB gem. billigem Ermessen auszuüben ist.

Eine Änderung können weder Bauherr noch Bauunternehmer einseitig herbeiführen.

Eine Verkürzung können weder Bauherr noch Bauunternehmer verlangen.

Die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Auftraggeber können gravierend sein. Sein Interesse, Ausführungsfristen zu verkürzen, oder auch zu verlängern, ist nicht hinreichend gewahrt.

bb) Französisches Recht

Wie wird demgegenüber das französische Recht dem Interesse des Bauunternehmers gerecht, einen vom ursprünglichen Plan abweichenden Herstellungszeitpunkt zu erreichen?

Wie auch bei der Herbeiführung des körperlich greifbaren

Erfolges kann der Bauherr versuchen, auf zwei Wegen sein Ziel zu erreichen, die Bauplanung seinen jeweiligen Vorstellungen anzupassen:

Zum einen kann er versuchen, die Festlegung bis zu einem Zeitpunkt hinauszuzögern, ab dem er sich in seiner Planung sicher ist. Das Problem ist dabei für ihn, daß der Bauunternehmer dann evtl. nicht mehr schnell genug umdisponieren kann oder Kapazitäten über längere Zeit vorhalten müßte, was er dem Bauherrn bei der Kalkulation auf den Preis aufschlagen müßte. Außerdem wäre bis zur endgültigen Festlegung keine, auch keine provisorische, Bindung des Bauunternehmers an den bisherigen Plan des Bauherrn erreicht.

Zum anderen, und hierin dürfte sein Hauptinteresse liegen, wird der Bauherr den Bauunternehmer an seinen ursprünglichen Plan zu binden suchen, sich selbst aber die spätere verbindliche Neufestsetzung eines von ihm gewünschten Herstellungszeitpunktes vorbehalten wollen.

Französisches öffentliches Recht

C.C.A.G. travaux publics.

Der Herstellungszeitpunkt wird im französischen öffentlichen Recht ähnlich wie in der VOB/B entweder im Vertrag - häufig durch einen Bauzeitenplan - oder durch Abruf des Bauherrn festgelegt.

Die Möglichkeit des Bauherrn, den Herstellungszeitpunkt einseitig vorzulegen, sieht der C.C.A.G. in keinem speziellen Rechtssatz vor. Der Bauherr kann aber auf zwei Wegen sein Ziel erreichen: Zum einen kann er nach Art. 2.52 C.C.A.G. einen früheren Zeitpunkt schlicht anordnen; zum anderen kann er Durchführungsanordnungen nach derselben Vorschrift erteilen, durch die faktisch die Ausführung der Werkleistung durch den

Bauunternehmer beschleunigt und damit der Herstellungszeitpunkt vorverlegt wird. Diese Möglichkeiten kann der Bauherr wählen, da nach dem Wortlaut das Recht des Bauherrn zu ordres de service alle Anordnungen erfaßt, soweit diese klar formuliert und formal korrekt erteilt sind.¹⁾ Das Anordnungsrecht wird allerdings restriktiv so interpretiert, daß Änderungen der Ausführungsfrist davon nicht erfaßt sind.²⁾ Sanktion für den Fall, daß der Bauherr doch eine Änderung des Herstellungszeitpunkts anordnen sollte, ist allerdings wie bei allen die Grenzen des Anordnungsrechtes überschreitenden Anordnungen grundsätzlich nicht das Recht des Bauunternehmers, die Ausführung zu verweigern (s.o.), sondern nur ein Anspruch auf Entschädigung und/oder - bei besonders schweren Fällen³⁾ - die Aufhebung des Vertrages zu verlangen.⁴⁾ Wie oben ausgeführt, kann der Bauunternehmer die Ausführung der Anordnung nur verweigern, wenn sie ihm nicht zumutbar ist. Der Bauherr könnte also, um sein Ziel zur Vorverlegung des Herstellungszeitpunktes zu erreichen, zunächst wirksam und vollstreckbar⁵⁾ eine Verkürzung der Ausführungsfrist anordnen, der der Bauunternehmer nach Kräften versuchen müßte, zur Vermeidung von Sanktionen zu folgen. Erfüllt der Bauunternehmer die Verpflichtung aus der Anordnung nicht, so könnte ihn der Bauherr mit Sanktionen überziehen (Vertragsstrafe, Schadensersatz, Ersatzvornahme, Übernahme des Unternehmens in Regie.⁶⁾

Begrenzt wird das Anordnungsrecht des Bauherrn rein faktisch dadurch, daß er bei einer Vorverlegung des Herstellungszeitpunkts eine Entschädigung an den Bauunternehmer für alle diesem durch die Anordnung entstehenden Nachteile zahlen muß (dies ist eine Frage des Ausgleichs und wird später eingehend erörtert); außerdem kann der Bauunternehmer bei gravierenden Eingriffen die Aufhebung des Vertrages verlangen.

1) Villard, Passation, a.a.O., S. 111

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 857; ebenso Montmerle, Publics, a.a.O., S. 117

3) Montmerle, Publics, a.a.O., S. 192, Fußnote 5 m.w.N.

4) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1177, Fußnote 32

5) Villard, Passation, a.a.O., S. 113 u. 115

6) Villard, Passation, a.a.O., S. 143

Er ist allerdings bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Aufhebung des Vertrages an die Anordnung gebunden, so daß diese Begrenzung als wenig effizienter Schutz des Bauunternehmers einerseits und umgekehrt als wenig gravierende Begrenzung des Anordnungsrechts des Bauherrn erscheint. Außerdem kann der Bauherr dem Bauunternehmer bei einzelnen Durchführungsmaßnahmen eine Beschleunigung durch Anordnung - z.B. Anordnung einer dritten Schicht, eines anderen Verfahrens - auferlegen, was ebenso faktisch zu einer Vorverlegung des Herstellungszeitpunkts führen würde.

Die wirtschaftlichen Konsequenzen der zu einem früheren Herstellungszeitpunkts führenden Anordnungen des Bauherrn sind klar: Durch die Anordnung erreicht der Bauherr sein Ziel einer früheren Bauausführung. Der Bauunternehmer kann durch Anordnungen bis an die Grenze seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit belastet werden.

Aufschub des Herstellungszeitpunkts.

Ebenso wie die Vorverlegung ließe sich ein Aufschub über Art. 2.52 C.C.A.G. durch direkte Anordnung herbeiführen. Dies führt zu Entschädigungsansprüchen des Bauunternehmers gegen den Bauherr¹⁾, außerdem ist ein Aufhebungsanspruch möglich (s.o.). Eine einfachere und günstigere Lösung besteht aber für den Bauherrn darin, daß der Bauherr durch ordres de service eine Verlängerung (Art. 19.21) des Herstellungszeitpunkts herbeiführt, indem er einseitig die Ausführung der Arbeiten aussetzt (Art. 48.1 C.C.A.G.). Der Bauunternehmer ist hieran gebunden, hat aber evtl. Entschädigungsansprüche.²⁾ Dauert die Aussetzung länger als ein Jahr, so kann der Bauunternehmer unter Einhaltung von Formen und Fristen (Art. 48.2 C.C.A.G) die

1) Montmerle, Publics, a.a.O., S. 117 u. 155

2) Montmerle, Publics, a.a.O., S. 117

Aufhebung des Vertrages und/oder eine Entschädigung verlangen.

Die Norm AFNOR P 03.001 (1972) enthält keine ausdrückliche Regelung, nach der der Bauherr berechtigt wäre, Änderungen des vertraglich festgelegten oder nachträglich durch Abruf bestimmten Herstellungszeitpunkts anzuordnen. Das in der AFNOR in Art. 12.1 vorgesehene Anordnungsrecht sieht nur solche Anordnungen vor, die die vertragsgerechte Ausführung der Arbeiten bezwecken, nicht deren Änderung.

Ebensowenig sieht die Norm ein Recht des Bauherrn, einen Aufschub des Herstellungszeitpunkts anzuordnen, ausdrücklich vor. Vielmehr beschränkt sich die Norm darauf festzuhalten, daß ordres de service, die zu einer Verlangsamung der Ausführung führen, zu Lasten des Bauherrn gehen und die dem Bauunternehmer gewährten Fristen entsprechend zu verlängern sind (06.5.2.2) bzw. der Bauunternehmer vorzeitig kündigen kann (19.1.3).

Ein gesetzliches Anordnungsrecht zur Änderung des Herstellungszeitpunkts (Vorverlegung oder Aufschub) ist nicht anerkannt. Vielmehr führen derartige Anordnungen lediglich in ihrer Folge zu einer Entlastung des Bauunternehmers, falls er der Anordnung folgt, sowie dazu, daß der Bauunternehmer Entschädigungsansprüche bzw. die Möglichkeit zur vorzeitigen Kündigung bekommt.

cc) Vergleichung der Lösungen

Ein Ansatzpunkt für eine Übernahme der AFNOR-Regelung besteht nicht.

Für die Regelungen der C.C.A.G. travaux publics gilt: Eine Verkürzung der Ausführungsfrist ist der Verwaltung in Frank-

reich faktisch möglich, allerdings entstehen Ausgleichsansprüche, die noch zu erörtern sein werden. Die Idee der Regelung ist sinnvoll. Die Regelung enthält aber keine klare Begrenzung des Gegenstands, des Umfangs und der Voraussetzungen, unter denen eine Vorverlegung des Herstellungszeitpunktes wirksam ist. Als Modell für eine Rezipetion ist sie deshalb nicht geeignet.

Zweckmäßig ist, ein Anordnungsrecht des Auftraggebers in die VOB/B zu übernehmen, welches ihm die Möglichkeit gibt, einen Aufschub oder eine Unterbrechung der Leistung des Bauunternehmers anzuordnen. Dieses Anordnungsrecht gibt ihm mehr Flexibilität. Es gibt Situationen, in denen der Bauherr im Hinblick auf die Schwierigkeit der Koordination und Planung des Bauablaufs auf ein derartiges Anordnungsrecht angewiesen ist. Er hat es bisher nicht (s. S. 133).

Daraus ergibt sich folgende Formulierung, die als § 6 Nr. 6 a als zusätzliche Ziffer zwischen Nrn. 6 und 7 des § 6 einzufügen wäre:

"Der Auftraggeber kann eine Unterbrechung der Ausführung der Leistung des Auftragnehmers anordnen. Eine Handlung, die zur Bewirkung der Leistung des Auftragnehmers erforderlich ist, braucht der Auftraggeber während einer von ihm angeordneten Unterbrechung nicht vorzunehmen."

Folge des ersten Satzes ist, daß der Bauherr ausdrücklich ein Mittel zur zeitlichen Steuerung der Arbeiten bekommt. Durch Satz 2 ist bei einer derartig angeordneten Unterbrechung eine Kündigung durch den Auftragnehmer nur nach § 6 Nr. 7, nicht nach § 9 VOB/B¹⁾ möglich. Eine andere und später zu erörternde Frage ist, welche Ansprüche der Auftragnehmer im Hinblick auf ihm durch die Unterbrechung entstehenden Nachteile wie zusätzliche Vorhaltekosten etc. geltend machen kann.

1) zur Konkurrenz der Vorschriften vgl. Nicklisch in
Nicklisch/Weick VOB, a. a. O. § 6 Rd. 73

2.) Abweichungen in der Durchführung

Neben den Abweichungen im Erfolg sind Abweichungen in der Durchführung geeignet, Interessengegensätze zwischen den Parteien auszulösen. Abweichungen, die sich auf die Durchführung beziehen, sind dabei wie einleitend (vor 1.) ausgeführt, in ihrer Bedeutung und Tragweite für den Bauunternehmer generell gravierender als für den Bauherrn. Im Gegensatz zu Abweichungen im Erfolg hat der Bauherr an ihnen kein eigenständiges Interesse. Das Interesse des Bauherrn wird aber tangiert, soweit Abweichungen in der Durchführung Einfluß auf das Werk selbst haben können.

Abweichungen in der Durchführung lassen sich als Abweichungen im Einsatz der Produktionsfaktoren beschreiben (s.o.A.), d.h. dadurch, wer wann was womit tut.

Wegen der mit ihnen verbundenen Kostenfolgen sind solche Abweichungen besonders wichtig, die den zeitlichen Einsatz der Produktionsfaktoren und solche, die die Art und/oder Menge der eingesetzten Produktionsfaktoren betreffen. Zwar sind die Einsatzzeit und die Art bzw. Menge der Produktionsfaktoren auf vielfältige Weise miteinander vernetzt, die Bedeutung und Tragweite einer zeitlichen Änderung ist jedoch für die Parteien eine andere als die körperliche Abweichung vom ursprünglich Eingeplanten. Dies zeigt sich insbesondere bei den Kosten. So steigen bei zeitlichen Abweichungen die zeitabhängigen Kosten, d.h. die Kosten, die wie Lohnkosten von der Zeitdauer (quantitativ) oder dem Einsatzzeitpunkt (qualitativ - etwa Schichtzuschläge) abhängen, während bei körperlichen Abweichungen die nach Quantität der eingesetzten Produktionsfaktoren (z.B. Zahl der Mitarbeiter) oder Qualität der Produktionsfaktoren (z.B. Qualifikation der Mitarbeiter) zu kalkulierenden Kosten steigen.

In Anknüpfung an die Abweichungen im zeitlichen Ergebnis wird nunmehr zunächst auf Abweichungen im zeitlichen Einsatz der Produktionsfaktoren eingegangen, sodann auf solche in deren Art und Menge.

a) Abweichungen im zeitlichen Einsatz der Produktionsfaktoren

Den zeitlichen Einsatz der Produktionsfaktoren betreffend kann sich das Interesse des Bauherren zum einen darauf richten, die Produktionszeit insgesamt festzulegen bzw. zu verlängern oder zu verkürzen. Produktionszeit nenne ich die Einsatzzeit des Produktionsapparates des Bauunternehmers¹⁾, d.h. die Zeit, zu der irgendein Produktionsfaktor des Bauunternehmers eingesetzt ist; die Zeit des Einsatzes des jeweiligen einzelnen Produktionsfaktors nenne ich dessen Tätigkeitszeit. Er kann aber auch daran interessiert sein, die Produktion zu verschieben, d.h. z.B. statt tags während der Nacht oder statt im Sommer winters zu arbeiten. Ein entsprechendes Bedürfnis des Auftraggebers kann sich insbesondere dann ergeben, wenn die Koordination mit anderen Unternehmern gestört ist, d.h. daß zum vorgesehenen Anfangstermin z.B. ein Vorgewerk nicht fertig ist oder ein Folgeunternehmer ausschließlich zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung steht, so daß in Schichten die Baustelle von mehreren Bauunternehmern genutzt werden sollte, und sich aus der Durchführung Auswirkungen auf den Erfolg ergeben könnten. Für den Auftragnehmer kann es wichtig sein, z.B. eine Veränderung des zeitlichen Einsatzes seiner Mittel zu verhindern, um kostenoptimal produzieren zu können oder um Kapazitäten abziehen zu können, die er anderweitig braucht. Solche Änderungen betreffen v.a. die Ablaufplanung. Ein Folgeproblem ergibt sich, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer für die Bauentwurfsänderung einen finanziellen Ausgleich für die zusätzlichen Kosten gewähren muß. Besteht

1) Käppeli, Planung, a.a.O., S. 71

in diesem Falle die Möglichkeit, die Kosten durch eine Verlängerung oder durch Verschiebung der Ausführung zu senken, so wird der Auftraggeber in vielen Fällen daran interessiert sein, eine entsprechende Änderung der Ausführung vom Auftragnehmer zu verlangen, d.h. er wird dann versuchen, dem Auftragnehmer statt eines finanziellen Ausgleichs einen technischen Ausgleich durch zeitliches Nachgeben zu gewähren. Dies ist im Hinblick auf den engen Zusammenhang zwischen zeitlichem Einsatz der Elementarfaktoren und den Kosten eine nicht unrealistische Möglichkeit, Kostenerhöhungen zu steuern. Dabei lassen sich im wesentlichen zwei Möglichkeiten unterscheiden. Eine Möglichkeit besteht darin, die Zeit für die jeweilige Tätigkeit zu verlängern oder zu verkürzen. So kann etwa eine Verlängerung der Tätigkeitszeit dazu führen, daß billigere Arbeitsmittel eingesetzt werden können, was wiederum zu Kostenersparnissen führt.

Eine zweite Möglichkeit, durch Änderung der Tätigkeitszeit Kosten zu sparen, besteht darin, die Tätigkeitszeit zu verschieben. Dies kann zu einer Verringerung der Kosten führen, wenn etwa Schichtzuschläge durch die Verschiebung der Tätigkeitszeit entfallen oder etwa die Tätigkeit nicht im Winter, sondern im Sommer ausgeführt wird, was im allgemeinen kostengünstiger sein wird.

Der Bauherr wird also zunächst einen direkten Einfluß auf die Tätigkeitszeit der Elementarfaktoren des Bauunternehmers suchen, wenn diese Tätigkeiten des Bauunternehmers den vom Bauherrn erwarteten Ablauf stören oder er daran interessiert ist, die Kosten der Tätigkeit zu beeinflussen. Wenn der Bauherr es nicht schafft, dem Bauunternehmer bindend vorzuschreiben, wann dieser welchen Elementarfaktor wie lange einsetzen muß, so wird der Bauherr zumindest daran interessiert sein, dem Bauunternehmer einen Rahmen für den Einsatz seiner Elementarfaktoren zu weisen, durch den der Bauherr soweit wie

möglich sein Koordinations- und sein Kostensenkungsinteresse durchsetzen kann.

aa) Direkter Einfluß des Bauherrn auf den zeitlichen Einsatz der Arbeitsmittel des Bauunternehmers:

Gemeinsamkeit besteht zwischen dem französischen und dem deutschen Bauvertragsrecht darin, daß es Aufgabe des Bauunternehmers ist, den Einsatz seiner Arbeitsmittel ¹⁾ zu bestimmen, also insbesondere deren zeitlichen Einsatz.

Nur diese Auffassung ist vernünftig, da der Bauherr nicht zuletzt für die Koordinationstätigkeit und den unternehmerischen Einsatz des Bauunternehmers Geld zahlt. Sowohl nach deutschem als auch nach französischem Verständnis ist die Freiheit des Bauunternehmers zur Bestimmung des Einsatzes seiner Arbeitsmittel begrenzt durch die vertraglich vorgesehenen Fristen, d.h. zum einen durch den Herstellungszeitpunkt, zum anderen durch den vertraglich festgelegten Beginn der Ausführungszeit. Nur zwischen diesen beiden Zeitpunkten kann der Bauunternehmer die Leistung ausführen. Weitere Begrenzungen ergeben sich etwa durch Zwischenfristen in einem Bauzeitenplan, der etwa Zeiten vorsehen kann, in denen der Bauunternehmer die Baustelle anderen Gewerken überlassen muß, d.h. nicht selbst tätig werden kann. Im Grundsatz ist also der Bauunternehmer sowohl nach deutschem als auch nach französischem Verständnis für den zeitlichen Einsatz der Arbeitsmittel verantwortlich.

Im Unterschied zum deutschen Recht gibt aber das französische öffentliche Bauvertragsrecht dem Bauherrn die Möglichkeit, generell den Bauunternehmer an Anordnungen des Bauherrn zu binden (Art. 2.52 C.C.A.G.). Zu diesen Anordnungen gehört

1) vgl. Montmerle, Publics, S. 154; vgl. auch § 4 Nr. 2 VOB/B

auch die Steuerung der Arbeitsakte ¹⁾. Das bedeutet, daß der Bauherr sowohl Verlängerungen der einzelnen Tätigkeitszeiten als auch deren Verkürzung einerseits, andererseits aber die Verschiebung von Tätigkeitszeiten anordnen kann. Einen Grund braucht er dazu nicht. Die Anordnung ist verbindlich und vollstreckbar. Ihre Grenze findet sie nur, soweit sie für den Bauunternehmer auch bei Aufbietung seiner vollen Kräfte nicht auszuführen ist. Außerdem ist die Anordnung durch die Mittel des Bauherrn begrenzt, denn selbstverständlich können auch derartige Anordnungen zu Entschädigungsansprüchen des Bauunternehmers gegen den Bauherrn führen. So bleibt die Anordnung nur dann folgenlos, wenn sich der Bauherr bei der Anordnung im Rahmen dessen hält, was der Bauunternehmer bei Vertragsschluß erwarten konnte.

Dieser Rahmen ist z.B. überschritten, wenn der Bauherr in Abweichung vom vertraglich festgelegten Ablauf die Produktionszeit des Bauunternehmers ändert, z.B. durch Verschiebung einer Tätigkeit, die zur Einhaltung einer vertraglichen Zwischenfrist erforderlich ist, auf einen Zeitpunkt nach Ablauf der Zwischenfrist; er überschreitet den Rahmen auch, wenn er Anordnungen zur Unzeit gibt ²⁾ oder die Anordnung zu einer Verlängerung der Gesamtzeit der Arbeiten führt ³⁾ oder die Arbeitsbedingungen aufwendiger werden. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Verschiebung der Tätigkeit z.B. vom Tag in die Nacht hinein verlangt wird. Insbesondere ist die Überschreitung der Grenze zu erwarten, wenn durch die Anordnung Folgetätigkeiten durcheinander geraten, so daß es zu weiteren Kostenerhöhungen für den Bauunternehmer kommt. Der Bauunternehmer hat dann evtl. Entschädigungsansprüche und Ansprüche auf Verlängerung der Ausführungszeit, die im Rahmen der Diskussion über einen Nachteilsausgleich noch zu erörtern sein werden. Eine weitere Grenze ist erreicht, wenn der Bauunternehmer die Auflösung des Vertrages verlangen kann.

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1220 und 857

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1231

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1232 mit weiten Nachweisen.

Dies kann er zum einen, wenn die Anordnung zu einer Änderung der wesentlichen vertraglichen Bedingungen führt und damit zu einem neuen Vertragsobjekt oder wenn dadurch das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages zerrüttet wird¹⁾; andererseits, wenn der Bauherr von seinem Anordnungsrecht in mißbräuchlicher Weise Anwendung macht²⁾ und dieser Fall als schwere Pflichtverletzung anzusehen ist.³⁾

Aufgrund des Anordnungsrechtes hat der Bauherr im französischen öffentlichen Bauwesen die Möglichkeit, Tätigkeiten des Bauunternehmers zu verlängern, sie zu verkürzen, oder sie zu verschieben. Dadurch kann der Bauherr sein Interesse befriedigen, einerseits die Tätigkeit des Bauunternehmers in Lücken einzupassen, die innerhalb seines⁴⁾ Bauzeitenplanes entstehen und damit zu vermeiden, daß mehrere Bauunternehmen sich gegenseitig bei Ausführung der Arbeiten stören, zum anderen aber erreicht er, daß umgekehrt die Schaffung von Lücken möglich ist, in die er Tätigkeiten anderer Bauunternehmen einpassen kann. Oberdies lassen die zeitlichen Änderungen in einigen Fällen einen Einfluß des Bauherrn auf die Kosten zu.

Im deutschen Recht hat der Bauherr diese Möglichkeit weder nach BGB noch nach VOB/B. Die einzige in Betracht kommende Vorschrift ist § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B. Allerdings wird auch diese Vorschrift der Interessenlage des Bauherrn nicht gerecht. Zwar läßt § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B den Umkehrschluß zu, daß der Auftraggeber vom Auftragnehmer auch die Befolgung unberechtigter oder unzweckmäßiger Anordnungen verlangen kann⁵⁾, jedoch bezweckt dies nicht, dem Auftraggeber ein

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1177, 1421 ("bouleversement")

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1231 ("exigence abusive")

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1420, 1006

4) von seinem Architekten oder Bauingenieur erstellt

5) vgl. D-P-S-St, VOB, a.a.O., Erl Z B 4.49

über § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B hinausgehendes Anordnungsrecht zu gewähren, sondern nur, bei Zweifelsfällen dem Auftraggeber die Entscheidung über die Anordnung zu überlassen. Unter den vorliegend zu diskutierenden Voraussetzungen ist aber das Anordnungsrecht offensichtlich überschritten. Der Auftraggeber würde dadurch einen Rechtsvorteil bekommen, der ihm nach dem Vertragszweck nicht zusteht. Daher wäre die Anordnung insoweit rechtsmißbräuchlich; der Auftragnehmer muß sich nicht an sie halten.

Im französischen Privatrecht steht dem Bauherrn ein Einfluß auf Tätigkeitszeiten nur ausnahmsweise aufgrund vertraglicher Vereinbarungen zu:

Die AFNOR NF P 03 - 001 räumt dem Bauherrn in Art. 12.2.1.3 und in Art. 4 das Recht zu Anordnungen ein, soweit dieses zur vertragskonformen Ausführung, insbesondere zur Einhaltung eines Zeitplanes erforderlich ist. Insoweit ist also eine Einzelanordnung möglich, die den Bauunternehmer zur zeitlichen Änderung verpflichtet, aber gerade nicht, soweit eine Abweichung von diesem Plan gewollt ist. Im übrigen ist eine Anordnung vertraglich nicht vorgesehen; das heißt sie besteht nicht¹⁾. Insbesondere Anordnungen zum Ausgleich zeitlicher Folgen anderer Anordnungen oder Verspätungen von Vorgewerken oder zur Kosteneinsparung, die der Bauherr evtl. treffen möchte, sind von diesem Anordnungsrecht nicht gedeckt. Die Regelung des französischen Privatrechts ähnelt damit der Regelung des deutschen Rechts.

Ich sehe einen Vorteil der französischen öffentlich-rechtlichen C.C.A.G. gegenüber den Regelungen des deutschen Rechts und der AFNOR darin, daß der Bauherr nicht nur dann Änderungen der Tätigkeitszeiten des Bauunternehmers verlangen kann, wenn dies zur Erfüllung des vertraglich Vorgesehenen erforderlich ist, sondern auch, wenn

1) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 4 Rdn. 53

2) Anders wohl Llorens, Contrat, a.a.O., S. 352 mit weiteren Nachweisen, der ein allgemeines Anordnungsrecht entgegen der herrschenden Meinung auch im Zivilrecht annimmt

Interessen des Bauherrn aus anderen Gründen dies erforderlich machen, wie z.B. vom Bauherrn gewünschte Änderungen beim Einsatz von nachfolgenden oder vorhergehenden Gewerken, Interesse des Bauherrn, durch Änderung der Tätigkeitszeiten Einfluß auf die beim Bauunternehmer entstehenden Kosten zu nehmen, um etwa Mehrkosten aufgrund von Abweichungen im vom Bauunternehmer herbeizuführenden Erfolg gering zu halten, die der Bauunternehmer sonst auf den Bauherrn aufgrund der noch zu erörternden Nachteilsausgleichsregelungen weiter belasten könnte.

Erforderlich erscheint allerdings wiederum die Einfügung einer Grenze im Interesse des Bauunternehmers. Die Grenzziehung kann nach den im Betrieb des Auftragnehmers vorhandenen Mitteln folgen.

Eine Formulierung zur Übernahme des Anordnungsrechtes könnte etwa wie folgt als § 4 Nr. 1 Abs. 3 Satz 1 in die VOB/B eingefügt werden:

"§ 4 Nr. 1

Abs. 3 Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Nr. 2) Anordnungen auch zur Ausführung der Leistung zu treffen. Soweit die Anordnung zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung nicht notwendig ist, kann der Auftragnehmer ihre Ausführung ablehnen, wenn die im Betrieb des Auftragnehmers vorhandenen Mittel nach Art und Menge nicht hinreichen, um die Anordnung auszuführen...

Abs. 5 Einwendungen gegen die Ausführung solcher Anordnungen hat der Bauunternehmer schriftlich gegenüber dem Bauherrn innerhalb von 14 Tagen nach der Anordnung geltend zu machen, sonst verliert er sie."

Abs. 3 ist mit dem AGBG, insbes. mit §§ 10,5 und 9 Abs. 2 vereinbar, soweit ein - noch darzulegender - angemessener Ausgleich erfolgt. Abs. 5 ist im Rahmen der VOB/B möglich (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG).

Die Einfügung einer derartigen Anordnungsbefugnis des Bauherrn ist mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vereinbar, da klargestellt ist, daß die Anordnungen die Leitungsbefugnis des Bauunternehmers unberührt lassen. Die Anordnung ist also gegenüber dem Verantwortlichen des Bauunternehmers zu erklären, nicht gegenüber einzelnen Mitarbeitern des Bauunternehmers auf der Baustelle.

Neben diesem direkten Einfluß auf einzelne Tätigkeitszeiten kommt in Betracht, daß der Bauherr Einfluß auf die Produktionszeit generell nimmt. Er kann also dem Bauunternehmer mehr Zeit oder weniger Zeit für den Einsatz seiner Mittel (Produktion) gewähren wollen.

bb) Einfluß des Bauherrn auf den zeitlichen Rahmen, in welchem der Bauunternehmer produziert.

Die Produktionszeit läßt sich entweder durch Ausschöpfung von Pufferzeiten oder durch Verlängerung der Zeit zwischen erstem Beginn und Ende der Arbeiten (Ausführungszeit) insgesamt um die zusätzlich notwendige Produktionszeit verlängern. Umgekehrt wird die Verkürzung der Produktionszeit entweder zu mehr Pufferzeiten oder zu einer kürzeren Ausführungszeit führen. Für den Bauherrn ist die Veränderung der Ausführungszeit lästig, da sie geeignet ist, entweder Folgebeziehungen zu beeinträchtigen, indem der Vollendungstermin hinausgeschoben wird oder Folgeabweichungen, insbesondere bei vorhergehenden Unternehmern, d.h. einen früheren Endtermin der Vorgewerke notwendig macht, zumindest wenn dadurch diejenigen Pufferzeiten, die er für die Koordination der Bauunternehmer eingeplant hatte, aufgebraucht werden. Die Entstehung oder der Verlust von Pufferzeiten für den Bauunternehmer hingegen ist für den Bauherrn ohne Bedeutung. Für den Bauunternehmer kann das Entstehen zusätzlicher Pufferzeiten nachteilig sein, etwa wenn dadurch Kapazitäten bis zum Folgeauftrag gebunden werden und er keinen Ersatz er-

hält. Dies kann aber auch günstig sein, wenn die Kapazitäten anderweit eingesetzt werden können. Der Verlust von Pufferzeiten ist nur dann nachteilig, wenn die Kapazitäten anderweit gebraucht werden (2).

Die äußerste und äußere Grenze für den Einsatz des Produktionsapparates des Bauunternehmers (Produktionszeit) bildet einerseits der Beginn der Arbeiten des Bauunternehmers (1) und andererseits deren Abschluß - der mit der Fertigstellung des Bauwerks übereinstimmen sollte -.

(1) Der Abschluß der Arbeiten soll nach den Vorstellungen der Parteien mit der Herstellung der Sache erreicht sein, d.h. der Herstellungstermin (s.o.) bildet die eine Grenze der Ausführungszeit; die andere Grenze der Ausführungszeit - ihr Beginn - soll im folgenden untersucht werden:

(a) Deutsches Recht

Die Ausführungszeit definiere ich als Zeitspanne zwischen Beginn der Produktion und Vollendung des Werkes. Sie ist nicht mit der Produktionszeit identisch, da z.B. ein Bauzeitenplan Unterbrechungen, z.B. um Arbeiten anderer Unternehmer zu ermöglichen, vorsehen kann, so daß die Produktionszeit häufig kürzer ist als die Ausführungszeit.

Nach § 5 Nr. 1 VOB/B ist die Ausführung nach den verbindlichen Fristen zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden. Soweit die Ausführungszeit vertraglich verbindlich in diesem Sinne festgelegt ist, wird sie als Vertragsfrist bezeichnet (§ 5 Nr. 1 VOB/B).¹⁾

Es bietet sich an, den Terminus Frist nur für Zeitspannen zu verwenden und Zeitpunkte mit Termin zu bezeichnen. Sinn-

1) D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 5.3

gemäß verstehe ich unter Ausführungsfrist i.S. von § 11 VOB/A den Zeitraum ¹⁾ oder die Zeitspanne, ²⁾ die zur Ausführung des Bauauftrages zur Verfügung steht, d.h. dasjenige, was oben als Ausführungszeit bezeichnet wurde.

Zunächst stellt sich das Problem für den Bauherrn, den Bauunternehmer auf einen bestimmten Zeitraum festzulegen, währenddessen die Ausführung zu erfolgen hat, festzulegen.

Nach der VOB sind hierzu mehrere Möglichkeiten gegeben. Die Parteien können sich darauf beschränken, eine Zeitspanne festzulegen, innerhalb derer die Leistung oder ein Teil der Leistung erbracht werden soll. Sie können aber auch den zur Ausführung bestimmten Zeitraum festlegen, indem sie einen Anfangs- und/oder Endtermin vertraglich verbindlich festlegen. ³⁾ Sie können aber auch auf Festlegungen zur Gänze verzichten.

Die VOB/B hebt dabei in § 5 Nr. 1 VOB/B die Vertragsfristen hervor, d.h. die verbindlichen Fristen. Ob eine Frist verbindlich ist, ist eine Frage der Parteiabrede. Haben die Parteien z.B. verabredet: "Baubeginn: ... (Datum), Bauzeit: ... längstens (Datum) ...", ⁴⁾ so kann hieraus geschlossen werden, daß eine verbindliche Vertragsfrist für die Ausführung festgelegt werden sollte. Dies ist für Gesamtfristen, d.h. für Fristen zwischen Beginn und Ende der Ausführung grundsätzlich zu vermuten, ⁵⁾ wenn die VOB/B vereinbart ist, da nach § 5 Nr. 1 VOB/B die Ausführung nach den verbindlichen Fristen zu beginnen, zu fördern und zu vollenden ist. Die Regelung geht also davon aus, daß für die Gesamtausführungszeit Termine bzw. Fristen vereinbart werden, hingegen werden im Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen nur dann als Vertragsfristen anerkannt, wenn diese als Vertragsfristen ausdrücklich verein-

1) D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 5.6

2) vgl. D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ A 11.12

3) vgl. D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ A 11.30

4) Kiesel, VOB, a.a.O., § 5, Rd. 2

5) vgl. D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ A 11.27 und A 11.15

bart sind. Damit läßt die Regelung zwar keinen zwingenden Umkehrschluß auf die Bewertung von Gesamtfristen zu, jedoch kann davon ausgegangen werden, daß die Gesamtfrist innerhalb eines Bauzeitplanes auch ohne besondere Absprache eine Vertragsfrist ist ¹⁾.

Ist die Leistungszeit festgelegt, so ergibt sich für den Auftraggeber das Problem, wie er diese Festlegung ändern kann, da die Fristen dann ebenso verbindlich sind, als wären sie vertraglich festgelegt. Die Ausübung des Gestaltungsrechts nach § 315 BGB führt zu seinem Verlust.

Eine Verkürzung im Rahmen billigen Ermessens ist möglich, wenn vertraglich vereinbart ist, daß dem Auftraggeber nicht nur die Festsetzung, sondern auch deren Veränderung vorbehalten ist.

Ein derartiger Vorbehalt kann jedoch § 5 Nr. 2 VOB/B nicht entnommen werden.

Eine Verkürzung der Ausführungszeit durch Anordnung eines späteren Beginntermins ist auch nicht nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B möglich, denn nach dieser Vorschrift sind nur Anordnungen gerechtfertigt, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind. Ein späterer Beginn ist aber nicht vertragsgemäß, sondern weicht gerade vom Vertrag ab. Vertragsgemäß ist nämlich nur eine Ausführung innerhalb der vertraglich vorgesehenen Fristen. Diese aber sahen den ursprünglich festgesetzten Beginntermin vor.

Eine Verkürzung der Ausführungsfrist kann nur nach § 242 BGB erreicht werden, wenn ein Wegfall der Geschäftsgrundlage für die ursprüngliche zeitliche Bestimmung vorliegt. Zur Regelung des Bauherreninteresses dürften solche Fälle selten sein. Die Einhaltung des Zeitplanes durch Vorgewerke gehört näm-

1) D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ A 11.16

lich zu seinem Risikobereich.

Das Problem der Regelung besteht darin, daß der Auftraggeber zwar flexibel die Ausführungsfrist beginnen lassen kann, wenn der Termin nicht bindend vereinbart wurde. Nach Abruf aber ist die Flexibilität nicht mehr gegeben. Dies kann nur durch die Parteien im Wege der Vertragsänderung (§ 305 BGB) gelöst werden. Evtl. sind Prämien erforderlich.

(b) Französisches Recht

Eine Verlängerung der Ausführungszeit könnte der Bauherr erreichen, indem er den Beginn der Ausführung gegenüber dem nach den vertraglichen Regelungen festgesetzten Beginnstermin vorverlegt, ohne daß das Ende der Ausführungszeit gleichermaßen vorverlegt wird; eine Verkürzung der Ausführungszeit könnte durch einen Aufschub des vertraglich festgesetzten Beginns erreichen, wenn dies nicht mit einem zumindest gleichen Aufschub des Endtermin verbunden ist.

(aa) Ähnlich wie im deutschen Recht erfolgt die Festlegung¹ der Ausführungszeit im öffentlichen Bauwesen entweder durch ausdrückliche vertragliche Regelung, das heißt durch eine Vereinbarung über den kalendermäßigen Beginn und Endtermin; oder die Parteien legen fest, daß der Bauunternehmer mit der Ausführung der Arbeiten auf Abruf des Bauherrn hin beginnt und dafür eine entweder vertraglich bestimmte oder aber, wenn vertraglich nichts anderes bestimmt ist, eine angemessene Frist zur Ausführung zur Verfügung hat.

Einen Aufschub des Beginnstermins kann der Bauherr bei öffentlichen Bauvorhaben einfach dadurch erreichen, daß er die Unterbrechung der Arbeiten anordnet (Art. 19.1. C.C.A.G.).

1) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rd. 857 Fn. 1 und Rd. 858 Fn. 2

Allerdings hat dies eine Verschiebung des Endtermins zur Folge (Art. 19.21 C.C.A.G.), so daß die Ausführungszeit in ihrer Länge unberührt bleibt, soweit der Aufschub des Endtermins zumindest nicht kleiner als der Aufschub des Beginntermins ist. Der Aufschub des Endtermins ist allerdings zwischen den Parteien zu erörtern (Art. 19.21 C.C.A.G.), so daß ein Bewertungsspielraum zugunsten (z.B. für Anlaufzeiten) und zu Lasten des Unternehmers (besondere Interessen des Bauherrn, Vereinfachungen für den Bauunternehmer) besteht, der zu einer insgesamt kürzeren Ausführungszeit führen kann. Der Bauherr hat also einen engen Spielraum für den Aufschub des Beginntermins.

Einen Aufschub kann der Bauherr weiter durch einen schlichten bindenden *ordre service* zum späteren Beginn und einen unveränderten Endtermin erreichen. An beides hat sich der Bauunternehmer zunächst zu halten, soweit nicht die Grenzen wirtschaftlichen Unvermögens erreicht sind. Allerdings entstehen wiederum Entschädigungsansprüche und unter Umständen ein Aufhebungsanspruch hinsichtlich des gesamten Vertrages.

Weiter hat der Bauherr die Möglichkeit, einen späteren, endterminneutralen Aufschub indirekt zu erreichen, indem er einen späteren Beginntermin anordnet, und während der Ausführung im Einzelfall Anordnungen trifft, die zu einer Auflösung etwaiger Pufferzeiten im Zeitplan des Bauunternehmers führen.

(bb) Die Lösungen des französischen Privatrechts:

Die Norm AFNOR NF 03 - 001 von 1982 unterscheidet zwischen zwei Fristen: Dem *délai de préparation* (Vorbereitungsfrist) in Art. 06.1 der Norm und dem *délai d'exécution* (Ausführungsfrist). Die Vorbereitungsfrist beginnt am Tag der "notification" des Vertrages (Bekanntgabe des Zuschlags). Die Beendigung der Vorbereitungsfrist ist eine Voraussetzung für den Beginn der Ausführungsfrist, soweit der Vertrag nichts anderes vorsieht. Die Festlegung der Ausführungszeit im einzelnen erfolgt innerhalb des vom Bauherrn bestimmten allgemeinen Bauzeitenplans. Außerdem hat der Bauherr Einfluß auf die Tätigkeitszeit des Bauunternehmers durch einen etwaigen Abruf der Arbeiten. Im übrigen ist die Festlegung der Tätigkeitszeiten des Bauunternehmers Sache des Bauunternehmers.

Eine Möglichkeit zur Verkürzung der Ausführungszeit ist dem Bauherrn in der Norm AFNOR nicht eingeräumt. Das Anordnungsrecht, das dazu dienen könnte, dem Bauherrn diese Möglichkeit zu verschaffen, ist nach Art. 12.2 der Norm auf die Anordnungen beschränkt, die eine vertragsgemäße Ausführung, insbesondere eine dem Ausführungszeitplan entsprechende Durchführung herbeizuführen notwendig sind (Art. 12.2.1.4 AFNOR NF P 03 - 001)²⁾.

1) Eine andere Ansicht vertritt Llorens, *Contrat*, a.a.O., S. 352, der auch im Zivilrecht ein allgemeines Anordnungsrecht des Bauherrn annimmt.

Das gemeine Zivilrecht bindet die Parteien an die vertraglich vereinbarte Frist, so daß insoweit keine einseitige Änderungsmöglichkeit durch den Bauherrn besteht.

(c) Vergleichung

Das französische Privatrecht bietet keinen Ansatz für eine Rezeption. Vergleicht man aber den C.C.A.G. travaux publics zu diesem Punkt mit dem deutschen Recht, so ergeben sich folgende Vor- und Nachteile:

Soweit der C.C.A.G. im Gegensatz zur pauschalen Regelung der §§ 6 Nr. 2 a und 6 Nr. 4 VOB/B eine Abwägung der Umstände zugunsten und zu Lasten des Bauunternehmers ermöglicht, halte ich diese Regelung für sachgerecht, allerdings mit der Einschränkung, daß die präzise Formulierung des § 6 VOB/B lediglich um einen entsprechenden Zusatz ergänzt werden sollte, wonach die Frist nicht verlängert wird, soweit der Bauunternehmer die Möglichkeit hat, die Frist ohne Nachteil für ihn zu halten oder soweit sich der Nachteil in Kosten ausdrücken läßt, die dann der Bauherr zu tragen hat.

Soweit der C.C.A.G. dem Bauherrn die Möglichkeit gibt, eine zeitliche Abweichung anzuordnen, erscheint sinnvoll, soweit der Bauunternehmer einen vollen Ersatz seiner wirtschaftlichen Nachteile in Geld bekommt. Bei darüber hinausgehenden Nachteilen ist es nicht sachgerecht, dem Bauunternehmer einen Anspruch auf Aufhebung des Vertrages zu geben, sondern die dem deutschen Recht zugrundeliegende Idee ist sinnvoller, dem Bauunternehmer in diesen Fällen schlicht die Möglichkeit zu geben, die Anordnung des Bauherrn nicht auszuführen. Der Bauherr kann sich dann überlegen, ob er den Vertrag kündigen will, oder nicht.

Wiederum halte ich es von Vorteil, daß der Bauunternehmer zur Erhaltung seiner Rechte frist- und formgerecht einen Vorbehalt erklären muß.

(d) Daraus ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag einer Ergänzung zu § 6 Nr. 2 Abs. 1 der VOB/B:

§ 6 Nr. 2 Abs. 1 ...

"Auf Anordnung des Auftraggebers ist der Auftragnehmer verpflichtet, die ursprünglich vorgesehene Ausführungsfrist einzuhalten, es sei denn, die dazu erforderlichen Mittel sind in seinem Betrieb nicht vorhanden und auch nicht rechtzeitig zu angemessenen Bedingungen zu beschaffen und er verweigert die Ausführung der Anordnung innerhalb von 15 Tagen nach deren Zugang schriftlich gegenüber dem Auftraggeber".

(2) Verlängerung der Produktionszeit durch Ausschöpfung von Pufferzeiten

Statt einer Verschiebung von Beginn oder Ende der Produktionszeit kommt auch in Betracht, Pufferzeiten auszunutzen, die der Bauunternehmer in die Ausführung eingeplant hat. Der Bauherr kann daher daran interessiert sein, die vorzunehmende Verlängerung der Produktionszeit dadurch zu erreichen, daß Pufferzeiten ausgenutzt werden.

(a) Deutsches Recht

Nach dem System der VOB kann der Auftraggeber die Ausnutzung von Pufferzeiten dadurch durchsetzen, daß die Ausführungsfrist nicht verlängert wird und zusätzliche Tätigkeiten - z.B. zur Ausführung zusätzlicher Arbeiten - bindend verlangt werden können, denn eine Verlängerung der Ausführungsfrist ist bei Ausnutzung von Pufferzeiten nicht gegeben, sondern nur durch ein Auseinanderrücken des End- bzw. des Anfangstermins, denn unter Ausführungsfrist versteht die VOB/B den Zeitraum, der zur Ausführung des Bauauftrages zur Verfügung steht, ¹⁾ oder nach einer anderen Definition ²⁾ die Zeitspanne, innerhalb derer eine bestimmte Leistung - entweder die vertraglich festgelegte Gesamtleistung oder ein Teil der Leistung - erbracht werden soll oder muß. Jenes bedeutet festgelegte, dieses unbestimmte Termine, jeweils bei festgelegtem Zeitabstand.

Ist die Ausführungsfrist nicht verlängert, so kann der Auftraggeber nach § 5 Nr. 2 verlangen, daß der Auftragnehmer Abhilfe schafft, falls Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe

1) D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 5.6

2) D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ A 11.12

oder Bauteile so unzureichend sind, daß die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können. Oberdies kann dann der Auftraggeber mit Einzelanordnungen nach § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B den Auftragnehmer bindend zu denjenigen Maßnahmen veranlassen, die geeignet sind, die vertraglich festgesetzten Fristen, d.h. die Ausführungsfristen einzuhalten. Anders aber ist es, wenn eine Verlängerung der Ausführungsfrist nach § 6 Nr. 2 VOB/B ohne Rücksicht auf das Bestehen der Pufferzeiten erfolgt. Definiert man eine Behinderung als störenden Umstand schlechthin, so dürfte dies der Fall sein. ¹⁾ Der Wortlaut des § 6 Nr. 2 VOB/B zeigt aber, daß eine Verlängerung der Ausführungsfrist erfolgt, wenn die Behinderung durch die in der Vorschrift genannten Gründe verursacht ist. Die Verwendung des bestimmten Artikels "die" zeigt an, daß es sich um eine Behinderung i.S. von § 6 Nr. 1 VOB/B handeln muß. Eine Behinderung ist demnach gegeben, wenn Umstände gegeben sind, die den Auftragnehmer an der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung hindern (vgl. auch § 6 Nr. 1 Satz 2). Außerdem muß der Auftragnehmer seiner Anzeigepflicht genügt haben. Das Wort hindern kann zwar sowohl hemmen als auch stören bedeuten, der Zusammenhang mit der Ausführungsfrist zeigt aber, daß es sich um Umstände handeln muß, die geeignet sind, die Ausführung zu hemmen, d.h. Umstände, die dazu führen, daß der Auftragnehmer das Werk nicht in der vertraglich vorgesehenen Zeit auszuführen vermag. Dies ist jedoch solange nicht der Fall, wie Pufferzeiten bestehen. Diese sind also zunächst auszunutzen, bevor eine Verlängerung der Ausführungsfrist vorzunehmen ist.

Versteht man jedoch unter Behinderung jeden störenden Umstand, so kann eine Ausnutzung von Pufferzeiten vom Bauherrn nicht verlangt werden, vielmehr kann der Bauunternehmer auf einer Verlängerung der Ausführungsfrist auch dann bestehen, wenn er innerhalb dieser Frist genügend Zeit hatte, die störenden

1) Nicklisch in Nicklisch/Weick, a.a.O., § 6 Rd. 6

Umstände ohne Einfluß auf die Zeitdauer zu verkraften. Diese Auslegung widerspräche dem Interesse des Auftraggebers, ohne dem Auftragnehmer einen erkennbar gerechtfertigten Vorteil zu gewähren. Ihr ist daher nicht zu folgen (§§ 133, 157 BGB).

(b) Französisches Recht

Ebenso wie im deutschen Recht liegt die Festlegung der einzelnen Tätigkeitszeiten und damit der Produktionszeit insgesamt für die Bauausführung beim Bauunternehmer ¹⁾. Der Bauherr hat jedoch bereits erheblichen Einfluß auf die Festlegung der Produktionszeiten, indem er zum einen durch die Festlegung und/oder Änderung der Generalfrist einen Rahmen für die Tätigkeiten des Bauunternehmers setzt, zum anderen durch Festlegung von Teilfristen. Außerdem kann der Bauherr vom Bauunternehmer nach Art. 28 C.C.A.G. die Ausarbeitung und Vorlage eines Ausführungsprogramms (Programme d' exécution) verlangen, das einen Bauzeiterplan enthält (calendrier d'exécution).

Im Rahmen des C.C.A.G. kann der Bauherr im Rahmen des öffentlichen Bauvertragsrechts Änderungen zur Auflösung von Pufferzeiten anordnen, da zum Recht, ordres de service zu erteilen, auch die Befugnis gehört, den Arbeitstakt (rythme de travaux) zu bestimmen. Das bedeutet, daß der Bauherr z.B. Pufferzeiten, die zwischen einzelnen Gewerken bestehen, dazu nutzen kann, einem Unternehmer einen späteren Beginn oder ein späteres Ende als nach dem Bauzeiterplan vorgesehen innerhalb der Ausführungsfrist zu ermöglichen. Die Grenze ist wiederum gesetzt einerseits durch mögliche Entschädigungsfolgen des Bauunternehmers bei exigences abusives (mißbräuchliche Anforderungen ²⁾ andererseits steht wiederum bei Extremfällen dem Bauunternehmer ein Aufhebungsanspruch ³⁾ zu, falls der

1) Vgl. Montmerle, Publics, a.a.O., S. 154 - Baustellenorganisation

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1231

3) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1420, 1421 und 1241

Vertrag in seinem Wesen oder in seiner Substanz betroffen wird. Derartige Fälle sind aber beim bloßen Auflösen von Pufferzeiten nur schwerlich vorstellbar. Das französische Privatrecht kennt solche Anordnungen nicht.

(c) Soweit der Bauherr im Rahmen des C.C.A.G. die Möglichkeit bekommt, einseitig den Bauunternehmer zwingen zu können, längere Produktionszeiten ohne Änderung der Ausführungsfrist zu erreichen, indem der Bauunternehmer Pufferzeiten zur Produktion nutzt, die beispielsweise zwischen den Gewerken vorgesehen wurden, sehe ich in der Regelung des französischen Rechts einen Vorteil: Dadurch können Verlängerungen der Ausführungsfrist oder Kostenerhöhungen vermieden werden.

Das im französischen Recht auch hierbei nicht hinlänglich gelöste Problem ist die Grenzziehung, da eine bloß zeitliche Lücke noch nicht bedeutet, daß der Bauunternehmer zu dieser Zeit auch hinreichende Kapazitäten auf der Baustelle zur Verfügung hat, um die Zeit zur Ausführung des ursprünglichen oder durch Anordnungen des Auftraggebers modifizierten Leistungsprogramms zu nutzen.

(d) Im Ergebnis halte ich eine Übernahme des Anordnungsrechts insoweit für vorteilhaft, allerdings nur mit dem Zusatz, daß der Bauunternehmer hinreichende Kapazitäten zur Nutzung der Pufferzeiten zur Verfügung hat oder haben müßte; dies ist oben zu den Tätigkeitszeiten bereits ausgeführt. Dazu schlage ich die bereits oben zur Anordnung hinsichtlich der Tätigkeitszeiten entwickelte Formulierung in § 4 VOB/B, (Abschnitt B II 2. a, aa) vor. Sie deckt auch Anordnungen mit ab, die zur Auflösung von Pufferzeiten führen.

(3) Die Verschiebung oder Unterbrechung der Produktionszeit des Bauunternehmers

Die Möglichkeit, innerhalb der Ausführungsfrist einzelne Tätigkeiten zeitlich zu verschieben, wurde oben erörtert, nunmehr werden Verschiebungen oder Unterbrechungen der Produktionszeit untersucht. Andere Preise für die Elementarfaktoren sind zu erwarten, so sind etwa im Winter zur Produktion zusätzliche Maßnahmen erforderlich, die die Produktion verteuern. Bei Schichtarbeit sind Zuschläge zu zahlen.

(a) Deutsches Recht

Der Auftraggeber kann nach VOB/B eine Unterbrechung der Arbeiten nicht anordnen. Allenfalls kann er sie durch Unterlassen von Mitwirkungshandlungen herbeiführen, da der Auftragnehmer die Ausführung des vorgesehenen Gebäudes nicht von ihm verlangen kann¹⁾. Wie beim Einsatz der Unterlassung zur Verzögerung des Herstellungszeitpunktes riskiert er eine Kündigung, Vergütungs- und/oder Ersatzansprüche.

Ebensowenig ist eine einseitige Verschiebung der einmal festgelegten Ausführungsfrist und damit der Produktionszeit möglich, da diese, wie bereits ausgeführt, nicht nur als Zeit-

1) h.M.; wie hier Palandt-Thomas, BGB, a.a.O., § 642 Anm. 1; MK-Soergel, BGB, a.a.O., § 642 Rd. 12 m.w.N.; dagegen Nicklisch in Nicklisch/Weick, a.a.O., § 4 Rd. 2 ff (13 i.V.m. 9), H-R-S-Riedl, a.a.O., B § 3 Rd. 76 und Craushaar, BauR 87, 14 - 21 (14)

spanne, sondern zumindest nach Aufforderung, die Arbeiten durchzuführen, als Zeitraum festgelegt ist. Dies bedeutet für den Auftraggeber eine gravierende Einschränkung, da er durch eine Unterbrechung evtl. Termenschwierigkeiten umgehen könnte, indem er andere Bauunternehmer inzwischen einsetzt.

Eine Möglichkeit zur Verschiebung besteht auch nicht im Falle eines BGB-Werkvertrages, da dort der Leistungstermin festgelegt ist und - wie oben ausgeführt - der Bauherr in Annahmeverzug gesetzt werden kann, d.h. letztlich ebenfalls eine Kündigung erfolgen kann.

(b) Französisches Recht

Die Regelungen des C.C.A.G. der öffentlichen Auftraggeber

Der Bauherr hat nach C.C.A.G. wie im deutschen Recht zwei Ansatzpunkte zur Verfügung, um eine Verschiebung der Produktionszeit herbeizuführen.

Zunächst bedingt jede Unterbrechung der Ausführungszeit gleichzeitig die Einfügung eines Zeitraums in die ursprünglich vorgesehene Ausführung, währenddessen der Bauunternehmer nicht produzieren kann. Im Regelfall geht deshalb die Unterbrechung der Ausführungszeit mit einer Unterbrechung der in ihr enthaltenen Produktionszeit einher, so daß die noch anstehenden Arbeiten erst nach der Unterbrechungszeit weiter ausgeführt werden können. Damit kann die Unterbrechung zu einer Verschiebung der Produktionszeit führen.

Der Bauherr kann die Unterbrechung nach Art. 48.1 C.C.A.G. anordnen. Der Bauunternehmer kann aber nach Art. 48.1.C.C.A.G. ab einer Gesamtunterbrechungszeit von mehr als einem Jahr die Aufhebung

des Vertrages verlangen (Art. 48.2 C.C.A.G.). Außerdem kann er einen Ausgleich durch Fristverlängerung (Art. 19.21 C.C.A.G.) verlangen, sowie eine Entschädigung (Art. 48.1 C.C.A.G.). Eine Verschiebung der Produktionszeit kann der Bauherr außerdem herbeiführen, indem er unter den bereits oben diskutierten Voraussetzungen den Beginn der Ausführungszeit zurückverlegt oder ihr Ende vorverlegt, da die Produktionszeit nicht vor dem verbindlichen Termin beginnen kann und nicht nach dem Endtermin sanktionslos für den Bauunternehmer fortgesetzt werden kann.

Im französischen Privatrecht ist ein Recht zur Verschiebung der Produktionszeit generell nicht gegeben, ebensowenig die Möglichkeit für den Bauherrn, Unterbrechungen oder einen Aufschub der Arbeiten anzuordnen. Etwas anderes könnte sich allenfalls aufgrund der Umstände des Einzelfalls bei ergänzender Vertragsauslegung ergeben.

In der Norm AFNOR NF P 03 - 001 von 1982 ist jedoch zumindest schlüssig ein Unterbrechungs- und Aufschubsrecht vorgesehen (vgl. Art. 19.1.3 AFNOR). Insoweit kann also der Bauherr sein Interesse an einer Veränderung der Tätigkeitszeiten durchsetzen. Im Rahmen des ihm daneben zugewiesenen Anordnungsrechts sieht die AFNOR jedoch wiederum eine Beschränkung des Anordnungsrechts auf die Fälle vor, in denen die Anordnung zur vertragsgemäßen Ausführung notwendig ist (Art. 12.2.1.4 und 12.2.1.3).

(c) Die Übernahme eines Unterbrechungsrechts in die VOB/B ist vorteilhaft, da es dem Bauherrn seine Projektsteuerungsfunktion ¹⁾ erleichtert (Formulierung wie oben zum Herstellungszeitpunkt/§ 6 VOB/B).

1) Will, BauR 4/87, 370 - 378 (371, 375)

b) Abweichungen in Art und/oder Menge der eingesetzten Produktionsfaktoren

Will der Bauherr die Art der vom Bauunternehmer zur Ausführung der Leistung eingesetzten Elementarfaktoren ändern, so bedeutet dies v.a. einen Eingriff in die Bereitstellungsplanung. Beim Material erreicht er dies über Leistungsänderungsvorbehalte (B II 1 a). Will er bestimmte Geräte oder Arbeitskräfte, so gilt:

aa) Deutsches Recht

Das BGB-Werkvertragsrecht regelt diesen Fall nicht ausdrücklich. Das BGB normiert vielmehr Mängelgewährleistungsrechte, durch die der Besteller den Bauunternehmer zwingen kann, ein vertragsgerechtes Werk herbeizuführen. Anspruch auf die Durchführung von vom Bauherrn bestimmten Maßnahmen, die dies herbeizuführen geeignet sind, bieten §§ 633 ff nicht. Der Bauherr kann also z.B. "Beseitigung der Durchfeuchtung" verlangen, nicht aber anordnen, daß dazu "der Meister kommt".

Dies ist jedoch für den Bauherrn in vielen Fällen unzureichend. Zwar kann er bei Vorliegen eines besonderen Interesses auch bereits vor dem für die Abnahme vorgesehenen Termin Gewährleistung geltend machen, z.B. zurücktreten (§ 634 Abs. 2 BGB), jedoch nützt ihm dies wenig, wenn er keinen Folgeunternehmer zur Hand hat und insbesondere, wenn er auf die Baustelleneinrichtung des Bauunternehmers angewiesen ist.

Daher liegt es nahe anzunehmen, der Bauherr habe beim Bauvertrag nach BGB das Recht, einseitig Anordnungen zur Ausführungsart zu treffen. ¹⁾

1) so Münchener Kommentar - Soergel, BGB, a.a.O., § 631, Rd. 170: "sicherlich"

Dies kann jedoch nicht generell gesagt werden. Aus der "Natur des Bauvertrages" ergibt sich dies nicht, da diese nicht Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes ist. Als dogmatischer Aufhänger kommen vielmehr zunächst §§ 315, 316, 631 Abs. 1 und 2 BGB sodann eine ergänzende Vertragsauslegung nach § 157 BGB in Betracht.

Erste Frage ist, ob der Einsatz der Produktionsfaktoren zur Werkleistung gehört. Davon ist auszugehen. Der Bauunternehmer wie jeder Werkunternehmer wird typischerweise für die Herstellung (Wertschöpfung), nicht für die bloße Beschaffung des Werkes bezahlt. Der Werkunternehmer kann nicht mit einer gekauften Sache erfüllen, lediglich mit einer - auch durch Gehilfen - hergestellten Sache. Auf Herstellung kann er verklagt werden. Die Leistung im Sinne von § 315 BGB bezeichnet aber das, was der Bauunternehmer schuldet. Dies soll festgelegt werden. Dieser Leistungsbegriff ¹⁾ erstreckt sich nicht nur auf den Leistungserfolg, sondern auch auf die Leistungshandlung, da diese beim Werkvertrag zu demjenigen gehört, was der Unternehmer schuldet.

Die zweite Frage ist, ob die Leistungshandlung zum Umfang der Leistung (§ 316 BGB) gehört, Wenngleich der Umfang der Ausführung durch dasjenige festgelegt ist, was zur Erreichung des Werkes erforderlich ist, so bleibt doch bei mehreren Ausführungsalternativen die Frage, welche vorzuziehen ist und welche von diesen Tätigkeiten wann durchzuführen sind. Dies ist eine Frage des Umfangs der Ausführung und damit eine Frage des Umfangs der Leistung, da festgelegt wird, welche Tätigkeiten die Ausführung umfaßt. Diese Festlegung impliziert wiederum die Festlegung der hierzu not-

1) vgl. Jauernig-Vollkommer, BGB, a.a.O., § 241 Anm. 3 a

wendigen Mittel. Sind diese nicht festgelegt, so sind die Voraussetzungen des § 316 BGB, welcher wiederum auf § 315 BGB verweist, gegeben.

Andererseits ist jedoch kein Zweifel gegeben, daß der Bauunternehmer nach dem Vertrag die Art und Menge der von ihm eingesetzten Produktionsfaktoren grundsätzlich selbst bestimmen soll. Somit ist § 316 BGB nicht anwendbar. Der Bauherr engagiert den Bauunternehmer nicht nur wegen dessen handwerklicher Geschicklichkeit, sondern auch seiner organisatorischer Erfahrungen und insbesondere seines Maschinenparks wegen. Die Unabhängigkeit des Bauunternehmers ist überdies ein Indiz dafür, daß dem Bauunternehmer der Einsatz der Produktionsmittel zur Entscheidung überlassen sei. Eine Ausnahme kann lediglich hinsichtlich der Koordination der Unternehmer gemacht werden (s.o.).

Insoweit kann der Bauherr nachträglich Fristen für den Zugang der einzelnen Bauunternehmer zur Baustelle festlegen. Ein Anspruch gegenüber dem Bauunternehmer, eine bestimmte Maschine oder eine bestimmte Menge von Produktionsfaktoren einzusetzen, ist jedoch im Grundsatz nicht gegeben, auch wenn diese zur Ausführung notwendig sind.

Diese Erwägungen lassen auch die Begründung eines Anordnungsrechtes, d.h. eines bindenden klagbaren Anspruchs auf Ausführung nach Weisung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung im Grundsatz nicht möglich erscheinen. Ein Anordnungsrecht zum Mitteleinsatz hat deshalb im gesetzlichen Werkvertragsrecht kein Vorbild¹⁾.

Ein Anordnungsrecht des Auftraggebers ist jedoch bei Vereinbarung der VOB/B nach § 5 Nr. 3 und § 4 Nr. 1 Abs. 3 und 4 VOB/B.

1) Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 4 Rd. 30

gegeben. Beide Vorschriften sind als Ausnahme ¹⁾ von dem in § 4 Nr. 2 I VOB/B niedergelegten Grundsatz, der Auftragnehmer habe die Pflicht, die Leistung unter eigener Verantwortung ²⁾ nach dem Vertrag auszuführen, anzusehen. Insbesondere ist es danach seine Sache, die Ausführung seiner vertraglichen Leistung zu leiten und für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen. ²⁾

Nach § 5 Nr. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer auf Verlangen - ergänze: "des Auftraggebers" - unverzüglich Abhilfe zu schaffen, wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, daß Ausführungsfristen offensichtlich nicht eingehalten werden können. Auch dieser Anspruch geht aber nicht auf Einsatz bestimmter Elementarfaktoren, sondern darauf, solche Mittel einzusetzen, die in Art und Menge zur Einhaltung der Fristen hinreichend sind. Welche und wieviele dies sind, hat der Auftragnehmer zu entscheiden. ³⁾ Die Pflicht geht nur auf "Abhilfe".

Schafft der Auftragnehmer die Abhilfe nicht unverzüglich, so steht dem Auftraggeber ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens (§ 6 Nr. 6 VOB/B) und wahlweise nach Fristsetzung und Androhung der Auftragsentziehung das Recht aus § 8 Nr. 3 VOB/B zu. Im Gegensatz zum gesetzlichen Werkvertragsrecht behält der Auftraggeber dann die Baustelleneinrichtung und bekommt ggf. die Mehrkosten für Drittausführung erstattet. Außerdem kann er die weiteren in dieser Vorschrift vorgesehenen Rechte geltend machen (s.o.). Auch kann er das Abhilferecht einklagen.

Ein konkretes Anordnungsrecht ergibt sich aber für den Auftraggeber unter den Voraussetzungen des § 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B. Danach ist der Auftraggeber befugt, Anordnungen zu treffen,

1) D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 5.28

2) vgl. D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 5.27

3) vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 5, Rd. 16 und 18

die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind, wobei er die dem Auftragnehmer zustehende Leitung zu wahren hat. Eine Änderung des Leistungsgegenstandes ist danach nicht zulässig, sondern nur solche Anordnungen, d.h. Erklärungen des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, die den Willen des Auftraggebers zum Ausdruck bringen, daß dieser dem Inhalt der Erklärung entsprechend verfahren müsse, ¹⁾ die die Ausführung betreffen. Dazu gehören z.B. technische Verfahren, die Beauftragung eines bestimmten Spezialisten als Subunternehmer.

Die Fassung des Anordnungsrechtes schränkt dieses auf notwendige Maßnahmen ein, d.h. auf Anordnungen, ohne deren Befolgung die Erreichung des Vertragszwecks nach objektiver Beurteilung unmöglich oder aber gefährdet ist. ²⁾ Sind mehrere Wege, Mittel, Methoden zur Ausführung vertretbar, so kann sich der Auftraggeber nicht mit seinen Vorstellungen nach dieser Vorschrift durchsetzen, sondern insbesondere den Vertrag unter Zahlung der Vergütung kündigen. Eine weitere Einschränkung erfolgt durch die im Hinblick auf das AOG gebotene Berücksichtigung der Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung. Daraus wird geschlossen, daß das Anordnungsrecht erst angewandt werden soll, wenn eine Erörterung der Probleme mit dem Auftragnehmer zu keiner Klärung führt, es sei denn, das Problem wäre dringend. ³⁾ Hieraus kann weiter geschlossen werden, daß es Sache des Auftragnehmers ist, die Umsetzung der Maßnahme in seinen Betrieb zu planen und zu veranlassen, was auch in Satz 2 zum Ausdruck kommt.

Eine darüber hinausgehende Anordnung des Auftraggebers ist

1) vgl. Kiesel, VOB, a.a.O., § 4 Rd. 16

2) vgl. Kiesel, a.a.O., Rd. 16 c

3) Kiesel, a.a.O., Rd. 16, vgl.a. D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 4.42

unberechtigt. Sie muß aber, soweit sie nicht die Grenzen des Anordnungsrechtes offensichtlich übersteigt und damit als unzulässige Rechtsausübung anzusehen ist oder gesetzliche bzw. behördliche Bestimmungen entgegenstehen, vom Auftragnehmer durchgeführt werden (§ 4 Nr. 1 IV VOB/B). Derartige Anordnungen führen jedoch zu einer Verlagerung der Gewährleistungsrisiken (§§ 4 Nr. 3; 13 Nr. 3 VOB/B), zur Kostentragungslast für die unberechtigte Maßnahme des Auftraggebers (§ 4 Nr. 1 IV Satz 2 VOB/B), evtl. zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist (§ 6 Nr. 2 VOB/B) und ggf. zu einem Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B. Preisanpassungen sind in diesen Fällen überdies nach § 2 Nr. 5 VOB/B denkbar.

Bei Nichterfüllung einer bindenden Anordnung durch den Auftragnehmer kann der Auftraggeber diese Nebenleistungspflicht auf Durchführung der Anordnung einklagen, auch wenn die Grenzen des Rechtes nach § 4 Nr. 1 III überschritten sind, den Verzugsschaden nach § 286 BGB ersetzt verlangen und evtl. nach § 6 Nr. 6 VOB/B Schadensersatz verlangen, falls die Weigerung eine Behinderung verursacht. Den Auftrag kann er allerdings nur entziehen, wenn ein Einfluß auf das Werk ersichtlich wird (§§ 6 Nr. 7; 5 Nr. 4; 8 Nr. 3 VOB/B), da die Leistung durch bloße Nichterfüllung der Anordnung nicht vertragswidrig wird und andere Tatbestandsmerkmale nicht in Betracht kommen.

Ist im Vertrag vorgesehen, daß der Auftragnehmer auf Verlangen Angestellte oder Arbeiter an der Baustelle zu entfernen und durch andere Arbeitskräfte zu ersetzen habe, wobei es einer Begründung für das Verlangen nicht bedürfe,¹⁾ so wird vertreten, die Klausel sei zwar als Individualabrede wirksam, in

1) vgl. Frikell, Bauvertragsklauseln, a.a.O., S. 110, Rdn. K 4. 14

Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers jedoch unwirksam, da sie so ungewöhnlich sei, daß der Auftragnehmer mit ihr nicht zu rechnen brauchte (§ 3 AGBG), denn für den Werkvertrag sei kennzeichnend, daß der Erfolg unter Beibehaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit und der eigenen Dispositionsfreiheit über Arbeitsmittel und Personal erzielt wird. Die Begründung ist nicht richtig, da die Klausel in Bauverträgen gängig ist und die Dispositionsfreiheit über Arbeitsmittel für den Bauvertrag nicht kennzeichnend ist, ebensowenig für den Werkvertrag. Die Klausel ist daher auch in AGB wirksam.

bb) Französisches Recht

Sowohl im französischen Privatrecht als auch im französischen öffentlichen Recht gilt ebenso wie im deutschen Recht der Grundsatz, daß der Bauunternehmer für den Einsatz seiner Mittel zu sorgen hat. Der Bauunternehmer ist im öffentlich-rechtlichen Bereich Herr seiner Organisation und seiner Methoden.¹⁾ Dies ist zumindest das heutige Verständnis von der Funktion des Bauunternehmers im öffentlichen Auftragswesen; demgegenüber wurde die Funktion des Bauunternehmers in der älteren Literatur häufig darin gesehen, daß er lediglich Mittel bereitstellt.²⁾ Das französische Privatrecht sieht die Leistung des Bauunternehmers als eine obligation de résultat (Verpflichtung, einen Erfolg herbeizuführen), so daß der Bauunternehmer als frei in der Wahl seiner Mittel angesehen wird.

Einem im Einzelfall bestehenden Interesse des Bauherrn, den

1) Montmerle Publics, a.a.O., S. 154

2) So etwa Prioux, Traité, Rdn. 369

Bauunternehmer zum Einsatz bestimmter Mittel zwingen zu können, die der Vorstellung des Bauherrn entsprechen, wird das französische öffentliche Recht in vielerlei Hinsicht gerecht:

Zum einen kann der Vertrag die Mittel festlegen. Dies dürfte allerdings die Ausnahme sein, da auch nach französischem Verständnis der Bauunternehmer Herr der Organisation seiner Baustelle und der Auswahl seiner Methoden zur Herstellung des Werkes ist. ¹⁾

Häufig legt der Vertrag in den C.C.T.P. die Mittel fest, insbesondere sind Festlegungen auf bestimmte Typen von Maschinen für schwierige Phasen der Ausführung in der amtlichen Kommentierung der C.C.T.G. ²⁾ empfohlen. Zumeist handelt es sich um die Festlegung auf einen Katalog von alternativ anwendbaren Mitteln.

Nach Art. 28.2 C.C.A.G. erhält der Bauherr ein in seiner Bedeutung nicht zu unterschätzendes Informationsrecht, das ihm die tatsächlichen Voraussetzungen für einen präventiven Eingriff in vom Bauunternehmer vorgesehene Ausführungen schafft: Danach ist der Bauunternehmer verpflichtet, die Materialien und Methoden, die er einzusetzen gedenkt, dem maître d'oeuvre, das heißt dem Bauingenieur des Bauherrn im Rahmen des vom Bauunternehmer zu erstellenden Ausführungsprogramms (s. oben zum Zeitplan) mitzuteilen. Dies schafft dem Bauherrn die Informationen, die er für evtl. Änderungsanordnungen benötigt. Derartige Anordnungsmöglichkeiten hat der Bauherr wie folgt:

Gem. Art. 36 kann der Bauherr vom Bauunternehmer verlangen,

1) Montmerle, Publics, a.a.O., mit weiterem Nachweis auf C.E. 29. Mai 1981, S. 505

2) vgl. Ministère de L'environnement, C.C.T.C., Annex II zu Circ. no. 79 - 27 vom 14.03.1979, a.a.O., S. 19

daß dieser Personen von der Baustelle abzieht, die undiszipliniert, unfähig oder unerfahren sind.

Generell kann der maître d'oeuvre mit Anordnungen (Art. 2.52 C.C.A.G.) in die Ausführung eingreifen. Dabei sind lediglich die allgemein derartigen Anordnungen gezogenen Grenzen zu beachten. Dies bedeutet, daß der Bauunternehmer die Anordnungen abgesehen von den Fällen nicht zu vertretenden wirtschaftlichen Unvermögens ausführen muß, anderenfalls riskiert er die in Art. 49 C.C.A.G. genannten Sanktionen, wenn er nicht vorher die Aufhebung des Vertrages durch gerichtliche Entscheidung erreicht hat (z.B. Kündigung, Ersatzvornahme, Schadensersatz).

Die richterliche Aufhebung des Vertrages wäre etwa erreichbar, wenn der Bauherr das Anordnungsrecht mißbraucht, wenn er zu viele Arbeiter verlangt oder eine unverhältnismäßig lange Dauer für die Drehung einer Mischmaschine anordnet und wenn außerdem der darin liegende Pflichtverstoß des Bauherrn als schwerwiegend anzusehen ist ¹⁾. Dies ist nicht der Fall, wenn eine Entschädigungszahlung zum Interessenausgleich hinreichend ist ²⁾. Im Einzelfall denkbar ist auch, daß ein Aufhebungsverlangen deshalb berechtigt ist, weil die Anordnung des Bauherrn, die Leistung anders als vom Bauunternehmer vorgesehen auszuführen, die wirtschaftliche Grundlage des Vertrages zerrüttet. Der Fall dürfte allerdings rar sein.

Die wirtschaftlichen Folgen einer Anordnung des Bauherrn, andere Mittel oder andere Mengen von Mitteln einzusetzen, als vom Bauunternehmer ursprünglich vorgesehen, liegen vor allem auf den Ebenen Qualität des Ergebnisses, Zeit für die Durchführung, Kosten der Durchführung. Auf all diesen Ebenen sind Veränderungen zu Gunsten und zu Lasten der Parteien mög-

1) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., 1232 mit weiteren Nachweisen, 1420 f., 1005

2) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1006 am Ende m.w.N.

lich. Besonders kritisch ist der Fall, daß der Bauunternehmer die angeordneten Mittel nicht in hinreichender Menge beschaffen kann.

Das französische Privatrecht sieht ähnlich wie das deutsche Recht keine Möglichkeiten des Bauherrn vor, durch Anordnung zu bewirken, daß der Bauunternehmer andere Produktionsfaktoren einsetzt. So gibt Art. 12.2. AFNOR NF P 03 - 001 von 1982 dem Bauherrn die Möglichkeit anzuordnen, mangelhafte Leistungen zu beseitigen.¹⁾ Eine weitergehende Verpflichtung ist den Normtexten nicht zu entnehmen. Das heißt, daß der Bauherr keine Möglichkeit hat, den Bauunternehmer zur Verwendung anderer Mittel anzuhalten, wenn die vom Bauunternehmer eingesetzten Mittel zur Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung geeignet sind.²⁾

cc) Vergleichung

Wesentliche Unterschiede bestehen sowohl in der Rechtsfolge einer nicht erfüllten Anordnung als auch hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen der Bauherr Anordnungen an den Bauunternehmer erteilen kann:

/1/ Soweit der Bauunternehmer die Anordnung im französischen öffentlichen Recht nicht erfüllt, ist er der gesamten Sanktionspalette von der Ersatzvornahme auf seine Kosten durch Dritte bis zum Schadensersatz ausgesetzt. Im deutschen Recht ist nach VOB/B vielmehr nur mit Schadensersatzansprüchen zu rechnen. Dies führt dazu, daß im deutschen Recht ein Verstoß gegen eine Anordnung, der nicht zu einem Schaden führt, nahezu sanktionslos bleibt. Dies aber wird bei allen Anordnungen

1) Der Text ist sprachlich nicht eindeutig; nur diese Auslegung aber erscheint mir sinnvoll, ebenso Llorens Contrat, a.a.O., S. 349 zu Fn. 553

der Fall sein, die lediglich bezwecken, eine andere Ausführungsart einzuführen, die der Bauherr für geeigneter hält, deren bessere Eignung sich aber nicht beweisbar innerhalb der Gewährleistungsfrist am Ergebnis erkennen läßt. Bei Anordnungen, die der Beschleunigung der Durchführung dienen, sind Schäden denkbar, z.B. wenn die Anordnung dazu dient, Probleme des Bauherrn bei der Koordination anderer Bauunternehmer auszugleichen, d.h. Kosten einzusparen, oder wenn die Anordnung ein kostengünstigeres Verfahren bei der Durchführung einer Planungsänderung vorschreibt.

Die Übernahme weitgehender Sanktionen für die Nichterfüllung einer Anordnung ist nicht erforderlich, weil in den Fällen, in denen die Anordnung zu kostenmäßigen Vorteilen für den Bauherrn führt, der Schadensersatzanspruch eingreift und dann auch hinreichend ist; die Ersatzvornahme erscheint demgegenüber nur bei Anordnungen gerechtfertigt, ohne die der vertraglich vorgesehene Erfolg nicht herbeigeführt werden kann.

21 Der in der VOB/B vorgesehene Ausschluß des Rechtes, Anordnungen zur Ausführung der Leistung zu treffen in den Fällen, in denen die Anordnung "offensichtlich" zur Durchführung nicht notwendig ist, erscheint als unzweckmäßig, weil das Kriterium "offensichtlich" nicht verläßlich und zur Lösung des Interessenwiderspruchs ungeeignet ist. Der Bauherr ist daran interessiert, insbesondere bei Leistungsänderungen durch Eingriffe in die Ausführung eine bessere Koordination der von ihm eingesetzten Bauunternehmer, eine billigere Ausführung und evtl. eine bessere Qualität des Erzeugnisses zu erreichen. Demgegenüber steht das Interesse des Bauunternehmers, evtl. entstehende Nachteile ersetzt zu bekommen oder gar nicht erst entstehen zu lassen, dies auch zu Lasten der Koordination mit anderen Unternehmern, sowie der Qualität. Nachteile entstehen dem Bauunternehmer

vor allem, wenn er andere oder mehr Mittel ansetzen muß, als er leicht für die Ausführung der Anordnung beschaffen kann, d.h. wenn sein Betrieb nicht auf derartige Ausführungstätigkeiten eingerichtet ist oder die Mittel für andere Aufträge bereits eingeplant sind. Ein Zwang zum Einsatz eines Subunternehmers erscheint mir nicht gerechtfertigt, soweit der Bauunternehmer von den dort zu beschaffenden Mitteln und deren Einsatz nichts versteht, d.h. im Ergebnis: der Bauunternehmer ist zur Ausführung von Anordnungen des Bauherrn zur Durchführung verpflichtet, es sei denn sein Betrieb wäre nicht auf die Ausführung derartiger Maßnahmen eingerichtet und dies konnte bei Vertragsschluß vom Bauherrn auch nicht erwartet werden und auch die Beschaffung der erforderlichen Mittel kann von dem Betrieb des Bauunternehmers nicht erwartet werden.

/3/ Einen Formalismus, wie z.B. schriftliche Form der Anordnungen des Architekten, Begrenzung von Einwendungen des Bauunternehmers auf solche, die er sich innerhalb bestimmter Frist förmlich vorbehält, halte ich für zweckmäßig, ebenso wie bei Änderungen des Leistungsinhaltes.

/4/ Eine Spezialvorschrift für die Anordnung, Arbeitnehmer zu entfernen, ist überflüssig, da von einer generellen Anordnungsbefugnis auch dieser Fall erfaßt wäre.

/5/ Eine gemeinsame Vorschrift für Anordnungen hinsichtlich Erfolgs- und Ausführungsänderungen wie im französischen Recht ist nicht sinnvoll, weil die Interessenlagen bei diesen Anordnungen jeweils unterschiedlich liegen und gesonderte Abgrenzungen erfordern.

dd) Aus diesen Erwägungen ergibt sich die bereits zu Anordnungen hinsichtlich der Tätigkeitszeiten ausgeführte Formulierung (Einschub in § 4 VOB/B).

III. Ausgleich der entstehenden Nachteile

Dem Auftragnehmer können aus der Ausführung von Abweichungen Vor- aber auch Nachteile verglichen mit seiner ursprünglichen Planung entstehen. Soweit der Auftragnehmer auf den ursprünglichen Plan vertrauen durfte, etwa weil das Planungselement, auf welchem der Plan basiert, vertraglich festgelegt war, erscheint es notwendig, dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die erlittenen Nachteile zu gewähren. In jedem Fall wird der Auftragnehmer hieran ein Interesse haben.

Das Ausgleichsproblem ist ein Gerechtigkeitsproblem schlechthin. Oberdies ist ein Ausgleich aus Zweckmäßigkeitsgründen im Falle von Abweichungen von der vertraglich vorgesehenen Planung geboten: Hätte der Bauherr keine Möglichkeit, auf die Herstellung, insbesondere aber auf deren Ergebnis während des Bauvorhabens einzuwirken, so riskiert er ein Bauwerk abnehmen zu müssen, das seinen gewandelten Bedürfnissen nicht mehr entspricht, technische Planungsmängel aufweist, oder möglicherweise aufgrund unvorhergesehener Bodenverhältnisse gar nicht ausführbar ist (Problem der Ermittlung der Planungsgegebenheiten). Wirtschaftlich ließe sich dieses Problem allenfalls mit Hilfe erhöhter Planungsaufwendungen für einen Teil dieser Fälle vermeiden. Planung aber ist teuer. Gäbe man dem Bauherrn die Möglichkeit, den Vertrag, insbesondere die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung, nach Belieben zu ändern, ohne dem Auftragnehmer hierfür zu einem Ausgleich zu verhelfen, was in früheren Zeiten durchaus vorkam,¹⁾ so ergäben sich die im vorhergehenden Teil geschilderten Auswirkungen für den Auftragnehmer. Insbesondere würden sich demnach Kostenerhöhungen und Gewinneinbußen sowie erhebliche Verluste ergeben, d.h.

1) vgl. Sharpe v. San Paulo Ry. (1873) L.R. 8 Ch. App. 597, (zit. nach Weick, Standardbedingungen, a.a.O., S. 147, Fn. 30)

der Auftragnehmer geriete in Konkursgefahr mit entsprechenden sozialen Folgen. Der Auftragnehmer würde also entweder die Abweichung vom Vertrag zu umgehen suchen, d.h. insbesondere die Arbeiten einstellen, an der Qualität sparen, oder die Zeit zumindest soweit überziehen, daß noch keine spürbaren Mehrkosten entstehen; geht er in Konkurs, so ist er am Markt als Anbieter nicht mehr vorhanden, in Folgeaufträgen würden sich die übrigbleibenden Konkurrenten - soweit sie dies durchsetzen können - nicht mehr bereitfinden, dem Auftraggeber überhaupt ein Änderungsrecht zuzugestehen. Der Auftraggeber ist aber im Hinblick auf die besonderen Gegebenheiten der Bauausführung und die daher immer zu erwartenden Modifikation der Planung auf die Abweichungsmöglichkeit angewiesen. Der Auftragnehmer wird ihm in diesem Fall einen schwerlich aus Erfahrungswerten mit anderen Auftraggebern kalkulierbaren, einen Wagniszuschlag enthaltenden Preis abringen, sobald am Markt nur noch wenige Bauunternehmer übrig geblieben sind. Dies aber führt dazu, daß der Preis nicht mehr der Leistung entspricht, sondern alle Bauherren die Wagnisse aus der Planung anderer Bauherren mittragen. Für die staatlichen Haushalte ist dies nicht tragbar, weil es der Haushaltsklarheit widerspricht. Für Private ist es zu teuer. Oberdies würde die Gesamtheit der Bauherren das Planungsrisiko für einzelne Bauherren mittragen, d.h. es entstünde eine Art Fehlplanungsversicherung. Ein Vertrag, der für Abweichungen keinen Ausgleich schafft, erweist sich damit als un-zweckmäßig.

Wie dieser Ausgleich nach deutschem und französischem Recht erfolgt und ob diese Ausgleichsregelungen zweckmäßig anzusehen sind, zeigt der folgende Vergleich des deutschen und französischen Rechts.

Es bietet sich an, nach dem Mittel zum Ausgleich zu unterscheiden, das der belasteten oder einen Vorteil erstrebenden Partei zur Verfügung stehen kann. Aus dem ersten Abschnitt

ergab sich, daß ein Ausgleich dadurch möglich oder aber auch erzwungen wird, daß in einem anderen Planbereich eine Abweichung erfolgt (Folgeabweichung); so ist es im Regelfall möglich, Mehrmengen durch Verlängerung der Ausführungszeit durchzuführen, ohne die Kombination der Produktionsfaktoren ändern zu müssen. Damit können Stückkostensteigerungen vermieden werden oder sogar Stückkostenvorteile erreicht werden. Zumindest aber könnten Kostennachteile für den Bauunternehmer durch Kostenüberwälzung auf den Bauherrn ausgeglichen werden, d.h. durch eine Folgeabweichung im wirtschaftlichen Planungsbereich. Daher wird im folgenden von der Frage ausgegangen, durch welche Mittel, d.h. durch welche Art und welchen Umfang von Folgeabweichungen die jeweilige Rechtsordnung die ursprüngliche Abweichung unter welchen Voraussetzung auszugleichen versucht, d.h. wer welches Mittel zum Ausgleich der Folgen einsetzen kann. Als Folgeabweichung kommen Abweichungen an weiteren Elementen der technischen Planung aber auch Abweichungen in der ökonomischen Planung, wie Erhöhungen und Verminderungen des Preises in Betracht.

Somit richtet sich das Interesse des Bauunternehmers nicht bei jedem Nachteil immer nur auf eine Ausgleichsmöglichkeit, vielmehr sind eine Vielzahl von Ausgleichsmöglichkeiten denkbar. So ist ein höherer Zeitaufwand entweder durch Kapazitätserhöhung - ggfl. mit kostensteigernder Wirkung - oder durch Ausnutzung von Pufferzeiten ausgleichbar. Es ist eine Frage des Einzelfalles, ob eine kostenneutrale technische Abweichung hinreichend ist oder nicht. Technische und wirtschaftliche Maßnahmen zur Erzielung eines Ausgleichs lassen sich unterscheiden. Der technische Ausgleich (1.) hat den Sinn, durch technische Maßnahmen insbesondere wirtschaftliche Nachteile (Kostensteigerung) auszugleichen. Die folgende Untersuchung soll klären, welche technischen Folgeabweichungen der Bauunternehmer unter welchen Voraussetzungen durchsetzen kann. Man kann auch sagen, es würden Folgeabweichungen zum Zwecke des Kostenausgleichs durchgeführt. Der hier als

wirtschaftlich bezeichnete Ausgleich besteht in einer Erhöhung des Entgelts, welches der Bauunternehmer bekommt, um Mehrkosten und Gewinneinbußen auszugleichen oder ihn zu Abweichungen zu motivieren (2.).

1. Technischer Ausgleich - Kostensenkung

Mittel eines technischen Ausgleichs bestehen immer in Abweichungen von den ursprünglich geplanten Tätigkeiten des Bauunternehmers. Klar ist bei dieser Betrachtung, daß der Bauunternehmer häufig eher an einem Ausgleich in Geld, d.h. dem "wirtschaftlichen" Ausgleich interessiert ist.

Eine bloße Tätigkeitsänderung berührt (s.o.) grundsätzlich die Interessen des Bauherrn nicht. Anders aber liegt der Fall, wenn eine Tätigkeitsänderung Einfluß auf den Erfolg der Bauausführung hat. Daher erscheint es angezeigt, zunächst die Fälle zu untersuchen, in denen die vom Bauunternehmer erstrebte Folgeabweichung Einfluß auf den Erfolg der Herstellung hat (a). Beschränkt sich der Einfluß der Folgeabweichung auf die Durchführung (b), so ergeben sich entgegenstehende Interessen des Auftraggebers, soweit die Koordination von Folgeunternehmern gestört wird.

a) Technischer Ausgleich durch Maßnahmen, die den geplanten Erfolg betreffen

aa) Qualitätseinschränkungen, Quantitätseinschränkung

(1) Grundsatz der Sanktion bei eigenmächtigen Abweichungen des Unternehmers

Möglichkeiten für den Bauunternehmer, dem Bauherrn eine geringere oder andere Qualität zu liefern als vertraglich

vorgesehen, sind nach Deutschem Recht nahezu ausgeschlossen, auch wenn technisch diese Möglichkeit besteht. Zu denken ist etwa an den Versuch, Verzögerungen durch beschleunigtes aber flüchtigeres Arbeiten auszugleichen. Der Unternehmer muß, falls er diesen Ausweg sucht, im Grundsatz mit nachteiligen Rechtsfolgen rechnen. Einige Ausnahmefälle werden anschließend behandelt.

Der Bauunternehmer erleidet im Grundsatz wirtschaftliche Nachteile, wenn er vom vertraglich vorgesehenen Plan, soweit dieser die herzustellende Sache festlegt, abweicht. Im Übrigen ist er frei. Die Sache ist aber im Regelfalle vorgeplant und zumindest nach §§ 315, 316 BGB vom Bauherrn zu bestimmen. Nachteile erleidet der Bauunternehmer zum einen dadurch, daß er für seine eigene Leistung höhere Kosten kalkulieren muß, weil er entweder höhere Aufwendungen für die Ausführung durch technische Maßnahmen - Mangelbeseitigung § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B und § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B, § 633 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB - oder auch Ersatzansprüche in Geld des Bauherrn erfüllen muß. Letztere bestehen aus Schadensersatzansprüchen (§§ 635 BGB; 13 Nr. 7 Abs. 1; § 4 Nr. 7 Satz 2; 6 Nr. 6; 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2; 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 3 VOB/B) oder aus Aufwendungsersatzansprüchen (§§ 633 Abs. 3; 2, Nr. 8 Abs. 1 Satz 2; 13 Nr. 5 Abs. 1, 4 Nr. 7 Satz 1; 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B). Zum anderen ergeben sich Nachteile durch den Verlust oder die Einredebehaftung bei Vergütungsansprüchen (§§ 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1; 13 Nr. 6; 4 Nr. 7 Satz 3; 7 Nr. 3; 12 Nr. 3 VOB/B; 633 Abs. 2, 634 Abs. 1 BGB).

Hieraus kann der Grundsatz entnommen werden, daß der Bauunternehmer keine Möglichkeit hat, einseitig als Ausgleich in anderen Planungsbereichen einen abweichenden körperlichen Erfolg herzustellen.

Ganz ähnlich ist die Rechtslage in Frankreich:

Die C.C.A.G. für Verträge mit öffentlichen Auftraggebern

sehen eine zu dieser Problematik ähnliche Lösung vor, wie die VOB/B. Dies gilt sowohl für die grundsätzlichen Wertungen, als auch für die Struktur der die Regelung beinhaltenden Rechtssätze.

Ausgangspunkt ist wie im deutschen Recht der Grundsatz, daß der Bauunternehmer nicht aus eigenem Entschluß von den vertraglichen Bestimmungen oder von einer Anordnung abweichen darf; anderenfalls ist er Sanktionen ausgesetzt. In den C.C.A.G. ergibt sich dies im wesentlichen aus folgenden Vorschriften, die der Idee nach zum einen die Zeit bis zur Abnahme (Art. 30 und 39 C.C.A.G.), zum anderen die Zeit nach der Abnahme betreffen (Art. 44.1 und 41.6 C.C.A.G.):

Nach Art. 30 darf der Bauunternehmer von sich aus keine Änderungen gegenüber den im Vertrag vorgesehenen technischen Bestimmungen vornehmen. Werkleistungen, die dem nicht entsprechen und damit nicht vertragsgerecht sind, muß er auf Anordnung des Bauherrn neu herstellen (Art. 30 Abs. 2); dies entspricht zum einen § 2 Nr. 8 Abs. 1, Satz 2 VOB/B, erfaßt aber auch die Fälle des § 4 Nr. 7 VOB/B, soweit dieser die Fälle vertragswidriger Leistung regelt. Die Funktion von §§ 4 Nr. 7 und 2 Nr. 8 VOB/B ist also im französischen C.C.A.G. in einer Vorschrift - Art. 30 - konzentriert. Nach der Abnahme (Art. 41 C.C.A.G.) hat der Bauunternehmer die vom Bauherrn bei Abnahme vorgehaltenen Mängel innerhalb einer vom Bauingenieur des Bauherrn (*maître d'oeuvre*) gesetzten Frist nachzubessern; anderenfalls kann der Bauherr die Arbeiten auf Kosten des Bauunternehmers durchführen lassen.

Innerhalb einer Garantiefrist von einem Jahr entstehende Mängel sind ebenfalls vom Bauunternehmer zu beseitigen, soweit sie ihm zurechenbar sind (Art. 44.1 Abs. 2 b u. Abs. 3). Außerdem laufen die zweijährige Gewährleistungsfrist für Mängel der Gebrauchstauglichkeit (analog Art. 1792 C. Civ.) und die zehnjährige Gewährleistung für bestimmte ver-

steckte Mängel analog Art. 2270 C. Civ., die sich insbesondere auf Mängel bezieht, die die Stabilität oder Benutzbarkeit des Gesamtbauwerks beeinträchtigen. Das Eingreifen dieser Gewährleistungsvorschriften bedeutet für den Bauunternehmer den Ersatz des Mangelschadens. Im Ergebnis haftet der Bauunternehmer also wesentlich länger als im deutschen Recht. Im Hinblick auf die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung im Rahmen der Gewährleistung sind seine Risiken auch höher. Das französische private Recht geht ebenfalls von dem Grundsatz aus, daß der Bauunternehmer nicht aus eigenem Entschluß von den vertraglichen Bestimmungen oder einer verbindlichen Anordnung des Bauherrn abweichen darf; anderenfalls ist er Sanktionen ausgesetzt ¹⁾.

Die Norm AFNOR NF P 03 - 001 von 1982 regelt den Fall von Modifikationen durch den Bauunternehmer in Abweichung vom Vertrag in Art. 7.2 ff.. Der Bauherr kann im Grundsatz auf Vorschlag des Architekten die Beseitigung nicht vertragskonformer Arbeiten verlangen und evtl. Nachteilsausgleich hinsichtlich weiterer Arbeiten beanspruchen. Stattdessen kann er die Arbeiten behalten, braucht aber nicht zusätzlich zu bezahlen (Art. 7.2.1.1); umgekehrt kann er einen Abzug vom Preis vornehmen, wenn die Kosten für die tatsächlich ausgeführten Arbeiten geringer sind als für die ursprünglich geplanten, (Art. 7.2.1.1.1). Dies entspricht der generellen Rechtslage im französischen Privatrecht. ²⁾ Die Mängelbeseitigungsfrist nach Abnahme für bei Abnahme vorbehaltene Mängel und evtl. Ersatzvornahme (Art. 12.6.3) sowie die Gewährleistung für nicht vertragsgerechte Leistungen ist wie im öffentlichen Recht geregelt (Art. 15 AFNOR).

1) Zu den Sanktionen vgl. Llorens, Contrat, a.a.O., S. 357 f. und Liet-Veaux, Droit, a.a.O., S. 270

2) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 255

(2) Ausnahmen von der Verantwortung des Bauunternehmers existieren im deutschen und französischen Recht für Fälle, in denen die Abweichung vom Bauherrn gewollt und/oder verursacht wurde.

(a) Vertragliche Einigung

Einigen sich die Parteien darauf, daß der Bauunternehmer statt des ursprünglich vorgesehenen körperlichen Erfolges einen anderen erzielt oder daß er berechtigt sein soll, diesen festzulegen, so ändern die Parteien vertraglich den Vertrag hinsichtlich des Inhaltes, der vom Bauunternehmer zu erbringenden Leistung gem. § 305 BGB. Dies ist zulässig. Weder das Gesetz noch die VOB schreiben eine Form für Vertragsänderungen vor.

Daher wird die neue Leistung zur vertraglichen Leistung. Die Abweichung vom ursprünglich vertraglich vorgesehenen Plan und vom ursprünglichen Plan des Bauunternehmers ist dann nicht nur zulässig, sondern sogar geboten. Ebenso wenig ist eine Leistung ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag (§ 2 Nr. 8 VOB/B) gegeben. Die Leistung ist dann trotz Abweichung vom ursprünglichen Vertrag nicht vertragswidrig (§ 4 Nr. 7 VOB/B), da auf den Vertrag in seiner aktuellen Fassung abzustellen ist. Auch Mängelgewährleistungsansprüche des Bauherrn sind durch eine Einigung auf einen neuen Leistungsgegenstand im Regelfall ausgeschlossen, denn ein "Fehler" i.S. von § 13 Nr. 1 VOB/B oder § 4 Nr. 7 VOB/B liegt nur vor, wenn die Ausführung vom Vertragsinhalt abweicht (subjektiver Fehlerbegriff). Anders ist es nach dem Text des § 13 Nr. 1 VOB/B, wenn die Leistung nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht. In diesem Fall greift nach dem Wortlaut der VOB/B die Gewährleistung des Bauunternehmers zunächst ein; er kann sie nur abwenden, wenn er den Bauherrn gem. § 4 Nr. 3 VOB/B auf seine Bedenken hingewiesen hatte. Im Falle ein-

vernehmlicher Abweichungen vom vertraglich vorgesehenen Plan sind damit im Regelfall alle die Vergütung einschränkenden Einwendungen des Bauherrn hinfällig.

Die Höhe der Vergütung richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung. Im Regelfalle werden die Parteien eine neue Vergütung vereinbaren, wenn sie die alte ändern wollen; ob die alte Vergütung Bestand haben soll, ist durch Auslegung zu ermitteln. Fehlt diese evtl. schlüssige Vereinbarung, so ist wie immer bei fehlender Vergütungsvereinbarung im Werkvertragsrecht zunächst die übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB), hilfsweise die vom Bauunternehmer nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festzusetzende Vergütung geschuldet.

Dieses Vorgehen bietet daher dem Bauunternehmer die Möglichkeit, einvernehmlich zu einem Ausgleich z.B. für Intensitätssteigerungen zu gelangen. Die Möglichkeit, eine derartige Einigung zu erzielen, ist auch nicht unrealistisch, wenn der Bauunternehmer, der in Zeitnot geraten ist, dem Bauherrn eine geringfügig schlechtere, aber preisgünstigere und weniger zeitaufwendige Alternative anbietet. Oberdies kann eine derartige Absprache Teil eines Vergleiches (§ 779 BGB) sein.

Auch nach französischem Recht kann der Bauunternehmer versuchen, sich mit dem Bauherrn auf Folgeabweichungen zu einigen, indem er dem Bauherrn z.B. vorrechnet, was die Ausführung der angeordneten Abweichung kosten würde unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Ausgleichsansprüche, die der Bauunternehmer gegenüber dem Bauherrn geltend machen könnte (der Inhalt dieser Ansprüche wird im folgenden Abschnitt erörtert), und was demgegenüber die Ausführung bei einer hier "technisch" genannten Folgeabweichung, das heißt etwa eine Qualitätseinschränkung, kosten würde. Diese Fallgestaltung ist unwahrscheinlich, da der Bauunternehmer lieber Mehrkosten in Rechnung stellen wird als kostensenkende Maßnahmen vorzuschlagen. Völlig abwegig aber ist sie nicht, da

der Bauunternehmer ein Interesse daran haben kann, seine Mittel anderweitig einzusetzen, selbst wenn ihm ein direkter wirtschaftlicher Nachteil ersetzt würde, z.B. um einen Folgeauftrag wie vorgesehen durchführen zu können, um dadurch den Kunden für künftige Aufträge nicht zu verlieren. Im Falle einer Einigung ist die Ausführung vertragsgemäß, so daß der Neuerrichtungsanspruch gem. Art. 30 C.C.A.G. fortfällt. Dies gilt vor allem für die Fälle, daß an die Stelle der ursprünglichen Ausführung eine andere Art des Werkes (z.B. ein anderes Material, etwa Beton statt Mauerwerk) tritt oder Mengenunterschiede (etwa kleinere Ausführung) vereinbart wurden. Da Unterschiede zwischen dem deutschen und dem französischen Recht bei vereinbarten Abweichungen nicht bestehen, ist ein Ansatzpunkt für die Übernahme von Vorschriften insoweit nicht gegeben.

(b) Angeordnete Abweichungen

Angeordnete Leistungen fallen nicht unter § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B. Der Auftragnehmer verliert seine evtl. Vergütung nicht, denn entspricht der Bauunternehmer einer Anordnung des Bauherrn, so handelt er weder "eigenmächtig" i.S. der zweiten Alternative des § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B, noch handelt er "ohne Auftrag" i.S. der ersten Alternative dieser Vorschrift.

Ob dem Auftragnehmer eine Vergütung zusteht, klärt § 2 Nr. 8 Abs. 1 jedoch nicht, soweit er wie hier vorgesehen nicht eingreift. Dies ist vielmehr eine Frage der vertraglichen Vereinbarung (§ 305 BGB), innerhalb des VOB-Vertrages insbesondere eine Frage der §§ 2 Nr. 1, Nr. 5, Nr. 6 VOB/B. Nur für den Fall, daß § 2 Nr. 8 Abs. 1 eingreift, ist in § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B die Begründung eines Vergütungsanspruches, allerdings ohne Angabe über die Höhe, vorgesehen.

Auch Mängelgewährleistungsansprüche nach § 13 VOB/B entfallen, wenn der Mangel auf eine Anordnung des Auftraggebers zurück-

zuführen ist (§ 13 Nr. 3 VOB/B), d.h. der Auftraggeber etwa um verlorene Zeit aufzuholen, eine intensivere und schnellere Arbeitsweise anordnet, die aber aufgrund technischer oder organisatorischer Gegebenheiten notwendigerweise zu Mängeln führt, so z.B. die Anordnung des Auftraggebers, einen Anstrich aufzutragen, bevor der Untergrund in der für diesen Anstrich notwendigen Art vorbereitet ist. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Auftragnehmer die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung über die aufgrund der Anordnung zu befürchtenden Mängel unterlassen hat. Nach dieser Vorschrift hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die Art der Ausführung dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen. Nach dem Wortlaut sind dabei Bedenken mitzuteilen, die der Auftragnehmer "hat". Die Rechtsprechung wendet die Vorschrift aber entsprechend auch dann an, wenn der Auftragnehmer die Bedenken hätte haben müssen,¹⁾ wobei von der objektiv beim Auftragnehmer vorauszusetzenden Sachkenntnis hinsichtlich der übernommenen Leistungsverpflichtung auszugehen ist. Daher ist der Ausschluß der Mängelgewährleistungsansprüche trotz einer Anordnung nur dann gegeben, wenn der Auftragnehmer eine ihm objektiv erkennbare Gefahr aus der Anordnung für eine mangelfreie Ausführung des Auftraggebers nicht unverzüglich mitteilt. Erst wenn der Auftraggeber in diesem Falle dennoch auf seiner Anordnung beharrt, ist der Auftragnehmer von seiner Gewährleistungsverpflichtung für die Folgeabweichungen frei,²⁾ so daß Minderungs-, Nachbesserungs-, Kostenerstattungs- und Schadensersatzansprüche fortfallen.

Entsprechend gilt die Vorschrift des § 13 Nr. 3 für Mängel, die vor Abnahme entdeckt werden, so daß auch die Mängelge-

1) vgl. BGH BauR 1973, 313 (315) und BGH SF Z 2. 410, Bl. 18-21 (19) u. Bl. 29 ff. (31)

2) Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 4, Rdn. 67 m. Hinw. a. BGH NJW 74, 188

währleistungsansprüche nach § 4 Nr. 7 VOB/B in Fortfall kommen, wenn sie auf Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen sind. ¹⁾

Nach gesetzlichem Werkvertragsrecht entfallen die Mängelgewährleistungsansprüche, soweit sie auf einer Anordnung des Bestellers beruhen ²⁾. Anders ist es nur, wenn der Unternehmer die Anordnung unter Verstoß gegen seine ihm nach Treu und Glauben als Nebenpflicht treffende Hinweispflicht befolgte. Dann bleibt er für die Ausführung verantwortlich ³⁾.

In Frankreich sind die Regelungen ähnlich:

Ist eine Ausführung angeordnet, so kann der Bauherr dem Bauunternehmer im Grundsatz keinen Vorwurf machen, wenn dadurch der Bauunternehmer den ursprünglich vorgesehenen Vertragsinhalt nicht oder schlecht erfüllt. Art. 30 C.C.A.G. greift nicht, weil es sich nicht um eine vom Bauunternehmer selbst ("de lui-même") herbeigeführte Änderung handelt. Das Mängelgewährleistungsrecht ist eingeschränkt, wenn der Bauunternehmer gegenüber einer Anordnung des Auftraggebers auf seine Bedenken hingewiesen hat. Für Planungsvorgaben durch den Bauherrn ist nämlich der Bauunternehmer grundsätzlich nicht verantwortlich (Art. 29.2 C.C.A.G.); eine Verantwortung trifft ihn aber, wenn er die Pläne nicht im Rahmen seiner Kenntnisse sorgfältig auf Fehler, Auslassungen und Widersprüche prüft

1) Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 4, Rdn. 52 und 95

2) Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, § 13 Rd. 43 m.w.N. zur Literatur und Rechtsprechung, insbesondere RGZ 64, 294, 295; BGH JZ 57, 442; OLG Celle NJW 60, 102

3) vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., m.w.N.

oder wenn er eigene Pläne einfügt oder soweit er selbst Architektenleistung übernimmt. Für Baumängel haftet der Bauunternehmer grundsätzlich¹⁾. Eine Ausnahme bildet zum einen der Fall der force majeure; zum anderen stellt ihn eine Pflichtverletzung oder Handlung des Bauherrn ganz oder teilweise frei.²⁾ So trägt der Bauherr nach ständiger Rechtsprechung z.B. nach den Umständen des Einzelfalles zumindest einen Teil der Verantwortung, wenn er trotz fachkundiger Ratschläge und Vorbehalte die Verwendung ungeeigneter und schadhafter Materialien anordnet. Im Falle von Qualitätsabweichungen durch die Anordnung des Bauherrn selbst (z.B. das vom Bauherrn gewünschte Material hat nicht die vertraglich vorgeschriebene Frostfestigkeit) oder als Folge der Anordnung (z.B. der vom Bauherrn angeordnete frühere Beginn mit den Arbeiten führt wegen der Beschaffenheit des noch nicht ausgehärteten Materials des Vorgewerkes zu Verwerfungen der vom Bauunternehmer herzustellenden Oberfläche) ist ein Freiwerden des Bauunternehmers von seiner Verantwortung gegenüber dem Bauherrn im französischen Privatrecht nur in stärker eingeschränktem Maße möglich als im öffentlichen Recht: Bei Anordnung eines Bauherrn, der selbst kompetent ist und klar eine Anordnung ausspricht, wird der Bauunternehmer, der der Anordnung folgt, von seiner Verantwortung für die evtl. daraus entstehenden Qualitäts- oder sonstige Nachteile frei.³⁾ Kommt die Anordnung direkt vom Bauherrn, so hat der Bauunternehmer den Architekten zu informieren. Falls der Bauunternehmer oder der Architekt Bedenken haben, unterbreitet der eine oder der andere sie dem Bauherrn.

1) vgl. Liet-Veaux, Droit, a.a.O., S. 197

2) vgl. ders. a.a.O., S. 271

3) ders. a.a.O., S. 197

Die Unterschiede zwischen deutschem und französischem Recht sind wiederum so gering, daß eine Übernahme ins deutsche Recht nicht in Betracht kommt.

(c) Vom Bauherrn verursachte Abweichungen

Hat der Bauherr die Gründe verursacht, die zur Abweichung führten, so ist dies für Mängelgewährleistungsansprüche nach VOB/B gem. § 13 Nr. 3 VOB/B relevant, soweit die Abweichung auf der Leistungsbeschreibung, vom Auftraggeber gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffen oder Bauteilen, oder auf Vorleistungen anderer Unternehmer beruht, wobei wiederum die Hinweispflicht (§ 4 Nr. 3 VOB/B) erfüllt sein muß.

Nach französischem öffentlichem Recht werden ganz generell alle vom Bauherrn verursachten Abweichungen vom Vertrag, die vom Bauunternehmer mit zumutbaren Mitteln nicht überwindbar sind (s. oben fait de l'administration) so behandelt, daß sie den Bauunternehmer von seiner Verantwortung gegenüber dem Bauherrn befreien. Insbesondere kann die Verantwortung des Bauunternehmers entfallen, d.h. seine Gewährleistung, wenn die Anordnung oder sonstige Handlung des Bauherrn zu Mängeln führt (s.o.)¹⁾; dies ist allerdings von einer Einzelfallbetrachtung abhängig. So ist z.B. der Bauherr für die Lage des Gebäudes verantwortlich, vorausgesetzt der Bauunternehmer hat die ihm erkennbaren Vorbehalte angemeldet. Ebenso wurde der Bauherr mit einem Teil der Verantwortung belastet bei der Anordnung ungeeigneter Materialien (s.o.), Fehlern in den Plänen, ungewöhnlicher Hast, ungewöhnlicher Auswahl eines Bauverfahrens. Bei der Bewertung ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, z.B. auf die Kennt-

1) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1577 mit weiteren Nachweisen

nisse des Bauherrn und sein tatsächliches Verhalten während der Bauausführung. Wiederum bestehen nur geringfügige Unterschiede. Einen Ansatzpunkt für eine Rezeption französischer Regelungen sehe ich auch insoweit nicht.

(d) Genehmigte Abweichungen

Eine bloße nachträgliche Einwilligung des Bauherrn schließt die Anwendung des § 2 Nr. 8 VOB/B zunächst nicht aus, wenn § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 im übrigen tatbeständlich gegeben ist. In diesem Falle bestünden also insbesondere kostenerhöhende Beseitigungsansprüche fort. Die kostengünstigere Ausführung hätte keinen kostensenkenden Einfluß auf die Kalkulation des Bauunternehmers. Davon macht jedoch § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B eine Ausnahme. Danach steht dem Auftragnehmer eine Vergütung zu, wenn der Auftraggeber eine solche Leistung nachträglich anerkennt. Damit ist auch der Beseitigungsanspruch ausgeschlossen, wobei die dogmatische Konstruktion streitig sein kann: Der Verlust des Beseitigungsanspruchs läßt sich zunächst als Erst-Rech-Schluß aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 folgern, da "anerkennen" bedeutet, daß der Auftraggeber die Leistung nachträglich zur vertraglichen machen will, indem er ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erklärt, er wolle das in der Leistung liegende Angebot des Auftragnehmers annehmen, d.h. die Leistung als vertragliche akzeptieren,²⁾ was wohl eine schlüssige Vertragsänderung bedeutet. Oder man nimmt eine Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 Abs. 1 BGB) an mit der Wirkung, daß die alte Schuld und damit der Beseitigungsanspruch erlischt und der Schuldner zur Leistung auf die neue Schuld verpflichtet ist.³⁾ Voraussetzung ist ebenfalls die vertragliche Vereinbarung, daß die Leistung als Erfüllung, d.h. als geschuldete Leistung (§ 362 BGB) und damit als vertragliche

2) vgl. Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2, Rd. 102

3) vgl. Jauernig-Vollkommer, BGB, a.a.O., § 364, 365 Anm. 1 a

Leistung anzusehen ist.

Geht man von einer Annahme an Erfüllungs Statt aus, so fallen auch Mängelgewährleistungsansprüche wegen der alten Leistungen nachträglich fort, da die Schuld umgeschafft wurde. Als weitere dogmatische Konstruktion mit demselben Ergebnis bietet sich an, eventuellen Ansprüchen des Bauherrn seine Einwilligung nach § 242 BGB als *venire contra factum proprium* entgegenzusetzen.

Der Bauherr kann nach französischem öffentlichen Recht die vom Bauunternehmer gewählte Ausführung genehmigen, statt die Neuherstellung des Werkes zu verlangen. Ist das genehmigte Werk weniger wert, als im Vertrag vorgesehen, so wird ein Preis nach den Regeln festgesetzt, wie sie für im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen vorgesehen sind (Art. 30 letzter Absatz i.V.m. Art. 14, C.C.A.G.). Ist das Werk mehr wert als im Vertrag vorgesehen, so gilt dennoch nur der im Vertrag vorgesehene Preis.

Hierin liegt ein Unterschied zu § 2 Nr. 8 VOB/B, wonach die Höhe der Gegenleistung nicht auf den Auftragswert limitiert ist; dies erscheint mir nicht sinnvoll. Entweder nimmt der Bauherr das Werk ab, oder er weist es zurück. Durch die Möglichkeit zur Zurückweisung hat er sowieso genug Spielraum für Verhandlungen mit dem Bauunternehmer über einen Preisabschlag.

Die Genehmigung führt wiederum zu einem Verlust der Mängelgewährleistungsansprüche des Bauherrn. Erfolgt die Genehmigung erst bei Abnahme, so kann der Bauherr nach Art. 41.3 C.C.A.G. bei geringfügigen Mängeln statt der Nachbesserung Minderung anbieten. Die Regelung ist allerdings nicht schlüssig, weil der Bauunternehmer sich nicht darauf einlassen muß. Läßt sich der Bauunternehmer nicht auf Minderung ein, so muß er lediglich nachbessern.

Im Ergebnis zeigen sich keine großen Unterschiede gegenüber den Regelungen des deutschen Rechts, so daß Vorteile der

Regelung, die eine Übernahme lohnen könnten, nicht ersichtlich sind.

Zusammenfassend läßt sich zu Abschnitt (2) festhalten:

Nach beiden Rechtsordnungen verbleiben Vorteile bei den Herstellungskosten durch Abweichungen im körperlichen Erfolg nur in Ausnahmefällen beim Unternehmer. Grundsätzlich ist vielmehr durch Nichterfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche für den Bauunternehmer eine erhebliche Steigerung der Kosten (Beseitigungs-, Schadensersatz-, Kostenerstattungsaufwendungen) verbunden. Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten, falls der Auftraggeber vor oder nach der abweichenden Ausführung in vertraglicher Form zustimmt. Auswirkungen auf das Gewährleistungswagnis für Aliud-Leistungen hat dies nicht.

Bei mangelhafter Ausführung gilt dies aber nur, wenn der Bauunternehmer zuvor auf objektiv begründete Bedenken hingewiesen hat. In diesem Falle fällt auch das Gewährleistungswagnis für den Bauunternehmer fort, es wird auf den Auftraggeber übertragen. Ergebnis sind geringere kalkulatorische Kosten des Bauunternehmers, d.h. ein höherer kalkulatorischer Gewinn. Nur in diesen Fällen ist daher eine Abweichung im körperlichen Erfolg eine Möglichkeit, dem Bauunternehmer einen Ausgleich für Kostennachteile durch eine anderweitig notwendige Abweichung von seinem ursprünglichen Plan zu schaffen.

Wie in diesen Fällen die Vergütung sich entwickelt, d.h. ob diese gleich bleibt und damit der Auftragnehmer evtl. einen größeren Gewinn macht oder eine Anpassung an die Kosten erfolgt, wird in Teil B III 2. behandelt.

bb) Herstellungszeitpunkt

(1) Deutsches Recht

Stellt der Bauunternehmer das Bauwerk später als zu dem nach dem Vertrag geschuldeten Zeitpunkt her, so hat er mit Verzugsfolgen zu rechnen, d.h. Kostenerhöhungen und/oder Vergütungseinschränkungen ähnlich den Gewährleistungsfolgen (Wandelung - § 636 BGB, Schadensersatz wegen Nichterfüllung - § 635 BGB, Entziehung des Auftrags und Schadensersatz wegen Nichterfüllung - § 8 Nr. 3 VOB/B). Der Bauunternehmer muß also Nachteile übernehmen, die dem Bauherrn durch die Verzögerung entstehen und/oder Vergütungskürzungen hinnehmen.

Einen späteren Herstellungszeitpunkt als vertraglich vorgesehen, kann der Auftragnehmer nach § 6 Nr. 2 VOB/B durchsetzen. Danach werden Ausführungsfristen verlängert, wenn eine Behinderung i.S. von § 6 Nr. 1 VOB/B vorliegt und diese durch einen vom Auftraggeber zu vertretenden Umstand, Arbeitskampf oder durch vom Auftragnehmer nicht vermeidbare Umstände verursacht ist. Zwar ist wegen der passivischen Fassung des Satzes nicht eindeutig klar, ob die Rechtsfolge darin besteht, daß sich de iure die Ausführungsfrist verlängert, oder ob es eines Festsetzungsaktes bzw. eines Verlängerungsverlangens bedarf. Aus § 6 Nr. 4 VOB/B, wonach die Fristverlängerung nach der Dauer der Behinderung "berechnet" wird, ist jedoch zu schließen, daß die Frist ohne einen weiteren Festsetzungsakt verlängert ist.

Die Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und für die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit (§ 6 Nr. 4 VOB/B). Durch die Fristverlängerung wird rechtlich der Bauunternehmer von Verzugsfolgen entlastet, d.h. er braucht Nachteile des Bauherrn aus der Ver-

zögerung nicht zu tragen und erhält die volle Vergütung.

Die VOB versteht unter Behinderungen Umstände, die auf die Ausführung der Bauleistung (vgl. § 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B) hemmend einwirken.¹⁾ Gemeint sind damit nur solche Umstände, die sich auf den geschilderten Herstellungszeitpunkt auswirken, d.h. Verzögerungen²⁾ der Vollendung verursachen. Es kommt nicht darauf an, ob der Umstand auf die Durchführung Einfluß hat und ob er störend ist. Für alle Behinderungen ist unerheblich, wodurch sie verursacht sind, d.h. ob sie rechtmäßig, schuldhaft oder zufällig herbeigeführt sind.³⁾ Demnach unterfallen dem Behinderungsbegriff sowohl solche Umstände, auf deren Entstehen der Auftraggeber Einfluß hat, d.h. die er verhindern oder herbeiführen kann, als auch solche Umstände, die er nicht zu beeinflussen vermag.

Die Gründe, auf die der Auftraggeber Einfluß hat, sind besonders interessant, da sich bei ihnen der Risikobereich des Auftragnehmers (für das herzustellende Werk) und der des Auftraggebers (für sein Handeln) überschneiden und abzuwägen ist, wer wofür im Hinblick auf den zeitlichen Erfolg der Herstellung einzustehen hat. Herauszugreifen ist dabei einerseits der Fall, daß der Auftraggeber bei vertraglich festgelegter Herstellungsfrist den Abruf nicht so früh vornimmt, daß bei pflichtgemäßer Anstrengung des Auftragnehmers in der verbleibenden Zeit das Werk ausgeführt werden kann. Andererseits ist der Fall herauszuheben, daß Anordnungen des Auftraggebers z.B. eine Änderung des Bauentwurfes das Interesse einer der Parteien bedingt, die Ausführungsfrist zu verlängern mit der Wirkung, daß der Herstellungszeitpunkt

1) vgl. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 6 Rd. 2; ähnlich Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 6 Rd. 6 und H-R-S-Riedl, a.a.O., B § 6 Rd. 1 a

2) ebenso, Ingenstau-Korbion, a.a.O. u. Nicklisch a.a.O., Rd. 7

3) Ingenstau-Korbion, a.a.O., Rd. 5, s.a. Nicklisch, a.a.O., Rd. 6

vertagt wird.

Das Interesse an einer Vertagung des Herstellungszeitpunktes zeigt 2 Aspekte: Die Verlängerung kann technisch geboten sein. Dann ist das Interesse des Auftragnehmers an einer Verlängerung evident. Die Verlängerung kann aber auch zu einer Senkung der Kosten gegenüber der ursprünglich geplanten Herstellungszeit führen (s.o.). Dies aber bedeutet, falls der Kostenvorteil an den Auftraggeber weitergegeben wird, daß evtl. der Auftraggeber an einer Verlängerung interessiert ist, zumindest, wenn der Herstellungszeitpunkt für die weitere Bauausführung nicht kritisch ist.

Der 2. Aspekt ist inzidenter in der oben behandelten Frage enthalten, inwieweit der Auftraggeber eine nachträgliche Verlängerung der Ausführungszeitspanne erreichen kann. Der Auftraggeber kann dies einseitig nahezu nie.

Der 1. Aspekt hängt gem. § 6 Nr. 2 Abs. 1 a und c davon ab, ob die Anordnung als ein vom Auftraggeber zu vertretender Umstand anzusehen ist. Nach wohl herrschender Meinung hat der Auftraggeber alle Umstände zu vertreten, die er oder seine Erfüllungsgehilfen schuldhaft verursacht haben.¹⁾ Nach Ingenstau-Korbion²⁾ soll sich dies aus § 276 BGB ergeben. Die Begründung ist nicht haltbar, die Ansicht auch im Ergebnis unzutreffend. Aus § 276 BGB folgt lediglich, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Der Auftraggeber ist aber nicht Schuldner der behinderten Leistung, deren Ausführungsfrist verlängert werden soll, sondern deren Gläubiger.³⁾ § 276 BGB sagt daher über § 6 Nr. 2 a VOB/B

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., § 6 Rdn. 12 a; nicht ausdrücklich Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, § 6 Rdn. 24

2) Ingenstau-Korbion, a.a.O.,

3) ebenso der BGH zu § 6 Ziff. 5 VOB/B 1952 (gleich 6 Ziff. 6 neue Fassung) im Urteil vom 29.12.70 - VII ZR 184/69 = SF Z 2. 311, B. 39 ff (42); dagegen Vygen, BauR 3/83, S. 210 - 219 (214), der § 276 BGB für einschlägig hält aber im Erg. reduziert.

bei direkter Anwendung nichts aus. Die Vorschrift ist nicht analog auf § 6 Nr. 2 a VOB/B anwendbar. Zwar enthalten weder die VOB noch das Gesetz eine Bestimmung darüber, was der Gläubiger zu vertreten hat, so daß insoweit eine Lücke entsteht. Bezogen auf die hier in Rede stehende Verzögerung der Hauptleistungspflicht ist der Unterschied zwischen Gläubiger und Schuldner aber wesentlich, so daß § 276 BGB auf § 6 Nr. 2 a nicht analog anwendbar ist. Dies ergibt sich aus den Folgen, die eine Anwendung der Vorschrift für Auftraggeber und Auftragnehmer bedingt: Für den Auftraggeber bedeutet ein "zu vertreten haben" i.S. von § 6 Nr. 2 VOB/B, daß er zeitweise auf die Leistung verzichten muß. Im Gegensatz etwa zum Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B, wo nach der zutreffenden Ansicht des BGH eine Anwendung des § 276 auch auf den Auftraggeber angezeigt ist ¹⁾, muß der Gläubiger nicht selbst etwas leisten. Für den Schuldner bedeutet dagegen jeder Fall, in dem er etwas zu vertreten hat, daß er leisten müßte, d.h. in Verzug gerät. Die geregelten Situationen sind also nicht gleich. Der Unterschied erscheint wesentlich, wenn man die Folgen einer Anwendung des § 276 BGB auf ein zu Vertretenhaben des Auftraggebers berücksichtigt. In diesem Falle würde eine Verlängerung der Ausführungsfrist nach § 6 Nr. 2 a nur vorgenommen, wenn der Auftraggeber die Behinderung schuldhaft herbeigeführt hätte. Dies setzt voraus, daß die Behinderung vom Auftraggeber rechtswidrig, d.h. objektiv pflichtwidrig ²⁾ herbeigeführt wäre. Jede Änderung des Bauentwurfs, die nach § 1 Nr. 3 VOB/B vorgenommen wird, ist jedoch pflichtgemäß, weil sie dem Vertrag entspricht. Demnach hätte der Auftragnehmer in diesen Fällen kein Recht, die Leistung später abzuliefern. Die Folge ließe sich nur dann vermeiden, wenn das Anordnungsrecht nach § 1 Nr. 3 ent-

1) vgl. BGH, SF Z 2.311, 39 (42)

2) Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., § 276 Anm. 2 d

sprechend eingeschränkt würde, was aber den übereinstimmenden Interessenlagen der Parteien, wie oben dargestellt, nicht entspricht. Das Ergebnis wäre also nicht sachgerecht. Deshalb dehnt z.B. Ingenstau-Korbion¹⁾ - wertungsmäßig richtig, allerdings dogmatisch nicht schlüssig - die vom Auftraggeber zu vertretenden Umstände auf alle Ereignisse aus, welche seinem vertraglichen Risikobereich zuzuordnen sind. Dieser Leitsatz entspricht der hier vorgetragenen Ansicht. Die am angegebenen Ort als Zusatz vorgenommene Einschränkung auf Ereignisse, welche der Auftraggeber hätte verhindern können und müssen, ist aber unzutreffend, denn der Auftraggeber hat im Rahmen von § 6 Nr. 2 alle Behinderungen zu vertreten, die seinem Risikobereich entstammten. Dies ergibt sich aus der von der Rechtsprechung zu der ähnlichen Situation des § 326 BGB entwickelten Sphärentheorie. Demnach hat der Gläubiger nicht nur die von ihm verschuldeten, sondern alle Leistungshindernisse zu vertreten, die nach der vertraglichen Risikoverteilung zu seinen Lasten gehen²⁾, Insbesondere gehören hierzu Umstände, die er oder ein Erfüllungsgehilfe unter Verstoß gegen vertragliche Pflichten - auch Nebenpflichten - herbeigeführt haben. Zum Risikobereich gehören aber außerdem die Umstände, für die der Auftraggeber nach dem Vertragszweck die Gefahr übernommen hat. Bei Veränderungen des Bauwerks ist dies anzunehmen, wie die Vorschriften über einen finanziellen Ausgleich nach §§ 2 Nr. 3, 2 Nr. 5, 2 Nr. 6 VOB/B zeigen. Dies gilt entsprechend für das Problem des zu späten Abrufs. Daraus, daß der Auftraggeber die Initiative für den Abruf in Händen hat, ist zu schließen, daß er insoweit auch das Terminrisiko trägt. Förmliche Voraussetzung für die Berücksichtigung der Behinderung ist, daß der Bauunternehmer sie dem Bauherrn unverzüglich schriftlich anzeigt.

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., § 6 Rdn. 12 c m.w.N.

2) Palandt-Heinrichs, BGB, a.a.O., § 324 Anm. 2 c, m.w.N.

3) vgl. OGH, Urt. vom 21.03.1985 VII ZR 62/83, WM 31/85, 949 f.

Im Rahmen des BGB-Vertrages gilt, daß der Bauunternehmer bei festgelegtem Herstellungszeitpunkt im wesentlichen zwei Möglichkeiten hat:

Ist die Verzögerung auf Anordnungen des Bauherrn zurückzuführen, die der Bauunternehmer nicht ausführen muß, so kann er nach § 305 BGB im Rahmen der Verhandlungen seine Interessen durchsetzen, wobei im allgemeinen von einem schlüssig übereinstimmend erklärten Willen der Parteien ausgegangen werden kann, den Herstellungszeitpunkt an die geänderte Ausführung anzupassen. Ist die Verzögerung auf Anordnungen des Bauherrn zurückzuführen, die der Bauunternehmer ausführen muß, so verliert die vertraglich vorgesehene Fälligkeit ihre Verbindlichkeit, wenn der Besteller in einer von ihm zu vertretenden Weise (s.o.) Umstände setzt, die sich auf die Tätigkeit des Unternehmers hindernd auswirken und es diesem unmöglich machen, das Werk rechtzeitig zu erstellen¹⁾. Mögliche tatsächliche Folgen der Verlängerung der Ausführungszeit sind Verspätungen bei den Folge-Gewerken des Bauherrn und bei Folgeaufträgen des Bauunternehmers. Evtl. kommen auf den Bauunternehmer durch die unter Umständen verlängerte oder ungünstigere Einsatzzeit zusätzliche Kosten zu.

Sowohl nach BGB als auch nach VOB gilt:

Dadurch, daß die Verlängerung jeweils um die objektiv erforderliche Zeit erfolgt, liegt es nicht im Belieben des Auftraggebers, etwa wenn die durchaus denkbare Alternative entsteht, teurer oder schneller zu produzieren, seinerseits diese Entscheidung zu treffen. Obwohl die zeitliche Variation durchaus als Instrument zum Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile denkbar wäre, ist dies in den Vorschriften nicht

1) Münchener Kommentar-Soergel, BGB, a.a.O. § 636 Rd. 7

angelegt.

(2) Französisches Recht

Im französischen öffentlichen Recht kann nach C.C.A.G. der Bauunternehmer im Fall von Anordnungen des Bauherrn zu Erfolg und/oder Durchführung der Leistung einen späteren Herstellungszeitpunkt als vertraglich vorgesehen wie folgt erreichen:

Er kann die Ausführung innerhalb der vertraglich vorgesehenen Frist verweigern, wenn ihm die Durchführung der Anordnung schlicht subjektiv unmöglich ist (s.o. fait de l'administration und force majeure). Der Bauunternehmer wird dann von der Verpflichtung zur fristgemäßen Ausführung befreit; für negative Konsequenzen und etwaige Sanktionen kann er gerichtlich Ausgleich in Geld verlangen.

Der Bauunternehmer kann auch in weniger gravierenden Fällen außerdem entweder eine Verlängerung der Ausführungsfrist (prolongation du délai) oder einen Aufschub der gesamten Ausführungszeit und damit eine Zurückverlegung des Herstellungstermins (report) gem. Art. 19.21 C.C.A.G. in einer Vielzahl von Fallgestaltungen verlangen, die auch die Fälle von Anordnungen des Auftraggebers umfaßt.

Rechtsfolge ist, daß der maître d'oeuvre gegenüber dem Bauunternehmer anordnet, um wieviel die Frist verlängert wird oder der Aufschub erfolgt. Zuvor ist die Frage mit dem Bauunternehmer zu erörtern und die Entscheidung vom Bauherrn schließlich zu treffen. Der Umfang der Verlängerung ist dabei nach billigem Ermessen anhand der Umstände des Einzelfalles festzulegen, da die Verwaltung wie immer an eine Ausübung ihrer Rechte nach billigem Ermessen gebunden ist. Ist

1) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 992 ("de bonne foi")

die Verlängerung nicht hinreichend, so ist der Bauunternehmer im Rahmen des ihm subjektiv Möglichen gebunden, diesen Herstellungszeitpunkt zu halten. ¹⁾ Ist die Einhaltung des Termins subjektiv möglich, aber die Verlängerung des Endtermins nicht angemessen, so kann der Bauunternehmer eine Entschädigung in Geld, d.h. einen wirtschaftlichen Ausgleich in Betracht ziehen (s. unten) ²⁾, soweit nicht der Bauunternehmer die Verantwortung für die Notwendigkeit der Verlängerung trägt; der Bauunternehmer ist aber in jedem Fall zum Einsatz seiner vollen Möglichkeiten verpflichtet.

Voraussetzung für die Verlängerung ist, daß eine der in Art. 19.21 C.C.A.G. genannten Fallgruppen die Verlängerung der Ausführungsfrist oder den Aufschub der Ausführungszeit rechtfertigt. Zu diesen Fallgruppen gehört u.a.: Änderung im Auftragswert (masse des travaux), Modifikationen in der Bedeutung einzelner Leistungen, Substitution von ursprünglich im Vertrag vorgesehenen Leistungen durch andere, Unterbrechung der Arbeiten auf Anordnung des Auftraggebers, Verzögerung in Vor-Gewerken, die der Auftraggeber beizustellen hat oder die Gegenstand eines anderen Vertrages sind, schließlich das Auftreten unvorgesehener Schwierigkeiten bei der Durchführung des Auftrags. Zu diesen sind auch Anordnungen des Bauherrn zur Durchführung der Arbeiten zu rechnen, soweit sie über den üblichen Rahmen hinausgehen. Im Ergebnis decken diese Fallgruppen das gesamte Spektrum der einseitigen Anordnungen des Bauherrn ab. Weitere Voraussetzung für eine Verlängerung ist wie immer beim System der ordres de service, daß der Bauunternehmer sich seine Rechte innerhalb einer Frist von 15 Tagen nach der Anordnung schriftlich vorbehalten hat; andernfalls verliert er sie (Art. 2.52 C.C.A.G.).

1) Laubadère, Traitè, a.a.O., Rdn. 1216

2) Montmerle, Publics, a.a.O., S. 120 f und Laubadère, Traitè, a.a.O., Rdn. 1216

Im Ergebnis bedeutet dies:

- Der Bauunternehmer kann eine angemessene Fristverlängerung oder Verschiebung der Gesamtausführungszeit bei Anordnungen verlangen, die dies rechtfertigen. Die Fälle der vom Bauherrn gewünschten möglichen Abweichungen vom Plan sind abgedeckt; die Vorschrift erfaßt aber nicht nur diese Fälle.
- Das Kriterium für die Dauer der Verlängerung und für seine "Rechtfertigung" sind im C.C.A.G. nicht enthalten. Es ist eine Einzelfallentscheidung nach billigem Ermessen von der Verwaltung zu treffen.
- Die Entscheidung über die Herstellungszeit bleibt dem Bauherrn selbst, nicht dem von ihm eingesetzten Bauingenieur vorbehalten, soweit der Herstellungszeitpunkt überhaupt mit zumutbaren Mitteln des Bauunternehmers erreicht werden kann.

Soweit der Bauherr innerhalb dieses Rahmens vom Bauunternehmer nicht zu vertretende, gegenüber dem ursprünglichen Vertrag verschlechterte Bedingungen zur Ausführung des Vertrages schafft, steht dem Bauunternehmer - nur - der Weg zu einer Entschädigungsforderung offen. Einen Vorteil gegenüber den deutschen Regelungen sehe ich darin, daß das Hauptinteresse des Bauherrn (Erfolg) so weit wie möglich vom Bauherrn bestimmt bleibt und gleichzeitig ein Ausgleich für den Bauunternehmer in Geld erfolgt. Der in der Regelung liegende Nachteil, daß der Bauunternehmer nicht selbst berechnen kann, ob und wieviel Verlängerung er erhält, wird dadurch ausgeglichen, daß eine klare Festlegung durch den Bauherrn erfolgt.

Die Rechte des Bauunternehmers und des Bauherrn sind in einem

formalisierten Verfahren auszuüben:

- Ab dem ein Fristverlängerungsverlangen begründenden Umstand läuft eine Ausschlußfrist zur Geltendmachung von Einwendungen des Bauunternehmers. Dies halte ich von der Idee her für vorteilhaft gegenüber den Regelungen des deutschen Rechts, soweit der Bauunternehmer nicht mit Einwendungen abgeschnitten wird, die er zum Zeitpunkt der Abordnung nicht erkennen kann.
- Der Umfang der Fristverlängerung ist vom Bauunternehmer und dem Architekten zu diskutieren, bevor der Bauherr über die Fristverlängerung entscheidet.

Sieht der Bauvertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber die Einbeziehung der C.C.A.G. nicht vor, und sind auch keine Sonderregelungen getroffen, so ist der Bauunternehmer im Rahmen des ihm subjektiv Möglichen und Zumutbaren zunächst an den vertraglich vorgesehenen Herstellungszeitpunkt gebunden. Der Bauherr trägt jedoch für seine Anordnungen die Verantwortung, soweit er unnütze, verspätete, umfangreiche Abweichungen gegenüber dem Leistungsprogramm oder Unterbrechungen der Arbeiten oder eine unnormale schnelle Arbeitsweise anordnet ¹⁾. Diese Verantwortung begründet einen Entschädigungsanspruch des Bauunternehmers gegen den Bauherrn und/oder die Möglichkeit, aber auch die Verpflichtung des Bauherrn, stattdessen und außerdem die Ausführungsfrist zu verlängern. Etwaige Probleme des Bauunternehmers mit Folgeaufträgen werden wiederum finanziell gelöst. Die Regelung zeigt keine über den C.C.A.G. hinausführenden Lösungsansätze.

Das französische Privatrecht ist wiederum den Regelungen

1) Montmerle, Publics, a.a.O., S. 120

des französischen öffentlichen Rechts ähnlich:

Grundsätzlich hat der Bauunternehmer den vertraglich vorgesehenen Herstellungstermin einzuhalten. Hält er ihn nicht ein, so muß er mit folgenden Sanktionen rechnen:

- Gerichtliche Inanspruchnahme auf Erfüllung mit gerichtlich angeordnetem Zwangsgeld ("astreinte").¹⁾
- Schadensersatzansprüche wegen Verzögerung nach Inverzugsetzung (im Grundsatz durch förmliche Mahnung).
- Aufhebungsanspruch des Bauherrn hinsichtlich des gesamten Vertrages²⁾, der grundsätzlich nur durch das Gericht im Streitfall zur Aufhebung des Vertrages führt (Art. 19.2.1 AFNOR NF P 03-001 von 1982), außerdem Schadensersatz.
- Falls vereinbart: Vertragsstrafe³⁾ (diese Sanktion ist häufig vorgesehen, vgl. auch AFNOR NF P 03-001, die in Art. 5.5 auf entsprechende Vorschriften der besonderen Vertragsbedingungen (C.C.A.P.) verweist.
- Falls vereinbart: Ausführung auf Kosten und Risiko des Unternehmers⁴⁾, die allerdings nach AFNOR nur für die Mängelgewährleistung vorgesehen ist (Art. 15.5 und 14.6.3 NF P 03-001).

Einen Aufschub des Herstellungszeitpunktes kann der Bauunternehmer bei Anordnungen des Bauherrn sowohl nach AFNOR und anderen Musterverträgen als auch nach gemeinem Recht erreichen und damit eine Entlastung von Sanktionen wegen Fristüber-

1) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 372

2) dies., a.a.O., Rdn. 370

3) dies., a.a.O., Rdn. 363 ff

4) vgl. dies., a.a.O., Rdn. 371, die diese Ersatzvornahme der zivilrechtlichen Terminologie entsprechend als "mise en régie" bezeichnen, d.h. der Begriff wird anders als im öffentlichen Recht gebraucht.

schreitung:

Nach Art. 7.1.1.2 und 6.5.1.3 AFNOR NF P 03-001 von 1982 werden im Fall der Vergrößerung des Auftragswertes die Ausführungsfristen verlängert, d.h. der Herstellungszeitpunkt aufgeschoben. Nach Art. 6.5.1.3 der Norm werden sie auf Begründung des Bauunternehmers in den Fällen von Arbeiten auf Anordnung einer Behörde, eines Gerichts oder eines Schiedsgerichts (Art. 07.3), bei zusätzlichen Arbeiten, die für die Stabilität des Gebäudes erforderlich werden (Art. 7.4), sowie bei Arbeiten gegen Selbstkostenerstattung (Art. 07.5) verlängert.

Nach Art. 6.5.2.2 sind die Fristen für den Bauunternehmer zu verlängern, wenn Anordnungen des Bauherrn zu Verlangsamungen oder Unterbrechungen der Arbeiten führen, es sei denn die Anordnung beruhte auf einer fehlerhaften Vertragsausführung durch den Bauunternehmer.

Diese Fälle stehen den Fällen fehlender Beistellungen oder fehlender notwendiger Anordnungen (Abruf etc.) gleich (Art. 06.5.2.2 und Art. 1.1 und 1.3).

Die Norm AFNOR 03-011 von 1966 sieht in Art. 06-5 ähnliche Vorschriften vor.

Die Regelung der AFNOR entspricht dem gemeinen französischen Zivilrecht, das ebenfalls dem Bauunternehmer eine Fristverlängerung einräumt, wenn:

- Zusätzliche oder im Vertrag nicht vorgesehene Arbeiten verlangt oder Änderungen gegenüber den ursprünglichen Vertragsgrundlagen vorgesehen werden ¹⁾, oder

1) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 351, und Liet-Veaux, Droit, a.a.O., S. 270

- die Ausführung der Arbeiten durch Anordnung des Bauherrn unterbrochen oder verlangsamt wird.

Dabei werden jeweils Handlungen des Architekten bzw. Bauingenieurs des Bauherrn dem Bauherrn zugerechnet ¹⁾.

Diese Fälle stellt damit das französische Privatrecht den Fällen verspäteter Anzahlungen, fehlender Baugenehmigung, verspäteter Beistellungen des Grundstückes oder der Pläne insoweit gleich, als auch in diesen Fällen der Bauunternehmer seine Leistung nicht zum ursprünglich vorgesehenen Herstellungszeitpunkt, sondern nach entsprechend verlängerter Ausführungsfrist abzuliefern verpflichtet ist.

Da der Bauherr im französischen ebenso wie im deutschen Privatrecht keine Möglichkeit hat, Anordnungen vollstreckbar festzusetzen, bedeutet dies, daß der Bauunternehmer vor Ablauf einer entsprechend verlängerten Frist nicht gezwungen werden kann, das Bauwerk abzuliefern, er kann auch nicht Sanktionen wegen Vertragsverletzung ausgesetzt werden. Insoweit ist das französische Privatrecht den Vorstellungen des deutschen Rechts ähnlich.

(3) Bewertung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Regelungen

Die Gemeinsamkeiten der Regelungen liegen in ihren Grundlagen, ihre Unterschiede in den Details:

Gemeinsam ist allen Regelungen, daß sie durch eine Verlängerung der Ausführungsfristen u.a. in den Anordnungsfällen den Bauunternehmer von Verzugsfolgen freistellen. Die deutschen wie

1) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 351

die französischen Regelungen sehen diese Freistellung - unbeschadet evtl. zusätzlicher Voraussetzungen - von der Idee her u.a. vor, wenn der Bauherr Anordnungen erteilt, die eine Verzögerung der Ausführung bedingen und auf einem Umstand beruhen, den der Bauunternehmer nicht zu vertreten hatte.

Vielfältig sind die Unterschiede im Detail, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen im einzelnen und der zur Abgrenzung verwandten Begriffe:

/1/ Soweit in Art. 19 C.C.A.G. als Alternative zur Verlängerung der Ausführungsfrist die Möglichkeit eines Aufschubs des gesamten Ausführungszeitraumes vorgesehen ist, halte ich eine Übernahme dieser Idee für nicht sinnvoll, weil die Rechtsfolge zur Befriedigung eines Bauunternehmerinteresses auf Ausgleich in den Anordnungsfällen nicht geeignet ist. Ich kann mir keinen Fall vorstellen, in welchem der Bauunternehmer eine verschobene Ausführungszeit lieber hätte als eine verlängerte. Die Rechtsfolge macht demgegenüber Sinn in den ebenfalls in der Vorschrift geregelten Fällen, in denen der Bauherr eine Verschiebung seinerseits wünscht, weil z.B. ein Vorgewerk nicht termingerecht fertiggestellt ist.

/2/ Ein weiterer Unterschied in der Rechtsfolge liegt darin, daß nach deutschem Recht und nach französischem Privatrecht die Ausführungsfrist verlängert ist, ohne daß es einer Entscheidung der Parteien bedürfte, während nach den französischen C.C.A.G. bei öffentlichen Bauwerken die Verlängerung im Regelfall vom Bauherrn angeordnet wird. Lediglich bei subjektiver Unmöglichkeit tritt automatisch eine Entlastung des Bauunternehmers von der ursprünglichen Vertragsfrist ein.

Mir erscheint die Grundidee sinnvoll, das Bauunternehmerin-

teresse nach einer Fristverlängerung soweit wie möglich an eine Entscheidung des Bauherrn zu knüpfen. Wie eingangs ausgeführt, ist der Herstellungszeitpunkt für den Bauherrn wesentlich. Soweit der Bauunternehmer technisch einen Spielraum hat, den Herstellungszeitpunkt zu steuern, sollte dieser Spielraum zu Gunsten des Bauherrn genutzt werden können. Einen Spielraum hat der Bauunternehmer im Regelfall in einem beträchtlichen Umfang. Dies ergibt sich insbesondere aus den Möglichkeiten, den zeitlichen Einsatz seiner Mittel zu variieren (s.o. A II).

Problematisch ist jedoch der im französischen Recht für die Entscheidung des Bauherrn gewählte Maßstab des billigen Ermessens. Dieser Begriff führt zu einer vom Bauunternehmer nicht vorherkalkulierbaren Befugnis des Bauherrn, die außerdem einer gerichtlichen Kontrolle nur bei schweren Verstößen gegen die Plausibilität zugänglich sind. Andererseits ermöglicht dieses Kriterium eine flexible situationsgerechte Entscheidung.

Mein Vorschlag ist deshalb, von der Regelung des deutschen Rechts ausgehend die Verlängerung nach der Dauer der "Behinderung" zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Zeit (schlechthin - auch andere Tageszeiten, nicht nur Jahreszeiten können ungünstiger sein) zu berechnen, dem Bauherrn aber einen Anspruch zu geben, einen früheren Herstellungszeitpunkt verlangen zu können. Dieser frühere Herstellungszeitpunkt soll nicht früher liegen, als dies mit den vom Bauunternehmer zu erwartenden Mitteln erreichbar ist und als dies nach dem ursprünglichen Vertrag geschuldet wäre. Die Beweislast für den Umfang seiner Mittel muß beim Bauunternehmer liegen, da nur er seine Mittel hinreichend kennt.

Damit ist dem Ausgleichsinteresse des Bauunternehmers in der

Zeit Genüge getan, ohne die Interessen des Bauherrn mehr als nötig einzuschränken.

/3/ Nicht übernehmbar ist wie bei den Anordnungen zum körperlichen Erfolg der Bauausführung die Rechtsfolge des französischen Rechts, wonach der Bauunternehmer der Anordnung folgen muß, selbst wenn sie unberechtigt ist.

/4/ Das im deutschen Recht auf der Rechtsfolgen- wie auf der Voraussetzungsseite herangezogene Wort "Behinderung" halte ich für ungeeignet zur Abgrenzung der Fälle der Ausführungsfristverlängerung und zur Berechnung der Verlängerung. Die Bedeutung des Wortes trifft nicht die gemeinte Sache, da es über die Bedeutung "Hemmung" hinaus jede Erschwerung¹⁾ umfaßt, auch wenn sie sich nicht in der Zeit auswirkt. Das ist für die Anzeigepflicht nach § 6 Nr. 1 VOB/B eine sinnvolle Formulierung, für die Ausführungsfristverlängerung kommt es aber nur auf die Verzögerung oder Unterbrechung der Arbeiten an, wie es die Norm AFNOR 03 - 001 von 1982 in Art. 06.5.2.2.1.2 formuliert und die deutsche Kommentarliteratur aus dem Worte Behinderung ableitet²⁾. Dann kann man in § 6 Nr. 2 ff auch sagen, was gemeint ist, nämlich "Verzögerung oder Unterbrechung der Arbeiten".

/5/ Die Einordnung von Anordnungen des Auftraggebers nach der Formulierung der VOB/B als "vom Auftraggeber zu vertretende Umstände" ist nicht einfach. Die französischen C.C.A.G. des öffentlichen Bauwesens und die Normen AFNOR verzichten auf dieses Kriterium als Voraussetzung einer Fristverlängerung und nennen stattdessen ausdrücklich Anordnungen des Auftrag-

1) Burlitta, Wörterbuch, a.a.O., "Behinderung"

2) vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB/B, a.a.O., § 6, Rdn. 7

gebers als eine Voraussetzung, unter der eine Fristverlängerung möglich ist. Darin liegt inhaltlich kein Unterschied zum deutschen Recht der VOB/B, da auch nach VOB/B unstreitig ist, daß Anordnungen, die zu Verzögerungen führen, im Grundsatz eine entsprechende Verlängerung der Ausführungsfrist zur Folge haben. Zur Klarstellung halte ich es in einem Text, der sich auch an juristische Laien richtet, für zweckmäßig, dem französischen Vorbild folgend ausdrücklich Anordnungen des Auftraggebers, soweit sie nicht durch Pflichtverletzungen des Bauunternehmers veranlaßt sind oder von diesem hätten vermieden werden können, als Grund für eine Verlängerung der Ausführungsfrist zu nennen.

Die in Art. 19.2 C.C.A.G. vorgenommene Aufzählung von Fallgruppen der Anordnungen im einzelnen halte ich für überflüssig.

/6/ Die im französischen Recht vorgesehenen förmlichen Voraussetzungen für die Verlängerung der Ausführungsfrist halte ich teilweise für übernehmenswert.

/a/ Der Bauunternehmer verliert seinen Anspruch auf Anpassung der Ausführungsfrist, wenn er ihn selbst nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Anordnung unter Nennung der erforderlichen Verlängerung vorbehält, es sei denn, er könnte die tatsächlich eingetretene Verzögerung innerhalb der Vorbehaltsfrist nicht erkennen.

Die Konsequenz eines versäumten Vorbehaltes ist ebenso, wie wenn der Bauunternehmer sich von vornherein bei der Ausführungsfrist verrechnet hätte: Der Bauunternehmer trägt Verzugsfolgen. Diese Konsequenz kann hart sein. Sie erscheint mir aber gerechtfertigt, um die Interessen des Bauherrn zu wahren. Der Bauherr kennt häufig die Auswirkungen, insbe-

sondere die zeitlichen Auswirkungen einer Anordnung nicht, da er die dem Bauunternehmer zur Verfügung stehenden Mittel nicht kennt und häufig auch keine Erfahrung zur Kalkulation der Ausführungsfrist hat. Durch den Vorbehalt weiß er alsbald, woran er ist. Sagt der Bauunternehmer nichts, so ist er in der Pflicht, in der ursprünglichen Zeit zu fertigen. Anderenfalls werden aus einer Fristüberschreitung entstehende Nachteile des Bauherrn auf den Bauunternehmer wirtschaftlich abgewälzt. Nennt der Bauunternehmer eine andere Zeit, so kann der Bauherr diese akzeptieren, die Anordnung zurücknehmen, mit dem Bauunternehmer streiten oder einfach nichts tun.

Streitigkeiten werden jedenfalls früher manifest; ich meine, sie lassen sich dann im Regelfall leichter lösen.

Die in § 6 Nr. 1 VOB/B vorgesehene Kommunikationsverpflichtung halte ich für ungeeignet, weil keine feste Frist vorgesehen ist, die Beweislast für die Unterlassung beim Bauherrn liegt und keine Verpflichtung zur Mitteilung eines Zeitvorschlages an den Bauherrn als Voraussetzung für die Verlängerung der Frist eingeführt ist. Außerdem besteht die Pflicht nicht bei Tatsachen, die der Bauherr kennt, d.h. insbesondere bei Anordnungen, bei denen nicht die Kenntnis der Anordnung, sondern die zu ihrer Ausführung notwendige Zeit das Problem ist.

/b/ Eine gesonderte Erörterungspflicht des Bauherrn mit dem Bauunternehmer, wie sie in Art. 19 C.C.A.G. vorgesehen ist, halte ich nicht für sinnvoll. Zum einen ist eine derartige Pflicht zumeist nur papierenen Inhaltes, wenn ihre Verletzung nicht klar sanktioniert ist; außerdem ist der Begriff "Erörterung" so dehnbar, daß nicht klar wird, was in der Situation zu tun ist.

Die Erörterung macht außerdem nur dann einen Sinn, wenn der Bauherr die Fristverlängerung wie in Art. 19 C.C.A.G. selbst anordnet. Diesem System folge ich jedoch nicht, sodaß auch dieser Anlaß für die Erörterungsverpflichtung entfällt.

(4) Vorschlag

Daraus ergibt sich folgender Vorschlag für eine Neufassung von § 6 Nr. 2 VOB/B:

Abs. 1:

"Wird eine Verzögerung oder Unterbrechung der Arbeiten des Auftragnehmers durch

- a) eine Anordnung des Auftraggebers oder andere vom Auftraggeber zu vertretende Umstände,
- b) einen Streik ... (bisheriger Text) ..., oder
- c) höhere Gewalt oder andere vom Auftragnehmer unabwendbare Umstände,

verursacht, so gilt die Ausführungsfrist um die Dauer der Verzögerung oder Unterbrechung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die Verschiebung in eine ungünstigere Zeit als verlängert.

Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer die Zustimmung zu einer geringeren Verlängerung der Ausführungsfrist verlangen, es sei denn, diese wäre mit den dem Auftragnehmer zur Verfügung stehenden Mitteln nicht zu erreichen.

Abs. 2:"...."

Abs. 3:"Die Verlängerung der Ausführungsfrist setzt voraus, daß der Auftragnehmer sich die Verlängerung innerhalb von

zwei Wochen nach Bekanntwerden des die Verlängerung begründenden Umstandes unter Angabe der dadurch erforderlichen Verlängerung schriftlich gegenüber dem Auftraggeber vorbehält, es sei denn, der Auftragnehmer hätte die dazu erforderlichen Tatsachen innerhalb der Vorbehaltsfrist nicht erkennen können. Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die erforderliche Verlängerung zu begründen und zu belegen."

b) Durch Maßnahmen, die die geplante Durchführung ändern

Der Eingriff in die Interessen des Bauherrn ist bei Abweichungen in der Durchführung, die den Erfolg nicht tangieren, grundsätzlich nicht gegeben, es sei denn, die Koordination mit weiteren Bauunternehmern wird gestört.

aa) Zeitliche Abweichungen

In erster Linie sind zeitliche Abweichungen problematisch, da diese die weitere Koordination der Bauausführung nachhaltig beeinflussen.

Dabei können zwei Problemkreise, der des Beginns einerseits, andererseits der der Unterbrechung der Ausführung und der Verschiebung von Tätigkeiten unterschieden werden.

(1) Beginn

(a) Deutsches Recht

Einen späteren Beginn mit der Ausführung als nach dem Vertrag vorgesehen, kann der Auftragnehmer einseitig nicht durchsetzen. Er riskiert vielmehr, wenn er nicht auf Abruf hin evtl. nach Ablauf einer Vorbereitungsfrist beginnt, daß der Auftraggeber nach § 5 Nr. 4 VOB/B Schadensersatz gem. § 6 Nr. 6 VOB/B (Verzögerungsschäden) verlangt oder gem. § 8 Nr. 3 VOB/B zurücktritt.

Der Auftragnehmer kann grundsätzlich nicht einseitig früher beginnen, da er -dies ist der Zweck der Bestimmungen- in den Bauablauf eingegliedert werden soll, und daher die Erfüllbarkeit bis frühestens zum Beginnstermin hinausgeschoben ist. Etwas an-

deres kann sich aus § 6 Nr. 2 VOB/B ergeben, wenn die Ausführungsfrist zu verlängern ist, etwa wenn der Auftraggeber eine Ursache für Verzögerungen setzt, z.B. zusätzliche Leistungen auszuführen sind. Dann kann dies auch zu einem früheren Beginn der Ausführungszeit führen, da § 6 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B nur sagt, daß Ausführungsfristen verlängert werden. Die Entscheidung hierüber ist in der VOB/B nicht geregelt, sie dürfte jedoch dem Auftraggeber zustehen, der die verlängerte Ausführungsfrist in seine Planung einbauen muß, wobei er die Verlangte des Auftragnehmers nach billigem Ermessen analog § 315 BGB zu berücksichtigen hat.

(b) Französisches Recht

Eine Möglichkeit des Bauunternehmers, einseitig als Ausgleich etwa für die Anordnung der Ausführung zusätzlicher Leistungen, die nach Vertragsschluß, aber noch vor Baubeginn gegeben werden, eine Vorverlegung des Ausführungsbeginns zu erreichen, ist im C.C.A.G. nicht vorgesehen. Beginnt der Bauunternehmer vorfristig, so kann der Bauherr dies verbieten. Beginnt er vor der Bekanntmachung des Zuschlags, so setzt er außerdem seine Vergütung aufs Spiel, da er in Kenntnis der noch nicht entstandenen Schuld leistet ¹⁾, d.h. in Kenntnis einer Nichtschuld.

Einen späteren Beginn als vertraglich vorgesehen kann der Bauunternehmer nach Art. 19.21,2. Alternative C.C.A.C. durch

1) Dies ist ein klassisches Problem des öffentlichen Werkvertragsrechts in Frankreich. Es führt über den Rahmen dieser Arbeit hinaus

ein Verlangen nach Aufschub der gesamten Ausführungszeit und damit des Herstellungszeitpunktes unter den dargelegten Voraussetzungen vom Bauherrn verlangen. Lehnt der Bauherr ab, so ist der Bauunternehmer an den ursprünglichen Ausführungszeitplan gebunden und riskiert bei Nichterfüllung trotz seines Anspruchs und damit bestehender Entschädigungsmöglichkeit Sanktionen (Zwangmaßnahmen bei Nichterfüllung). Wie beim Herstellungszeitpunkt ausgeführt, ist im Ergebnis die Regelung so gestaltet, daß sie dem Interesse des Bauherrn auch im Hinblick auf den Beginnzeitpunkt weitgehend entspricht. Der Bauherr behält durch seine Möglichkeit zur Anordnung letztlich die Entscheidung in der Hand. Dies gibt ihm die Möglichkeit, die einzelnen Bauunternehmer zu koordinieren.

Die Grundidee halte ich insoweit für richtig. Die Probleme sind dieselben, wie bei der Regelung zum Herstellungszeitpunkt dargelegt.

Das französische öffentliche Recht im übrigen zeigt keine Besonderheiten gegenüber den Regelungen der C.C.A.G.

Im französischen Privatrecht ist eine Vorverlegung des Beginns der Ausführungszeit im Gegensatz zum öffentlichen Recht nicht bekannt. Regelungen, die diesen Ansatz ermöglichen könnten, gibt es in den Standard-Vertragsbedingungen nicht. Deshalb gehe ich davon aus, daß der Bauunternehmer einen entsprechenden Anspruch gegen den Bauherrn nicht einseitig durchsetzen könnte.

(c) Wesentliche Unterschiede zum deutschen Recht, die eine Übertragung lohnen, sind im französischen Recht nicht zu erkennen.

(2) Unterbrechung und Verschiebung von Tätigkeiten

(a) Deutsches Recht

Soweit Vertragsfristen bestehen, ist der Auftragnehmer an diese gebunden (s.o.), sonst riskiert er die Kündigung des Vertrages nach § 8 Nr. 3 VOB/B bzw. den Rücktritt des Bauherrn nach § 636 BGB. In der Organisation seiner Arbeiten aber unterliegt er grundsätzlich keiner Einschränkung. Etwas anderes kann sich ergeben, wenn der Auftragnehmer im Rahmen eines VOB-Vertrages gegen die Fristen eines Bauzeitenplanes verstößt, soweit diese kritisch sind (s.o.). Daraus entstehen die Ansprüche des Auftraggebers nach § 5 Nr. 3 und 4 VOB/B. Außerdem kann ein schuldhafter Verstoß gegen den Bauzeitenplan als positive Forderungsverletzung gewertet werden. Außerhalb dieser Einschränkung aber ist der Bauunternehmer frei.

(b) Französisches Recht

Die Regelungen des französischen Rechts sind nicht wesentlich von denen des deutschen Rechts verschieden:

Nach C.C.A.G. ist der Bauunternehmer grundsätzlich in der Einrichtung seiner Ausführung frei; er kann in eigener Autonomie die Tätigkeitszeiten festsetzen und verschieben. Begrenzt ist diese Freiheit, soweit Vertragsfristen oder Einzelanordnungen vorliegen. Verstößt der Bauunternehmer gegen Einzelanordnungen oder Vertragsfristen, so riskiert er die bereits dargestellten Sanktionen. Ist dem Bauunternehmer die Einhaltung der Anordnungen oder Fristen durch ein Verhalten des Bauherrn subjektiv unmöglich oder unzumutbar geworden, so ist er daran nicht gebunden, und er kann im Falle nachteiliger Folgen etwaiger Sanktionen gerichtlich eine Entschädigung in Geld verlangen. Ist dem Bauunternehmer die Ausführung möglich, aber durch Anordnungen des Auftragnehmers erschwert, kommt eine Entschädigung des Bauunternehmers in Be-

tracht, wenn der Bauherr die entstehenden Nachteile nicht anderweitig beseitigt, z.B. durch eine Friständerung.

Auch das französische Privatrecht geht davon aus, daß der Bauunternehmer den Einsatz seiner Mittel selbst gestaltet, d.h. auch deren zeitlichen Einsatz. Eine Möglichkeit zur Verschiebung von Einzelfristen, die in Art. 06.2.2 C.C.A.G. vorgesehen sind, ohne Einverständnis des Bauherrn, ist nicht vorgesehen (vgl. Art. 06.5.1.3 und 6.5.2.2.2). Meines Erachtens könnte man den Vertrag auch nicht so auslegen, weil die Einzelfristen unter Berücksichtigung der Aktivitäten anderer Bauunternehmer vorgenommen werden.

Auch das allgemeine Zivilrecht kennt eine einseitige Verschiebung der Einzelfristen durch den Bauunternehmer nicht. Der Bauunternehmer kann also sein entsprechendes Interesse nicht einseitig durchsetzen. Er ist vielmehr auf die entsprechende Verlängerung der Gesamtfrist im Anschluß an die vorgesehenen Tätigkeitszeiten oder auf eine Zustimmung durch den Bauherrn angewiesen.

(c) Ansatzpunkte für eine Rezeption des französischen Rechts ergeben sich deshalb nicht.

bb) Abweichungen in Elementarfaktoren

(1) Deutsches Recht

Soweit der Auftragnehmer von seiner eigenen ursprünglichen Planung der einzusetzenden Elementarfaktoren abweichen will, ist er hierzu im Grundsatz nach seinem Belieben berechtigt, da nur in Ausnahmefällen in dieser Hinsicht eine vertragliche Bindung gegeben sein wird.

In diesem Falle ergeben sich Grenzen eines Rechtes, die in seiner Verfügung stehenden Elementarfaktoren festzulegen und ihren Einsatz zu ändern nur, soweit er entweder Nichterfüllungs- bzw. Schlechterfüllungsansprüche auslöst, oder Ansprüche des Auftraggebers bestehen, die ihm den Einsatz einer bestimmten Art oder Menge von Produktionsfaktoren vorschreiben. Im übrigen kann er etwa durch Substitution günstigere Kosten und einen höheren Gewinn erreichen. Insbesondere hat der Auftragnehmer damit die Möglichkeit, durch Veränderungen bei den Produktionsfaktoren nach seinem Gutdünken Nachteile auszugleichen, die er durch anderweitige Abweichungen vom Plan -etwa durch zwischenzeitliche Kostensteigerungen bei einer ursprünglich vorgesehenen Maschine- hinnehmen muß.

(2) Französisches Recht

Besonderheiten gegenüber dem deutschen Recht bestehen zur Regelung dieses Problemkreises nicht:

Im französischen öffentlichen Recht ist der Bauunternehmer wie im deutschen Recht frei in der Wahl seiner Mittel. Ausnahmen gelten, soweit Festlegungen im Vertrag vorgesehen sind; dies ist in Frankreich wohl häufig. Eine weitere Einschränkung der Freiheit des Bauunternehmers ergibt sich daraus, daß er auch solche Anordnungen des Bauherrn befolgen muß, die zur Vertragserfüllung nicht notwendig sind. Auch daran ist der Bauunternehmer gebunden. Soweit der Bauunternehmer aber einen Entschädigungsanspruch gegen den Bauherrn geltend machen kann, z.B. weil eine weitere Anordnung des Bauherrn die ursprünglich vorgesehene Anordnung zur Ausführungsart unzumutbar macht, wird der Bauherr daran interessiert sein, einvernehmlich eine dem Interesse des Bauunternehmers entsprechende Lösung herbeizuführen.

Auch nach den Vorstellungen des französischen Privatrechts

ist der Bauunternehmer in der Wahl seiner Mittel frei. Er leitet und beaufsichtigt die Baustelle. Da er ein Resultat zu erbringen hat, gehört es zu seiner Aufgabe, die dazu erforderlichen Mittel eigenständig zu beschaffen und einzusetzen. Einschränkungen gelten nur bei vertraglichen Bindungen oder entgegenstehenden Anordnungen des Bauherrn, die im Zivilrecht aber nur verbindlich sind, soweit sie im Vertrag vorgesehen sind oder zur vertragsgemäßen Erfüllung erforderlich sind. Die Regelung läßt daher dem Bauunternehmer ebenso wie im deutschen Recht die Möglichkeit, einen Ausgleich durch geänderten Einsatz seiner Mittel zu suchen. Ob er daran interessiert ist, hängt von der unten zu beantwortenden Frage ab, ob der Bauunternehmer auch einen wirtschaftlichen Ausgleich erhält und ggf., ob dieser Ausgleich nur insoweit gewährt wird, wie der zusätzliche Mitteleinsatz des Bauunternehmers zur Ausführung der Anordnung notwendig war.

2. Wirtschaftlicher Ausgleich - Entgeltanpassung

Neben und evtl. in Ergänzung des hier "technisch" genannten Ausgleichs, der wirtschaftlich zu einer Senkung der Kosten führt, besteht die Möglichkeit, durch Erhöhung des Entgelts einen wirtschaftlichen Ausgleich herbeizuführen. Mehrkosten und/oder Gewinneinbußen durch Abweichungen werden also durch eine umfangreichere Gegenleistung für die Leistung des Bauunternehmers in Geld ausgeglichen.

Wiederum erfolgt die weitere Aufgliederung nach dem Gegenstand des Interesses. Da es um einen Ausgleich für den Bauunternehmer geht, sind dies die Gegenstände des Interesses des Bauunternehmers. Das Interesse des Bauunternehmers ist darauf gerichtet, die ihm entstehenden wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen. Diese bestehen zum ersten in Kostensteigerungen bei gleichbleibender Vergütung, d.h. in Gewinn- oder Rentabilitätseinbußen des Betriebes im Vergleich zu der geplanten Relation von Entgelt und Kosten. Zum zweiten entstehen Nachteile im Vergleich mit den Entgelterzielungsmöglichkeiten, die der Bauunternehmer hätte, wenn er entweder soviel bekäme, wie der Bauherr einem anderen Unternehmer für die Durchführung bezahlen müßte, oder soviel, wie er durch einen anderweitigen Einsatz seiner Mittel erzielen könnte oder soviel, wie den Bauunternehmer der Einsatz seiner Mittel zur Herstellung der abweichenden Leistung kostet. Die ersten Vergleichsmaßstäbe fasse ich unter dem Terminus "vertraglicher Maßstab", die zweiten unter "außervertraglicher Maßstab" zusammen.

Dabei geht das Interesse des Bauunternehmers selbstverständlich jeweils auf eine Anpassung nach dem Maßstab, der ihm am günstigsten ist (Interessenkonkurrenz).

a) Entgeltanpassung in Anlehnung an den vertraglichen Preis

Das Interesse eines Bauunternehmers, der einen guten Preis

bei Vertragsschluß durchsetzen konnte, der also bei Ausführung seiner ursprünglichen Planung nicht nur kostendeckend, sondern auch mit Gewinn gearbeitet hätte, geht dahin, einen entsprechend kalkulierten Preis auch für solche Leistungen durchzusetzen, deren Inhalt oder Ausführungsbedingungen sich durch Anordnungen des Bauherrn geändert haben.

Damit hat die rechtliche Regelung zunächst die Funktion abzugrenzen, welche Leistungen des Bauunternehmers vom vertraglichen Preis abgedeckt sind, und sodann zu klären, welche Kriterien und Verfahren für die Bildung eines Preises in Anlehnung an den vertraglichen Preis für von diesem nicht abgedeckte Leistungen anzuwenden sind.

(1) Französisches öffentliches Recht

(a) Nach Art. 14 C.C.A.G. sind neue Preise entsprechend dem vertraglichen Preis für Werke und Arbeiten zu bilden, deren Realisierung oder Modifikation durch ordres de service vom Bauherrn angeordnet wurden und für die der Vertrag keinen Preis vorsieht (14.1 C.C.A.G.).

(aa) Zur Rechtsfolge:

Die neuen Preise werden auf derselben Grundlage gebildet wie die vertraglichen Preise, insbesondere auf Grundlage der zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden wirtschaftlichen Bedingungen. Bestehen 'décompositions des prix forfaitaires', das sind Zergliederungen der Pauschalpreise in Teilleistungen mit Mengen- und Preisansatz je Einheit (Art. 10.32 C.C.A.G.), oder 'sous-détails des prix unitaires', so werden die darin enthaltenen Elemente, insbesondere die Einheitspreise in den Zergliederungen der Pauschalpreise

für die Festsetzung der neuen Preise verwendet (Art. 14.2 Abs. 3 C.C.A.G.). Die sous-détails des prix unitaires enthalten Angaben über Ausgaben oder direkte Kosten, aufgliedert in Ausgaben für Gehälter und Entschädigungen des Personals, Lohnnebenkosten, Ausgaben für Sachmittel und Verbrauchsmaterial und Materialausgaben. Zum zweiten enthalten sie Gemeinkosten sowie Steuern und Abgaben außer Mehrwertsteuer, jeweils als Prozentsatz von den Ausgaben oder direkten Kosten angegeben; weiterhin ist ein Zuschlag für Wagnis und Gewinn als Prozentsatz der ersten beiden Gruppen anzugeben. Der neue Preis wird dann als Einheits- oder Pauschalpreis festgesetzt (Art. 14.2 Abs. 1 C.C.A.G.).

Der Bauherr kann die Vorlage der Kalkulation nach Art. 14.3 C.C.A.G. verlangen.

Das bedeutet bei Leistungen, die den im Vertrag vorgesehenen Leistungen sehr ähnlich sind, daß man Einheitspreise für Teilleistungen, die ihrer Art nach denen entsprechen, die im Vertrag vorgesehen sind, schlicht an die vorgesehenen Preise angleicht. ¹⁾ Durch die Aufgliederung in den décompositions in Einheitspreise läßt sich dasselbe für Pauschalpreise herbeiführen.

Bei Leistungen, die nicht ähnlich sind, ist die Preisfestsetzung aufwendiger. Es ist dann von den offengelegten Kalkulationen auszugehen ²⁾ und die nicht übertragbaren Elemente sind als ob bei Vertragsschluß kalkuliert zu ergänzen (Art. 14.2 Abs. 2 C.C.A.G. - "mêmes bases"). Die Vorschrift sagt allerdings nicht, wie dies geschehen soll. Man darf aber davon ausgehen, daß die zu erwartenden besonderen Kosten i.S. einer Vorkalkulation zugrunde zu legen sind. ³⁾

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 244 und 243

2) s.a. Commission Centrale des Marchés, Guide, a.a.O., S. 163 (b), ebenso Laubadère, Traité, a.a.O., Rd. 1251

3) Commission Centrale, a.a.O., S. 162

Das Verfahren in der Praxis sieht so aus, daß der Bauherr häufig die Ausführung der Anordnung verbindlich anordnet, bevor der neue Preis festgelegt wird, um festzustellen, wie aufwendig die Ausführung wird. Auch ein provisorischer Preis braucht nicht gleich vorzuliegen (Art. 14.3 C.C.A.G.) Der Guide ¹⁾ empfiehlt dem Bauherrn, nicht zu früh aber auch nicht zu spät die Festsetzung des neuen Preises zu bewirken. Zu früh kann die Preisfestlegung sein, wenn sie von der bei Beginn der Ausübung zu erwartenden geringeren Ausbringung ausgeht. Dann überschätzt man den für die Ausführung erforderlichen Aufwand. Zu spät kann die Preisfestlegung sein, wenn sie auf Grundlage der wirklichen Ausgaben (d.h. nachkalkulatorisch) erfolgt, da dann letztlich ein Kostenerstattungspreis entsteht. Das wiederum ist ungünstig, weil dann der Bauunternehmer keinen Anreiz sieht, die Kosten gering zu halten.

Im Ergebnis bedeutet also Art. 14 C.C.A.G., daß der vertragliche Preis für Leistungen fortgeschrieben wird, für die der Vertrag keinen Preis vorsieht. Bei der Fortschreibung des Preises wird eine Änderung der Kalkulation durch die geänderte Menge nicht berücksichtigt; vielmehr bleibt es beim vertraglichen Preis. Das läßt sich aus Art. 14.2 Abs. 3 C.C.A.G. schließen, wonach die in den Zergliederungen der Pauschal-Einheitspreise enthaltenen Elemente übertragen werden, sowie aus Art. 14 Nr. 3 Abs. 2 C.C.A.G., wonach die Kalkulation eines neuen Pauschalpreises nicht auf neuen Einheitspreisen basiert, wenn sich lediglich die Mengen bei einzelnen Teilleistungen ändern. Dies führt zu einer Vereinfachung der Fortschreibung des Preises, aber auch zu einer nicht den Kostenänderungen entsprechenden Bewertung der Leistung, sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten des Bauunternehmers; denn es ist wahrscheinlich, daß eine Änderung der Mengen auch zu einer Änderung des Preises pro Einheit führt, weil sich die Gemeinkosten auf eine andere Menge verteilen. Offen läßt die Regelung damit den Ausgleich von

1) Commission Centrale, Guide, a.a.O., S. 163

2) vgl. oben Teil A I 2. - Beispiele zur Kalkulation

Nachteilen, die der Bauunternehmer im Vergleich zu seiner Planung ohne die Anordnung erfährt: Führt die Anordnung zu einer Verringerung der Menge, so kann der Bauunternehmer evtl. seine Gemeinkosten nicht mehr voll abdecken. Außerdem ist wahrscheinlich, daß der Bauunternehmer den Gesamtgewinn aus der Leistung nicht ziehen kann. Bei Vergrößerung des erforderlichen Mitteleinsatzes kann es sein, daß der Bauunternehmer die zusätzlichen Mittel nur mit höheren Kosten als ursprünglich für den Einsatz geplant, woanders abziehen kann und zusätzliche Nachteile erleidet, indem er den dort erzielbaren Gewinn verliert; auch kann es insbesondere bei Mischkalkulationen vorkommen, daß der Bauunternehmer eine Leistung, die nicht einträglich ist, ausdehnen muß, d.h. zusätzliche Verluste einführt. All dies löst die Anpassung an den vertraglichen Preis bei schlichter Übernahme der Preisansätze in der Kalkulation ohne Berücksichtigung geänderter Mengenverhältnisse nicht. Lösungen dafür sieht das französische Recht deshalb in speziellen Vorschriften in Anlehnung an den zu erwartenden Gewinn (s.u.) vor.

(bb) Zu den Voraussetzungen:

(i) Materielle Voraussetzung für die Festsetzung des neuen Preises gem. Art. 14.3 C.C.A.G. ist, daß der Bauherr durch ordres de service die Realisierung oder Modifikation von Werken oder Arbeiten anordnet und der Vertrag für diese keinen Preis vorsieht (Art. 14.1 C.C.A.G.).

Entscheidende Frage ist deshalb, für welche Realisierungen oder Modifikationen der im Vertrag vorgesehene Preis anwendbar bleibt, für welche nicht.

Nach dem Guide ¹⁾ können neue Preise notwendig werden, wenn Modifikationen des Leistungsprogramms zur Ausführung von Werken führen, deren funktionale Merkmale von

1) Commission Centrale, Guide, a.a.O., S. 162

den ursprünglich vertraglich vorgesehenen verschieden sind, oder wenn technische Modifikationen insbesondere von Teilleistungen erfolgen, z.B. die Anordnung eines Fundaments "sur semelle" ¹⁾ statt "sur pieux" ²⁾. In der Rechtsprechung wurde z.B. zu dem in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall anwendbaren anderen C.C.A.G. als "im Vertrag nicht vorgesehene Arbeit" das Verlangen der Verwaltung angesehen, statt Pflastersteinen der vorgesehenen Kategorie solche einer anderen Kategorie zu verwenden ³⁾. Diese Entscheidung läßt sich auf Art. 14 C.C.A.G. übertragen, bei dem es darauf ankommt, daß kein Preis für die Leistung oder Modifikation im Vertrag vorgesehen ist.

(ii) Als formelle Voraussetzungen zur Festsetzung des neuen Preises sieht Art. 14 C.C.A.G. vor:

Der Bauherr setzt den Preis provisorisch fest, entweder zusammen mit der zum neuen Preis führenden Anordnung oder er gibt dem Bauunternehmer die neuen Preise für die geänderten oder neuen Arbeiten spätestens 15 Tage danach durch einen zusätzlichen ordre de service bekannt. Diese provisorischen Preise setzt der "maître d'oeuvre" (bauleitender Architekt des Bauherrn, Art. 2.1 C.C.A.G.) nach Rücksprache mit dem Bauunternehmer fest. Er muß dem neuen Preis ein sous-détail im Falle von Einheitspreisen beifügen oder eine décompo-

1) auf einer Sohle

2) auf Pfählen

3) zit. nach Villard, Droit, a.a.O., S. 243

sition bei Pauschalpreisen, wobei diese décomposition keinen neuen Einheitspreis enthält, im Falle eines Pauschalpreises, für den die vorgeschriebenen Änderungen nur die Mengen von Teilleistungen oder von Bestandteilen des Werkes betrifft.

Die provisorischen Preise sind prix d'attente (Vorschläge), die weder eine Annahme durch den Bauherrn noch durch den Bauunternehmer beinhalten; sie werden bis zur Festsetzung verbindlicher Preise für die Abrechnungen zugrundegelegt (Art. 14.3 Abs. 3 C.C.A.G.). Diese Preise gelten als vom Bauunternehmer angenommen, wenn er nicht innerhalb von einem Monat ab Bekanntgabe des Preises dem Bauherrn seine Gegenvorstellungen mitteilt und den von ihm vorgeschlagenen Preis mit Begründung vorlegt (Art. 14.4 C.C.A.G.). Wenn der Bauunternehmer nicht widerspricht, werden die Preise für beide Parteien verbindlich. Besteht Einvernehmen, insbesondere wenn der Bauherr die Gegenvorschläge des Bauunternehmers ausdrücklich akzeptiert, so werden diese entweder in einen schriftlichen Nachtrag zum Vertrag oder schriftlich in das Preisverzeichnis aufgenommen und von beiden Seiten unterschrieben (Art. 14.5 C.C.A.G.).

(iii) Im Hinblick auf den Regelungsgegenstand sind damit von Art. 14 C.C.A.G. die Fälle der Anordnung abgedeckt, die die Art des herzustellenden Erfolges betreffen, d.h. die Materialänderungen. Dimensionsänderungen sind eindeutig erfaßt, soweit sie mit Änderungen des Leistungsbeschriebes einhergehen. Dimensionsänderungen, die nicht zu einer Änderung des Leistungsbeschriebes führen, fallen unter den Wortlaut des Art. 14 C.C.A.G., ergeben aber keinen anderen Preis pro Einheit. Nicht erfaßt von Art. 14 C.C.A.G. sind Änderungen im zeitlichen Erfolg, da diese keine Entscheidung über die Verwirklichung oder Modifikation der Werkleistung oder der Arbeiten beinhaltet. Diese Entscheidungen richten sich vielmehr nach Art. 48 C.C.A.G.. Ob Anordnungen zur Durchführung

-
- 1) d.i.: Text der Leistungsbeschreibung ohne Preis- und Mengenansatz
 - 2) i. Erg. ebenso Villard, a.a.O., S. 243, - Auslegung anders

der Baumaßnahmen von Art. 14 C.C.A.G. erfaßt sind, kann streitig sein: Meines Erachtens sind generell Anordnungen des Auftraggebers zum Einsatz von Elementarfaktoren selbst dann als Modifikationen der Arbeiten anzusehen und damit von Art. 14 C.C.A.G. erfaßt, wenn sie ohne den Einfluß auf den Werkerfolg sind. Voraussetzung ist allerdings, daß für diese Arbeiten "im Vertrag kein Preis vorgesehen ist". Inwieweit dies der Fall ist, klärt Art. 14 C.C.A.G. nicht. Aus Art. 10.11 C.C.A.G. ergibt sich aber, daß alle normalerweise am Ort und zur Zeit der Ausübung zu erwartenden Belastungen des Bauunternehmers vom Preis abgedeckt sind, d.h. für sie ist ein Preis vorgesehen. Zu diesen Belastungen gehören auch Anordnungen des Auftraggebers, aber nur soweit sie bei Vertragsschluß zu erwarten waren.

(iv) Kommt keine Einigung über den neuen Preis zustande, so kann der Bauunternehmer gem. Art. 50 C.C.A.G. nach einem Vorverfahren bei der Verwaltung seinen Zahlungsanspruch gerichtlich durchzusetzen suchen.

Es ist klar, daß durch die Möglichkeit des Bauherrn, den Preis festzusetzen, die Tendenz dahin gehen wird, den Preis eher zu niedrig anzusetzen. Dies empfehlen die Verwaltungen allerdings den jeweiligen personnes responsables du marché und dem maître d'oeuvre nicht, weil damit im wesentlichen zwei Nachteile für die Behörde verbunden sind:

- Auf dem Gebiet des Haushalts führt dies zu nachträglichen zusätzlichen Ausgaben, falls der Preis nachträglich angehoben werden muß.
- Der Bauunternehmer kann evtl. für die nicht ausgezahlten Beträge Zinsen verlangen.

(b) Nach Art. 48.1 Abs. 3 C.C.A.G. kann der Bauunternehmer eine Entschädigung für die Wartezeit bis zur Wiederaufnahme der

Arbeiten nach Unterbrechung verlangen, die analog den Kalkulationselementen des vertraglichen Preises berechnet wird.

(c) Ist der C.C.A.G. nicht vereinbart, so sind neue Preise ¹⁾ im Fall von "ouvrages ou travaux imprévues" analog den im Vertrag vorgesehenen Preisen festzusetzen. Dabei ist ein Werk oder eine Arbeit unvorhergesehen, wenn sie nicht im Vertrag erwähnt ist, ihm aber auch nicht als "ouvrage nouveau" völlig fremd ist - und damit Aufhebungs- sowie Schadensersatzansprüche eröffnen würde -, oder wenn die Ausführungsbedingungen für eine im Vertrag vorgesehene Arbeit oder ein Werk durch die Behörde verändert wurden, ohne die wirtschaftliche Grundlage des Geschäftes zu zerrütten ²⁾.

Die Anpassung in Analogie zum vertraglichen Preis ist damit die Grundlage zur Berechnung der Entschädigung für den Bauunternehmer bei Leistungsänderungen generell ³⁾. Der Bauunternehmer erreicht in den Fällen der Planungsänderung dieses Ziel weitgehend.

(2) Deutsches Recht:

Nach deutschem Recht gibt es bei einem Vertrag nach VOB/B mehrere Vorschriften, die einen finanziellen Ausgleich in Anlehnung an die Kalkulation der im Vertrag vorgesehenen Preise für Anordnungen des Auftraggebers beinhalten können. Dies sind:

- 1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1245, Fußnote 9, Rdn. 1250 u. 1251
- 2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1245
- 3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1250, unbeschadet evtl. weitgehenden Ersatzes

- /1/ § 2 Nr. 6 VOB/B, wonach der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung hat, wenn eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert wird, wobei sich diese Vergütung nach den "Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten für die geforderte Leistung" bestimmt.
- /2/ § 2 Nr. 7 VOB/B, wonach ein Ausgleich auf Verlangen des Auftragnehmers zu gewähren ist. Dieser Ausgleich ist ausgehend von den Grundlagen der Preisermittlung unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu berechnen. Voraussetzung ist, daß die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich abweicht, daß ein Festhalten an einer als Vergütung der Leistung vereinbarten Pauschalsumme nicht zumutbar ist.
- /3/ § 2 Nr. 5 VOB/B, wonach ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist, wenn durch Änderungen des Bauentwurfes oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden.
- /4/ § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, wonach bei Überschreitung des Mengenansatzes beim Einheitspreisvertrag um mehr als 10 % ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist. Abs. 3 regelt die Unterschreitung.

a) Zu den Rechtsfolgen der Regelungen:

Trotz der unterschiedlichen Formulierung der Rechtsfolgen wird den Rechtsfolgen der Vorschriften in der praktischen

Rechtsanwendung ein nahezu identischer Inhalt zugerechnet:

(aa) Zur Auslegung der Rechtsfolge von § 2 Nr. 6 liegt es wegen der Verwendung der Worte "besondere Kosten" nahe, die Vorschrift als Anpassung an die nachkalkulatorisch zu ermittelnden Kosten zu verstehen. Die Praxis der Rechtsanwendung versteht die Vorschrift jedoch als Modus zur Anpassung an den Preis, der bei Übertragung der ursprünglichen Vorkalkulation des Bauherrn auf die im Vertrag nicht vorgesehene Leistung im Wege einer fortgeschriebenen Vorkalkulation entstehen würde ¹⁾, da sich die Vergütung gleichermaßen "nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung" bestimmt. Die Grundlagen der Preisermittlung sind die bei der Vorkalkulation (Preisermittlung) ²⁾ des Auftragnehmers für die Gesamtleistung ("die Leistung") zugrunde gelegten Tatsachen. Nach einer Ansicht ³⁾ sind dies die allgemeinen preisbestimmenden Umstände, ⁴⁾ d.h. z.B. Lohnsätze, Stückpreise, Frachtsätze, usw., d.h. die Preisansätze der Preiskalkulation sowie Gewinn und Wagnis. Hingegen sollen die Mengenansätze nicht unter die Grundlagen der Preisermittlung fallen ³⁾. Nach einer anderen Ansicht sind die Preisermittlungsgrundlagen mit den Preisgrundlagen des § 9 VOB/A synonym, ⁵⁾ d.h. all die Umstände, die der Preisberechnung zugrunde liegen und daher die Preisermittlung beeinflussen. Dies sind z.B. Grundwasserverhältnisse, Zugangswege etc. (vgl. VOB/A § 9 Nr. 3 ff.), die den Einsatz der Art und Menge der Elementarfaktoren bedingen, welche nach Bewertung in Geld die Preiskalkulation zur Folge haben.

-
- 1) D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 2.123; Kiesel, VOB, a.a.O., § 2 Rd. 9; H-R-S-Riedl, a.a.O., § 2 Rd. 84 b; BuMi Raum, Leitfaden, a.a.O., Ziff. 1; einschränkend Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 88
 - 2) ähnlich D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ, B 2.123; vgl. auch H-R-S-Riedl, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 84 (3. Aufl.)
 - 3) Prange, Der Betrieb 1981, 2477 - 2481 (2480)
 - 4) H-L-N, VOB, a.a.O., Ez B 2.91
 - 5) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 70

Meines Erachtens ist die Preisermittlung (=Kalkulation) die betriebswirtschaftliche Folgerung aus den den Preis beeinflussenden Umständen. Letztere sind die Preisgrundlagen. Die Grundlagen der Preisermittlung sind dagegen nur die zahlenmäßig erfaßten Ansätze, d.h. die Mengen- und Preisangaben im Rahmen der Kalkulation, denn der Preis eines Elementarfaktors wird betriebswirtschaftlich aus dem Produkt von Faktorpreis und Faktormenge ermittelt. Grundlage dieser Ermittlung sind Mengen- und Preisansatz für die Faktoren. Folge dieser Begriffsbildung ist, daß eine Änderung der Preisgrundlagen im hier angewandten Sinne - etwa die Änderung eines Zufahrtweges - die Preisermittlungsgrundlagen nur dann ändert, wenn dies - etwa durch eine Verlängerung des Transportweges - zu geänderten quantitativen Ansätzen für die Menge oder den Preis im Rahmen der Kalkulation führt.

Die Anbindung an die "Preisermittlung" stellt jedoch klar, daß nicht die real entstehenden Kosten, sondern die der ursprünglichen Preiskalkulation im Wege der Vorauskalkulation zugrundegelegten Kostenansätze gemeint sind. Soweit daher Kostenelemente für die nicht vorgesehene Leistung bereits in der ursprünglichen Kalkulation in irgendeinem Bereich der ursprünglichen Gesamtleistung festgelegt sind, sind diese in der neuen Kalkulation mit den Ansätzen der ursprünglichen Preisermittlung für die zur Ausführung der nicht vorgesehenen Leistung notwendigen Mengen in Ansatz zu bringen¹⁾. Insoweit erfolgt über die Anpassung an die Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung eine Anpassung an den vertraglichen Preis. Der Bauunternehmer kann also sein Interesse an Fortschreibung eines ihm günstigen Preises

1) vgl. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 2 Rd. 90; in ähnliche Richtung, BGH SF Z 2.310, 2 12 - 15 (13, 14), Urt. v. 17.12.1964, VII ZR 107/63, s.a. Leitfaden, a.a.O., Nr. 3 Abs. 2 und Nr. 4

in diesen Fällen im Grundsatz durchsetzen.
Die Anbindung an die Preisermittlungsgrundlagen setzt allerdings voraus, daß die Kalkulation alle Elemente enthält, die zur Bewertung der unvorhergesehenen Leistung erforderlich sind. Ist dies nicht der Fall, so sind sie als "besondere Kosten" der geforderten Leistung zu ergänzen. Dies gilt insbesondere für solche Elementarfaktoren, die zur Erstellung der ursprünglich vorgesehenen Leistung nicht zu berücksichtigen waren¹⁾. Waren die Elemente des ursprünglichen Preises - wie in diesem Abschnitt vorausgesetzt - satt kalkuliert, so wird der Unternehmer ein Interesse daran haben, auch die nicht kalkulierten Elemente ähnlich hoch zu bewerten. Problematisch ist daher die Bestimmung des Wertes dieser Kosten. Der Wortlaut der Vorschrift legt nahe, die realen Kosten, d.h. einschließlich Preissteigerungen seit Vertragsschluß etc. zugrunde zu legen. Erkennbar ist jedoch der Zweck der Regelung, einen Marktpreis zu simulieren, indem der ursprünglich vertraglich vorgesehene Preis gedanklich in einen Selbstkostenpreis²⁾ umgewandelt wird, dessen Kalkulationsansätze dann zu einem neuen - hypothetischen - Selbstkostenpreis führen, der dann einem "marktwirtschaftlichen" Preis entspricht. Dieser Zweck ergibt sich aus der Formulierung der Vorschrift selbst ("Grundlagen der Preisermittlung"). Daher ist vertretbar, nach Möglichkeit die "besonderen Kosten" auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückzurechnen³⁾. Dagegen spricht zwar neben den entstehenden tatsächlichen Schwierigkeiten, die etwa durch die Rückrechnung von Kostenfaktoren auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses entstehen, daß zumindest die besonderen Kosten ausschließlich dem Risikobereich des Auftraggebers zuzurechnen sind, da - wie ein Blick auf die Voraussetzungen zeigt - er die diese Kosten

1) vgl. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 2 Rd. 91

2) Altmann, BB, 23/1966, S. 925 ff. (926) und Ingenstau-Korbion, a.a.O., Rd. 91

3) a.A. Ingenstau-Korbion, a.a.O., § 2 Rd. 87, 75

bedingende Leistung fordert und der Auftragnehmer diese nicht in seine ursprüngliche Preisgestaltung als preisbestimmenden Umstand einbeziehen konnte. Der Bezug zu den ursprünglichen Preisermittlungsgrundlagen legt jedoch nahe, konsequenterweise auch die besonderen Kosten auf die Verhältnisse bei Vertragsschluß analog den anderen Preisermittlungsgrundlagen zurückzurechnen, um eine Anknüpfung der Preisberechnung an zwei unterschiedlichen Kriterien (Wettbewerbs-/Kostenpreis) zu vermeiden. Bei dieser Auslegung wird das beim satten Preis bestehende Interesse des Bauunternehmers befriedigt, einen als-ob Vertragspreis zu erzielen. Folgt man der wortlautnäheren und wohl häufiger vertretenen Ansicht, so erreicht er es um so weniger, als der Mitteleinsatz bei der angeordneten Leistung von dem bei der vertraglichen abweicht.

Ein weiteres Problem entsteht, wenn die Anordnung Minderkosten verglichen mit den Kalkulationsansätzen des ursprünglichen Preises verursacht. Der Bauherr wird dann eine Minderung des Kalkulationsansatzes anstreben, der Unternehmer beim ursprünglichen Ansatz stehen bleiben wollen.

In der Praxis wird dem Interesse des Bauunternehmers wohl überwiegend entsprochen. So sehen die Leitsätze in Nr. 4.2.1. für Stoffkosten die Preisansätze des Hauptauftrages vor. M.E. ist dies darauf zurückzuführen, daß der Fall der Minderkosten seltener ist als der der Mehrkosten und deshalb nicht berücksichtigt wurde. Richtig ist jedoch die Übernahme des ursprünglichen Preisansatzes nicht: Soweit z.B. der Preis eines Kostengutes durch eine Mengenänderung sinkt, - etwa der Materialpreis wegen größerer Mengen - wird insoweit der ursprüngliche Preisansatz hinfällig, d.h. es besteht die ursprüngliche Preisermittlungsgrundlage nicht mehr, vielmehr ist das Kostengut insgesamt als "besondere Kosten der geforderten Leistung" neu in Ansatz zu bringen, denn die ursprünglichen Preise hängen häufig auch von den Mengen des jeweiligen Kostengutes ab.

Beispielsweise erfordern größere Mengen evtl. einen höheren Preis oder ermöglichen einen geringeren Preis pro Stück etwa durch Rabatte oder Rationalisierung. Daraus ist wohl Pranges ¹⁾ Ansicht erklärlich, die Mengenaufwände gehörten nicht zu den Grundlagen der Preisermittlung. "Die Grundlagen" bezeichnet aber die Gesamtheit dessen, worauf

1) a.a.O., S. 2480

etwas beruht. Die Preisermittlung aber beruht auf Preisen und Mengen. ¹⁾

Eine später zu erörternde Frage ist, ob der Unternehmer bei einem knappen Preis evtl. Mehrkosten vollständig erhält.

(bb) Die in VOB/B § 2 Nrn. 7, 5, 3 Abs. 2 vorgesehene Rechtsfolge "unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten" wird in der Praxis ebenso wie die in § 2 Nr. 6 vorgesehene Rechtsfolge ("nach den Grundlagen der Preisermittlung der vertraglichen Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung") ausgelegt ²⁾.

Der Wortlaut "unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten" legt zwar nahe, diejenigen Kosten, die durch die der Abweichung entsprechende Herstellung entstanden sind, von denen zu subtrahieren, die ohne die Abweichung entstanden sind oder entstanden wären. Dabei können diese Kosten real ³⁾, d.h. nachkalkuliert, was meines Erachtens nach dem Wortlaut näher liegt, oder unreal nach denen der ursprünglichen Preiskalkulation zugrunde liegenden Ansätzen bewertet werden, wie es die weitaus herrschende Meinung bevorzugt ⁴⁾. Die erste Ansicht würde jedoch dazu führen, daß der Auftraggeber den Vorteil des einmal ausgehandelten knappen Preises verlöre, es entstünde vielmehr ein Kostenpreis.

Ein Kostenpreis liegt aber typischerweise nicht im Interesse der Parteien: Für den Auftraggeber hat er den Nachteil, daß der Unternehmer dazu angeregt wird "Kosten zu machen", da der Gewinn mit den Kosten stiege; für den Auftragnehmer hat er den Nachteil, daß er nicht durch kostensenkende Maß-

1) ebenso Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rdn. 70

2) vgl. BGH SF Z 2.311, Bl. 23 - 26 (25)

3) dagegen ders., a.a.O., B § 2 Rdn. 50, der unzutreffend die Ermittlung der Mehrkosten "begrifflich" ausschließlich auf der Basis der ursprünglichen Preisermittlungsgrundlagen für möglich hält.

4) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 50, m.w.N.

nahmen einen zusätzlichen Gewinn erzielen kann.

Außerdem ginge der Bezug zum ursprünglich vereinbarten Leistungspreis verloren. Zweck der Vorschrift ist es aber - zumindest legt die herrschende Meinung der Vorschrift diesen Zweck bei - den ursprünglichen Preis an die neue Situation anzupassen,¹⁾ und zwar so, daß nicht nur dem Auftragnehmer der ursprüngliche Gewinn, sondern auch dem Auftraggeber evtl. Vorteile der ursprünglichen Angebotskalkulation erhalten bleiben.²⁾ Im Bereich der vorliegenden Untersuchung kann im Rahmen einer funktionalen Rechtsvergleichung dahinstehen, ob die herrschende Meinung zutrifft. Die Untersuchung hat nicht das Ziel festzustellen, ob das Recht zutreffend angewandt wird oder nicht (normativer Ansatz), vielmehr geht es darum, im Wege eines deskriptiven Ansatzes festzustellen, wie das Recht angewandt wird, und ob dies auch im Vergleich zum französischen Recht zu vorteilhaften Ergebnissen führt. Es kann jedoch festgestellt werden, welche Rechtsanwendungsprobleme die Regelung schafft. Vorliegend ist festzustellen, daß der Begriff der Mehrkosten in §§ 2 Nr. 3 und 2 Nr. 5 VOB/B doppeldeutig ist, da der Text nicht festlegt, ob die realen oder die geplanten Kosten, die Vorkalkulation oder die Nachkalkulation miteinander zu vergleichen sind. Dies führt in der Rechtsanwendung zu einem Rechtssicherheitsproblem, weil ein nicht spezialisierter Rechtsanwender nicht zweifelsfrei durch Deduktion aus dem von ihm abgeschlossenen Vertragstext zur herrschenden und damit seinen Fall bestimmenden Rechtsansicht zu gelangen vermag. Außerdem deutet die Abweichung vom Wortlaut bei der Rechtsanwendung durch die Gerichte darauf hin, daß der Wortlaut nicht zu praktikablen Ergebnissen führt.

1) vgl. OLG Stuttgart SF Z 2.310, Bl. 15 - 18 (17 R); Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 64

2) Weick, a.a.O., Rd. 64; vgl. Leitfaden, a.a.O., Nr. 4.6

Rechtlich und damit wirtschaftlich führt im Rahmen der §§ 2 Nr. 3 Abs. 2 und 2 Nr. 5 VOB/B die herrschende Meinung zum gleichen Ergebnis wie § 2 Nr. 6 VOB/B¹⁾, obwohl der Text eine andere Fassung hat. Die ursprünglichen Kostenansätze sind im Grundsatz auf die neue Produktion ebenso zu übertragen wie die ursprüngliche Gewinnerwartung²⁾; das ist in der Praxis der relative Gewinn (Zuschlagssatz)³⁾, jedoch nur bezogen auf die betroffene Leistung. Für den Auftragnehmer bedeutet dies, daß sich günstige Preise fortsetzen. Er erreicht sein Interesse dann weitgehend. Eine andere - bei knappen Preisen - entstehende Frage ist, inwieweit der Bauunternehmer seine ursprüngliche absolute Gesamtgewinnerwartung realisieren kann und nicht nur den für die Leistung voraus kalkulierten relativen Gewinnansatz. Ebenfalls eine andere, später zu behandelnde Frage ist, wie das Kostenerstattungsinteresse des Bauunternehmers bei ursprünglich zu geringen Kalkulationssätzen erfüllt wird, da wiederum die Preisanpassung nicht von den realen, durch die Abweichung verursachten Kostenänderungen abhängt und Änderungen der Faktorpreise durch geänderte Faktormengen vor-kalkulatorisch zu berücksichtigen sind.

Für den Auftraggeber können sich daraus Probleme ergeben, daß die VOB auf die Vorkalkulation des Bauunternehmers abhebt. Die Rechtsfolge basiert also auf Tatsachen, die ausschließlich im Bereich des Auftragnehmers liegen, die der Auftraggeber also aus eigener Kenntnis nur überprüfen kann, wenn er die Kalkulation des Auftragnehmers kennt.

Grundsätzlich kennt er sie nicht, da nach VOB/B keine Ver-

1) ebenso, Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 72; vgl. Leitfaden, a.a.O., Ziff. 2.2. u. 2.3 und 4; s.a. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 2 Rd. 75 a und D-P-S-St, a.a.O., ErlZ 2.123, 2.107

2) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rdn. 51 a, 75, 90

3) vgl. OLG Stuttgart SF Z 2.310, Bl. 15 - 18 (17 R) - "Gewinnspanne"; ebenso Leitfaden, a.a.O., Nr. 4.6

pflichtung zu ihrer Vorlage besteht. Nach § 23 Nr. 2 und § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A kann der Auftraggeber, d.h. insbesondere öffentliche Bauherren, Einblick in die Kalkulation des Auftragnehmers genommen haben; dort aber erfolgt die Einsichtnahme in die Kalkulation unter dem Aspekt der Angemessenheit des Preises im Hinblick auf die ursprünglich geplanten Leistungen. Für den Fall von Abweichungen von der ursprünglichen Planung eröffnet die Vorschrift keine Möglichkeit, in die Kalkulation des Auftragnehmers Einblick zu nehmen. Deshalb besteht ein anderes, in der Praxis öffentlicher Bauvorhaben häufig angewandtes Verfahren darin, den Ausschreibungsunterlagen die Kalkulation im verschlossenen Umschlag beizufügen und im Falle zusätzlicher Leistungen zu öffnen und dann der Kalkulation zugrunde zu legen. In jedem Falle aber wird der Auftraggeber durch die beim Auftragnehmer liegende Beweislast für die Ansprüche nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B geschützt. Er kann den Auftragnehmer prozessual zur Aufdeckung der ursprünglichen Kalkulation und zu deren Beweis durch Bestreiten mit Nichtwissen zwingen (§ 138 ZPO). Er riskiert dann aber die Kostentragungslast im Unterliegensfalle, da ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB hinsichtlich der Kalkulation nicht ersichtlich ist.

Dieses prozessuale Risiko suchen ZVB zu lösen, indem sie Aufdeckungs- und Auskunftsansprüche hinsichtlich der Kalkulation vorsehen, die einredeweise geltend gemacht werden können¹⁾.

Ein spezieller Schutz öffentlicher Auftraggeber durch das Preisrecht besteht nicht, da die geänderte Vergütung nach § 2 Nrn. 3 - 7 ihre Preisbestandteile im wesentlichen aus Wettbewerbspreisen erhält und deshalb insoweit gem. § 5 Abs. 2 BauPrVO keiner preisrechtlichen Beschränkung unterliegt.²⁾

1) vgl. Vergabehandbuch, a.a.O., EVM (B) ZVB, Nr. 3

2) vgl. Leitfaden, a.a.O., Nr. 1

Ein Folgeproblem ergibt sich daraus, daß über die Höhe der für die zusätzliche Leistung zu ermittelnden Vergütung Unsicherheit bestehen kann, bevor die Leistung durchgeführt und abgerechnet ist. Das Problem dieser Unsicherheit hinsichtlich der Höhe des Preises sucht die VOB/B zu lösen, indem sie die Parteien verpflichtet, vor Beginn der Ausführung die besondere Vergütung (§ 2 Nr. 6 VOB/B) bzw. den neuen Preis nach § 2 Nr. 5 und 2 Nr. 3, den Ausgleich nach § 2 Nr. 7¹⁾ festzulegen. Nach dem Wortlaut dieser Vorschriften ist die vorweggenommene Einigung über den Preis jedoch keine Anspruchsvoraussetzung. Den Vorschriften ist vielmehr zu entnehmen, daß die Parteien gegenseitig zur Preisfestsetzung vor Beginn der Ausführung verpflichtet sein sollen, d.h. ein eigenständiger Vereinbarungsanspruch, wie auch immer das mit dem Gebot der Bestimmbarkeit des Schuldverhältnisses zu vereinbaren sein mag (§ 241 BGB), besteht. Jede Partei soll also auf Mitwirkung bei der Festsetzung klagen können.²⁾ Im allgemeinen wird der Auftraggeber ein Interesse an der Festsetzung haben, damit er Zahlen für seine zusätzliche Finanzierung bekommt. Will der Auftragnehmer aber eine Einigung, auf die der Auftraggeber sich vor Ausführung nicht einläßt, so ist streitig, ob der Auftragnehmer die Ausführung bis zum Abschluß der Vereinbarung verweigern kann. Ein derartiges Recht widerspricht in den Fällen, in denen der Auftragnehmer die nicht vereinbarte Leistung schuldet, der Vorschrift des § 18 Nr. 4 VOB/B, wonach Streitigkeiten den Auftragnehmer nicht zur Einstellung der Arbeiten berechtigen. Zum anderen würde damit ein Zweck des § 2 Nr. 6 VOB/B, die schwache Verhandlungsposition des Auftraggebers bei zusätzlichen Leistungen zu stärken, konterkariert. Bei Verträgen mit Behörden, hat der Auftragnehmer immer die Möglichkeit, sich nach § 18 Nr. 2 VOB/B unmittelbar an die vorgesetzte Stelle zu wenden.

1) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2, 93, 108 u. Weick in Nicklisch-Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 86; dagegen D-P-S-St, a.a.O., ErlZ B 2.122, nur "dringliche Empfehlung".

2) anders BGH SF Z 2.311, B. 24 - 26 (25) VII ZR 106/65 vom 25.01.1968, der mangels Parteivereinbarung das Gericht den Preis nach § 316, 315 BGB bestimmen läßt

Daher ist davon auszugehen, daß, soweit der Auftraggeber sein Recht nicht verwirkt, er auch vor Einigung über die Vergütung nach § 2 Nr. 6 VOB/B vom Auftragnehmer die Ausführung der Leistung verlangen kann.¹⁾ Anders sind jedoch die Fälle zu behandeln, in denen der Auftragnehmer die Ausführung nicht schuldet. In diesem Falle kann der Auftragnehmer die Ausführung der zusätzlichen Leistung verweigern, bis der Auftraggeber ihm annehmbare Bedingungen bietet.

(b) Zu den Voraussetzungen der Regelungen:

(aa) § 2 Nr. 6 VOB/B

(i) Im Vertrag nicht vorgesehene Leistung

Zu beobachten ist die Tendenz, immer § 2 Nr. 5 anzuwenden und nicht Nr. 6, wenn eine Bauentwurfsänderung vorliegt.²⁾ Dies ist naheliegend, weil im § 2 Nr. 5 VOB/B die Bauentwurfsänderung erwähnt ist, aber mit dem übrigen Wortlaut der Vorschrift nicht vereinbar. Bauentwurfsänderungen, d.h. insbesondere Änderungen in Art und Dimension des auszuführenden Werkes unterfallen nach dem Wortlaut sowohl der Vorschrift des § 2 Nr. 5 VOB/B als auch § 2 Nr. 6 VOB/B³⁾. Entscheidend ist vielmehr nach dem Wortlaut für die Abgrenzung, inwieweit die Bauentwurfsänderung die Leistung zu einer anderen und damit zu einer im Vertrag nicht vorgesehenen macht. Dann ist nach dem Wortlaut § 2 Nr. 6 einschlägig. Dies dürfte bei Bauentwurfsänderungen der Regelfall für eine Vielzahl von Leistungen sein. Soweit die Leistung im Vertrag vorgesehen ist, greift § 2 Nr. 5 VOB/B ein. Im Rahmen dieser Fälle eröffnet die Vorschrift die Möglichkeit einer Entgeltanpassung im Ausnahmefall, wenn sich die Preisgrundlage, d.h. eine der Geschäfts-

1) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rdn. 93;

2) vgl. z.B. Vygen, Bauvertragsrecht, a.a.O., Rd. 695; Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 1 Rd. 17

3) str. wie hier D-P-S-St, a.a.O., ErlZ B 1.32; Weick, a.a.O., § 1 Rd. 28

grundlagen ändert ¹⁾ und diese Änderung auf einer Anordnung des Bauherrn beruht. Zu diesen Anordnungen zählt die VOB alle Änderungen des Bauentwurfs. Nach dem Wortlaut der Vorschriften hat demnach nicht nur § 2 Nr. 5 VOB/B die Funktion, Bauentwurfsänderungen auszugleichen ²⁾, sondern auch und insbesondere § 2 Nr. 6 VOB/B. Für die Abgrenzung ³⁾ zwischen im Vertrag vorgesehener und nicht vorgesehener Leistung kann man zum einen auf Veränderungen des Leistungsbeschriebes im Rahmen der Leistungsbeschreibung (praktikabler) und zum anderen auf die Frage abstellen, ob der Auftragnehmer zur Durchführung der zu untersuchenden Leistung nach dem ursprünglichen Vertrag verpflichtet ist (dogmatisch korrekter). Zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt man dabei, wenn der Leistungsbeschrieb ⁵⁾ die Leistung nicht in ihrer Dimension als Werk festlegt, sondern als Tätigkeit beschreibt, also z.B.: "... m³ ausbaggern ... DM/m³" statt: "... m³ ausbaggern gem. Plan Nr. A3 ... DM/m³". Im einzelnen gilt:

Einmal können unter dem Begriff der im Vertrag nicht vorgesehenen Leistungen zusätzliche Leistungen verstanden werden, die im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehen sind ("überhaupt nicht enthalten sind"). Gemeint ist wohl, daß es sich um solche Teile der Gesamtleistung handeln muß, die in ihrer Art nicht im Leistungsverzeichnis beschrieben sind. Im Vertrag vorgesehen wären dann nur solche Leistungen, die im Leistungsverzeichnis beschrieben sind ⁴⁾.

1) dagegen Vygen, Bauvertragsrecht, a.a.O., Rd. 696

2) so jedoch wohl Vygen, Bauvertragsrecht, a.a.O., Rd. 695, 701

3) vgl. Craushaar, BauR 4/1984, S. 311 - 324, 814 zu Fußnoten 12 - 14, m.w.N.

4) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 81

5) d.i. der Text einer Position des Leistungsverzeichnisses ohne Mengenangabe, vgl. Vygen, a.a.O. Rd. 696

Somit würden die "im Vertrag vorgesehenen Leistungen" allein durch die Leistungsbeschriebe in den Leistungsverzeichnissen gekennzeichnet. Diese Ansicht vertritt der Bundesgerichtshof in einem Obiter Dictum ausdrücklich, ¹⁾ ebenso argumentiert - allerdings nur konkludent - das Oberlandesgericht Stuttgart. ²⁾ Soweit Abweichungen (Änderungen oder Ergänzungen) gegenüber dem Leistungsbeschrieb vorliegen, ist demnach § 2 Nr. 6 anwendbar. In dieser Fassung erweist sich die Definition jedoch als zu eng: Der Auftragnehmer hat nicht nur Leistungen auszuführen, die im Leistungsverzeichnis vorgesehen sind, sondern auch solche, die sich aus allgemeinen technischen Vorschriften aus der gewerblichen Verkehrssitte usw. zusätzlich ergeben. Derartige Leistungen sind aber - wie § 2 Nr. 1 VOB/B zeigt - Teil des ursprünglichen Preises. Auch diese Leistungen sind daher, obwohl sie im Leistungsbeschrieb nicht ausdrücklich erscheinen, nicht nach § 2 Nr. 6 zusätzlich zu vergüten, da sie im Vertrag vorgesehen und außerdem Teil der ursprünglichen Preisermittlungsgrundlagen sind. ³⁾ Die Definition wird außerdem als zu weit angesehen, da sie auch solche Fälle erfaßt, in denen sich die Verpflichtung des Auftragnehmers der Werkerfolg ändert. Es fällt aber schwer, eine andere Verpflichtung noch als "die im Vertrag vorgesehene Leistung" anzusehen, deren Teil die einzelnen Leistungen sind. So sagte auch § 2 Nr. 6 VOB/B 1952 statt "eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung" "Leistung, zu der der Auftragnehmer nach dem Vertrag nicht verpflichtet ist". Dieser Sinn hat sich nicht gewandelt. Die neue Formulierung berücksichtigt nur, daß der Auftragnehmer nach §§ 1 Nr. 3 und 1 Nr. 4 zu zusätzlichen Leistungen verpflichtet sein kann. ⁴⁾

1) BGH SF Z 2.300, 11 - 12 (12) - Urt. vom 13.07.1961/VII ZR 65/60

2) OLG Stuttgart SF Z 2. 310, 15 - 18 (17), 2 U 12/66 vom 15.07.1966

3) ebenso Ingenstau-Korbion VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 81; s.a. LG Aachen BauR 6/86, 698 - 700

4) ebenso Hofmann Anm. zu LG Köln, Urteil vom 08.05.79, BauR 4/80, 369; vgl. auch BGH LM VOB Teil B Nr. 36, Bl. 3 R - Einheitspreisvertrag -; zum Pauschalpreisvertrag ohne Vereinbarung der VOB/B BGH SF Z 2.301, 46-49 (47), VII ZR 184/70 vom 23.03.1972

Die Definition der im Vertrag vorgesehenen Leistungen dadurch, daß der Leistungsbeschrieb der ausgeführten Leistung dem der im Vertrag vorgesehenen Leistungen entspricht, würde dazu führen, daß auch die Fälle erfaßt werden, in denen der Bauherr dem Bauunternehmer nachträglich einen anderen Bauentwurf vorgibt und infolgedessen mehr als im Leistungsverzeichnis vorgesehen von den dort vorgesehenen Leistungsarten zu erbringen ist. Dazu aber wäre der Auftragnehmer nach dem ursprünglichen vertraglichen Bauentwurf, d.h. im Rahmen des ursprünglich vorgesehenen vertraglichen Gesamtgegenstandes, gar nicht verpflichtet gewesen. So z.B., wenn statt des nach einem Bodengutachten in einer bestimmten Dimension (etwa bis 1 m Tiefe) auszubaggernden Bodens einer bestimmten Art, dieser bis zu einer weiteren Tiefe (4 m) auszubaggern ist. Der Leistungsbeschrieb und die vorgesehene Dimension der Gesamtbaggerarbeiten blieb also gleich. Es änderte sich lediglich die Dimension, die für einen Teil des Leistungsbeschriebes vorgesehen war. In Abweichung von der Abgrenzung über den Leistungsbeschrieb hat deshalb die Rechtsprechung diesen Fall über § 2 Nr. 6 VOB/B 1952 gelöst.¹⁾ Nicht anders aber liegt der Fall meines Erachtens bei einer Bauentwurfsänderung, die zu einer Vergrößerung der beispielsweise für ein Schwimmbad auszubaggernden Grube, bei der sich jedoch gegenüber dem ursprünglichen Leistungsbeschrieb für die Tätigkeit des Ausbaggerns nichts ändert. Auch diese Änderung ändert aber einen Teil des Gesamtgegenstandes (eine Leistung), d.h. das Ausbaggern.²⁾ Für die Abgrenzung zwischen der im Vertrag vorgesehenen und der im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung ist deshalb meines Erachtens darauf abzustellen, ob der Auftragnehmer mit der vom Auftraggeber geforderten oder vom Auftragnehmer letztlich ausgeführten Lei-

1) LG Köln mit zustimmender Anm. Hofmann, BauR 4/1980, 369 ff, ebenso Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 81, ablehnende Anm. Hochstein, (S. 37/SFH 2,6., 1952 Nr. 2)

2) anderer Ansicht OLG Stuttgart SF Z 2, 310, 15 - 18 (17)

stungshandlung bzw. Leistungserfolg, die ihm nach der ursprünglichen vertraglichen Einigung obliegende Verpflichtung erfüllen kann oder der Auftraggeber die geforderte bzw. ausgeführte Leistung vom Auftragnehmer nach der ursprünglichen Einigung hätte verlangen können. In dem oben geschilderten Beispiel hätte der Auftraggeber ohne Leistungsänderungsvorbehalt nach dem ursprünglichen Vertrag nicht auf das Ausbaggern einer größeren Grube klagen können, um ein größeres Schwimmbad zu erhalten. Nach dem ursprünglichen Vertrag bestand also keine Verpflichtung zur Ausbaggerung der vergrößerten Grube. Die Leistung ist nicht im Vertrag vorgesehen.

Diese Einschränkung des Begriffes der "im Vertrag vorgesehenen Leistung" hat zur Folge, daß die im Vertrag vorgesehenen Leistungen nicht daran zu erkennen sind, ob sie ihrer Art nach im ursprünglichen Vertrag beschrieben waren. Vielmehr erkennt man diese Fälle daran, daß der Auftragnehmer zu den Leistungen nach dem ursprünglichen Vertrag bereits verpflichtet war. Dies vermeidet Nachteile, die eine Abgrenzung über den Leistungsbeschrieb mit sich bringt: Der Leistungsbeschrieb legt Teile der zur Erstellung der Gesamtleistung notwendigen Gesamtheit der Leistungshandlungen oder Leistungserfolge lediglich ihrer Art nach fest, bestimmt diese aber quantitativ nicht. Damit beschreibt der Leistungsbeschrieb die Verpflichtung des Bauunternehmers nicht vollständig. Die Verpflichtung des Auftragnehmers ergibt sich erst aus dem Zusammenhang mit dem Bauentwurf.

Weder dem einen noch dem anderen Definitionsansatz läßt sich auf den ersten Blick die Entscheidung des BGH vom 16.12.1971 ¹⁾ zuordnen, nach welcher der Pauschalpreis auch dann weiterhin Bestand haben soll, wenn im Leistungsverzeichnis enthaltene

1) SF Z 2. 301, 42 - 45 (43 R) - VII ZR 215/69

Arbeiten wegfallen oder hinzukommen, sondern lediglich bei einschneidenden Veränderungen, - wenn der Bau in wesentlichem Umfang anders als ursprünglich vorgesehen errichtet wird, - jedoch die Regelung nach § 2 Nr. 5 VOB/B eingreifen könne, wobei der zitierten Entscheidung die VOB erkennbar nicht zugrunde lag, sondern der BGH auf § 242 BGB zurückgreifen mußte. Diese Entscheidung ist kein Ausrutscher, sondern kann als eine häufig vom BGH vertretene Ansicht ¹⁾ bezeichnet werden, soweit es um den Wegfall der Geschäftsgrundlage durch Leistungsänderungen beim BGB-Pauschalpreisvertrag geht.

Diese Entscheidungspraxis kann zu der Kritik führen, der BGH vermenge in unzulässiger Weise die Bewertung, ob ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliege mit der Erörterung der Frage, ob im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen gefordert würden und/oder ob für diese die Preisgrundlage entfiere. ²⁾ Die Ansicht des BGH kann jedoch auch so zu verstehen sein, daß der Pauschalpreisvertrag generell ein Risikoelement enthält, was der BGH auch ausdrücklich hervorhebt. ³⁾ Dieses Risiko bestehe u.a. in der Möglichkeit, daß Arbeiten hinzukommen oder wegfallen. Daraus ergibt sich konsequent, daß auch solche in den Risikobereich fallende zusätzliche Arbeiten und sonstige Leistungen zu den Leistungen gehören, zu denen der Bauunternehmer bereits von Anfang an verpflichtet ist. Diese sind als "im Vertrag vorgesehen" anzusehen, außerdem gehören diese Änderungen dann zu den Preisgrundlagen, auf die sich der Bauunternehmer von vornherein einstellen muß. Folgt man dieser Interpretation der BGH-Rechtsprechung, so ist die Entscheidung des BGH vom 23.03.1972 ⁴⁾ in die anderen Entscheidungen zwang-

1) vgl. BGH NJW 74, 1865 vom 24.06.1974 - VII ZR 41/73 - ;
dagegen BGH SF Z 2, 301, 46 - 49 (47) - VII ZR 184/70
vom 23.03.1972

2) vgl. Vygen, BauR 5/79, 375 - 389 (380)

3) BGH SF Z 2, 301, 42/ - 45 (43 R) - VII ZR 215/69 vom
16.12.1971

4) SF Z 2, 301, 46 ff.

los einzufügen.

Die Ansicht des BGH mag im Bereich des BGB-Vertrages überzeugen. Zu diesem sind die Entscheidungen vorwiegend ergangen. In das System der VOB lassen sie sich jedoch nicht widerspruchsfrei einfügen; sie führen außerdem zu wirtschaftlich und haushaltsrechtlich bedenklichen Ergebnissen. Die Ansicht widerspricht zwar in der von mir dargelegten Interpretation weder dem Wortlaut des § 2 Nr. 6 noch des § 2 Nr. 5 VOB/B, da beide Wortlaute zu dieser Frage nichts hergeben, jedoch ist der Pauschalpreisvertrag nach § 5 Nr. 1 VOB/A ein Leistungsvertrag. Er ist insbesondere kein Risikovertrag, wie sich aus § 5 Nr. 1 b entnehmen läßt, wonach Leistungen im Ausnahmefall dann zu Pauschalpreisen zu vergeben sind, wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung der Ausführung nicht zu rechnen ist. In dieser Bestimmtheit soll im Regelfall beim VOB-Vertrag eine Preisgrundlage für den Pauschalpreisvertrag liegen. Wirtschaftlich führt der Pauschalpreisvertrag in der Ausgestaltung durch den BGH zu der eingangs dargestellten wirtschaftlich, insbesondere aber haushaltsrechtlich unzulässigen bzw. unerwünschten Risikoumlage durch die vom Unternehmer auf alle Pauschalpreisverträge umzulegenden Wagniszuschläge.

Das Problem der Abgrenzung der im Vertrag vorgesehenen und der im Vertrag nicht vorgesehenen Leistungen stellt sich ähnlich, wenn bei gleichem Leistungserfolg abweichende Leistungshandlungen erforderlich werden. Dies ist etwa der Fall, wenn bei Kanalisationsarbeiten, die als Erfolg gleichbleiben, d.h. in den Dimensionen der auszuschachtenden Gräben, zusätzlich zu den zum Ausbaggern des zu erwartenden Bodens erforderlichen Geräten, der Einsatz eines Kompressors notwendig wird, um im Boden enthaltene Steine zu zertrümmern. Dann ist im Zertrümmern eine Art von Leistung zu erblicken, die im Leistungsverzeichnis bei Vertragsschluß nicht impliziert war. Nimmt man den

Leistungsbeschreibung als Abgrenzungskriterium so gelangt man unproblematisch zur Annahme einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung. Demgemäß hat der BGH diese Aktivitäten des Bauunternehmers als im Vertrag nicht vorgesehene Leistung angesehen und nach § 2 Nr. 6 VOB/B bewertet.¹⁾

Stellt man die Frage anders nach der Verpflichtung des Bauunternehmens, die Ausschachtung unter Einsatz eines Zerkrümmers vorzunehmen, so ist das Ergebnis weniger überzeugend herzuleiten. Man wird jedoch sagen können, daß der Auftragnehmer zwar nach dem ursprünglichen Vertrag zur Herstellung der Kanalisation und damit auch der Ausschachtung in der geplanten räumlichen Ausdehnung verpflichtet war. Der Bauunternehmer hatte also diesen Leistungserfolg herbeizuführen. Es kann jedoch angenommen werden, daß diese Verpflichtung nur insoweit besteht, als Boden nach der ursprünglich zu erwartenden Bodenbeschaffenheit auszubaggern war. Erst nach § 1 Nr. 4 VOB/B ist der Bauunternehmer verpflichtet, auch anderen Boden zu bearbeiten. Dahinstehen kann, ob diese Einschränkung auf einer ergänzenden Vertragsauslegung beruht, welche die zur Erbringung des Werkes vom Bauunternehmer zu verlangenden Leistungshandlungen auf die nach den vom Auftraggeber gelieferten Informationen objektiv erforderlichen beschränkt, oder nach § 645 BGB, den Vorschriften über die Unmöglichkeit oder auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage aufgrund eines beiderseitigen Irrtums über die Bodenverhältnisse.³⁾ Ebenso ist nach § 2 Nr. 6 zu entscheiden, wenn statt des ursprünglich im Vertrag vorgesehenen Einrammens von Pfählen deren Einspülen erforderlich wird.⁴⁾

1) BGH SF Z 2. 310, 12 - 14 (13)

2) anderer Ansicht Craushaar, BauR 4/1984, 311 ff (318)

3) wohl ebenso insbesondere für den Pauschalpreisvertrag BGH SF Z 2. 301, 42 ff. (43 R) mit Hinweis auf BGH VersR 65, 803

4) Craushaar, a.a.O., S. 313 ff.

Wiederum ändert sich nur die Leistungshandlung, wie sie im Leistungsbeschrieb niedergelegt ist. Der Bauunternehmer ist aber zur Ausführung dieser Herstellungshandlung nach der ursprünglichen vertraglichen Einigung nicht verpflichtet, soweit die Ausführungsart vertraglich festgelegt ist, denn im Leistungsbeschrieb steht etwas anderes, als nachträglich ausgeführt wurde. Beide Definitionsansätze führen also in diesen Fällen zur Anwendbarkeit des § 2 Nr. 6 VOB/B, d.h. zur Annahme einer im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung, denn der Bauunternehmer verspricht zwar bei Bauwerkleistungen einen Erfolg, für den er unabhängig davon haftet, welchen Aufwand er zu dessen Erreichung erbringen muß. Anders aber ist es, wenn der Leistungsbeschrieb die vom Bauunternehmer zu erbringenden Leistungshandlungen festlegt. Dann ist der Unternehmer zu Leistungshandlungen, die über das durch den Leistungsbeschrieb festgelegte vertragliche Maß hinausgehen, nicht verpflichtet. Festzuhalten ist, daß die Rechtsanwendung zur Abgrenzung von § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B dogmatische und damit Rechtssicherheitsprobleme aufwirft. Ein einheitliches Merkmal im beobachtbaren Sinne (Massenabweichung, Durchführungsabweichung, Anordnung, Bauentwurfsänderung) läßt sich nicht eindeutig zuordnen.

Die Abgrenzung, welche Leistung im Vertrag vorgesehen ist und welche nicht, kann im Einzelfall schwierig sein.

(ii) Als weitere Voraussetzung der Vorschrift legt die VOB/B in § 2 Nr. 6 als Tatbestandsvoraussetzung fest, daß die Vorschrift nur eingreift, wenn die Leistung gefordert ist. Fordern bedeutet nach dem allgemeinen Wortsinn verlangen. Die nicht vereinbarte Leistung muß also verlangt sein. Der Wortlaut des § 2 Nr. 6 VOB/B sagt nicht, wer dieses Verlangen formulieren muß. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ¹⁾ genügt es, wenn die Leistung zur Ausführung des Vertrages er-

1) BGH vom 15.05.1975 VII ZR 43/73, 5 F Z 2.310 40 f. (40R)

forderlich ist. Dies führt jedoch zu einer nicht ausreichenden Abgrenzung zu § 2 Nr. 8 VOB/B und schränkt den Schutz des Auftraggebers vor aufgedrängten Leistungen ein. Die Entscheidung darüber, ob Leistungen, die der Auftraggeber bezahlen muß, ausgeführt werden, soll nach der Interessenlage des Auftraggebers diesem verbleiben. Ein entgegenstehendes Interesse des Auftragnehmers ist nicht ersichtlich. Der Vertrag ist daher entgegen der Rechtsprechung so auszulegen, daß nur Leistungen, die der Auftraggeber vom Auftragnehmer durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung verlangt, "gefordert" sind.¹⁾ Mit diesem Erfordernis wird der Auftraggeber vor der Bezahlung aufgedrängter Leistungen geschützt - ein Zweck, den der Bundesgerichtshof verkennt -.

Wird zur Ausführung der Leistung eine andere Leistung erforderlich, so hat daher der Bauunternehmer in der vereinbarten Ausführung anzuhalten und den Bauherrn um seine Anweisung zu fragen, wenn der Bauunternehmer eine besondere Vergütung für eine abweichende Leistung erwartet. Bei Gefahr im Verzuge kann der Bauunternehmer nach § 2 Nr. 8 VOB/B vorgehen. Nimmt der Bauherr die Leistung ab, obwohl er sie nicht gefordert hat, so muß er sie auch bezahlen (§ 2 Nr. 8 Abs. 2). Für die Modalität der Preisfestsetzung würde ich im Wege ergänzender Vertragsauslegung § 2 Nr. 6 entsprechend anwenden. Darüber hinaus wird der Auftraggeber vor der Bezahlung von Leistungen geschützt, mit deren Vergütungspflicht er nicht rechnet, weil er - natürlich - glaubt, diese sei im ursprünglichen Preis enthalten, indem die VOB/B eine Ankündigungspflicht des Auftragnehmers festlegt. Die Bedeutung der Ankündigungspflicht ist streitig. Nach überwiegender Meinung²⁾ ist die Ankündigung des Vergütungsanspruchs durch den Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber vor Ausführung

1) ebenso Craushaar, BauR 84, 321; Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 68

2) vgl. Weick in Nicklisch/Weick m.w.N. a.a.O., § 2 Rdn. 71, der die Gegenmeinung vertritt

der Arbeiten eine Anspruchsvoraussetzung¹⁾ für den Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 6 VOB/B. Der Auftragnehmer bekommt also grundsätzlich keine Vergütung, wenn er die Ankündigung unterläßt. Diese Konsequenz ist hart und erscheint häufig als formalistisch.

Da der Wortlaut nicht eindeutig die Pflicht als Anspruchsvoraussetzung formuliert, wird vertreten, die Ankündigungspflichtverletzung löse als bloße Nebenpflichtsverletzung nur Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung aus.²⁾ Dies wiederum würde die Ankündigungspflicht in der Praxis entwerten, da ein Schaden bei einer Leistung, die der Auftraggeber gefordert hat, nur selten entstanden sein wird. Der Nachteil des Auftraggebers liegt lediglich darin, daß ihm bei seiner Forderung nicht bewußt war, daß der Auftragnehmer die Leistung vergütet haben wolle, so daß er den zusätzlichen Finanzierungsaufwand nicht einplanen kann. Dem Nachteil, der durch die bloße Entstehung der Vergütungsforderung entsteht, steht der Vorteil entgegen, den der Auftraggeber aus der für ihn gewollten Leistung zieht. Der Schutzzweck besteht aber darin, dem Auftraggeber bewußt zu machen, daß der Auftragnehmer von ihm eine zusätzliche Vergütung erwartet, da es im Einzelfall durchaus Streitig sein kann, ob eine Leistung unter den Preis nach § 2 Nr. 1 VOB/B fällt oder nicht. Dies gelingt nur, wenn der Auftragnehmer durch Verletzung seiner Verpflichtung zur Kommunikation Rechtsnachteile erleidet. Dem Auftragnehmer ist die Beachtung dieser Rechtspflicht auch zuzumuten, da es sein Interesse ist, eine zusätzliche Vergütung zu bekommen und von ihm verlangt werden kann, dies dem Auftraggeber mitzuteilen. Soweit der Zweck des § 2 Nr. 6 VOB/B, den Auftraggeber zu schützen, nicht eingreift, läßt die Rechtsprechung und die herrschende Meinung Ansprüche nach § 2 Nr. 6 VOB/B auch dann zu, wenn auch ohne vorherige Ankündigung zwischen

1) BGH LM VOB Teil B Nr. 36, Bl. 1 - 5 (3 R)

2) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 71 m.w.N. auf Lehning und Fahrenschoen

den Parteien Klarheit über die zusätzliche Vergütungsverpflichtung bestand.¹⁾ Dogmatisch wird die Lösung aus § 242 BGB (unzulässige Rechtsausübung) hergeleitet. Meines Erachtens wäre es naheliegender, den Vertrag für diese Fälle bereits einschränkend auszulegen.

(iii) Damit deckt § 2 Nr. 6 VOB/B folgende Anordnungsfälle ab:

Unstreitig alle Fälle, in denen der Bauherr eine Änderung hinsichtlich der Art der Sache anordnet, die der Bauherr erstellen soll (z.B. Materialänderungen).

Streitig, nach meiner Ansicht richtig, ist, daß die Vorschrift die Fälle regelt, in denen der Bauherr eine andere Dimension des herbeizuführenden Ergebnisses festlegt, selbst wenn die Art der Tätigkeit im Vertrag vorgesehen ist.

Streitig, nach meiner Ansicht richtig, ist weiterhin, daß § 2 Nr. 6 eingreift, wenn der Vertrag eine Festlegung der Durchführung enthält ("Spülbohrung") und der Bauherr nachträglich eine andere Durchführung anordnet ("Rammböhrung") ohne daß dies der Bauunternehmer zu vertreten hätte.

Liegt keine vertragliche Festlegung der Durchführungsmethode vor, folgt der Bauunternehmer aber einer Anordnung des Bauherrn, so greift m.E. § 2 Nr. 5 VOB/B ein.

1) vgl. BGH SF Z 2.310, 40 f. (40 R) und Weick, a.a.O., m.w.N.

Keine Regelung enthält § 2 Nr. 6 für Anordnungen, die den Herstellungszeitpunkt ändern.

Ausdrücklich vorgesehen ist die Anwendbarkeit in § 4 Nr. 5 VOB/B. Anwendung findet § 2 Nr. 6 VOB/B außerdem in den in § 2 Nr. 9 VOB/B genannten Fällen.

(bb) Zu § 2 Nr. 7 VOB/B:

Der Anwendungsbereich des § 2 Nr. 7 Abs. 1, sowie des § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B ist umstritten. Nach dem Wortlaut fallen ausschließlich Fälle unter den Anwendungsbereich der Vorschrift, bei denen die ausgeführte Leistung oder Teilleistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung bzw. Teilleistung abweicht. Die Definition der vertraglich vorgesehenen Leistung als Gesamtgegenstand des Vertrages, d.h. der Verpflichtungen des Auftragnehmers, die vom Pauschalpreis erfaßt sind, führt zu dem Ergebnis, daß § 2 Nr. 7 Abs. 1 nur bei Änderungen oder Ergänzungen in der Gesamtheit des Leistungserfolges oder zumindest in der Gesamtheit der Leistungshandlungen anwendbar ist. Entsprechendes gilt, wie für die Abgrenzung zwischen § 2 Nr. 5 von § 2 Nr. 6 VOB/B dargestellt, für Teile der Leistung nach § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B. Damit wäre jedoch die Vorschrift nutzlos. Ihr Gegenstand deckte sich nahezu mit § 2 Nr. 4, 5 und insbesondere mit § 2 Nr. 6 VOB/B. Die Vorschrift erfaßt bei wortlautgerechter Anwendung keine Mengenabweichungen, die ohne Änderungen des körperlichen Erfolges durch eine fehlerhafte Planung zur Erreichung des vertraglich vorausgesetzten Er-

folges auszuführen sind.¹⁾ Dies bedeutet, daß die für den Einheitspreisvertrag unter § 2 Nr. 3 VOB/B erfaßten Fälle für den Pauschalpreisvertrag in § 2 Nr. 7 keine Regelung finden, da die Mengenangabe im Leistungsverzeichnis auch beim Pauschalpreisvertrag grundsätzlich nicht verbindlich ist, wenn ein Werk herzustellen ist.

Ebenso wenig wären Fälle der außerordentlichen Kostenänderung²⁾ erfaßt. Diese Fälle müßten trotz Einführung der Vorschrift weiterhin über das allgemeine Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage abgewickelt werden,³⁾ welches subsidiär - weil in seinem Kern unabdingbar - immer anwendbar ist.

In Abweichung von diesem engen Wortlaut wird angenommen, die Vorschrift habe den Zweck, Fälle der Änderung und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu erfassen,⁴⁾ weswegen Einigkeit zumindest darüber besteht, die Vorschrift zumindest auf alle Fälle der Änderung mit Leistungsbezug, d.h. insbesondere auch auf die Fälle der Mengenabweichung ohne Leistungsänderung anzuwenden.⁵⁾

Streitig ist hingegen, ob auch bloße Marktpreis- und Lohnänderungen unter § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B fallen,⁶⁾ da sie nicht

1) vgl. dagegen Ingenstau-Korbion, a.a.O., Rd. 107 und Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2, Rd. 80

2) ebenso Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rd. 83

3) ebenso Weick a.a.O.; zurückhaltend Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 100, 2, 100

4) Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 2 Rd. 100; Weick a.a.O., § 2 Rd. 79

5) Ingenstau-Korbion, a.a.O., Rd. 100 und 107; Weick a.a.O., Rdn. 80, m.w.N. zur Rechtsprechung in Rdn. 81

6) Ingenstau-Korbion a.a.O., Rdn. 107; Weick a.a.O., Rdn. 83

zu einer Abweichung im Bezug auf die Leistung des Bauunternehmers gegenüber der vertraglichen Abrede führen.

Weitere Voraussetzung der Vorschrift ist, daß das Festhalten an der Pauschalsumme wegen einer erheblichen Abweichung unzumutbar sein muß, wobei die Vorschrift auf § 242 BGB verweist, d.h. auf die Fälle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Hierbei ist auf die Gesamtleistung abzustellen.¹⁾ So sah das OLG Köln bei einem beiderseitigen Irrtum über den Mengenansatz eine auf den allgemeinen Grundsatz vom Wegfall der Geschäftsgrundlage vor Einführung des § 2 Nr. 7 Abs. 1 in die VOB ein Verhältnis der sich ergebenden Mehrvergütung von 4.238,97 DM zur ursprünglich vertraglich vorgesehenen Gesamtsumme von 85.524,25 DM als erheblich an. Neben dem Vergleich der vertraglichen Gesamtsumme mit dem Mehrvergütungsbetrag zog das Gericht als Hilfserwägung einen Vergleich zur Gewinnerwartung des Bauunternehmers. Hingegen war nach Ansicht des BGH²⁾ ebenfalls in Anwendung des § 242 BGB die Erhöhung der Gesamtkosten um 20 % der Gesamtauftragssumme für den Bauunternehmer zumutbar, wobei der BGH allerdings ausführt, daß die Abweichung im Bereich dessen lag, womit die Parteien rechnen mußten.³⁾ Es kann angenommen werden, daß die Abweichungen grundsätzlich zumindest über dem für den Einheitspreis hinzunehmenden Maß (10 %) liegen müssen, damit sie von der Rechtsprechung anerkannt werden.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß die Regelung des § 2 VOB/B für die Entgeltanpassung bei Pauschalpreisverträgen einige Probleme zeigt:

Die Regelung des § 2 Nr. 7 hat auch im Zusammenhang mit

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 107

2) BGH vom 20.10.1960 VII ZR 126/59 SF Z 2. 311, 5; vgl. auch Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rd. 81

3) BGH a.a.O., Blatt 6 R (2. c)

§§ 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 VOB/B zur Auswirkung, daß der Pauschalpreisvertrag im Widerspruch zu § 5 Nr. 1 b VOB/A ein erhebliches Risikoelement enthält. Das Problem, dem Pauschalpreisvertrag den Charakter des Leistungsvertrages durch Anpassungsvorschriften zu erhalten, löst § 2 Nr. 7 VOB/B nicht.

Gegenüber der gesetzlichen Regelung bringt die Vorschrift immerhin auf der Rechtsfolgenseite eine Berechnungsmodalität, die nicht selbstverständlich ist, jedoch löst sich die Formulierung nicht von der mehrdeutigen Terminologie der §§ 2 Nr. 3 und Nr. 5 "unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten", weswegen ein klarstellender Zusatz ("Preisermittlungsgrundlagen") eingefügt ist. In der Praxis stimmt die Berechnungsmodalität des § 2 Nr. 7 mit der im Rahmen der §§ 2 Nr. 3, 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 praktizierten Berechnung der Entgeltanpassung überein. Ebenso wie die anderen Entgeltanpassungsvorschriften simuliert § 2 Nr. 7 VOB/B den vertraglichen Leistungspreis dadurch, daß die Preisermittlungsgrundlagen für die vertraglich vorgesehene Leistung auf die ausgeführte Leistung übertragen werden.

Der Wortlaut "Ausgleich gewähren" deutet auf eine Festsetzung abweichend von Nrn. 3, 5 und 6 durch den Gewährenden hin. Dies bringt eine Komplizierung des Rechtsfolgensystems im Rahmen des § 2 VOB/B. Die Praxis hat sich deshalb über den Wortlaut hinweggesetzt und ebenso wie in § 2 Nr. 3 und § 2 Nr. 5 VOB/B einen wechselseitigen Anpassungsanspruch angenommen, evtl. mit Preisfestsetzung durch den Unternehmer¹⁾ und damit keine einseitige Festsetzungsbefugnis nach billigem Ermessen desjenigen, der den Ausgleich gewährt.

Die Fassung der Voraussetzungen des § 2 Nr. 7 VOB/B schafft jedoch Abgrenzungsprobleme. Vorteile gegenüber dem in

1) vgl. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 2, Rd. 108

der Rechtsprechung aus § 242 entwickelten Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bietet die Vorschrift nicht. Vielmehr entstehen Nachteile. Der Wortlaut des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 ist enger als sein Zweck. Die problematischste Fallgruppe, die Fälle der Massenabweichung, erfaßt der Wortlaut überhaupt nicht. Die Verweisung auf die Unzumutbarkeit nach § 242 BGB bringt das Ziel einer Eingrenzung der Fälle und einer besseren Kalkulationsgrundlage für den Bauunternehmer im Hinblick auf sein Risiko einer Lösung nicht näher. Vielmehr führt die Unzumutbarkeitsformel zu einem erheblichen Subsumtionsrisiko des Rechtsanwenders. Die Vorschrift hält damit das Wagnis beim Pauschalpreisvertrag unkalkulierbar, denn der klassifikatorische Begriff der Unzumutbarkeit ist dehnbar. Er ist nur für letztinstanzliche Gerichte angenehm. Für den Rechtsanwender im übrigen aber führt er zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Dies aber führt zu einem schlechterdings unkalkulierbaren Risiko für die Prozeßführung, welches zu dem aus der mangelnden Kalkulierbarkeit des Verhältnisses von Aufwendungen zu Ertrag für die Leistungserbringung des Bauunternehmers hinzutritt.

Bereits diese Erwägungen zeigen, daß es besser wäre, auch beim Pauschalpreisvertrag ebenso wie beim Einheitspreisvertrag eine klare quantitative Grenze (beispielsweise 10 % der Gesamtkosten, bewertet nach den Preisermittlungsgrundlagen zur Zeit des Vertragsschlusses) zugrunde zu legen. Daraus ergäbe sich eine klare Risikoabgrenzung und damit eine sichere Bestimmung dieses Wagnisses im Rahmen der Preisermittlung vor Vertragsschluß und ebenso eine sichere Schätzung von Prozeßchancen im Streitfalle.

(cc) Zu § 2 Nr. 5:

Die Grundlagen des Preises sind alle Umstände, die die Preisberechnung zu beeinflussen vermögen, ¹⁾ d.h. insbesondere die

1) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2, Rd. 7o

im § 9 VOB/A genannten Umstände. Damit sind nicht nur die Daten erfaßt, die in die Kalkulation eingehen (Preise und Mengen), sondern auch die der Kalkulation vorgelagerten Umstände, so der Leistungsinhalt, d.h. Art und Umfang der Leistung ebenso wie die Art und Weise der Leistungserbringung, und die Umstände, die der Erbringung der bisherigen Leistung zugrunde lagen.¹⁾ Zu den Preisgrundlagen gehören damit alle Erfolgs- und Durchführungsgegebenheiten, seien sie zeitlicher oder körperlicher Natur, qualitativ oder quantitativ. Demnach gehört dazu auch der Umfang der auszuführenden Leistung. Diese Begriffsbildung ist unstreitig.²⁾ § 2 Nr. 5 VOB/B ist aber auf die Fälle eingeschränkt, in denen die Preisgrundlage durch eine Anordnung des Auftraggebers, zu denen der Text explizit auch die Bauentwurfsänderungen zählt, geändert werden.

Eine Ankündigungspflicht wie bei § 2 Nr. 6 VOB/B trifft den Bauunternehmer im Rahmen des § 2 Nr. 5 VOB/B nicht.

Im Ergebnis sind von § 2 Nr. 5 VOB/B erfaßt:

- 1) Unstreitig alle Fälle, in denen eine Anordnung des Bauherrn zur Ausführungszeit, z.B. zum Herstellungszeitpunkt, die Kalkulation des Bauunternehmers beeinflusst.
- 2) Unstreitig alle Fälle, in denen eine Anordnung zur Durchführung zu einer Änderung der Preisgrundlagen führt, es sei denn, die Durchführungsanordnung weicht von einer vertraglich vorgesehenen Durchführungsanweisung ab; insoweit ist die Anwendbarkeit streitig.
- 3) Streitig ist die Anwendbarkeit der Vorschrift weiter bei

1) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 7o zum Begriffsumfang

2) Streitig ist lediglich, ob die Preisgrundlage mit den Preisermittlungsgrundlagen identisch, so Prange, a.a.O. oder letztere in ersterer enthalten sind, so Weick, Standardbedingungen, a.a.O., S. 142 und Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 7o

Anordnungen zur Dimension des Werkes, die zu Mengenabweichungen für eine in der Leistungsbeschreibung ihrer Art nach vorgesehene Leistung führen.

(dd) Zu § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B:

Die Vorschrift bringt für die Planänderungsfälle nichts, da der Anwendungsbereich des § 2 Nr. 3 VOB/B auf solche Fälle eingeschränkt ist, in denen die Leistung oder Teilleistung gleich der vertraglichen Absprache bleibt und sich lediglich die Menge dieser Leistung um mehr als 10 % erhöht, d.h. die Abweichung weder zu einer Leistungsänderung führt, noch durch eine solche verursacht ist.

"Die Leistung" bezeichnet die Gesamtheit der Hauptpflichten (Haupt- und Nebenleistungspflichten), für die der Auftraggeber den Preis zahlt, auch "Gegenstand des Vertrages" genannt.

Besteht "die Leistung" in einem herzustellenden Gegenstand, was bei klassischen Bauwerkleistungen anzunehmen ist, so greift § 2 Nr. 3 VOB/B in dieser Alternative nur dann ein, wenn sich dieser Leistungserfolg nicht ändert, denn die Menge der Leistung soll sich nach dem Wortlaut des § 2 Nr. 3 VOB/B ändern, nicht aber die Leistung, denn die Vorschrift lautet "Abweichung der ausgeführten Menge der unter einem Einheitspreis erfaßten Leistung".

Ist die Leistung aber als Erbringung einer bestimmten Menge definiert, etwa die -theoretisches Exempel- Einbringung einer bestimmten Menge Beton in eine Schalung, um auf einer Messe die Qualität eines Computerprogramms zur Berechnung von Schalungsrauminhalten zu demonstrieren, so ist die einzubringende Menge "die Leistung". Schüttet der Bauunternehmer mehr hinein, so ist dies eine Abweichung vom Mengenansatz, aber außerdem eine nicht vorgesehene - in diesem Fall mangelhafte - Leistung, die nicht unter § 2 Nr. 2 VOB/B fällt, sondern für die die §§ 2 Nr. 8; 13 Nr. 4 VOB/B einschlägig sind.

Ist der Erfolg der Leistung dagegen anders, etwa durch bestimmte Planvorgaben definiert, wenn beispielsweise die Schalung völlig mit Beton zu verfüllen ist, so besteht der Leistungserfolg im vollständigen Verfüllen, d.h. in der Einhaltung der Planvorgabe, unabhängig davon, wieviel Beton der Auftragnehmer braucht. Der Leistungserfolg und die Leistungshandlung, d.h. "die Leistung" bleiben gleich, auch wenn die ursprünglich angesetzte Menge überschritten wird. Dies ist der Fall des § 2 Nr. 3 VOB/B.

Besteht "die Leistung" in einer bloßen Handlung, z.B. in der Gebrauchsüberlassung an Verschalungsteilen, die statt der ursprünglich vorgesehenen zwei Tage zehn Tage lang gebraucht werden, so wird "die Leistung" geändert, wenn mehr von dem festgelegten Leistungselement zu erbringen ist, denn weder könnte der Auftraggeber grundsätzlich die längere Gebrauchsüberlassung nach dem Vertrage verlangen, der lediglich zwei Tage vorsah, noch könnte der Auftragnehmer mit einer längeren Gebrauchsüberlassung eine schuldrechtliche Pflicht erfüllen. Somit erfaßt § 2 Nr. 3 den Beispielsfall der verlängerten Gebrauchsüberlassung nicht.

Ändert sich "die Leistung", so ist dies nicht von § 2 Nr. 3 VOB/B umfaßt. Ist die Leistung durch ihren Erfolg definiert, so liegt aber in jeder Änderung des Erfolges eine Änderung der Leistung, denn der Auftragnehmer könnte mit der ursprünglichen Leistung nicht erfüllen, der Auftraggeber diese nicht verlangen. Jede Änderung des Bauentwurfs aber führt zu einer derartigen Änderung der Leistung, wenn der herzustellende Erfolg sich ändert. Somit ist bei Mengenabweichungen, die auf eine Bauentwurfsänderung zurückgehen, zwar eine Abweichung vom vertraglich vorgesehenen Mengenansatz möglich, jedoch keine "Abweichung der Menge der Leistung, die unter einem Einheitspreis erfaßt ist", denn die ursprüngliche Leistung war erfaßt, die nach Änderung des Bauentwurfs geänderte Leistung ist jedoch eine andere Leistung, die nicht erfaßt ist.

Dies gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift ebenso für Teilleistungen. Teilleistungen sind Teile der Leistung, die unter einer Ordnungszahl (sog. Positionen) des Leistungsverzeichnisses beschrieben worden sind,¹⁾ d.h. nicht Teile der Leistung im Sinne von § 266 BGB. Diese Begriffsbildung trägt dem Umstand Rechnung, daß die Leistung zu ihrer Beschreibung in Elemente zerlegt wird und diesen Elementen insbesondere beim Einheitspreisvertrag Preise zugeordnet werden. Statt "Teile der Leistung" findet in der VOB/B zumeist synonym der Terminus "eine Leistung" oder "Leistungen" Anwendung. Nach einem Definitionsversuch des Hauptausschusses²⁾ sind hierunter Teile der vertraglichen Gesamtleistung oder zusätzlich vereinbarte Leistungen zu verstehen. Diese Aussage ist evident unpraktikabel, denn stellt man die Frage, ob ein Gegenstand A eine Leistung sei, so ist dies, wenn er nicht ein Teil der vertraglichen Gesamtleistung ist, anzunehmen, wenn er eine zusätzlich vereinbarte Leistung ist. Eine zusätzlich vereinbarte Leistung ist er, wenn er ein zusätzlich vereinbarter Teil der ursprünglichen Gesamtleistung oder eine zusätzlich vereinbarte Leistung ist. Die Definition klärt also in ihrer 2. Alternative den Begriff nicht. Gemeint ist wohl, daß "eine Leistung" entweder ein Teil der ursprünglichen oder der nachträglich geänderten vertraglichen Gesamtleistung ist.

(3) Französisches Privatrecht

Das französische Privatrecht sieht bei einem Vertrag nach NF P 03-001 von 1982 vor, daß schlicht der vertraglich festgelegte Preis übertragen wird, soweit im Vertrag vorgesehene Arbeiten in größerer Menge anfallen (Art. 07.1.1.2).

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., Vor B Rd. 1 c

2) DVA, Vorbemerkungen, a.a.O., S. 89

Wird dadurch der Gesamtauftragswert um mehr als 1/4 überschritten, kann der Bauunternehmer den ganzen Vertrag kündigen (Art. 07.1.1.3).

Führt eine Anordnung des Auftraggebers zu einer Vergrößerung des Wertes einzelner Positionen über einen Grenzwert hinaus, so kann der Bauunternehmer einen neuen Preis verlangen (Art. 07.1.3.2). Dieser wird unter Berücksichtigung des geänderten Mengengerüsts analog der Kalkulation für den ursprünglichen Preis gebildet ¹⁾.

Weichen die auszuführenden Leistungen in ihrer Art von den im Vertrag vorgesehenen ab, so kann der Bauunternehmer im Grundsatz keinen neuen Preis verlangen, sondern nur Kostenerstattung (Art. 07.1.3.1). Dagegen ist ein dem vertraglichen Preis ähnlicher Preis im Grundsatz für Arbeiten zu zahlen, die der Bauherr auf eine behördliche Anordnung oder gerichtliche oder schiedsgerichtliche Entscheidung hin, die auf Betreiben eines Dritten ergeht, anordnet. Die Preisregelung für derartige Arbeiten geht vom Grundsatz aus, daß die im Vertrag vorgesehenen Preise auf diese Arbeiten übertragen werden (Art. 16.2.1.1 i.V.m. 07.3 und 07.4 der Norm). Sind die Arbeiten im Vertrag nicht vorgesehen, so werden sie durch Annäherung an die ähnlichsten Werkleistungen - für die der Vertrag Preise vorsieht - festgesetzt. Dabei ist auf die bei Vertragsschluß bestehenden wirtschaftlichen Bedingungen abzustellen. Die Regelung sieht dieselbe Rechtsfolge auch für Fälle vor, in denen der Bauunternehmer aus eigenen Stücken zusätzliche Arbeiten durchführt, die dringend und für die Stabilität des Gebäudes unabdingbar sind (Art. 07.4.2).

(4.) Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Regelungen:

In der großen Linie besteht wiederum weitgehende Gemeinsamkeit zwischen den Regeln der VOB/B und der C.C.A.G. des

1) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 263 in Fn. 14

öffentlichen Bauwesens; die Gemeinsamkeiten zwischen den Vorschriften der AFNOR und der VOB/B sind weniger ausgeprägt:

Gemeinsamkeiten bestehen zunächst darin, daß beide Rechtsordnungen Preisanpassungsmodalitäten vorsehen, die darauf basieren, daß ein neuer Preis unter Zugrundelegung der in der Vorkalkulation des Bauunternehmers enthaltenen Elemente festgelegt wird. Dabei wird weder der dem Bauunternehmer bei Leistungsänderungen absolut entgehende Gewinn noch die ihn real treffenden Kostensteigerungen zugrundegelegt.

Das französische öffentliche Recht ebenso wie die VOB/B wählen diesen Weg in den Fällen, in denen der Bauherr Leistungen anordnet, für die der Vertrag keinen Preis enthält oder solche Modifikationen der Leistungen oder Arbeiten anordnet, die zu Änderungen gegenüber der ursprünglichen Kalkulation führen.

Gravierende Unterschiede sind:

- die französischen C.C.A.G. des öffentlichen Rechts kennen abweichend von den übrigen Regelungen einen Anspruch des Bauherrn auf Vorlage der Kalkulation des Bauunternehmers,
- die Neufestsetzung des Preises nimmt nach C.C.A.G. des öffentlichen Rechts der Bauherr vor,
- das Verfahren enthält Einwendungsausschlüsse zu Gunsten des Bauherrn.

Weniger bedeutsame Unterschiede liegen in den Details der Regelungen. So übertragen die öffentlich-rechtlichen C.C.A.G. die für eine in der Leistungsbeschreibung definierte Leistung festgelegten Preise ohne Berücksichtigung von Mengenänderungen auf die zusätzlichen, artgleichen Leistungen. Weiter liegen Detailunterschiede in der Systematik. So differenziert der öffentlich-rechtliche C.C.A.G. nicht zwischen Trennung von Anordnungen zum

Leistungserfolg und zur Leistungsdurchführung, vielmehr danach, welche Anordnung der Preis abdeckt.

Schließlich liegen Unterschiede im Wortlaut. So spricht der öffentlich-rechtliche C.C.A.G. von "Werken oder Arbeiten.... für die der Vertrag keinen Preis vorsieht", nicht von "nicht im Vertrag vorgesehenen Leistungen" wie § 2 Nr. 6 VOB/B.

(5) Zur Bewertung der Unterschiede:

/a/ Die schlichte Übertragung von Preisen für ähnliche Werke auf die angeordnete Leistung (wie z.B. in Art. 16.2.1 AFNOR) ist nicht praktikabel, da der Begriff "ähnlich" nicht sagt, worin die Ähnlichkeit besteht und damit nicht verlässlich anwendbar ist.

Eine schlichte Übertragung eines Preises für eine im Leistungsverzeichnis beschriebene Leistung auf eine von der Tätigkeit her identische Leistung ohne Berücksichtigung der geänderten Mengen (wie in Art. 14.2 C.C.A.G.) vorgesehen, ist durchaus im Regelfall praktikabel¹⁾, weil man schnell ohne aufwendige Kalkulation zu einem in den meisten Fällen richtigen Ergebnis kommt. Dennoch halte ich die Vorschrift nicht für direkt übernehmenswert, weil diese Regelungen die Änderung der Preisermittlungsgrundlage durch die Mengenänderung nicht berücksichtigt und dadurch Fälle auftreten können, in denen ein "Mondpreis" entsteht. Anders könnte es sein, wenn man mengenmäßige Grenzwerte für die Berücksichtigung des Mengenansatzes einführen würde.

Im Ergebnis halte ich es für richtig, bei dem in § 2 Nr. 6 VOB/B vorgesehenen Weg zu bleiben und den Preis

1) vgl. BuMiRaum, Leitfaden, a.a.O., Nr. 3.2

im Grundsatz ausgehend von den in der Vorkalkulation des Bauunternehmers enthaltenen Elementen zu berechnen. Dabei ist die Formulierung "Preisermittlungsgrundlagen" des bisherigen § 2 Nr. 6 Abs. 2 der in Art. 14 C.C.A.G. gewählten Formulierung, die in der Vorkalkulation des Bauunternehmers enthaltenen Elemente seien heranzuziehen, vorzuziehen, da diese umständlicher ist, ohne klarer zu sein.

Minderkosten sollten bei allen Fallgruppen zu Gunsten des Auftraggebers zu berücksichtigen sein, auch in den Fällen zusätzlicher Leistungen. Allerdings sollte die Formulierung klarstellen, daß es um die vorkalkulierten d.h. zu erwartenden Kosten geht, um die Unklarheit der bestehenden Formulierungen in § 2 Nr. 3, 5 und 7 zu vermeiden.

Umgekehrt sind ebenso die vorkalkulierten Mehrkosten zu berücksichtigen, um die besonderen Kosten abzudecken, die durch die Anordnung entstehen und nicht in der Kalkulation vorzusehen waren. Für zweckmäßig halte ich es allerdings, im Rahmen der §§ 2 Nrn. 3, 5, 6, 7, 8, einen einheitlichen Terminus zu verwenden, statt wie bisher wechselnd von "neuer Preis", "besondere Vergütung", "Ausgleich", oder "eine Vergütung" zu sprechen und immer das selbe zu meinen. Meines Erachtens wäre die Bezeichnung "neuer Preis" treffend, da dies die Gegenleistung für eine Leistung beliebiger Art kennzeichnet, nicht nur für Werk- und Dienstleistungen wie das Wort "Vergütung".

/b/ Der in Art. 10.34 C.C.A.G. vorgesehene Anspruch des Bauherrn auf Vorlage einer Vorkalkulation des Bauunternehmers sollte in die VOB/B aufgenommen werden, nicht nur in ZVB. Zwar ist kein Bauunternehmer glücklich darüber, daß der Bauherr ihm in die Karten sieht. Die Belastung des Bauunternehmers erscheint aber geringfügig, da zur Zeit der Entstehung des Anspruchs der Auftrag bereits vergeben ist und die Kalkulation für Folgeaufträge nichts präjudiziert. Vorteil des Auskunftsanspruchs ist, daß die Berechnung des "neuen Preises" für im Vertrag nicht vorgesehene oder in ihren

Bedingungen geänderte Arbeiten für beide Seiten transparent ist. Die Regelung führt damit zu mehr Verlässlichkeit in der Rechtsanwendung als bisher, da bei Kalkulationen Manipulationsmöglichkeiten bestehen¹⁾. Sie ist um einen Auskunftsanspruch zu ergänzen, da in vielen Fällen die Ursprungskalkulation nicht hinreicht (s.o.A). Um eine auf ein konkretes Preiserhöhungsverlangen hin zugeschnittene Kalkulation zu vermeiden, sollte der Anspruch jederzeit bestehen.

/c/ Die in der VOB/B vorgesehene Pflicht zur "Vereinbarung" des neuen Preises ist weniger zweckmäßig als das im C.C.A.G. vorgesehene System der Festsetzung durch eine Partei: Ist der Inhalt der Vereinbarung bestimmt, so braucht man keine Vereinbarung, vielmehr genügt dann eine Feststellung: ist der Inhalt nicht bestimmt, so benötigt man im Streitfall einen, der bestimmt. Eine Willensübereinstimmung (Vereinbarung) besteht dann gerade nicht. Die Ausnahmen vom Bestimmtheitsgrundsatz in §§ 315 - 319 BGB kennen (daher) den Fall der Bestimmung durch beide Parteien nicht, sondern ausschließlich die Bestimmung durch den einen, den anderen oder einen Dritten. Deshalb meine ich: ist die Berechnung eindeutig, so sollte man den einen berechnen lassen, der andere hat eine Widerspruchsfrist, anderenfalls verliert er seine Einwendungen. Einer Vereinbarung bedarf es dann nicht. Das System führt ebensogut zur Klärung wie eine Pflicht zur Vereinbarung. Ist die Berechnung mehrdeutig, so soll einer die Bestimmung nach billigem Ermessen treffen.

Für unzweckmäßig halte ich allerdings eine Berechnung durch den Bauherrn, wie sie Art. 14 C.C.A.G. vorsieht. Der Bauunternehmer will den Preis, er soll ihn auch berechnen. Der Bauherr soll ihn prüfen (Wertungsmodell der §§ 316, 315 BGB). Allerdings sollte der Unternehmer zur Preisberechnung vor Ausführung der mit dem Preis abzugeltenden Leistung verpflichtet sein, um die Anknüpfung der Berechnung an die Preisgrundlagen zu sichern.

1) vgl. Jebe, BauR 73, 147 f. und Pause, Baupreis, a.a.O., S. 28

/e/ Es ist günstiger, bei den materiellen Voraussetzungen der Formulierung des Art. 14 C.C.A.G. und des § 2 Nr. 5 VOB/B folgend von Anordnungen des Auftraggebers und nicht von einer "geforderten" Leistung (§ 2 Nr. 6 VOB/B) zu sprechen. Das Wort Anordnung bringt deutlicher zum Ausdruck, daß der Bauherr nur solche Leistungen bezahlen soll, die er auch will. Dies entspricht den in § 2 vorgenommenen Wertungen (§§ 2 Nrn. 3, 5, 6, 8). Zur Frage, ob eine bloße Kostenerstattung oder ein neuer Preis gewährt wird, halte ich die in der AFNOR vorgenommene Differenzierung danach, worauf die Anordnung beruht (Gerichtsentscheidungen etc. oder sonstige Gründe für den Auftraggeber) für nicht einleuchtend, da ein Grund für die Differenzierung nicht erkennbar ist.

/f/ Die im Wortlaut von § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B vorgenommene Differenzierung zwischen diesen Vorschriften danach, ob es um eine im Vertrag vorgesehene oder nicht vorgesehene Leistung geht, ist nicht zweckmäßig: Die Unterscheidung ist erheblich, wenn der Bauunternehmer seinen zusätzlichen Vergütungsanspruch nicht gem. § 2 Nr. 6 VOB/B ankündigt. Diese Fälle sind nicht selten. Diese unterschiedliche Behandlung der Fälle ist nicht einzusehen. Oberdies ist die Abgrenzung sprachlich einfach, im Einzelfall aber schwierig anzuwenden. Sie ist dadurch wenig verläßlich. Das französische Recht vermeidet diese begriffliche Schwierigkeit, indem sie ihr dadurch die Relevanz nimmt, daß sie beide Fälle gleich behandelt. Dies ist vorteilhaft.

Die in Art. 14 C.C.A.G. vorgesehene Formulierung "für die der Vertrag keinen Preis vorsieht" halte ich für präziser als die Formulierung "im Vertrag nicht vorgesehene Leistung", weil sie das Problem besser kennzeichnet. Dieses besteht

nämlich nicht darin, daß die Leistung im Vertrag nicht vorgesehen wäre - das ließe sich durch das Anordnungsrecht lösen -, sondern darin, daß die Parteien keinen Preis für die Leistung vereinbart haben.

Umgekehrt ist die Formulierung in § 2 Nr. 5 (Anordnungen, die die Grundlagen des Preises ... ändern) griffiger und damit verlässlicher als "Anordnungen zur Modifikation von Werken oder Arbeiten" nach Art. 14 C.C.A.G. oder "bei Vertragsschluß nicht zu erwartende Anordnungen" nach dem allgemeinen französischen Bauvertragsrecht.

/g/ Keine Klärung bietet das französische Recht zu der auch im deutschen Recht schwierigen Frage, was vom im Vertrag vorgesehenen Preis erfaßt ist und was nicht und/oder was zur im Vertrag vorgesehenen Leistung gehört und was nicht. Dies bleibt eine Frage der Rechtsanwendung im Einzelfall und eine Frage der Vertragsauslegung, insbesondere der Auslegung des Leistungsverzeichnisses.

/h/ Die in den Vorschriften der VOB/B auch zu Gunsten des Bauherrn vorgesehenen Preisänderungen (§ 2 Nr. 3 Abs. 2, und Nrn. 5 und 7) finden im französischen Bauvertragsrecht keine Parallele, auch nicht in den Vorschriften des öffentlichen Bauvertragsrechts. Ich halte die Grundidee der VOB/B für besser, denn sie führt dazu, daß der Bauherr an Erleichterungen der Ausführung partizipiert, die er dem Bauunternehmer während der Ausführung ermöglicht. Die Vorschriften der VOB/B halte ich jedoch für zu weitgehend, da es Fälle geben kann, in denen der absolute Gewinn des Bauunternehmers

durch die Preisanpassung niedriger ausfällt, als er es nach dem ursprünglich abgeschlossenen Vertrag erwarten konnte. Dies erscheint mir nicht gerechtfertigt. Es widerspricht auch dem Wertungsmodell des § 649 BGB. Außerdem dürfte in solchen Fällen die Motivation des Bauunternehmers groß sein, die Anordnungen des Auftraggebers zu umgehen.

Eine abschließende Diskussion dieser Frage hängt meines Erachtens von den Ergebnissen zum Thema Anpassung an Kosten bzw. Gewinnänderungen durch Anordnungen ab, so daß die Frage im folgenden Vorschlag einer Formulierung nicht berücksichtigt wird.

(6) Formulierungsvorschlag:

Aus diesen Erwägungen ergibt sich folgender Vorschlag zur Neufassung von:

§ 2 Nr. 3 Abs. 2:

"Für die über 10 % hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen eines Teils der Preis neu zu bestimmen."

§ 2 Nr. 5 Abs. 1:

"Soweit eine Anordnung des Auftraggebers die Grundlagen eines im Vertrag vorgesehenen Preises ändert, ist auf Verlangen eines Teils der Preis neu zu bestimmen."

§ 2 Nr. 5 Abs. 2:

"Ordnet der Auftraggeber die Ausführung einer Leistung an, die von dem im Vertrag vorgesehenen Preis nicht abgegolten ist, so kann der Auftragnehmer für diese Leistung einen neu bestimmten Preis verlangen."

Anmerkung: Jede Leistungsänderung ist gleichzeitig eine An-

derung der Preisgrundlage, so daß die beiden neugefaßten Absätze von Ziff. 2.5 sich überschneiden können. Da die Rechtsfolge und die weiteren Voraussetzungen aber identisch ist, schadet dies nicht.

§ 2 Nr. 7 ist in seiner bisherigen Fassung überflüssig (s. oben) und kann durch folgende Formulierung ersetzt werden:

"Der Auftragnehmer kann einen neu bestimmten Preis nach § 2 Nrn. 3 Abs. 2, 5, 6 nur dann vom Auftraggeber verlangen, wenn er sein Verlangen dem Auftraggeber vor Beginn der Ausführung mit der den neuen Preis begründenden Leistung nach Grund und Höhe angekündigt hat.

Der Auftraggeber verliert Einwendungen gegen die Forderung des Auftragnehmers, wenn er sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Ankündigung und Kenntnis der Neuberechnung des Preises durch den Auftragnehmer vorbehalten hat."

§ 2 Nr. 9 VOB/B: Auch diese Vorschrift ist in ihrer bisherigen Fassung überflüssig; stattdessen schlage ich vor:

"Schuldet der Auftraggeber einen Preis, der im Vertrag nicht bestimmt ist, so ist dieser Preis vom Auftragnehmer nach den Grundlagen für die Ermittlung der vertraglich vorgesehenen Preise unter Berücksichtigung der zu erwartenden Mehr- oder Minderkosten vor Ausführung der mit dem Preis abzugelenden Leistung zu bestimmen."

§ 2 Nr. 10:

"Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer nach Abschluß

des Vertrages verlangen, daß dieser ihm die Grundlagen der Preisermittlung für die vertraglichen Leistungen vorlegt. Dabei hat er Kostenschätzungen vorzulegen, die beim Einheitspreisvertrag enthalten:

1. die direkten Kosten, aufgegliedert in Löhne und Gehälter und Spesen, Lohnnebenkosten, Materialkosten, Kosten der Betriebsmittel und Verbrauchsgüter,
2. Gemeinkosten ausgedrückt als Prozentsatz von 1. und gesondertem Ausweis der Steuern und sonstigen Abgaben, außer MWSt
3. Gewinn und Wagnisanteil, ausgedrückt als Prozentsatz von 1. und 2.

Beim Pauschalpreisvertrag enthalten die Kostenschätzungen Aufgliederungen der auszuführenden Werkleistung in Einzelpositionen mit Mengenangaben für die Leistung und kalkulierte Preise. Zu den Preisen sind die Prozentsätze nach 2. und 3. des vorgehenden Absatzes anzugeben."

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, dem Auftraggeber ergänzend die Auskünfte und Belege zu geben, die dieser für eine Prüfung nachträglicher Preisbestimmungen braucht.

b) Ausgleich durch Anpassung an einen außerhalb des ursprünglichen Preises liegenden Maßstab

Außerhalb des ursprünglichen Preises liegen zum einen ein Vergleich mit den Entgelterzielungsmöglichkeiten, die der Bauunternehmer durch einen anderweitigen Einsatz der durch die Anordnung gebundenen Mittel hätte, zum anderen mit dem Preis, den der Bauherr zahlen müßte, um die Leistung oder die dazu erforderlichen Mittel zu bekommen. Daneben ist ein Vergleich damit möglich, was der Einsatz der Mittel für die abweichende Leistung den Bauunternehmer zusätzlich kostet.

aa) Anpassung an das für einen anderweitigen Bezug der Mittel durch den Bauherrn zu zahlende Entgelt

Wünscht der Bauherr vom Bauunternehmer eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Planung, so ist bei rein wirtschaftlicher Betrachtung der Bauherr in einer schwächeren Position. Hat er keinen Anspruch auf Durchführung der Abweichung gegenüber dem Bauunternehmer und ist keine Vergütung für die Abweichung evtl. vorsorglich vereinbart, so ist der Bauherr im Regelfalle in einer schwächeren Verhandlungsposition.¹⁾ Der Bauherr kann nur schlecht auf einen anderen Bauunternehmer ausweichen, da dieser eine Vorbereitungszeit benötigt und zumindest bei Abweichungen, die den Leistungsinhalt des ursprünglichen Bauunternehmers betreffen, eine Kündigung des Vertrages mit dem ursprünglichen Bauunternehmer erforderlich ist. Auch kann die nachträgliche Einfügung des zusätzlichen Unternehmers in den Ablauf der Bauausführung den weiteren Ablauf stören. Andererseits hat der bisherige Bauunternehmer, soweit er seine Mittel bereits an der Baustelle hat, mit geringeren Kosten zu rechnen als ein

1) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2 Rdn. 67

Bauunternehmer, der die Ausführung völlig neu beginnen muß. Der Bauherr ist daher an der Ausführung durch den Bauunternehmer zumindest soweit interessiert, wie dieser weniger verlangt als der Einsatz eines potentiellen Mitbieters kostet. Aus den genannten Gründen kann dies jedoch verglichen mit den nach dem Vertrag ursprünglich vorgesehenen Preisen weit übersetzt sein und zu Schwierigkeiten bei der Finanzierung durch den Bauherrn führen. Der Bauherr ist daher im Regelfalle daran interessiert, die Preise für Abweichungen bereits im Vertrag einzuengen, der Bauunternehmer möchte im Regelfall neu verhandeln. ¹⁾

(1) Deutsches Recht

Nach deutschem Recht kann der Bauunternehmer seine Verhandlungsposition ausspielen, soweit das Entgelt nicht bereits im Vertrag für die Abweichung festgelegt ist und der Bauunternehmer zur Ausführung der Abweichung vom Plan nicht verpflichtet ist. In diesem Fall kann er nach § 305 BGB einen seiner Marktposition entsprechenden Preis durchsetzen, da er sich in diesem Falle weigern kann, die Arbeit zu anderen als ihm genehmen Bedingungen in Abweichung vom ursprünglichen Plan durchzuführen, selbst wenn der Vertrag eine Entgeltregelung für die Abweichungsfälle vorsieht. Diese kann nämlich einverständlich aufgehoben werden (§ 305 BGB).

Sobald der Bauunternehmer aber zur Ausführung verpflichtet ist oder die Abweichung ohne neue Entgeltvereinbarung ausgeführt hat, ist es für ihn zu spät, um eine bestehende Entgeltvereinbarung durch Leistungsverweigerung aus den Angeln zu heben.

In diesen Fällen greifen entweder die im Vertrag vorsorglich

1) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2, Rdn. 67

vorgesehenen Preise, die evtl. nach § 15 VOB/A bereits bei Vertragsschluß festgelegt wurden, oder es greifen subsidär die Vorschriften der §§ 2 Nrn. 3, 4, 5, 6, 7 VOB/B als vertragliche Vereinbarungen ein, die eine Anpassung der Vergütung in den Abweichungsfällen regeln. Keine dieser Vorschriften sieht jedoch eine Neuvereinbarung des Entgeltes vor. Vielmehr versuchen sie, die Festlegung des neuen Preises an objektive Kriterien anzubinden. Der Bauunternehmer kann also durch diese Vorschrift sein Interesse nach Neuverhandlung nicht erfüllen.

Zwar ist nach Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 und nach Nr. 5 ein "neuer Preis", nach § 2 Nr. 7 VOB/B ein "angemessener Ausgleich" zu vereinbaren bzw. gewähren. Beide sind jedoch "unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten" zu bestimmen. Zwar läßt zumindest dieser Wortlaut offen, ob nur die Kosten oder auch andere Faktoren zu berücksichtigen sind, jedoch ist kein Vergleich mit dem Marktpreis durchzuführen, sondern ein Vergleich der Kosten der ursprünglichen Ausführung mit der abweichenden Ausführung. Ebenso sieht § 2 Nr. 6 VOB/B für zusätzliche Leistungen keine Berücksichtigung des Marktpreises, sondern der ursprünglichen Preisermittlungsgrundlagen vor, d.h. keinen Vergleich mit einem aktuellen Marktpreis, sondern mit dem alten Preis.

Besteht eine Entgeltvereinbarung z.B. beim BGB-Vertrag nicht, so greift nach der gesetzlichen Regelung § 632 Abs. 2 BGB ein. Danach ist, falls keine - im Bauwesen wohl nicht existierende - Taxe vereinbart ist, die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Eine übliche, d.h. allgemein, bei den im Verkehr beteiligten Kreisen gültige Vergütung, ist im Baugewerbe der Bundesrepublik im Regelfalle nicht feststellbar, denn die auftragsbezogene, ortsgebundene Fertigung, die jeweiligen bei den Unternehmern verschiedenen Kapazitäten und damit Kostenansätze, machen eine Marktpreisermittlung schwierig. Damit differieren generell auch die angebotenen

Preise im Bauwesen, d.h. sie sind im Regelfall nicht allgemein gültig. Vielmehr sind regelmäßig, soweit der Preis für die Leistung des Bauunternehmers nicht vertraglich festgesetzt ist, §§ 315, 316 BGB einschlägig, wonach der zu bestimmende Preis für die Gegenleistung nach billigem Ermessen festzusetzen ist.¹⁾ Die Rechtsfolge - Feststellung nach billigem Ermessen - gibt dem Bauunternehmer jedoch nicht das erstrebte Ziel, das Entgelt auf den Betrag festzusetzen, den der Bauherr bei anderweitigem Erwerb der geänderten Leistung aufwenden müßte. Zwar könnte bei der Bestimmung eines Entgeltes nach billigem Ermessen auch der Vorteil für den Bauherrn zu berücksichtigen sein. Dieser Vorteil liegt einerseits im Wiederverkaufswert des erworbenen Werkes, andererseits aber auch im ersparten Preis für den Einsatz eines Konkurrenzunternehmers. Die Festsetzung des Entgeltes ist jedoch unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und dem in vergleichbaren Fällen üblichen durchzuführen.²⁾ Bei der Festsetzung eines Entgeltes kommt es daher in erster Linie auf den Wert der zu vergütenden Leistung an,³⁾ d.h. in erster Linie auf dasjenige, was bei einer Weiterveräußerung des Bauwerks in der geänderten Form für das Bauwerk als Preis erzielt werden kann. Im Regelfalle entspricht dieser Preis demjenigen, den der Bauherr hätte zahlen müssen, wenn er die Leistung von vornherein in der abweichenden Form vergeben hätte. Damit wird zwar nach der gesetzlichen Vorschrift die für eine anderweitige Beschaffung zu zahlende Vergütung zum Maßstab für die Preisfestsetzung des Unternehmers, soweit die §§ 315, 316 BGB reichen, allerdings unter Ausschluß der Kosten, die dem Bauherrn durch die Kündigung des ursprünglichen Vertrages und die Weitervergabe an den zweiten Bauunternehmer entstünden. Der Bauunternehmer kann also auch hier nicht seine volle Marktposition durchsetzen. Dies könnte er nur bei einer ausdrücklichen Preisvereinba-

1) anders Ingenstau-Korbion, der dies als Ausnahme ansieht und regelmäßig die Ermittlung einer üblichen Vergütung für möglich hält, VOB, a.a.O., B § 2 Rd. 3

2) BGHZ 41, 271

3) BGH NJW 66, 540; BGH WPM 83, 1006; OLG Hamburg MDR, 77, 51

zung (s.o.).

Folglich trägt der Bauherr das Risiko, aber auch die Vorteile der Entwicklung des Marktes. Hat der Bauherr daher ursprünglich einen gegenüber dem Marktpreis günstigen Vertrag geschlossen, bleibt ihm dieser Vorteil nicht erhalten, wenn er für eine abweichende Leistung den Marktpreis zahlen muß. Der Bauunternehmer hingegen kann zwar im Grundsatz sein Interesse durchsetzen, jedoch nur bis zum - konjunkturabhängigen - Marktpreis für die Leistung.

Das Problem der §§ 315, 316 BGB ist neben der geringen Berücksichtigung der Interessen des Bauherrn, daß sie das Entgelt für Leistungen, die aufgrund des Wunsches des Bauherrn vom vertraglichen Plan abweichen, an das begrifflich wie tatsächlich schwer bestimmbare Kriterium des billigen Ermessens knüpft. Das Entgelt ist daher vom Bauherrn, der den Bauunternehmer zu einer Abweichung veranlaßt, zunächst nicht abschätzbar. Abweichungen in der technischen Planung kann der Bauherr also nicht unmittelbar in entsprechende Abweichungen seiner wirtschaftlichen Planung, insbesondere seiner Finanzierungsplanung, umsetzen. Dies ist für ihn interessenwidrig. Ist der Bauherr vorsichtig, so muß er Mittel binden, die sich schließlich möglicherweise als nicht notwendig erweisen: ist der Bauherr unvorsichtig, so riskiert er, Nachforderungen nicht zahlen zu können.

Weicht der Bauunternehmer aus eigenem Antrieb vom vertraglich vorgesehenen Plan ab, so hat er im Rahmen eines BGB-Vertrages unter Umständen einen Ausgleichsanspruch nach § 812 BGB auf Herausgabe in Geld (§ 818 III BGB) desjenigen, was der Bauherr hierdurch ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Dabei kommen in erster Linie ersparte Aufwendungen in Betracht, also dasjenige, was der Bauherr hätte aufwenden müssen, um die Leistung in der abweichenden Form zu erhalten, d.h. wenn er die zur Erstellung der Leistung erforderlichen Mittel

hätte anderweitig beziehen müssen.

Die Rechtsprechung erkennt einen solchen Anspruch z.B. an, wenn es sich um eine zusätzliche Leistung handelt, die zur Herstellung der Gesamtleistung notwendig war und der Bauherr sie von einem anderen Bauunternehmer hätte erbringen lassen müssen. Das gilt auch im Rahmen eines Vertrages nach VOB 1952,¹⁾ obwohl nach § 2 Nr. 7 VOB/B 1952 (heute § 2 Nr. 8 VOB/B) Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausführt, nicht vergütet werden, es sei denn, die Leistungen waren zur Erfüllung des Vertrages notwendig, entsprachen dem mutmaßlichen Willen des Auftragnehmers und wurden diesem unverzüglich angezeigt.

Daher ist anzunehmen, daß weiterhin derartige Leistungen nach § 812 BGB mit der Folge abgewickelt werden, daß der Bauunternehmer dasjenige bekommt, was der Bauherr anderweitig für die Leistung hätte zahlen müssen. Wie bei der Preisfestsetzung nach billigem Ermessen ist dies der gemeine Wert der Leistung, nicht der Preis, den der Bauunternehmer bei vollständiger Durchsetzung seiner Verhandlungsposition maximal erreichen könnte.

(2) Französisches Recht

(a) Eine volle Durchsetzung der einleitend beschriebenen Marktposition maximal bis zum Preis für eine Ersatzbeschaffung ermöglicht das französische Recht dem Bauunternehmer nahezu nie.

1) BGH vom 23.03.72, VII ZR 184/70 SF Z 2. 301, 46 (48)

Soweit eine Pflicht zur Ausführung besteht - dies ist weitergehend als im deutschen Recht der Fall (s.o.) - oder soweit der Bauunternehmer ohne Anordnung bereits eine abweichende Leistung ausgeführt hat, hat der Bauunternehmer kein Druckmittel mehr, um seine Position durchzusetzen. Vielmehr greifen in diesen Fällen die vertraglichen Berechnungsmodalitäten ein, die im Grundsatz entweder an Kostengesichtspunkten, dem entgangenen Gewinn des Bauunternehmers oder an vertraglichen Preisen anknüpfen.

Häufig sind vorsorgliche Festsetzungen für abweichende Leistungen im Vertrag vorgesehen, z.B. eine Bezugnahme auf in Frankreich häufige Preisstaffeln (*bordereaux de prix*) für vergleichbare Leistungen; diese Preise gelten dann als vertraglich vorgesehener Preis.

Soweit der Vertrag keine derartige Präzisierung vorsieht, greifen Rechtssätze ein, deren Rechtsfolge unter dem Begriff der "indemnité" (Entschädigung) zusammengefaßt wird. Dieser Begriff erfaßt mehrere Berechnungsmodalitäten: zum einen die Festsetzung eines "neuen Preises" in Anlehnung an den vertraglich vorgesehenen Preis. Dies ist etwa gem. Art. 14.3 C.C.A.G. der Fall, wenn die Ausführung oder Abwandlung eines Werkes oder einer Arbeit durch *ordres de service* entschieden wird und der Vertrag dafür keinen Preis vorsieht (Art. 14.1 C.C.A.G.). In den übrigen Fällen, insbesondere bei Massenabweichungen oder Änderungen bei Teilleistungen (Art. 15, 16 und 17 C.C.A.G.) ist eine am "préjudice", d.h. am Nachteil für den Unternehmer orientierte Berechnung vorgesehen, die den Ersatz von Kostenerhöhungen und entgangenem Gewinn abdecken soll, dazu aber häufig - dies wird vertreten - zu einem dem vertraglichen Preis

nachgebildeten Preis führt.

(b) Die Durchsetzung des für die Leistung zu zahlenden Marktpreises:

(aa) Das französische öffentliche Recht wird dem eventuellen Interesse eines Bauunternehmers, der Anordnungen des Bauherrn durchführt, nicht gerecht, die auf Anordnung zu erbringende Leistung zu einem Marktpreis zu vergüten:

Eine Anlehnung an den Marktpreis ließe sich nur für den Fall in Betracht ziehen, daß eine Preisbildung in Anlehnung an den vertraglichen Preis nicht möglich ist. Im Gegensatz zu Art. 29 des C.C.A.G. alter Fassung ¹⁾ enthält Art. 14.2 C.C.A.G. 1976 eine solche Formulierung jedoch nicht mehr; vielmehr sind die Preise gem. Art. 14.2. C.C.A.G. auf derselben Grundlage zu bilden wie die vertraglichen Preise, insbesondere auf der Grundlage der im Monat des Vertragsschlusses bestehenden wirtschaftlichen Bedingungen. Daraus läßt sich schließen, daß soweit wie möglich die ursprüngliche Kalkulation zu übernehmen ist, um einen dem Vertragspreis analogen Preis zu erreichen. Dies gilt selbst wenn dies eine aufwendige Erarbeitung erfordert. ²⁾ Ein der aktuellen Marktsituation entsprechender Preis wird demnach nicht vorgesehen. Die actio de in rem verso ("enrichissement sans cause") ist an sich auch nach französischem Recht geeignet, ein etwa

1) Zit. nach Montmerle, Publics, a.a.O., S. 150

2) Villard, Droit, a.a.O., S. 244

bestehendes Interesse des Bauunternehmers zu erfüllen, den Wertzuwachs beim Bauherrn, d.h. den gemeinen Wert der Leistung, ersetzt zu bekommen. ¹⁾ Die französische Zivilrechtsprechung begrenzt jedoch den Bereicherungsausgleich auf den Betrag der Entreichung, d.h. hier auf die Kosten des Bauunternehmers. Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat entspricht dem, denn die aufgrund der ungerechtfertigten Bereicherung dem Anspruchsteller zu gewährende indemnité (Entschädigung) ist einerseits durch den Vorteil ³⁾ des Bereicherten, zum anderen durch die erfolgten Ausgaben des Entreicherten begrenzt ⁴⁾. Auf die Frage, ob und inwieweit die actio de in rem verso überhaupt in den zu untersuchenden Fällen eingreift, kommt es nicht an, weil der Bauunternehmer danach maximal seine Kosten bekommt.

Damit bleibt festzuhalten, daß die heutige Rechtspraxis einem Interesse des Bauunternehmers, eine der Leistung entsprechende übliche Vergütung zu erhalten, nicht entspricht. Damit wird ein Marktpreis noch seltener gebildet als im deutschen Recht.

(bb) Das französische Privatrecht gibt dem Bauunternehmer die Möglichkeit, sein Interesse durchzusetzen, ein Entgelt in Höhe des Betrages zu verlangen, den der Bauherr aufwenden müßte, um die Leistung von einem Dritten zu beziehen, soweit der Bauunternehmer die Anordnung noch nicht ausgeführt hat und er nicht gegenüber dem Bauherrn zur Leistung verpflichtet ist.

Nach AFNOR 03-001 endet seine Ausführungsverpflichtung, so-

1) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 420, Fußnote 12

2) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 420, Fußnote 12

3) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 551

bald beim Bestehen eines Aufhebungsanspruchs auf Antrag des Bauunternehmers hin das ordentliche Gericht den Vertrag aufgehoben hat oder er den Vertrag einseitig gekündigt hat. Ein Aufhebungsanspruch steht dem Bauunternehmer nach Art. 07.1.1.3 der Norm zu, wenn der Bauherr Anordnungen trifft, durch die der Gesamtauftragswert den ursprünglichen Auftragswert um mehr als ein Viertel übersteigt. Bei Überschreitung dieses Grenzwertes kann der Bauunternehmer gerichtlich die Aufhebung des Vertrages mit Schadensersatz (alle Nachteile einschließlich entgangenen Gewinns) vom Bauherrn verlangen (Art. 1184 Code Civil in Verbindung mit Art. 19.3, 07.1.1.3 AFNOR 03-001 von 1982). Nach dem Text ist unklar, ob der Bauunternehmer darüber hinaus oder aber statt die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, schlicht die weitere Ausführung der Anordnung verweigern kann. Im Gegensatz zum öffentlichen Recht bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen ein Vorgehen des Bauunternehmers im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes ¹⁾, da die Parteien im Privatrecht gleichgeordnet sind.

Diese Möglichkeit des Bauunternehmers zur Durchsetzung seines Interesses betrifft alle Anordnungen, die sich im Auftragswert auswirken, d.h. vor allem Änderungen in der Menge der Einheiten beim Einheitspreisvertrag, insbesondere also Änderungen in der Dimension von Wertleistungen. Darüber hinaus hat der Bauunternehmer die Möglichkeit, die Ausführung von Anordnungen in den Fällen der force majeure abzulehnen.

Außerhalb der Regelungen der AFNOR und anderer vertraglicher Sonderregelungen gilt der Grundsatz, daß kein Anordnungsrecht des Bauherrn besteht, es sei denn ein solches wäre in ergänzender Vertragsauslegung festzustellen. Soweit ein solches Anordnungsrecht nicht besteht, kann der Bauunternehmer wiederum sein Interesse durchsetzen.

1) vgl. zu den Möglichkeiten Wenner, Geschäftserfolg, a.a.O., S. 321

Das bedeutet, daß im Ergebnis die gesetzliche Regelung des französischen Privatrechts der deutschen Regelung gleich ist. Die Regelung der AFNOR weicht allerdings von der deutschen Regelung in der VOB/B deutlich ab: Während der Bauunternehmer nach deutschem Recht sein Interesse auf Anpassung an den Marktpreis durchsetzen kann, soweit § 2 Nr. 3 ff. VOB/B nicht eingreifen, kann er es nach französischem Recht, sobald der Auftragswert 125 % übersteigt. Dieses quantitative Kriterium hat den Vorteil einer klareren begrifflichen Grenzziehung. Unklar ist aber nach AFNOR, wie die im Vertrag nicht vorgesehenen Leistungen bewertet werden (Art. 16 ist - redaktionell verunglückt - nur auf Art. 7.3 und 7.4 bezogen, d.h. er erfaßt die Anordnungsfälle im Regelfall nicht). Unzweckmäßig ist, eine klar quantitative Grenzziehung für die Aufhebung des Vertrages zu ziehen, die Entscheidung über die Aufhebung des Vertrages aber erst einer gerichtlichen Entscheidung zu unterwerfen.²⁾ Schließlich ist die Erhöhung des Auftragswertes kein taugliches Kriterium, den Bauunternehmer zu befreien: einerseits wird jeder Bauunternehmer froh sein, wenn der Auftragswert sich erhöht. Andererseits sind die Fälle, in denen die Vergrößerung der vom Bauunternehmer zu erbringenden Leistungen oder ihre Änderung für den Bauunternehmer Nachteile bringen können, nur in zwei Fällen gegeben: einmal, wenn der Bauunternehmer auf die Ausführung der Arbeiten nicht eingerichtet ist, zum anderen aber wenn der Bauunternehmer Folgeaufträge hat, die er durch die Anordnung nicht erfüllen kann. Meines Erachtens ist deshalb im Ergebnis in der Regelung der AFNOR insoweit kein Vorteil gegenüber der VOB/B zu sehen.

Anpassung an einen üblichen Preis kann der Bauunternehmer nach AFNOR 03-001 nicht erreichen. Im Vertrag nicht mit dem Preis erfaßte Leistungen werden entweder mit einer dem ver-

2) vgl. Montmerle, Le Moniteur, 3 mars 1973, S. 16 - 26 (21)

traglichen Preis analogen Preis (art. 16) oder mit Entschädigungszahlungen (Kostenerhöhung und entgangener Gewinn) abgegolten (Art. 7.1.3.1).

Im Sinne einer generellen Regelung wird auf den üblichen Preis für die Leistung nur zurückgegriffen, wenn es absolut unmöglich ist¹⁾, den Preis für die angeordnete geänderte Leistung in Anlehnung an den vertraglichen Preis für ähnliche nach dem Vertrag zu erbringende Leistungen festzusetzen.

Da der übliche Preis generell nicht verlässlich bei Bauwerkleistungen bestimmbar ist, ist das Kriterium Marktpreis ungeeignet. Soweit es eingreift, bietet die Regelung keinen Vorteil gegenüber den bestehenden Regelungen des deutschen Rechts.

Als Zwischenergebnis läßt sich feststellen, daß ein Ausgleich durch Anpassung an einen außerhalb des ursprünglichen Preises liegenden Maßstab sowohl nach deutschem als auch nach französischem Recht nur in Ausnahmefällen gewährt wird. Dies ist sachgerecht, da ein Marktpreis für Bauleistungen nur schwer feststellbar ist. Ein Ansatzpunkt für eine Übernahme von Regelungen besteht nicht.

bb) Anpassung an das ohne die Anordnung vom Bauunternehmer erzielbare Entgelt

Ober den vertraglichen Maßstab hinausgehend wird der Bauunternehmer zumindest erstreben, die Anpassung an diejenigen Einkünfte zu erreichen, die er durch den ursprünglich erwarteten Einsatz seiner Mittel maximal erreichen könnte. Dies setzt natürlich voraus, daß ein solcher - günstigerer - Einsatz überhaupt ersichtlich ist. In Zeiten flauer Konjunktur ist dies häufig nicht der Fall.

Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

- Führt die Anordnung des Bauherrn dazu, daß der Bauunternehmer mehr Mittel einsetzen muß - bei der Mehrleistung -, um die Anordnung auszuführen, als zur Ausübung des ursprünglichen Leistungsinhaltes erforderlich gewesen wäre, und wäre deren anderweitig bereits vorgesehener Einsatz gewinnbringend gewesen, so richtet sich sein Interesse auf den entgangenen Gewinn aus diesem anderweitigen Einsatz seiner Mittel. Dagegen wird das Interesse des Bauherrn darauf gerichtet sein, allenfalls beim vertraglichen Preisgefüge stehen zu bleiben, um seine Finanzierung so wenig wie möglich ändern zu müssen und um sich ggfl. die Vorteile zu erhalten, die er bei Vertrags-schluß erzielt hat.
- Führt die Anordnung des Bauherrn dazu, daß der Bauunternehmer weniger Mittel einsetzen muß, als zur Ausführung des ursprünglichen Leistungsinhaltes erforderlich gewesen wäre - etwa weil die Leistung ganz oder teilweise weg-fällt (im Fall der Minderleistung) - dann hat der Bauunternehmer zunächst weniger Kosten - das ist ihm angenehm -. Der Bauherr möchte dann aber allenfalls noch anteilig für das zahlen, was er als Leistung abnimmt und/oder bei un-veränderter Leistung Kostenersparnisse zugute bekommen - dies widerspricht dem Interesse des Bauunternehmers.

Als Minimum wird der Bauunternehmer den Gewinn verlangen, den er bei unveränderter Ausführung erzielt hätte, da er auf dieser Basis den Auftrag angenommen hat.

(1) Minderleistungen wegen einer Anordnung des Bauherrn

Beide Rechtsordnungen differenzieren nach folgenden Fallgruppen:

(a) Beendet der Bauherr durch eine Anordnung den ganzen Vertrag, so daß der Bauunternehmer die vorgesehene Leistung ab Kündigung nicht mehr zu erbringen braucht, so gilt:

Nach französischem Recht steht dem Bauunternehmer eine Entschädigung zu, wenn der Bauherr von seinem Recht Gebrauch macht, den Vertrag irgendwann vor der Fertigstellung der Arbeiten zu einem von Bauherrn festzusetzenden Termin zu kündigen (Art. 46.1 C.C.A.G.). Diese Kündigung wird auch "résiliation du fait du prince" genannt. ¹⁾ Der Bauunternehmer ist für den durch die Kündigung entstehenden Nachteil zu entschädigen (Art. 46.1 Abs. 3 C.C.A.G.). Dazu muß er innerhalb einer Frist von 45 Tagen ab Bekanntgabe der Schlußabrechnung (die der Bauherr aufstellt) eine entsprechende schriftliche, begründete Forderung vorlegen. Voraussetzung ist weiter, daß die Kündigung nicht vom Bauunternehmer verursacht oder verschuldet wurde. ²⁾

Zu den Nachteilen gehört der entgangene Gewinn ³⁾, den der Bauunternehmer durch den geplanten Einsatz seiner Mittel erzielt hätte.

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 287 und Commission Centrale, Guide, a.a.O., S. 185

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1432, 1433

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1640 mit Nachweisen, Rdn. 35 und Rdn. 1433

Im öffentlichen Bauwesen führt die vorzeitige Kündigung des Vertrages auch ohne Vereinbarung der C.C.A.G. zu einer Entschädigungspflicht des Bauherrn.¹ Sie ist nach Inhalt und Umfang gleich wie in Art. 46.1. C.C.A.G. vorgesehen, wobei der Bauunternehmer nicht an die in der vertraglichen Vorschrift vorgesehenen Förmlichkeiten gebunden ist. Das Recht kann vertraglich ausgeschlossen sein.

Im französischen Privatrecht ist eine vorzeitige Kündigung des Bau- Werkvertrages nur unter eingeschränkten Voraussetzungen - beim sog. "echten Pauschalpreisvertrag" möglich. Die Kündigung führt dann zum Ersatz des entgangenen Gewinns (Art. 1794 CCiv., Art. 19.1.4 AFNOR 03-003 von 1982).

Das deutsche Recht sieht nach § 649 BGB vor, daß die Vergütung des Bauunternehmers unverändert bleibt, er sich aber dasjenige anrechnen lassen muß, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Die VOB/B verweist in § 8 Nr. 1 Abs. 2 auf diese Vorschrift und rechnet über die anderweitige Verwendung der Arbeitskraft auch die anderweitige Verwendung "seines Betriebes" von der Vergütung des Bauunternehmers ab.

Der Unterschied zum französischen Recht liegt nicht in der Substanz: Bei beiden Rechten bekommt der Bauunternehmer letztlich den Gewinn, den er aus dem Geschäft hätte ziehen können, soweit ihm unter Berücksichtigung der Vorteilsausgleichung wirklich ein solcher Gewinn entgeht.

Der Unterschied liegt vielmehr in der Beweislastverteilung: Nach deutschem Recht muß der Bauherr die Einsparungen des Bauunternehmers beweisen, nach französischem Recht der Bauunternehmer seinen entgangenen Gewinn als Schaden. Richtig

1) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1433 m.w.N. und 1640

an der deutschen Lösung ist der dogmatische Ansatz, daß das Kündigungsrecht des Bauherrn als Durchbrechung des Grundsatzes pacta servanda sunt dem Bauunternehmer keinen Nachteil bringen soll, auch nicht durch die Beweislast. Die Lösung ist aber unpraktikabel, weil dadurch der Bauherr Umstände belegen muß, die er nicht kennt und auch nicht kennen kann. Auch ist nicht einzusehen, warum ein Bauunternehmer seinen entgangenen Gewinn im Rahmen eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung beweisen muß, wenn etwa der Bauherr rechtswidrig den Vertrag bricht, aber nicht, wenn der Bauherr rechtmäßig kündigt.

Mein Vorschlag ist deshalb, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B wie folgt neu zu fassen:

"Dem Auftraggeber steht die vereinbarte Vergütung insoweit zu, als er beweist, daß er in Folge der Aufhebung des Vertrages weder Kosten spart noch durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebes etwas erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

(b) Teilweise Kürzung der Leistung auf Anordnung des Bauherrn

Möchte der Bauherr nur einen Teil der Leistung des Bauunternehmers nicht mehr, den übrigen Teil der Leistung doch, so lassen sich weitere zwei Konstellationen unterscheiden:

- Die Leistung kann dadurch gekürzt werden, daß schlicht Teile der Leistung ersatzlos wegfallen (aa).
- Eine Kürzung der Leistung kann aber auch dadurch eintreten, daß der Bauherr weniger umfangreiche Leistungen an-

stelle der ursprünglichen Leistung verlangt (bb).

(aa) Fallen Teile der Leistung ersatzlos weg, so ist die Interessenlage so wie beim vollständigen Wegfall der Leistung: Der Bauherr will nicht bezahlen, was er nicht haben will; der Bauunternehmer will zumindest den entgangenen Gewinn aus dem gesamten ursprünglichen Leistungsumfang.

(i) Das deutsche Recht kommt diesem Bauunternehmerinteresse im Rahmen des VOB-Vertrages entgegen: Der Bauunternehmer bekommt wie bei der Gesamtkündigung die vertraglich vorgesehene Vergütung abzüglich der ersparten Kosten und anderweitigen Verdienstes, wenn der Bauherr einen Teil der Leistung, d.h. einen Werkteil oder eine Position des Leistungsverzeichnisses aus dem Leistungsumfang des Bauunternehmers ersatzlos herausnimmt, indem er entweder - schriftlich - eine Teilkündigung ausspricht (§ 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B) oder - formlos - eine "Leistung" i.S. der VOB/B selbst übernimmt (§ 2 Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B).

Die Fälle der Teilkündigung umfassen zumindest die Fälle, in denen in sich abgeschlossene Teile der vertraglichen Leistung wegfallen. ¹⁾

Die Fälle der Selbstübernahme betreffen den Wegfall ganzer Teilleistungen, denen bestimmte Positionen im Leistungsverzeichnis entsprechen, oder den Wegfall abgrenzbarer Teile von Teilleistungen, zu denen auch die in § 2 Ziff. 4 beispielhaft genannten Lieferungen gehören. Die Selbstübernahme ist jedoch auf die Fälle beschränkt, in denen der Bauherr die übernommene Leistung selbst, d.h. nicht durch andere Unternehmer ausführt. ²⁾

1) Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 8 Rdn. 5 und 23

2) Weick in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 2, Rdn. 57

Die Unterscheidung zwischen der Teilkündigung und der Selbstübernahme hat von dem Schriftformerfordernis für die Teilkündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B abgesehen wenig praktische Relevanz und erscheint als ziemlich gekünstelt.

(ii) Im französischen öffentlichen Recht bekommt der Bauunternehmer ihm durch einen ersatzlosen Wegfall eines Teiles des Leistungsgegenstandes entgehenden Gewinn wie folgt:

- Zunächst hat die Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, daß der Bauunternehmer den entgangenen Gewinn bekommt, wenn eine Anordnung des Bauherrn zu einer grundlegenden Änderung des Gegenstands des Vertrages führt oder den Gegenstand des Vertrages einschränkt¹⁾. Derartige Beeinträchtigungen des Leistungsgegenstandes dürften immer anzunehmen sein, wenn eine oder mehrere Werkleistungen wegfallen, die Gegenstand des Vertrages waren.²⁾ Dieses Merkmal erinnert an den "abgegrenzten Teil der Leistung" im Sinn der Teilkündigung nach deutschem Recht.

- Der C.C.A.G. sieht in Art. 16 eine Entschädigung im Falle der Verringerung des Gesamtauftragswertes vor, die bestimmte Grenzwerte überschreitet. Eine entsprechende Entschädigung sieht Art. 17 C.C.A.G. für den Fall vor, daß bei Einheitsverträgen die Teilleistung um mehr als einen bestimmten Teil verringert wird. Dieser Grenz-Anteil wird bei einem völligen Wegfall der Teilleistung immer erreicht. Die Entschädigungsregelung ist aber ausgeschlossen, wenn die Bedeutung der Teilleistung geringfügig war (kleiner als 1/20 des Gesamtauftragswertes - das sind immerhin 5 %).

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1248 m.w.N.

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1248, dort Fn. 20

(iii) Zur Bewertung der Unterschiede zwischen deutschem und französischem Recht beim Wegfall von Leistungsteilen:

- /1/ Zur Rechtsfolge meine ich, daß ebenso wie bei der Gesamtkündigung der Bauunternehmer für den Umfang seines entgangenen Gewinns die Beweislast tragen sollte.
- /2/ Im Rahmen der Voraussetzungen ist das französische System unnötig differenziert, da kein wertungsmäßiger Unterschied darin besteht, ob ein Werkteil (dann nach der französischen Rechtsprechung immer eine Entschädigung) oder eine Position des Leistungsverzeichnisses wegfällt (dann nur eine Entschädigung ab 5 % des Auftragswertes). In beiden Fällen sind die Auswirkungen für den Bauunternehmer ihrer Natur nach gleich. Ein Werkteil ist auch nicht immer umfangreicher als eine Position des Leistungsverzeichnisses.
- /3/ Außerdem erscheint die Begriffsbildung zur Abgrenzung der Entschädigung unabhängig vom Grenzwert als nicht verlässlich, da es schwierig festzustellen ist, ab wann eine Anordnung den Vertragsgegenstand beeinträchtigt ("atteinte à l'objet du marché").
- /4/ Einen Minimum- Umfang der betroffenen Leistung einzuführen, ist nicht angezeigt: der damit erreichbaren Vereinfachung der Abrechnung durch Konzentration auf bedeutende Abweichungen steht der Gedanke entgegen, daß der Bauunternehmer den gesamten Auftrag akquiriert hat und die Regelung als Ausgleich für durch Verringerung des Leistungsumfangs entstehende Nachteile gedacht ist. Gerade in kleinen Teilleistungen können im Wege der Mischkalkulation besondere Gewinne stecken.
- /5/ Die in der VOB/B vorgenommene Unterscheidung zwischen Selbstübernahme und Teilkündigung, die das französische

Recht nicht kennt, ist wenig zweckmäßig: denn die Unterscheidung ist überflüssig, da sie nur dann zu einer unterschiedlichen Bewertung der Sachverhalte führt, wenn es um die Einhaltung des Schriftformerfordernisses bei der Teilkündigung geht.

(iv) Ich schlage im Ergebnis vor,

- § 2 Nr. 4 zu streichen,
- § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B nach "jeder Zeit den Vertrag" wie folgt zu ergänzen: "Abtrennbare Teile der Leistung oder einzelne Leistungen ...",
- § 8 Nr. 1 Abs. 2 wie folgt neu zu fassen: "Dem Auftragnehmer steht für die gekündigte Leistung die vereinbarte Vergütung insoweit zu als er beweist, daß er infolge der Aufhebung des Vertrages weder Kosten spart noch durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebs etwas erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

(bb) Minderleistung durch Leistungs- Substitution

Nicht gelöst ist mit der Behandlung des Wegfalls von Leistungsteilen aber folgendes Problem: Ordnet der Bauherr an, daß der Bauunternehmer statt der ursprünglich vorgesehenen Leistung eine andere Leistung erbringt, so will der Bauunternehmer mindestens den für die ursprüngliche Leistung erwarteten Gewinn haben. Da für die an die Stelle der ursprünglichen Leistung tretende Leistung ein neuer Preis entsprechend den Preisgrundlagen der vertraglichen Leistung gebildet wird (s.o.), ergibt sich nicht der für die ursprünglich vorgesehene Leistung zu erwartende absolute Gewinn, sondern ein Gewinnanteil als Prozentsatz der vorkalkulierten Kosten für die neue Leistung. Bei eingeschränktem Umfang der neuen Leistung kann sich deshalb ein geringerer Gewinn ergeben. Dies gilt sowohl für Leistungen, die sich ihrer Art nach von der im

Vertrag vorgesehenen unterscheiden, als auch und gerade für solche Leistungen, bei denen sich durch die Anordnung des Auftraggebers lediglich der Umfang ändert.

(i) Das französische öffentliche Recht nach den C.C.A.G. unterscheidet zwischen Verringerungen des Gesamtauftragswertes und Verringerungen des Umfangs von Teilleistungen. Nach Art. 16.1 C.C.A.G. bekommt der Bauunternehmer bei Schlußabrechnung eine Entschädigung für den Schaden, den er dadurch erleidet, daß eine Verringerung des Gesamtauftragswertes (diminution de la masse des travaux) eintritt, die bestimmte Grenzwerte überschreitet und kein Verzicht oder Verwirkung auf dieses Recht vorlegt.

Die Entschädigung umfaßt insbesondere den Gewinn, der durch die Verringerung des Auftragswertes entgangen ist. Der entgangene Gewinn ist das, was der Bauunternehmer bei dem ursprünglich geplanten Einsatz seiner Mittel - nämlich der Ausführung des Vertrages - hätte an Gewinn erlangen können. Die Regelung entspricht also von der Rechtsfolge her dem hier zu untersuchenden Interesse des Bauunternehmers.

Die diminution de la masse des travaux ist als Verringerung des Gesamtauftragswertes zu verstehen. Bei einem Pauschalpreisvertrag beträgt der Grenzwert, ab dem die Entschädigung verlangt werden kann, 5 % ($1/20$). Beispiel: Der Bauherr ordnet eine Änderung des Herstellungserfolges an, für die ein neuer Preis analog dem Vertragspreis festzusetzen ist und der zu einem um 5 % geringeren Gesamtpreis als ursprünglich vorgesehen führt. Beim Einheitspreisvertrag ist der Grenzwert $1/5$, d.h. 20 %, bei dépenses contrôlées (Kostenerstattungspreis) $1/3$ des Auftragswertes. Bei einer "formule mixte" (gemischter Preis) wird ein Mittelwert gebildet. Bei unterschiedlichen Preistypen, je nach einzelner Teilleistung, wird jede gesondert betrachtet.

Bei "marchés à commandes" (Abrufarbeiten) gilt die Entschädigung, wenn der spezielle Mindestauftragwert nicht erreicht wird; bei marchés de clientèle, soweit der vertraglich geschätzte jährliche Minimum-Umsatz um mehr als 1/3 unterschritten wird.

Förmliche Voraussetzung ist bei Verminderungen des Auftragswertes, die auf Anordnungen des Auftraggebers zurückgehen, daß der Bauunternehmer seinen Vorbehalt frist- und formgerecht entsprechend Art. 2.52 C.C.A.G. erklärt hat.

Die Regelung macht wiederum keinen Unterschied, ob die Verringerung des Auftragswertes auf Anordnungen des Bauherrn oder, das ist beim Einheitspreisvertrag relevant, auf fehlerhafte Einschätzung der Mengen bei Vertragsschluß zurückzuführen ist. Im Ergebnis bedeutet die Regelung, daß der Bauunternehmer nach Art. 16.1 C.C.A.G. Verringerungen des Auftragswertes bis zum Grenzwert analog dem im Vertrag vorgesehenen Preis hinnehmen muß und insoweit keinen entgangenen Gewinn erhält. Das ist kritischer für Bauunternehmer als ein Grenzwert bei Vergrößerung des Auftragswertes, weil - was die Regel sein dürfte - bei einer Kalkulation mit Gewinn die Gewinnerwartung bei der Verringerung des Auftragswertes eher beeinträchtigt sein dürfte als bei Vergrößerungen des Auftragswertes. ¹⁾

Im Gegensatz zu dem Art. 16 C.C.A.G., der eine Entschädigung für Änderungen gegenüber dem Gesamtauftragswert betrifft, sieht Art. 17 C.C.A.G. eine Entschädigung für Änderungen, bei Teilleistungen vor. Bei Arbeiten, die nach Einheitspreisen bewertet werden, kann der Bauunternehmer danach bei Schlußabrechnung eine Entschädigung für die Nachteile verlangen, die ihm dadurch entstehen, daß infolge einer Anordnung - oder sonstiger Umstände, die er nicht zu vertreten hat - der Umfang einzelner "natures d'ouvrages" (Teilleistungen) so ge-

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 250

ändert wurde, daß die ausgeführten Arbeiten die im Leistungsverzeichnis des Vertrages (détail estimatif) vorgesehenen Mengen um mehr als 1/3 über- oder mehr als 1/4 unterschreiten (Art. 17 C.C.A.G.). Unter "natures d'ouvrages" sind die einzelnen Arten von Leistungen zu verstehen, denen im Leistungsverzeichnis ein Einheitspreis zugeordnet ist ¹⁾, d.h. die unter derselben Nummer stehen. ²⁾

Die Regelung gibt damit dem Bauunternehmer insbesondere dann einen Nachteilsausgleich, wenn er eine Mischkalkulation aufgestellt hat und durch Erhöhung nicht lukrativer Arbeiten oder Verminderung lukrativer Arbeiten seine Gewinnerwartung nicht erfüllt wird. ³⁾ Die Entschädigung betrifft also auch den entgangenen Gewinn. Dies bedeutet bei einer Erhöhung der Menge, daß der Bauunternehmer einen Nachteil hat, wenn der Preis nicht einträglich pro Einheit war, und bei Verringerung liegt ein Nachteil vor, wenn die Teilleistung gewinnbringend gewesen wäre. ⁴⁾ Die Regelung greift erst ein, soweit die ursprünglich vorgesehene Menge zuzüglich bzw. abzüglich eines Grenzwertes erreicht ist (Art. 17.1 Abs. 3 C.C.A.G.). Sie greift nicht ein, soweit die Grenzwerte für die Veränderung nicht überschritten sind oder soweit geringfügige Teilleistungen (d.h. Teilleistungen mit einem Anteil von weniger als 5 % am ursprünglichen oder am abgerechneten Auftragsvolumen) betroffen sind (Art. 17.1 Abs. 4 C.C.A.G. oder soweit im Leistungsverzeichnis keine Mengen vorgesehen sind, es sei denn der ausgeführte Wert dieser Teilleistung überstiege 5 % des Auftragswertes. Im Grundsatz gilt Art. 17 C.C.A.G. lediglich für Einheitspreisverträge. Für Pauschalpreisverträge sieht Art. 17.2 vor, daß bei Änderungsanord-

1) Villard, Droit, a.a.O., Rdn. 251

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1252 mit Nachweisen

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1252

4) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1252 am Ende

nungen hinsichtlich der Bestandteile der vom Bauunternehmer unter einer Pauschalpreisvereinbarung auszuführenden Arbeiten der nach Art. 14 analog dem vertraglichen Preis festzusetzende Preis die zusätzlichen Belastungen durch die Anordnung berücksichtigen muß, allerdings nicht, soweit diese Belastungen bereits nach Art. 15 oder 16 ausgeglichen sind. Für die übrigen Preistypen gibt es eine entsprechende Regelung im C.C.A.G. nicht (Art. 17.3 C.C.A.G.).

Das französische Privatrecht ist bei der Gewährung von entgangenem Gewinn zurückhaltender als das französische öffentliche Recht.

Bei zusätzlichen oder veränderten Leistungen gilt der Grundsatz, daß die geänderte Leistung in Anlehnung an den vertraglichen Preis bewertet und bezahlt ¹⁾ wird, d.h. daß keine Anpassung an den anderweitigen Einsatz der Mittel durch den Bauunternehmer erfolgt.

(ii) Soweit die Geltung der AFNOR NF P 03-001 vereinbart ist, gilt:

Ein dem vertraglichen Preis analoger Preis wird bei der Festsetzung neuer Preise für Mehr- oder Mindermengen für einzelne auszuführende Teilleistungen ²⁾ (Art. 07.1.3.2 der Norm) und bei Arbeiten, die der Bauherr auf behördliche, gerichtliche oder schiedsgerichtliche Entscheidung hin anordnet (Art. 07.3 AFNOR in Verbindung mit Art. 16.2) zugrundegelegt. Im Falle der Verringerung des Auftragswertes um mehr als 1/5 des ursprünglich vorgesehenen Umfangs, bewertet in den vertraglich vorgesehenen Preisen, kann der Bauunternehmer eine Entschädigung verlangen, die ihm seine Ausgaben ersetzt und "einen Teil des Gewinns", den er bei Durchführung des Vertrages hätte erzielen können (Art. 7.1.2.2 der Norm). Unklar ist, welcher Teil des Gewinns dies ist so daß im Streitfall gerichtlich

1) vgl. Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 272

2) dies. a.a.O., Rdn. 263, dort Fn. 14

zu klären ist, welcher Anteil dem Bauunternehmer zusteht. ¹⁾

Voraussetzung für den Anspruch ist allerdings, daß der Bauunternehmer sich dessen Geltendmachung innerhalb von 15 Tagen nach Erhalt der Anordnung des Bauherrn schriftlich vorbehalten hat (Art. 7.1.4.2). Eine Besonderheit liegt dabei in der Kommunikationsverpflichtung für den Bauherrn nach Art. 7.1.4.1 der Norm.

(iii) Das deutsche Recht löst in der Praxis das Problem unbefriedigend. Dem Bauunternehmer kann es passieren, daß er einen Auftrag über einen bestimmten Umfang akquiriert hat und den daraus erwarteten Gewinn nicht realisieren kann, weil der Bauherr bei einer Änderung des Bauentwurfs die ursprüngliche Leistung durch eine Leistung geringeren Wertes ersetzt. Im Unterschied zur Teilkündigung wird der ursprünglich absolut mögliche Gewinn bei der Preisbildung nach §§ 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 VOB/B bei Leistungssubstitution in der Praxis nicht berücksichtigt, sondern der - relative - Gewinnansatz ²⁾, obwohl dies Nr. 5 nach dem Wortlaut, der über den Gewinn nichts sagt, und die übrigen Vorschriften über §§ 315, 316 zuließen.

Die Ungleichbehandlung zwischen Teilkündigung und Substitution eines Teils der Leistung ist nicht einsichtig.

(iv) Eine teilweise Übernahme der französischen Regelung in C.C.A.G. ist zweckmäßig:

/1/ Ersatz des entgangenen Gewinns bei Verringerung des Gesamtauftragswertes in Folge einer Anordnung des Bauherrn entsprechend Art. 16 C.C.A.G. ab einem Grenzwert ist zweckmäßig.

/2/ Die Anknüpfung an den Geldwert (Preis) der Leistung oder

1) vgl. Montmerle, Le Moniteur, 3mars 1973, 16 - 26 (21)

2) vgl. BuMi Raum, Leitfaden, a.a.O., Ziff. 4.6

von Teilleistungen halte ich für praktikabel und geeignet zur Regelung des Problems. Praktikabel ist der Begriff, weil er nach dem Zuschlag im wesentlichen betragsmäßig feststeht und seine Änderung bei der Abrechnung sowieso ermittelt werden muß. Der Begriff ist klar, seine tatsächlichen Grundlagen sind von beiden Parteien feststellbar. Der Begriff ist adressatengerecht, da die Beteiligten, (Architekten, Ingenieure, Betriebswirte) in der Lage sind, den Begriff zu bilden und zu prüfen. Zur Regelung des Problems geeignet ist der Begriff, weil der absolute Gewinn des Bauunternehmers vom Preis der Leistung oder Teilleistung abhängt, die er ausführt.

/3/ Der Gesamtauftragswert erscheint mir im Grundsatz hinreichend; darüber hinaus halte ich aber eine Sonderregelung für Änderungen bei Teilleistungen beim Einheitspreis für erforderlich:

/a/ Beim Pauschalpreisvertrag ist eine Differenzierung nach Teilleistungen nicht sinnvoll, weil der Gesamtgewinn als Prozentsatz auf die kalkulierten Gesamtkosten gerechnet wird.

/b/ Beim Einheitspreisbetrag ist eine Differenzierung nach Leistungen möglich und erforderlich: da der Gewinnansatz für Teilleistungen unterschiedlich sein kann, ist es möglich, daß die Änderung in der Leistung zur Erhöhung des Umfangs unrentabler Leistungen und Verringerung des Umfangs rentabler Leistungen führt, so daß der Gesamtauftragswert unverändert bleibt, der Gewinn des Bauunternehmers insgesamt aber sinkt.

/c/ Bei Kostenerstattungspreisen spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß bei einer Verringerung von Leistungen auch die Kosten und damit der anteilig nach diesen berechnete Gewinn sinkt; die Anknüpfung an den Gesamtauf-

tragswert ist zweckmäßig und hinreichend. Gleiches gilt beim Stundenlohnvertrag.

/4/ Die Einfügung eines Minimum- Grenzwertes, ab dem die Entschädigung erfolgt, ist zweckmäßig:

/a/ Der Grenzwert ist praktikabel, weil er geringfügige Änderungen und den damit verbundenen Abrechnungsaufwand vermeidet. Ein in den meisten Fällen hinreichender Schutz des Bauunternehmers ist durch die Vorschriften über die Festsetzung neuer Preise gewährleistet. Bei geringfügigen Änderungen wird sich der Unterschied zwischen dem ursprünglich kalkulierten Gewinn und dem aus dem neuen Preis erzielbaren Gewinn kaum bemerkbar machen.

/b/ Die Festlegung der Grenze anhand eines quantitativen Begriffs erscheint mir im Hinblick auf die damit verbundene Verlässlichkeit der Regelung besser als von "geringfügigen Änderungen" zu sprechen.

/5/ Die im französischen Recht vorgesehene Differenzierung der Grenzwerte nach Preistyp leuchtet mir nicht ein, da ich nicht einzusehen vermag, warum eine Verringerung des Gesamtauftragswertes beim Pauschalpreisvertrag nicht gleichermaßen zu Gewinneinbußen führt wie bei den anderen Preistypen (Kompensationseffekte beim Einheitspreisvertrag bleiben unberücksichtigt).

/6/ Die Höhe des Grenzwertes würde ich analog § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B bei 10 % ansetzen.

/7/ Wenn die Entschädigung eingreift, sollte sie die gesamte Leistung, nicht nur den den Grenzwert übersteigenden Teil erfassen.

/8/ Eine besondere Entschädigungsregelung bei Änderungen von

Leistungen bei Einheitspreisverträgen halte ich für erforderlich.

/a/ Den Anknüpfungspunkt beim Umfang der ausgeführten Mengen einer Leistungsart im Verhältnis zum ursprünglich vorgesehenen Umfang halte ich für zweckmäßig.

Der Begriff "Art der Leistung" vermeidet die dogmatischen Probleme im deutschen Recht, ob nicht jede auf Änderungen im Bauentwurf zurückzuführende Mengenänderung gleichzeitig eine Leistungsänderung ist. Der Begriff "Art der Leistung" kennzeichnet sprachlich hinreichend, daß es sich um die im Leistungsbescrieb der Art nach gekennzeichnete Einheit handelt. Die Regelung wird damit anwendbar sowohl auf Mengenabweichungen i.S. von § 2 Ziff. 3 VOB/B als auch auf Mengenabweichungen, die durch angeordnete Änderungen des Bauentwurfs entstehen.

/b/ Die Menge der ausgeführten Einheiten ist verläßlich feststellbar und beim Einheitspreisvertrag von direktem Einfluß auf den Gewinn. Das Kriterium ist damit geeignet.

/c/ Der Grenzwert ist sinnvollerweise bei 10 % anzusetzen, da dieser Wert auch § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B zugrundeliegt und keine zwingenden Gründe für die im französischen Recht vorgesehenen Grenzwerte von einem Viertel sprechen.

/d/ Wiederum halte ich es für besser, die Entschädigung auf die gesamte Minderung der Menge zu berechnen, wenn der Grenzwert überschritten ist.

/e/ Eine Verrechnung der Nachteile gegen etwa entstehende Vorteile durch die Anordnung des Bauherrn halte ich nicht für gerechtfertigt: Es ist das Problem des Bauherrn, ob er die nachgefragte Menge gegenüber dem ursprünglichen Versprechen verringert und dadurch den Gewinn des Bauunternehmers schmälert. Ebenso ist es sein Problem, wenn er nachträglich

zusätzliche Leistungen nachfragt.

(v) Ein Formulierungsvorschlag läßt sich erst unter Berücksichtigung weiterer Ergebnisse (Anpassung an den durch einen anderweitigen Einsatz der Mittel erzielbaren Gewinn, an Kosten-erhöhungen) erarbeiten.

(2) Mehrleistung

Falls der Bauunternehmer aufgrund der Anordnung des Bauherrn Mittel einsetzen muß, die er an anderer Stelle bereits verplant hatte, wird er daran interessiert sein, vom Bauherrn zumindest soviel zu bekommen, wie er hätte durch diesen anderweitigen Einsatz seiner Mittel erwerben können, d.h. den ihm durch die Anordnung entgehenden Gewinn.

(a) Deutsches Recht

Das deutsche Recht wird diesem Interesse des Bauunternehmers nur in Ausnahmefällen gerecht.

Soweit die Anpassung an anderweitige Erwerbsmöglichkeiten für den Bauunternehmer günstiger als andere Rechtsfolgen ist, ist eine derartige Entgeltforderung im Rahmen von Schadensersatzansprüchen begründbar, denn Schadensersatz bedeutet, diejenige Vermögenssituation herbeizuführen, die bestünde, wenn das schadensbegründende Ereignis - die Abweichung - nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB). Dann aber hätte der Bauunternehmer seine Mittel anderweitig einsetzen können. Dafür hätte er ein Entgelt erzielt.

(aa) Ein spezieller Schadensersatzanspruch ergibt sich bei VOB-

Verträgen nach § 6 Nr. 6 VOB/B. Danach hat der Auftragnehmer "Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstehenden Schadens", wenn die hindernden Umstände vom Auftraggeber zu vertreten sind. Unter "hindernde Umstände" sind solche Tatsachen zu verstehen, die zu einer Verzögerung der Ausführung führen, d.h. auch Abweichungen vom vertraglich festgelegten technischen Plan jeder Art, soweit sie zu einer Verlängerung der objektiv erforderlichen Ausführungszeit führen.

Dogmatisch fraglich ist ebenso wie im Rahmen von § 6 Nr. 2 VOB/B die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals "zu vertreten haben". Wiederum ist der Auftraggeber Gläubiger der Leistung, deren Erfüllung durch die hindernden Umstände verzögert wird, so daß § 276 BGB, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, nicht direkt eingreift.¹⁾

Im Rahmen dieser Vorschrift werden jedoch im Gegensatz zu § 6 Nr. 2 VOB/B Ansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber und umgekehrt begründet und vom Vorliegen des "zu vertreten haben" abhängig gemacht. Insoweit ist die Situation des Auftraggebers der Situation eines Schuldners vergleichbar. Daher ist im Rahmen von § 6 Nr. 6 anzunehmen, daß ein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber analog § 276 BGB nur bei pflichtwidrigem und schuldhaftem Verhalten besteht,²⁾ d.h. wenn der Auftraggeber zumindest eine vertragliche Nebenleistungspflicht gegenüber dem Auftragnehmer verletzt oder z.B. verspätet Abschlagszahlungen leistet; nicht hingegen, wenn er den Bauentwurf

1) Implizit wohl ebenso BGH SF Z 2.311, 39 bis 42 (41 R), indem er darauf hinweist, daß für Gläubigerverzug ein Verschulden nicht erforderlich sei, sich dieser Gedanke aber auf § 6 Nr. 5 Abs. 2 (1952) gleich § 6 Nr. 6 (1979) nicht übertragen lasse

2) ebenso BGH a.a.O.

nach § 1 Nr. - VOB/B rechtmäßig ändert, denn Verschulden setzt Pflichtwidrigkeit voraus. Die Bauentwurfsänderung ist aber zumindest im Rahmen des Änderungsvorbehaltes nach § 1 Nr. 3 VOB/B pflichtgemäß. Diese Fälle sind demnach nicht nach § 6 Nr. 6 VOB/B zu lösen; jedoch kommt § 2 Nr. 5 VOB/B in Betracht. ¹⁾ Innerhalb ihres damit eingeschränkten Anwendungsbereichs entspricht daher die Regelung des § 6 Nr. 6 VOB/B dem Interesse des Bauunternehmers, im Falle von Abweichungen nicht schlechter zu stehen als bei einem anderweitigen Einsatz seiner Mittel. § 6 Nr. 6 VOB/B enthält aber eine weitgehende Einschränkung dieses Grundsatzes, indem die Vorschrift den Ersatz des entgangenen Gewinns an das Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit knüpft, d.h. an ein grobes Verschulden.

(bb) Nachrangig zu dieser speziellen Vorschrift greift kraft Gewohnheitsrechts das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung ein, falls der Auftraggeber vertragliche Leistungspflichten schuldhaft schlecht oder vertragliche Nebenpflichten - auch Obliegenheiten wie z.B. Mitwirkungshandlungen ²⁾ - nicht erfüllt, diese Pflichtverletzung zu einem Schaden des Bauunternehmers führt und vorrangige vertragliche oder gesetzliche Rechtsinstitute den Fall nicht regeln ³⁾. Dogmatisch streitig ist dabei, welche Mitwirkungshandlungen des Bauherrn geeignet sind, die Ansprüche zu begründen und welche nicht ⁴⁾. Innerhalb des VOB-Vertrages hat die positive Forderungsverletzung Bedeutung insbesondere in denjenigen Fällen, in denen Mittel während der Ausführungszeit für einen anderweitigen Einsatz durch ein Verschulden des Bauherrn gebunden sind. Allerdings ist für den Verzögerungsschaden die Haftung wiederum nach § 6 Nr. 6 begrenzt. ⁵⁾

Außerhalb des VOB-Vertrages ist sie das generell als Schadensersatzanspruch den hier behandelten Interessen des Bauunter-

1) BGH a.a.O., (41 R)

2) vgl. BGHZ 11, 80 - 89 (83; zu Recht bestr.

3) vgl. mit anderer Begriffsbildung zu den Termini Haupt- und Nebenleistungspflicht Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 4, Rdn. 3

4) vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 4, Rdn. 6 ff. (10, 12) und z.B. BGHZ 95, 128 ff

5) Nicklisch, a.a.O. § 6, Rd. 43 ff

nehmers entsprechende Rechtsinstitut. Sie greift aber nur bei pflichtwidrigem und schuldhaftem Verhalten des Bauherrn ein.

(cc) Darüber hinaus sieht § 642 I BGB vor, daß der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen kann, wenn bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist und dieser durch das Unterlassen dieser Handlung in Verzug der Annahme kommt. Die Höhe dieser Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer in Folge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann (§ 642 II BGB).

Wohl aus dem Wort "Entschädigung", d.h. Ausgleich für einen Schaden ebenso wie aus der negativen Voraussetzung der Aufwendungsersparnis und der anderweitigen Erwerbsmöglichkeit läßt sich schließen, daß die Vorschrift auszugleichen bezweckt, daß der Bauunternehmer während der Dauer des Verzuges seine Arbeitskraft und sein Geschäftskapital bereithalten muß, solange der Vertrag nicht beendet ist.¹⁾ Daraus kann geschlossen werden, daß der Bauunternehmer so gestellt werden soll, wie er stünde, wenn seine Arbeitskraft und sein Kapital nicht gebunden gewesen wären, d.h. er seine Mittel hätte anderweitig einsetzen können. Dagegen spricht jedoch das Kriterium "Höhe der Vergütung". Damit besteht eine Anbindung der Entschädigung an den vertraglichen Preis.

Einige verstehen die Vorschrift dagegen als Schadensersatzanspruch; dazu messen sie dem Wortlaut eine mehr mittelbare Bedeutung zu²⁾ im Sinne eines Anhaltspunktes für Einbußen des Unternehmers im Rahmen der Schadensberechnung³⁾. Bei diesem Verständnis ist neben den zu-

1) vgl. Reichsgericht vom 21.09.1920 - VII 143/20 RGZ 100, 46 - 48 (47)

2) so RGRK-Glanzmann, BGB, a.a.O., zu § 642 Rdn. 8

3) ders. a.a.O., Rdn. 5 und ebenso MK-Soergel, BGB, a.a.O., § 642, Rdn. 7; zum Streit vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 9, Rdn. 30; s.a. BGH SF Z 2.511, 8 f

sätzlich erforderlichen Aufwendungen das gesamte "lucrum cessans" und damit auch der Nachteil im Vergleich mit einer anderweitigen Einsatzmöglichkeit der Mittel des Bauunternehmers erfaßt ¹⁾. Das hier in Rede stehende Interesse des Bauunternehmers wäre bei dieser Auslegung erfüllt.

Geht man hingegen vom Wortlaut aus, so sind die Dauer des Verzuges und die Höhe der Vergütung zur Bestimmung der oberen Grenze der Entschädigung heranzuziehen. Somit soll eine summarische ²⁾ - meines Erachtens als fiktiv zu bezeichnende - Abgeltung der Nachteile erfolgen, indem die Vergütung auf die Dauer des Verzuges weiterberechnet wird, es also als - ausschließliches - Maß für die dem Bauunternehmer entstehenden Nachteile angesehen wird. Daher ist meines Erachtens die Bezeichnung dieses besonderen Entschädigungsanspruches als Schadensersatzanspruch ³⁾ nicht zulässig. Inhaltlich führt dies dazu, daß das Risiko des Bauherrn für die nach § 642 BGB zu berücksichtigenden Umstände auf den Rahmen der ursprünglichen Vergütung beschränkt bleibt.

Die Verrechnung hätte also so zu erfolgen, daß die vereinbarte Vergütung in einzelne Kostengüter mit Mengen- und Preisangabe im Wege einer Kostenkalkulation aufzuteilen ist (Grundlagen der Preisermittlung), sodann diejenigen Kostengüter auszusondern sind, die durch den Verzug nicht anfallen (z.B. Wasser, Strom usw.) sowie die anderweitig einsetzbaren. Meines Erachtens besteht nach dem Wortlaut keine Möglichkeit, evtl. hinzutretende Kostengüter (z.B. Baustellenbewachung) hinzuzurechnen. ⁴⁾

1) vgl. RGRK-Glanzmann, BGB, a.a.O., § 642, Rdn. 5 der hierzu - unrichtig - RGZ 100, 46 zitiert

2) MK - Soergel, BGB, a.a.O., § 642 Rd. 7

3) er ist ihm nur ähnlich, vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, a.a.O., § 9 Rdn. 30

4) dagegen RGRK - Glanzmann, BGB, a.a.O., § 642 Rd. 5

Diese sind - erweitert man den Wortlaut des § 642 II BGB nicht - nur über verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche ersetzbar, oder durch Anrechnung auf die ersparten Aufwendungen (gleich freiwillige Vermögensopfer). Solche Kosten kann der Unternehmer dann nur nach § 645 BGB als Auslagenersatz auf eine Kündigung nach § 643 BGB ersetzt verlangen und für die Zukunft vermeiden oder als Aufwendungsersatzanspruch zum Teil ¹⁾ nach § 304 BGB ersetzt verlangen. Auch letztere Vorschrift bietet aber keine Entschädigung für entgangene Erwerbsmöglichkeiten. Eine erweiternde Auslegung auch auf diese Kostenposten könnte im Rahmen des § 642 I BGB am Wort "angemessene Vergütung" ansetzen. Im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 642 II "bestimmt sich" und im Hinblick auf die genannten weiteren Möglichkeiten des Bauunternehmers, nach §§ 304, 645 BGB vorzugehen, halte ich diese Abweichung vom Wortlaut für nicht geboten und für nicht zulässig. Daher ist § 642 BGB nicht geeignet, das Interesse des Bauunternehmers auf Anpassung des Entgeltes an das durch einen anderen Einsatz seiner Mittel erzielbare Entgelt zu erreichen. Oberdies ist § 642 BGB nur bei Mirwirkungspflicht ²⁾ einschlägig und damit nicht weiter als positive Forderungsverletzung.

(b) Französisches Recht

Das durch einen anderweitigen Einsatz der Mittel des Bauunternehmers erzielbare Entgelt wird der Bauunternehmer als Ausgleich anstreben, wenn er bei einem derartigen Einsatz seiner Mittel einen Gewinn erzielen würde, den er bei Ausführung der Anordnung des Bauherrn nicht erzielen kann.

1) vgl. MK-Soergel, BGB, a.a.O., § 642 Rdn. 7

2) vgl. BGHZ 95, 128 - 137 (134; nach dem Wortlaut nicht zwingend)

Dieses Interesse des Bauunternehmers befriedigt das französische Recht mit einer Vielzahl von Rechtssätzen, die im öffentlichen Recht alle zu einer einheitlich genannten Rechtsfolge führen: Entschädigung (indemnité) des Bauunternehmers für den durch die Maßnahme des Bauherrn erlittenen Schaden (préjudice); im privaten Recht wird der Anspruch Schadensersatz genannt (dommages-intérêts). Bei den meisten dieser Rechtssätze wird auch der entgangene Gewinn bei der Festsetzung der Entschädigung berücksichtigt. Dies bedeutet, daß der Bauunternehmer in den von den Voraussetzungen dieser Rechtssätze erfaßten Fälle sein wirtschaftliches Ziel erreicht, so viel zu erwerben wie er bei dem anderweitigen Einsatz seiner Mittel hätte erwerben können. Die Voraussetzungen der Rechtssätze sind geeignet, nahezu alle Fälle der Anordnungen des Bauherrn zu erfassen, die den nach dem ursprünglichen Vertrag vom Bauunternehmer zu erwartenden Leistungsumfang oder -inhalt oder die Durchführungsbedingungen überschreiten. Anders ist es bei Werken oder Leistungen, für die der Vertrag keine Vergütung vorsieht; für diese ist im Grundsatz ein dem vertraglichen Preis analoger Preis zu bilden.

Grundidee der französischen Regelungen ist, daß der Bauherr alle Risiken trägt, die nicht im Bereich des Bauunternehmers liegen.

(aa) Französisches öffentliches Recht

Zur Obertragung der Risiken auf den Bauherrn kennt das französische öffentliche Recht verschiedene Rechtssätze, die schlagwortartig nach den von ihnen geregelten Risiken wie folgt eingeordnet werden können: Die imprévision regelt zusätzliche Belastungen des Bauunternehmers durch unvorhergesehene wirtschaftliche Ereignisse (Preisverfall, Steuererhöhungen, Verknappungen), die sujétions imprévues die

Risiken unerwarteter natürlicher Gegebenheiten (härterer Boden als erwartet), schließlich die Lehre von der faute de l'administration und vom fait du prince die Belastung durch die vertragschließende Verwaltung selbst, d.h. die hier interessierenden Risiken einseitiger Anordnungen des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer, insbesondere unter dem Gesichtspunkt modifications unilatérales (einseitige Änderungen des Leistungsergebnisses), mesures de surveillance et de contrôle (Maßnahmen zur Überwachung und Kontrolle) und der résiliation (Kündigung).

Dabei hat der Bauunternehmer als Antwort auf Anordnungen des Bauherrn in machen Fällen die Wahl, ob er den Vertrag fortführen oder die Aufhebung des Vertrages verlangen will.

(aaa) Aufhebung des Vertrages auf Verlangen des Bauunternehmers wegen Verschuldens des Bauherrn:

Da das französische öffentliche Recht vorsieht, daß der Bauunternehmer auch vertragswidrige Anordnungen des Bauherrn auszuführen hat, wenn er nicht selbst Sanktionen erleiden will, hat der Bauunternehmer - von der Ausnahme Unzumutbarkeit der Leistungserfüllung abgesehen - keine Möglichkeit, der Durchführung einer Anweisung des Bauherrn durch schlichte Nichterfüllung zu entgehen. Eine Möglichkeit, vom Vertrag frei zu werden, hat der Bauunternehmer jedoch: Er kann die Aufhebung des Vertrages von der Verwaltung zu deren Lasten (aux torts de l'administration) verlangen und gerichtlich durchsetzen, wenn diese schwerwiegend ihre Pflichten verletzt. Diese Aufhebung des Vertrages berechtigt den Bauunternehmer außerdem, eine Entschädigung vom Bauherrn für die dem Bauunternehmer durch die Aufhebung entstehenden Nachteile zu verlangen. Zu den zu ersetzenden Nachteilen gehört einerseits das *damnum emergens*, aber auch das *lucrum cessans*, d.h. der aus dem ursprünglich geplanten Einsatz der Mittel

des Bauunternehmers für die Ausführung des Auftrags zu erwartende Gewinn. ¹⁾ Damit wird die Regelung dem Interesse des Bauunternehmers von der Rechtsfolge her gerecht, das Entgelt so anzupassen, daß wirtschaftlich die bei Vertragsschluß bestehende Erwartung des Bauunternehmers auf Gewinn in Erfüllung geht.

Voraussetzung ist eine schwere Pflichtverletzung durch den Bauherrn. ²⁾ Der Hauptanwendungsfall ist die Nichtzahlung von Anzahlungen (Art. 48.3 Abs. 3 C.C.A.G.). Dieser Fall ist jedoch für die vorliegende Erörterung ohne Belang. Eine schwere Pflichtverletzung wurde aber in der Rechtsprechung auch etwa angenommen in einem Fall, in dem die Verwaltung ohne Rechtfertigung das dem Vertrag zugrunde liegende Projekt fallen ließ. ³⁾ Außerdem werden Zwangsmaßnahmen, die die Verwaltung ohne rechtfertigenden Grund anordnet, als schwere Pflichtverletzung angesehen, die den Aufhebungsanspruch begründen. ⁴⁾

Förmliche Voraussetzung zur Durchsetzung des Anspruchs ist, daß der Bauunternehmer den Bauherrn entweder - wie es die C.C.A.G. vorsehen - förmlich zur Aufhebung des Vertrages auffordert oder zumindest eine schriftliche Mahnung zusendet (mise en demeure).

Im Ergebnis ist allerdings die durch die Kündigung geschaffene Ausgleichsmöglichkeit zur Interessenwahrung des Bauunternehmers nicht geeignet, da der Bauunternehmer auch nach seinem berechtigten Aufhebungsverlangen den Auftrag zunächst fortführen muß. Erst nach Ende eines nicht berechenbar lange dauernden Gerichtsverfahrens bekommt der Bauunternehmer die

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1009

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1420, 1006

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1006

4) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1006

Befreiung von seiner Verbindlichkeit und zusätzlich Geldersatz. Der Bauunternehmer wird schon im Hinblick auf diese zeitliche Unwägbarkeit im Regelfall den Vertrag nicht kündigen, sondern nur Schadensersatz verlangen.

Eine Übernahme in das deutsche Recht kommt nicht in Betracht.

(bbb) Entschädigung des Bauunternehmers bei Vertragsverletzungen des Bauherrn:

Vertragsverletzungen des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer führen zu Ansprüchen des Bauunternehmers auf Ersatz des ihm durch die vertragsverletzende Handlung des Bauherrn entstehenden Schadens.¹⁾ Dazu gehören alle Nachteile, die den Bauunternehmer treffen, auch der entgangene Gewinn als *lucrum cessans*.²⁾

Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs ist zunächst das Bestehen eines Vertrages mit der Verwaltung sowie eine Verletzung der daraus folgenden Verpflichtungen des Bauherrn. Die Pflichtverletzung ist nach französischem Verständnis immer gegeben, wenn eine nach dem Vertrag geschuldete Verpflichtung schlicht nicht erfüllt wird³⁾, d.h. eine vertragliche Verpflichtung, deren Erfüllung nicht durch *force majeure* unmöglich geworden ist. Die Verpflichtungen können ebenso wie im deutschen Recht ausdrücklich im Vertrag aufgeführt sein, schlüssig dem Vertrag zu entnehmen oder sich aus demjenigen ergeben, was Verkehrssitte, Billigkeit oder das Gesetz zu den vertraglichen Verpflichtungen machen⁴⁾, analog Art. 1135 Code Civil. Zu diesen Verpflichtungen gehört zunächst die Verpflichtung der Verwaltung, den Ver-

1) Laubadère, *Traité*, a.a.O., Rdn. 769, 770

2) Laubadère, *Traité*, a.a.O., Rdn. 781; zu Ausnahmen vgl. dort Fußnote 75

3) vgl. Laubadère, *Traité*, a.a.O., Rdn. 763

4) vgl. Laubadère, *Traité*, a.a.O., Rdn. 763

trag korrekt, der Billigkeit entsprechend auszuüben. ¹⁾ Dies bedeutet vor allem, daß sie ihr Direktionsrecht vertragswidrig ausübt, wenn sie z.B. Anordnungen zur Unzeit erteilt ²⁾ oder die Anordnungen widersprüchlich sind. Ebenso werden die Fälle behandelt, in denen die Verwaltung die Grenzen des Direktionsrechts überschreitet, indem sie exzessive Anordnungen trifft, z.B. die Anordnung, mehr als die notwendige Zahl von Arbeitnehmern bereitzustellen. ³⁾ Die Rechtsprechung bildet für letzteres den Begriff der "prescriptions abusives" (mißbräuchliche Vorschriften), zu denen sie auch andere Durchführungsanordnungen rechnet, wie die Anordnung einer unnötig langen Arbeitszeit für die Maschinen.

Der Rahmen dessen, was als pflichtverletzend angesehen wird, ist demnach deutlich weiter als im deutschen Recht, da auch eine schlicht unbillige Forderung des Bauherrn nach französischem öffentlichem Recht bereits pflichtwidrig sein kann, während dies nach deutschem Recht nicht so ist. Die Vorstellung des französischen Rechts ist im Zusammenhang mit der Vollstreckbarkeit der Anordnungen im französischen öffentlichen Bauvertragsrecht folgerichtig: Dort ist der Bauunternehmer gezwungen, der Anordnung des Bauherrn zu folgen; im deutschen Recht kann er dies schlicht lassen, wenn er meint, zur Ausführung der Anordnung nicht verpflichtet zu sein. Für den Bauunternehmer bedeutet die Regelung, daß er einen Schadensersatzanspruch hat, der ihm - neben oder statt dem Ersatz zusätzlicher Kosten einschließlich Gemeinkosten ⁴⁾ auch den Gewinn ersetzt, den er durch einen anderweitigen Einsatz der durch die Anordnung gebundenen Mittel erzielen hätte können, vorausgesetzt die Verwaltung überschreitet bei Anordnungen, die den Einsatz der Produktionsmittel betreffen, die Grenzen

1) Laubadère, Traitè, a.a.O., Rdn. 992

2) Laubadère, Traitè, a.a.O., Rdn. 1231 am Ende von b)

3) Laubadère, Traitè, a.a.O.,

4) vgl. Laubadère, Traitè, a.a.O., Rdn. 1231

billigen Ermessens bei der Ausübung des Direktionsrechts, indem die Anordnung etwa unnötig, widersprüchlich oder ungeeignet ist. Hingegen bekommt der Bauunternehmer keinen Ersatz, wenn die Anordnung die Ausführung des Vertrages teurer macht, aber die Anordnung im Rahmen dessen liegt, was nach dem Vertrag zu erwarten war, z.B. einzelne Unterbrechungen oder in einem Einzelfall die Anordnung, die Arbeiten "à poste double" mit doppelter Besetzung auszuführen.¹⁾

Damit bewertet das französische Recht diese Fälle denjenigen Fällen gleich, in denen der Bauherr Beistellungen nicht, verspätet oder schlecht erbringt - z.B. fehlerhafte Pläne²⁾ -. Auch dann hat der Bauunternehmer einen ebensolchen Schadensersatzanspruch.³⁾

Soweit die Verwaltung die Anordnung zum Beginn der Arbeiten oder etwa erforderliche Vorgaben von Zeitbestimmungen nicht rechtzeitig trifft⁴⁾, führt dies ebenso zu Schadensersatzansprüchen, da die Verwaltung nach französischem Verständnis zwar im Grundsatz nicht an vertragliche Ausführungsfristen gebunden ist, aber verpflichtet ist, die von ihr vorzunehmenden Handlungen innerhalb vertraglich bestimmter oder angemessener Frist zu erbringen. Zu diesen Handlungen gehören zum einen die erforderlichen Beistellungen und Mitwirkungshandlungen, zum anderen aber auch die Anordnungen, die zur Ausführung erforderlich sind, z.B. die Anordnung, mit den Arbeiten zu beginnen.⁵⁾

Der durch Verzögerungen entstehende Nachteil kann auch darin liegen, daß der Bauunternehmer an einer anderweitigen Verwertung seiner Mittel (z.B. bereits vorbereitete Baustelleneinrichtungen oder vorgehaltene Maschinen) gehindert ist. Zu dem

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1229

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 992

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1231

4) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 991

5) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 991

nach französischem Recht geschuldeten vollständigen Ersatz gehört auch in diesen Fällen der entgangene Gewinn. ¹⁾

Allerdings ist bei öffentlichen Bauverträgen häufig durch besondere Vertragsklauseln das Recht der Verwaltung vorgesehen, den Vertrag zu ändern, auch Leistungen zu kürzen. Insoweit liegt keine Vertragsverletzung vor ²⁾, sondern der Ausgleich ist nach den dafür vorgesehenen speziellen Regelungen durchzuführen. Allenfalls im Einzelfall könnte auf die Idee des Schadensersatzes wegen pflichtverletzender Anordnungen der Verwaltung zurückgegriffen werden, soweit die spezielle Regelung den Fall nicht abdeckt und die Anordnung der Verwaltung z.B. wegen unbilliger Ausübung nicht vom ihr eingeräumten Anordnungsrecht gedeckt ist. Damit ist bei Verträgen nach C.C.A.G. für Änderungen im Leistungserfolg der Gesichtspunkt der "faute" nahezu belanglos, auch bei Durchführungsanordnungen hat sie nur bei Überschreitung des Anordnungsrechts Bedeutung.

Dabei greift der Schadensersatzanspruch ein, soweit die durch die Pflichtverletzung des Bauherrn bedingte Entlastung des Bauunternehmers von seiner Verantwortung - insbesondere Gewährleistungsverpflichtung - nicht hinreicht, um den Nachteil des Bauunternehmers zu decken.

Formelle Voraussetzung zur Geltendmachung der Ansprüche ist - soweit der C.C.A.G. vereinbart ist -, daß der Bauunternehmer sich seine Ansprüche nach der Anordnung vorbehält, indem er sie schriftlich dem maître d'oeuvre innerhalb von 15 Tagen übermittelt (Art. 2.52 C.C.A.G.). Andernfalls kann er aus der Anordnung keine Ansprüche mehr herleiten. Dies bedeutet für den Bauunternehmer, daß er sich innerhalb dieser Zeit klar werden muß, ob die Anordnung Nachteile für ihn haben wird, die er ersetzt haben möchte. Der Bauunternehmer ris-

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 781, Fußnote 75

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 993 (b)

kiert, daß er sich dabei irrt. Daraus können unbillige Ergebnisse entstehen. Andererseits bedeutet die Regelung für den Bauherrn, daß er alsbald weiß, ob er mit mehr Kosten oder zeitlichen Verzögerungen rechnen muß. Er hat dadurch die Chance, die Anordnung zurückzunehmen, soweit sie nicht bereits ausgeführt ist, und der Formalismus führt dazu, daß alle Parteien die Chance haben, bald zu wissen, woran sie sind. Insbesondere der Bauherr kann sich alsbald um zusätzliche Geldmittel bemühen und bei sich zeigenden Auseinandersetzungen mit dem Bauunternehmer in Verhandlungen mit diesem eintreten. Der Bauunternehmer hat in diesen Verhandlungen kein Druckmittel durch ein Leistungsverweigerungsrecht.

Häufig sehen die Verträge Haftungsausschlüsse vor. Umstritten ist, ob ein vollständiger Haftungsausschluß wirksam ist. Der Conseil d' État hat auch vollständige Haftungsausschlüsse zugelassen; allerdings ist ein Haftungsausschluß der *faute lourde*, d. i. ein schwerer vorsätzlicher oder fahrlässiger Vertragsverstoß, nach ständiger Rechtssprechung damit nicht gegeben.²⁾ Außerdem sind die Haftungsbeschränkungen eng auszulegen³⁾, so daß sie nur die vom erkennbaren Zweck des Haftungsausschlusses bei Vertragsschluß erkennbar erfaßten Fälle umfaßt.

Gemeinsam ist dem deutschen und dem französischen Recht wiederum die Grundidee: Beide gewähren dem Bauunternehmer Schadensersatz, wenn der Bauherr einen Schaden beim Bauunternehmer schuldhaft und pflichtwidrig herbeiführt. Insoweit stimmen die Vorschriften des französischen öffentlichen Bauvertragsrechts und § 6 Nr. 6 VOB/B sowie die positive Forderungsverletzung nach BGB überein. Unterschiedlich ist aber der Umfang dessen, was als Pflichtverletzung angesehen wird. Während nach französischem Recht auch eine die Grenzen

1) Laubadère, *Traité*, a.a.O., Rdn. 772

2) Laubadère, *Traité*, a.a.O., Rdn. 773

3) Laubadère, *Traité*, a.a.O., Rdn. 773

des Direktionsrechts überschreitende Anordnung zu Schadensersatzansprüchen des Bauunternehmers führt, ist nach deutschem Recht eine solche Anordnung nicht pflichtwidrig und begründet damit keinen Schadensersatzanspruch, sondern ist entweder unwirksam oder sie begründet spezielle Ansprüche, z.B. nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B.

Unterschiedlich ist weiter, daß im deutschen Recht die Haftung des Bauherrn für den entgangenen Gewinn im Rahmen des Verzögerungsschadens beim VOB-Vertrag nach § 6 Nr. 6 bis auf die seltenen Fälle des groben Verschuldens ausgeschlossen ist, und zwar gerade auch bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten des Bauherrn. Dieser Haftungsausschluß kommt jedoch umgekehrt auch dem Unternehmer für eigene Verzögerungen mit seiner Leistung zugute. Dieser Vorteil dürfte für den Unternehmer wichtiger sein als der Nachteil durch Einschränkung eigener Ansprüche.

Im Ergebnis halte ich daher eine Übernahme der französischen Regelung insoweit nicht für sinnvoll.

(ccc) Entschädigung des Bauunternehmers für Anordnungen zur Durchführung des Vertrages, die keine Pflichtverletzungen sind:

Dieselbe Entschädigung wie bei Vertragsverletzungen ¹⁾ erhält der Bauunternehmer bei Anordnungen zur Durchführung der Arbeiten, die schlicht die Grenzen des vertraglich Vorhersehbaren überschreiten, d.h. unnötig, unvorhersehbar oder unerwartet sind ¹⁾, ohne daß dazu ein Verschulden der Verwaltung erforderlich wäre. So genügt es, daß die Arbeitsbedingungen auf der Baustelle zu einem erhöhten Aufwand führen oder z.B. daß

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1231

eine Unterbrechung der Arbeiten zu einer Verlängerung der Ausführungszeit führt. Dies gilt aber nur, soweit die Anordnung außerhalb des nach den Umständen des Einzelfalles bei Vertragsschluß zu Erwartenden liegt. ¹⁾ Formelle Voraussetzung zur Geltendmachung der Ansprüche ist, soweit der C.C.A.G. vereinbart ist, wie beim Verschulden der Verwaltung, daß der Bauunternehmer sich seinen Anspruch nach der Anordnung frist- und formgerecht vorbehalten hat.

Die Erstattung entgangenen Gewinns bei Anordnungen zur Durchführung der Arbeiten ohne Verschulden des Bauherrn hat im deutschen Recht keine Parallele.

Im Grundsatz ist eine Entschädigung des Bauunternehmers auch hinsichtlich des ihm entgehenden Gewinns gerechtfertigt, wenn er aufgrund einer Anordnung des Bauherrn Mittel anderweitig abziehen muß. Die Idee des französischen Rechts, die Grenze, ab der der Bauherr den entgangenen Gewinn ersetzen muß, bei dem "vertraglich vorhersehbaren" zu setzen, halte ich auch für wertungsmäßig richtig. Die Grenze ist aber für die Rechtsanwendung unpraktikabel, da viele Fälle zu erwarten sind, in denen nicht klar ist, ob eine Anordnung unnötig, unvorhersehbar oder unerwartet war. Im Ergebnis sehe ich eine Übernahme der Regelung nicht als zweckmäßig an.

(ddd) Entschädigung des Bauunternehmers für vom Bauherrn angeordnete Modifikationen des Leistungsinhaltes:

(i) Das französische öffentliche Bauvertragsrecht sieht für einige der üblicherweise auftretenden Fälle Sonderregelungen im C.C.A.G. vor:

Eine Entschädigung bekommt der Bauunternehmer nach Art. 15.3

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1229 und 1232

C.C.A.G. im Fall der "augmentation de la masse des travaux" über bestimmte Grenzwerte hinaus. Die Entschädigung wird im Regelfall so bemessen, daß die den Grenzwert übersteigenden Arbeiten auf der Grundlage der im Vertrag vorgesehenen Preise bezahlt werden. ¹⁾ Hat der Bauunternehmer jedoch einen Nachteil erlitten, der durch die Anwendung des vertraglich vorgesehenen Preises nicht ausgeglichen wird, so kann der Bauunternehmer diesen Nachteil zusätzlich ersetzt verlangen. ²⁾ Zu diesem Nachteil gehört auch der Gewinn ³⁾, der bei einem anderweitigen Einsatz der Mittel zu erwarten gewesen wäre, aber durch Bindung der Mittel entgangen ist. Dabei sind allerdings nur die Mittel einzubeziehen, die zur Ausführung von Arbeiten gebunden werden, die über den Grenzwert hinausgehen. Die Berechnung des Nachteils erfolgt unter Ansatz etwaiger Vorteile durch die Anordnung bei Abrechnung, d.h. bei Schlußrechnung ("fin de compte" entspricht "décompte définitif"). Aus dieser Formulierung des Textes kann entnommen werden, daß der Nachteil nachkalkulatorisch ermittelt wird.

Voraussetzung für die Entschädigung ist eine "augmentation de la masse des travaux" über einen in Art. 15.3 C.C.A.G. definierten Grenzwert hinaus.

Die "augmentation de la masse des travaux" läßt sich sinngemäß am besten mit "Erhöhung des Auftragswertes" übersetzen, da die "masse des travaux" weder Gewicht noch Einheiten bezeichnet, sondern den Wert der "travaux à l'entreprise", das sind Arbeiten, die nach Pauschal-, Einheits- oder Selbstkostenpreisen

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 248 und Laubadère, a.a.O., Rdn. 1250

2) Villard, Droit, a.a.O. und Laubadère, a.a.O.

3) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1250 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 22

abgerechnet werden (Art. 11.2 C.C.A.G.). Dabei wird dieser Wert in Geld nach den im Vertrag vorgesehenen Preisen festgesetzt, zuzüglich eventueller neuer Preise für Leistungen, für die der Vertrag keine Preise vorgesehen hatte (Art. 15.1 C.C.A.G.). - Nota bene: Gemeint ist der Gesamtauftragswert, nicht der Wert der Einzelleistungen.

Die "masse initiale" bezeichnet den sich bei Vertragsschluß ergebenden Auftragswert zuzüglich der durch Nachtragsvereinbarungen vorgesehenen Änderungen.

Wenn die ausgeführte masse des travaux höher ist als die masse initiale, d.h. eine Vergrößerung des Auftragswertes eintritt, so kann der Bauunternehmer eine Entschädigung vom Bauherrn verlangen, soweit die Vergrößerung einen Grenzwert übersteigt. Dieser Grenzwert beträgt: 1/20 (das sind fünf Prozent) der masse initiale beim Pauschalpreisvertrag; ein Viertel der masse initiale beim Einheitspreisvertrag (25 %), die Hälfte der masse initiale beim Selbstkostenerstattungspreisvertrag (50 %). Für gemischte Verträge, die in der Praxis häufiger werden ¹⁾, wird ein Mittelwert gebildet.

Die Regelung differenziert nicht danach, ob eine Anordnung des Auftraggebers oder ein Fehler in der Mengenschätzung des Leistungsverzeichnisses die Ursache für die Erhöhung des Auftragswertes gegeben hat. Damit kann der Bauunternehmer insbesondere in den Fällen eine Entschädigung verlangen, in denen eine Anordnung des Bauherrn im Hinblick auf Art oder Menge der auszuführenden Leistungen zu einer erheblichen Änderung des Auftragswertes führt, indem entweder zusätzliche Leistungen angeordnet werden (für diese sind neue Preise analog den Vertragspreisen zu bilden - Art. 14 C.C.A.G.) oder im Vertrag vorgesehene Preise für die einer Änderungsanordnung entsprechend ausgeführten Arbeiten auf diese übertragen werden. Die Regelung greift in restriktiver Anwendung des

1) Villard, Droit, S. 248

Wortlautes bei Leistungen, die der Bauunternehmer aus eigener Initiative zusätzlich erbringt ¹⁾, nicht ein - siehe auch Art. 30 C.C.A.G.

Der Grenzwert nach Art. 15.3 C.C.A.G. kennzeichnet lediglich, wie weit der im Vertrag vereinbarte Preis reicht. ²⁾ Mit der Leistungsverpflichtung hat er nichts zu tun, diese ist vielmehr in Art. 15.2 geregelt (siehe oben).

Für den Bauunternehmer bedeutet dies beim Pauschalpreisvertrag: Der Bauunternehmer hat das bestellte Werk auszuführen, unabhängig von den Mehraufwendungen, die ihm durch eine falsche Einschätzung der Menge entstehen mögen (Art. 15.21 C.C.A.G.). Zum bestellten Werk gehören alle Arbeiten, die im "devis descriptif" definiert sind ³⁾, gleichviel ob im "détail estimatif" berücksichtigt oder nicht. Das "détail estimatif" ist eine vom Bauunternehmer erstellte oder zu erstellende Kalkulation, in welcher er den Pauschalpreis zergliedert, indem er bei jeder "nature d'ouvrage" (Teilleistung oder Werkbestandteil) die auszuführende Menge und entsprechende Einheitspreise angibt und außerdem den Gemeinkostenanteil, Risikozuschläge und Gewinnanteile in Prozent ausweist (Art. 10.32 C.C.A.G.). ⁴⁾ Werden Modifikationen seiner Leistungen angeordnet, für die der ursprünglich vorgesehene Preis nicht anwendbar ist, so ist ein neuer Preis im Hinblick auf die Modifikation analog dem vertraglichen Preis festzusetzen. Ergibt die Feststellung, daß der neue Preis 5 % des ursprünglichen Auftragswertes übersteigt, kann der Bauunternehmer außerdem Erstattung der mit dem Preis nicht abgeholten Nachteile, z.B. entgangenen Gewinn, verlangen.

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1247

2) Villard, Droit, a.a.O., S. 247

3) Laubadère, Traité, Rdn. 1247 und Villard, Droit, a.a.O., S. 245

4) Siehe auch Villard, Droit, a.a.O., S. 228

Beim Einheitspreisvertrag bedeutet die Regelung, daß Mengenabweichungen durch Fehleinschätzungen der auszuführenden Einheiten ebenso wie die Ausführung von Anordnungen, die Art oder Umfang der auszuführenden Leistungen ändern, dazu führen, daß der Bauunternehmer, führt er die Anordnungen aus, bis zu 25 % Überschreitung nach den im Vertrag vorgesehenen Preisen bzw. nach Preisen abrechnen muß, die den vertraglichen Preisen analog sind; ab dann kann er die zusätzlich entstehenden Nachteile in Rechnung stellen. Zur Ausführung ist er hinsichtlich des ursprünglich vereinbarten Werkes immer, im übrigen in den entsprechenden Regelungen verpflichtet, die unter Teil B II 1.a dargelegt wurden.

Entsprechende Regelungen gelten für den Kostenerstattungspreis ab 50 % Überschreitung des Auftragswertes.

Die unterschiedlichen Grenzwerte basieren auf der Einschätzung, daß eine Änderung des Auftragsvolumens beim Pauschalpreisvertrag häufiger zu nicht ausgeglichenen Nachteilen für den Bauunternehmer führen werden als beim Einheitspreisvertrag oder gar beim Kostenerstattungspreis.¹⁾

Der Gedanke der Regelung ist, die Interessen des Bauunternehmers und des Bauherrn so auszugleichen, daß der Bauunternehmer das gesamte ursprünglich in Auftrag gegebene Werk auszuführen hat, gleich welche Mengen- oder Auftragswertänderungen sich ergeben. Außerdem hat der Bauunternehmer im Regelfall alle angeordneten Abweichungen durchzuführen. Soweit die Anordnung zur Abweichung vom ursprünglichen Leistungsinhalt führt und der Vertrag dafür keinen Preis beinhaltet, ist ein dem vertraglichen Preis analoger Preis gem. Art. 14 C.C.A.G. zu bilden. Ergibt sich unter Anwendung der vertraglichen und

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 248 und Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1247

der neuen Preise für die tatsächlich ausgeführte Leistung eine Wertvergrößerung, die den Grenzwert übersteigt, so ist der Bauunternehmer außerdem berechtigt, sich die ihm dadurch entstehenden zusätzlichen Nachteile ausgleichen zu lassen.

Einen Ausgleich nach Art. 15.3 C.C.A.G. kann der Bauherr aber ablehnen, wenn er den Bauunternehmer nicht durch ordres de service der personne responsable du marché aufgefordert hat, über den Grenzwert hinaus die Arbeiten forzusetzen - Art. 15.4 C.C.A.G. -, oder wenn die Überschreitung der Grenzwerte durch eine Anordnung des Auftraggebers zustande kommt und der Bauunternehmer gegen die Anordnung keinen Vorbehalt erklärt hat - Art. 2.52 C.C.A.G. -, oder soweit ein wirksamer Haftungsausschuß im Vertrag vorgesehen ist.

Erreicht der Bauunternehmer die masse initiale, so hat er die Arbeiten einzustellen, wenn er nicht zuvor die ordres de service zur Fortführung der Arbeiten vom Bauherrn bekommen hat. Dabei ist die Entscheidung des Bauherrn nur wirksam, wenn sie einen neuen Grenzwert festlegt, ab dem die Arbeiten wiederum einzustellen sind.

Baut der Bauunternehmer ohne wirksame ordres de service über die masse initiale oder den neuen Grenzwert hinaus, so werden die die masse initiale übersteigenden Arbeiten nicht ersetzt. Um Verzögerungen der Bauausführung zu vermeiden, sieht die Regelung vor, daß der Bauunternehmer dem Bauherrn das wahrscheinliche Datum des Erreichens der masse initiale wenigstens einen Monat im voraus anzeigen muß. Daraufhin muß der Bauherr die Anordnung zur Fortführung der Arbeiten mindestens zehn Tage vor dem wahrscheinlichen Erreichen der masse initiale geben. Hintergrund ¹⁾ für diese Regelung ist zum einen der Schutz des Fiskus vor zusätzlichen ungewollten Aufwendungen.

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 249

So sehen Art. 45 bis und 255 bis C.M.P. vor, daß Überschreitungen des ursprünglichen Auftragswertes nur durch Nachtragsvereinbarung (avenant) oder durch eine Entscheidung der personne responsable du marché möglich ist, wobei diese die Entscheidung zuvor bei staatlichen Aufträgen der für die Ausgaben zuständigen staatlichen Stelle, bei kommunalen Auftraggebern dem zuständigen Beschlußorgan zuleiten muß. Zum anderen schützt die Regelung den Bauunternehmer: Bekommt er die Aufforderung weiterzubauen, so kann der Bauunternehmer davon ausgehen, daß die erforderlichen Finanzmittel der Verwaltung bereitstehen. Stünden sie nicht bereit, so käme er in Frankreich in arge Bedrängnis, weil er nach französischem Recht, von Ausnahmen abgesehen, keine Möglichkeit hat, gegen die öffentliche Hand zu vollstrecken. Dies ist in der Vergangenheit häufig zu einem Problem für Bauunternehmer geworden.

Das System hat für den Bauherrn den Nachteil, daß der Bauunternehmer erst wieder gezwungen ist weiterzubauen, wenn ihm die Entscheidung des Bauherrn vorliegt. Das öffentliche Bauwerk bleibt also unter Umständen unvollendet und kann der Ausübung öffentlicher Belange nicht nützen.¹⁾ Andererseits eröffnet es dem Bauherrn die Entscheidung, ob er sein Geld weiter in das Projekt investieren will oder es für etwas anderes ausgeben möchte.

Der Bauunternehmer kann die Entschädigung nicht fordern, wenn er sich nicht schriftlich innerhalb von 15 Tagen ab Bekanntgabe der Anordnung die Geltendmachung des Anspruches vorbehalten hat (s. oben - Art. 2.52 C.C.A.G.). Dabei ist es hinreichend, aber auch notwendig, daß der Bauunternehmer zumindest dem Grunde nach die zusätzlichen Kosten be-

1) vgl. Villard, Droit, a.a.O., S. 250

nennt und die zu erwartenden Belastungen in Art und Umfang soweit wie zu diesem Zeitpunkt möglich benennt. ¹⁾ Die Geltendmachung von Argumenten, die bei Bekanntgabe des ordres de service nicht erkennbar waren ²⁾, ist nur insoweit nicht ausgeschlossen, als sie innerhalb der Erklärungsfrist nicht erkennbar waren.

Es kommt vor, daß im Vertrag die Kostenfolgen von Änderungen ohne jegliche Preisanpassung dem Bauunternehmer auferlegt werden. Derartige Klauseln beurteilt der Tatrichter daraufhin, ob sie als "clause léonine" unter dem Gesichtspunkt der Knebelung nichtig sind.

Einen Schutz des Bauunternehmers vor überraschenden Abweichungen zu seinen Lasten von den Regelungen des C.C.A.G. in vorrangigen Vertragsbestandteilen bildet Art. 3.12 Abs. 2 C.C.A.G.. Eine Abweichung von den C.C.T.G. und C.C.A.G., die nicht klar begrenzt und überdies nicht als Abweichung im letzten Artikel des C.C.A.P. benannt sind, gilt als nicht geschrieben; sie ist damit unwirksam.

Im Ergebnis kann der Bauunternehmer den Gewinn, den er durch den Einsatz seiner Mittel nach dem ursprünglichen Vertragsinhalt hätte erwarten können, vom Bauherrn ersetzt verlangen, soweit der Bauherr durch Anordnungen den Auftragswert vergrößert und diese Vergrößerung des Auftragswertes größer ist als ein bestimmter Grenzwert.

(ii) Die Regelung des französischen Rechts ist in ihren wesentlichen Teilen übernehmenswert:

/1/ Sie ist geeignet, eine Lücke im System der VOB/B zum Schutz des Bauunternehmers zu füllen, ohne den Bauherrn unverhältnismäßig zu belasten.

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 117

2) Villard, Droit, a.a.O., S. 117

Die VOB/B zeigt aus der Interessenlage des Bauunternehmers heraus betrachtet eine Lücke: Der Bauunternehmer bekommt den entgangenen Gewinn, wenn der Bauherr durch eine Teilkündigung seine Gewinnerwartung beeinträchtigt, er bekommt den entgangenen Gewinn nicht, wenn eine Erhöhung des Auftragswertes zusätzlich bereits anderweitig gewinnträchtiger einsetzbare Mittel fordert. Für den Bauunternehmer machen die beiden Situationen keinen Unterschied; er verliert einen ihm durch Einsatz seiner Mittel sicheren Gewinn.

Eine Belastung zeigt sich aus der Sicht des Bauherrn; für ihn machen die beiden Situationen Teilkündigung und zusätzlicher Mitteleinsatz einen Unterschied: Das Risiko zusätzlicher Belastungen bei der Teilkündigung durch Ansprüche des Bauunternehmers auf entgangenen Gewinn kann er überblicken, den dem Bauunternehmer durch dessen anderweitigen Mitteleinsatz zufließenden Gewinn kann er hingegen nicht überblicken.

Das französische Recht löst meines Erachtens durch Einfügung von Grenzwerten für den Ersatz des entgangenen Gewinns das Problem in geeigneter Weise: Der Grenzwert führt dazu, daß das Risiko in einem bestimmten Bereich für den Bauherrn nicht auftritt. Erst falls seine Änderungswünsche darüber hinausgehen, wird er mit dem dem Bauunternehmer entgehenden Gewinn belastet. Dies erscheint gerechtfertigt, weil der Bauherr die Qualität seiner Planung in der Hand hat.

Wie bei Minderleistungen würde ich die Grenzwerte nicht nach dem Vertragstyp differenzieren. Auch ein Unterschied zwischen Mehr- und Minderleistungen besteht für den Bauunternehmer nicht; allenfalls aus der Sicht des Bauherrn könnte es gerechtfertigt sein, einen anderen Grenzwert zugrunde zu legen, denn sein Risiko ist größer bei den Mehrleistungen, so daß bei diesen ein weiterer Rahmen zu rechtfertigen wäre. Ich schlage dennoch vor, den Grenzwert genauso wie bei den

Minderleistungen auf 10 % festzusetzen, weil dies in der alltäglichen Rechtsanwendung zu einer Vereinfachung der Vorschrift führt.

Die Bildung des quantitativen Begriffs (Erhöhung des Auftragswertes um %) löst das Problem der Verlässlichkeit der Rechtsanwendung, das einer Übernahme der qualitativ bestimmten Grenze "Vorhersehbarkeit bei Vertragsschluß" entgegenstand (s.o. bbb).

Der Ausgangspunkt Auftragswert ist zweckmäßig (s.o. Minderleistungen).

Die Formulierung deckt im Ergebnis sowohl Änderungsanordnungen hinsichtlich des Erfolgs als auch Änderungsanordnungen hinsichtlich der Durchführung ab, denn auch bei Durchführungsanordnungen kann sich eine Erhöhung des Auftragswertes durch Anpassung an die vertraglichen Preise ergeben (s.o.).

/2/ Nicht zweckmäßig ist, den Bauunternehmer zur Einstellung der Arbeiten bei Erreichung des Grenzwertes zu verpflichten. Dies führt nur zu einem Formalismus und ist in einem typischen Fall nicht zur Befriedigung eines Bauherrninteresses geeignet, denn der Bauherr will kein halbfertiges Gebäude, sondern ein vollständiges und funktionsfähiges. Die möglichst frühzeitige Information des Bauherrn über die zusätzlich erforderlich werdenden Mittel läßt sich durch eine Informationsverpflichtung des Bauunternehmers und einen Einwendungsabschnitt des Bauunternehmers erreichen.

/3/ Der Einwendungsabschnitt und der Verlust von Ansprüchen des

Bauunternehmers, der sich seine Ansprüche nicht innerhalb von 15 Tagen nach der Anordnung schriftlich vorbehalten hat, halte ich für übernehmenswert, weil dieser Formalismus geeignet ist, eine Streitklärung zu beschleunigen und dazu den Bauunternehmer zur Kommunikation zu zwingen. Dies ist meines Erachtens wichtiger als der Nachteil, daß durch den Formalismus noch mehr Papier zu beschreiben ist.

Die Regelung ist mit dem AGBG im Rahmen der VOB/B wegen § 23 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 10 Nr. 5 AGBG vereinbar.

Eine Formulierung für die Einfügung einer entsprechenden Klausel in die VOB/B ist erst nach Einbeziehung der Anpassung an die Kostenentwicklung in die Betrachtung sinnvoll, da Gewinn und Kosten so eng zusammenhängen, daß die Aufnahme einer ähnlichen Regelung wie für den Gewinn auch für die Kosten möglich erscheint. Dies erfolgt am zweckmäßigsten in einer Formulierung.

(eee) Entschädigung bei Änderungen im Umfang von Teilleistungen (Art. 17 C.C.A.G.):

(i) Die Vorschrift wurde bereits oben bei den Minderleistungen dargestellt.

Sie führt zum Ersatz des Gewinns, den der Bauunternehmer beim ursprünglich geplanten anderweitigen Einsatz seiner Mittel hätte erwarten können, selbst wenn sich lediglich die Teilleistung beim Einheitspreisvertrag über einen Grenzwert hinaus ändert. Dies ist zweckmäßig als Ergänzung der unter (ddd) erörterten Vorschriften, da bei einem bloßen Abstellen auf den Gesamtauftragswert im Falle des Einheitspreisvertrages vor allem bei Großaufträgen durch die Mischkalkulation ein Kompensationseffekt auftreten kann, durch den die Anwendbarkeit der auf Änderungen im Gesamtauftragswert abstellenden Vorschriften und damit die Erstattung entgangenen Gewinns vereitelt würde.

(ii) Wiederum halte ich die Vorschrift für übernehmenswert.

Bemessungsgrundlage ist der Mengenansatz beim Einheitspreis.

Der Grenzwert sollte meines Erachtens aus Vereinheitlichungsgründen wiederum bei 10 % liegen.

Eine Formulierung ist wiederum erst möglich, wenn die Fragen der Kostenerstattung diskutiert sind.

(fff) Ersatz bei Unterbrechungen der Ausführung erhält der Bauunternehmer wie folgt:

(i) Bei Unterbrechungen, die der Bauherr anordnet, muß der Bauunternehmer die Arbeiten einstellen. Soweit der Bauunternehmer die Obhut über die Baustelle weiter aufrecht erhält, bekommt er die dafür erforderlichen Kosten und aus der Unterbrechung sonst entstehenden Nachteile ersetzt. Zu den sonstigen Nachteilen gehört der Gewinn, den der Bauunternehmer nach den Umständen des Einzelfalles bei weiterer Fortführung der geplanten Bauausführung gezogen hätte (vgl. Art. 48.1 C.C.A.G.).

Voraussetzung ist, daß die Unterbrechung vom Bauherrn angeordnet wurde und die Anordnung weder auf einen dem Bauunternehmer zuzurechnenden Grund noch auf einen unüberwindlichen und unvorhersehbaren Umstand außerhalb der Kontrolle der Verwaltung (force majeure) beruht ¹⁾, wobei schlichter Geldmangel keine force majeure ist. ²⁾

Außerdem ist wiederum ein förmlicher Vorbehalt gem. Art. 2.52 C.C.A.G. erforderlich.

Nach Art. 48.2 C.C.A.G. kann der Bauunternehmer bei vom Bauherrn angeordneten Unterbrechungen, die länger als ein

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1635

2) Laubadère, Traité, a.a.O.

Jahr dauern, die Aufhebung des Vertrages vom Bauherrn verlangen. Außerdem hat er - dies ist nicht im Text ausgedrückt, aber von der Rechtsprechung zu insoweit gleichlautenden Vorschriften anerkannt¹⁾ Anspruch auf eine Entschädigung. Diese umfaßt den ihm wegen der Nichtausführung des restlichen Vertrages entgehenden Gewinn.²⁾ Ausgeschlossen ist das Aufhebungsverlangen allerdings, wenn der Bauunternehmer vorher über die wahrscheinliche Dauer der Unterbrechung informiert wurde und nicht innerhalb von 15 Tagen ab der Mitteilung das Aufhebungsverlangen erklärt (Art. 48.2 C.C.A.G.). Außerdem ist wiederum jeder Anspruch ausgeschlossen, wenn der Bauunternehmer auf die Unterbrechungsanordnung des Bauherrn hin sich seinen Anspruch nicht frist- und formgerecht vorbehalten hat.

(ii) Die Erstattung entgangenen Gewinns geht über die Parallelvorschrift im deutschen Recht (§ 642 BGB) hinaus. Aus denselben Gründen wie bei Mehr- bzw. Minderleistungen halte ich es für gerechtfertigt, dem Bauunternehmer den entgangenen Gewinn zu gewähren. Die Grenzziehung ist einfach und verläßlich möglich. Eine Formulierung erfolgt nach Abschluß der Diskussion über die Anpassung an die entstehenden Kosten.

(ggg) Nicht im Vertrag formulierte Rechtssätze

Soweit keine vertraglichen Regelungen vereinbart sind, greift ein Bündel von richterrechtlich entwickelten Gesichtspunkten ein, um einen Ausgleich für den Bauunternehmer herbeizuführen.

Diese Gesichtspunkte lassen sich alle unter dem auch für französische Juristen reichlich altertümlich benannten³⁾ Rechtsinstitut des fait du prince (frei übersetzt: Eingriff von

1) Villard, Droit, a.a.O., S. 285 mit Hinweis auf C.E. 8. Nov. 1963 Commune Castelneau, Lebon p. 544

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1635

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1291

hoher Hand) zusammenfassen. Die altertümliche Bezeichnung könnte zu der Annahme führen, es handele sich um ein lange geklärtes Rechtsinstitut. Diese Annahme wäre verfehlt. ¹⁾

In einem sehr weiten Sinne bezeichnet fait du prince jeden Eingriff einer Behörde. Seinen anerkannten Anwendungsbereich findet der fait du prince aber bei Entscheidungen, Handlungen oder Eingriffen der vertragsschließenden Verwaltung, die die Bedingungen zur Ausführung des Vertrages ändert. ²⁾ In diesem Sinne wird die Idee auch als "fait de l'administration" bezeichnet. ³⁾ Zu diesem Begriff gehören zum einen Maßnahmen, die die Änderung der Bedingungen bezwecken, d.h. die hier interessierenden einseitigen Modifikationen durch den Bauherrn, zum anderen aber solche Maßnahmen des Bauherrn, die die Änderung der Ausführungsbedingungen lediglich herbeiführen, ohne diese Änderungen zu bezwecken (letztere Fallgruppe wird auch als "fait du prince strictissimo sensu" bezeichnet).

Die gewährte Entschädigung ist der gleich, die die Verwaltung bei Verschulden zu zahlen hat ⁴⁾, d.h. sie umfaßt im Grundsatz auch den durch die Maßnahme dem Bauunternehmer entgehenden Gewinn. ⁵⁾ Dies gilt allerdings nicht bei Kündigung durch die Verwaltung wegen Kriegseinwirkungen oder falls der Schaden nur zu einem Teil auf die Verwaltung zurückzuführen ist. ⁶⁾

Voraussetzungen sind das Bestehen eines Verwaltungsvertrages, ein bestimmter, direkter Nachteil, der nicht allgemein, sondern speziell den Bauunternehmer trifft, und auf eine vom Bauunternehmer nicht vorhersehbare Maßnahme der vertrags-

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1291

2) Villard, Droit, a.a.O., S. 330

3) Ausführungen dazu findet man auch unter den Stichworten: fait du cocontractant, fait de l'administration, responsabilité de l'administration sans faute, modifications unilatérales, mesures de direction, de contrôle et de surveillance

4) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1326 und 769

5) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1327 und 1297

6) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1328

schließenden Behörde zurückzuführen ist, die geeignet ist, die Ausführung des Vertrages schwieriger oder teurer zu machen ¹⁾, auch wenn die Verwaltung im Rahmen ihrer Befugnisse handelt, sie also keine vertraglichen Pflichten verletzt. ²⁾ Anerkannte Fallgruppen sind dabei auch die hier interessierenden Fälle von Anordnungen des Auftraggebers zum Erfolg oder zur Durchführung des Vertrages, da die Regelung des fait du prince sowohl bei Maßnahmen der Verwaltung eingreifen, die die vertraglichen Bestimmungen selbst ändern ("modifications unilatérales" ³⁾, als auch bei solchen Bestimmungen, die die Durchführung betreffen ("mesures de contrôle et de direction de l'exécution du contrat" ⁴⁾.

Der Rechtssatz greift ein, auch wenn er nicht vereinbart ist, er ist allerdings nachrangig gegenüber vertraglichen Regelungen, soweit diese wirksam sind, d.h. insbesondere gegenüber Art. 15 bis 17 C.C.A.G.

Im einzelnen gilt, falls keine vertraglichen Sonderregelungen bestehen:

Eingriffe in die Bestimmungen des Vertrages, d.h. Vor- oder Zurückverlegung des Herstellungszeitpunktes, Änderungen im Werk selbst, wie Materialänderung, Funktionsänderungen, Änderungen der Lage, führen zu einer Entschädigung für den Bauunternehmer, wenn die Entscheidung des Bauherrn bei Vertragsschluß nicht vorhersehbar war und zu Belastungen des Bauunternehmers führt. ⁵⁾ Eine darüber hinausgehende Modifikation, die bestimmte Grenzen überschreitet, die die Recht -

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1303

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1319, Fußnote 41

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1316

4) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1164

5) Laubadère, a.a.O., Rdn. 1242, Fußnote 8 mit weiteren Nachweisen

sprechung durch die Begriffe "ouvrage ou travail nouveau" (neues Werk oder neue Arbeit), "atteinte à la substance ou essence du contrat" (Beeinträchtigung der Grundlagen oder des Wesens des Vertrages), "bouleversement de l'économie du contrat" (Zerrüttung der wirtschaftlichen Grundlagen des Vertrages) kennzeichnet, berechtigt außerdem den Bauunternehmer entweder zur Ausführung mit Entschädigung oder dazu, von der Verwaltung die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu verlangen.¹⁾ Grundidee ist dabei die Idee der Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrages und die Billigkeit.

Eine "neue Werkleistung" wurde z.B. angenommen²⁾ bei Einführung eines neuen Plans, der die ursprünglichen Proportionen des Bauwerkes völlig änderte; bei der Veränderung der Lage des Bauwerkes; beim Verlangen, das Dach neu einzudecken ggü. einem mit bloßem Instandhaltungsarbeiten beauftragten Unternehmen.

Dagegen ist eine lediglich im Vertrag nicht vorgesehene Leistung, die zwar nicht im Vertrag erscheint, ihm aber nicht völlig wesensfremd ist, d.h. im Rahmen der vertraglichen Leistung bleibt, zwar zusätzlich zu vergüten ("ouvrage ou travail imprévu"), berechtigt aber nicht zu einem Aufhebungsverlangen. Beispiele sind dafür die Substitution auf Verlangen der Behörde von Quadern der Kategorie eins und zwei durch solche der Kategorie fünf.³⁾

Zusätzliche Leistungen, d.h. solche, die nicht im Vertrag (Leistungsverzeichnis) als auszuführend bezeichnet sind, für die aber ein Preis im Kurz-Leistungsverzeichnis ("bordereau de prix")⁴⁾ vereinbart sind, sind kein "ouvrage nouveau"

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1242 und 1241, 1243

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1244 mit weiteren Nachweisen und Beispielen

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1245 mit weiteren Beispielen

4) Modell vgl. Ministère de L'environnement, circ. no 80-152, a.a.O., S. 84 ff.

(neue Werkleistung), sie werden ggf. nach dem im bordereau vorgesehenen Preis vergütet (travaux supplémentaires) ¹⁾.

Ergänzende Leistungen, das sind solche, die zur Ausführung der im Vertrag vorgesehenen Werke erforderlich werden, aber nicht im Vertrag vorgesehen sind, werden, soweit keine vertraglichen Sonderregelungen angreifen, mit einem Zuschlag zum Vertragspreis ¹⁾ vergütet, wenn sie nicht bereits vom Preis - etwa einem Pauschalpreis - abgedeckt sind ("travaux complémentaires").

Zur Frage, ob eine grundlegende Änderung der Vertragsgrundlagen im Sinne eines bouleversement du contrat oder einer atteinte à la substance ou essence du contrat vorliegt, stellt die Rechtssprechung entscheidend darauf ab, welche Änderungen bei Vertragsschluß von den Parteien erwartet werden konnten. In einem Einzelfall wurde die Zurücknahme der Arbeiten von einem Auftragswert von 600.000 Franc auf 400.000 Franc als derartige Änderung angesehen ²⁾, so daß der Bauunternehmer die Aufhebung des Vertrages und eine Entschädigung verlangen konnte, wobei die Entschädigung ihm dasjenige ersetzt hätte, was er bei Einsatz seiner Mittel für die Ausführung des Auftrages hätte gewinnen können.

Für eine Entschädigung einschließlich entgangenen Gewinns im übrigen ist nur entscheidend, daß eine Vergrößerung der beim Vertragsschluß zu erwartenden Lasten durch einen Eingriff der Verwaltung für den Bauunternehmer entstanden ist. Im Falle normaler, d.h. nach dem Vertrag vorhersehbarer, Ausübung der Kontroll- und Direktionsrechte des Bauherrn entsteht keine Entschädigungspflicht des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer. Überschreitet der Bauherr allerdings diese Grenze, so kann der Bauunternehmer die zusätzlichen

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1245, Fußnote 9

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1242, Fußnote 8

Kosten und Ersatz sonstiger Nachteile (einschließlich entgangenen Gewinns) verlangen ¹⁾.

Verzögert die Verwaltung Beistellungen, so führt dies zu einer Entschädigungspflicht, die den entgangenen Gewinn mit umfaßt. Die Entschädigung wird unter dem Gesichtspunkt der "retards fautifs ou excessifs" gewährt, wenn die Beistellung nicht innerhalb vertraglich vorgesehener oder nach den Umständen angemessener Frist erfolgt. ²⁾ Da die Rechtsfolge bei fait und faute de l'administration identisch ist, entscheidet der Conseil d'Etat häufig nicht ³⁾, ob eine Pflichtverletzung vorliegt oder lediglich ein im übrigen zur Entschädigung verpflichtendes Verhalten des Bauherrn. Zu diesen Fällen gehört z.B. die Bereitstellung von Plänen oder die Bereitstellung des Grundstückes, die damit den Fällen der einseitigen Anordnung gleichgestellt sind. Eine vertragliche Vorschrift, wonach die Behörde zur Bereitstellung des Grundstückes nicht verpflichtet sei, befreit die Behörde nicht von der Verpflichtung, alles zu tun, die Bereitstellung des Grundstückes zu ermöglichen. ⁴⁾

(bb) Die Regelungen des französischen Privatrechts

Änderungen in der Art der auszuführenden Werkleistungen führen zum Ersatz der zusätzlichen Kosten (Art. 07.1.2.), die dem Wortlaut entsprechend keinen Gewinnanteil enthalten.

Die Vergrößerung des Auftragswertes führt nicht per se zu

1) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1229

2) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1231 mit weiteren Nachweisen

3) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 766, Fußnote 25

4) Laubadère, Traité, a.a.O., Rdn. 1231

einer Entschädigung, die den entgangenen Gewinn ersetzt, vielmehr grundsätzlich nur zu einer Bezahlung nach den im Vertrag vorgesehenen Preisen (Art. 07.1.1.2).¹⁾ Anders ist es, wenn der Bauunternehmer wegen der Mengenüberschreitung die Aufhebung des Vertrages verlangt; er erhält dann den Gewinn, der ihm durch die vorzeitige Auflösung entgeht (Art. 07.1.1.3 Abs. 1, 19.3 AFNOR 03-001 in Verbindung mit Art. 1184 Code Civil, also dasjenige, was er durch den geplanten Einsatz seiner Mittel hätte erlangen können. Da der Bauunternehmer jedoch vor allem dann den Vertrag lösen wollen wird, wenn er anderweitig überhaupt ein oder ein besseres Geschäft machen kann, erscheint dieser Anspruch wenig praktisch für die Durchsetzung des hier fraglichen Interesses, da dann durch die Auflösung des Vertrages dem Bauunternehmer kein Gewinn entgeht, er vielmehr erst einen Gewinn erzielen kann.

Unabhängig davon, ob der Anspruch vertraglich vorgesehen ist, führen aber Anordnungen, die die Ausführung der Leistung ändern oder zusätzliche Leistungen anordnen, zu einer zusätzlichen Entschädigung (indemnité), wobei der Begriff "indemnité" sowohl das *damnum emergens* als auch das *lucrum cessans* erfaßt²⁾. Fallgruppe hierfür ist die vertragswidrige Nutzung (Ausbeutung) des Rechtes auf Änderung (*abus du droit*³⁾), vor allem aber die Störung des zusammenhängenden Arbeitsablaufes durch die Anordnung⁴⁾.

Eine "Ausbeutung" des Anordnungsrechtes liegt in diesem Sinne vor, wenn die Anordnungen in unzusammenhängender Weise gegeben werden und dadurch zu einem längeren Stillstand der Arbeiten führen⁵⁾, d.h. der Bauherr muß - will er nicht ersatzpflichtig werden - seine Entscheidungen rechtzeitig geben und so, daß die Baustelle normal fortgeführt werden kann,

1) Montmerle/Caston, *Passation*, a.a.O., Rdn. 272

2) Montmerle/Caston, *Passation*, a.a.O., Rdn. 374

3) dies., a.a.O., Rdn. 258

4) dies., a.a.O., Rdn. 376

5) dies., a.a.O., Rdn. 257

zusammenhängend und geordnet ¹⁾. Da der entstehende Schaden nicht nur in zusätzlichen Kosten für die Arbeiten selbst, sondern auch in einer verlängerten Ausführungszeit liegt ²⁾, d.h. in einer längeren Bindung der Mittel, ist die Fallgruppe zur Durchsetzung des Bauunternehmerinteresses geeignet.

Generell sieht Art. 06.5.2.2 der Norm vor, daß der Bauherr die den Bauunternehmer betreffenden Konsequenzen zu tragen hat, wenn er ordres de service gibt, die zu einer Verlängerung oder Unterbrechung der Arbeiten führen.

Unter demselben Gesichtspunkt ist die in Art. 05.6.2 AFNOR vorgesehene Entschädigung zur Befriedigung des Bauunternehmerinteresses geeignet: Der Bauunternehmer hat Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung, wenn die im Vertrag vorgesehene Frist zur Herstellung - evt. unter Berücksichtigung von Fristverlängerungen - durch das Verschulden des Bauherrn um mehr als 1/4 verlängert ist, vorausgesetzt daß der Bauunternehmer sich den Anspruch innerhalb angemessener Frist schriftlich vorbehalten hat. Die Entschädigung umfaßt auch den durch die Verzögerung entgangenen Gewinn ¹⁾ wobei die Entschädigung auf die gesamte Verzögerungszeit gerechnet wird. ²⁾ Die Voraussetzungen betreffen nicht die Fälle des dem Bauherrn vorbehaltenen Modifikationsrechtes, da die maßgebliche Frist bei Änderungsanordnungen gem. Art. 06.5.1.3 der Norm verlängert wird, d.h. insoweit keine Fristüberschreitung entsteht. Es bleibt also insoweit bei der Preisanpassung nach Art. 7.1.1.2 der Norm. Erfasst sind vielmehr Unterbrechungsanordnungen etc.

Der Bauunternehmer kann außerdem die Auflösung des Vertrages und dadurch entgangenen Gewinn im Rahmen von Schadensersatzansprüchen zusätzlich verlangen, wenn die vom Bauherrn verursachte Unterbrechung oder der Aufschub die Arbeiten fortgesetzt wird oder zusammengenommen sechs Monate übersteigt (Art.

1) Montmerle/Caston, Passation, a.a.O., Rdn. 374

2) Montmerle/Caston, a.a.O., Rdn. 375

19.1.3).

Im Ergebnis gibt es folgende Fallgruppen, in denen der Bauunternehmer den entgangenen Gewinn, d.h. dasjenige geltend machen kann, was er bei geplantem Einsatz seiner Mittel hätte erzielen können:

- Verringerung des Auftragswertes (Art. 07.1.2.2) nach Vorbehalt der Rechte (Art. 07.1.4.2),
- Verlängerung der Ausführungszeit durch Eingriffe des Bauherrn in die Ausführung, die über den Inhalt der bloßen Anordnung zur Ausführung zusätzlicher oder modifizierender Arbeiten hinausgehen,
- 05.6.2.2, Verlängerung der Ausführungsfrist durch Unterbrechungsanordnungen,
- 06.5.2.2, Verlängerungen durch sonstige ordres de service über 1/4 der Zeit hinaus,
- Bei Aufhebungsverlangen (Vergrößerung des Auftragswertes um mehr als 1/4 durch Anordnungen nach 07.1.1.3 oder bei Verlängerung der Ausführungsfrist um mehr als sechs Monate nach 19.1.3 der Norm).

Die Regelungen des französischen Privatrechts sind weniger konsequent durchgeführt als die des C.C.A.G. im öffentlichen Bauwesen. So fehlt z.B. eine Regelung über Ersatz des entgangenen Gewinns bei Vergrößerungen des Auftragswertes. Insgesamt zeigen die Vorschriften keine Ansatzpunkte, die eine weitere Verbesserung gegenüber den Regelungen des C.C.A.G. beinhalten würden. Eine Rezeptionsmöglichkeit sehe ich nicht.

(3) Zusammenfassung:

Im Ergebnis haben sich Vorschriften des C.C.A.G. des öffentlichen Bauwesens als interessant für die Übernahme in die VOB/B erwiesen:

- Die Vorschrift über Minder- oder Mehrleistungen im Verhältnis zum Gesamtauftragswert (Art. 16 und Art. 15 C.C.A.G.),
- die Vorschriften über Minder- oder Mehrleistungen im Verhältnis zu Teilleistungen beim Einheitspreisvertrag (Art. 17 C.C.A.G.),
- die Vorschriften über Unterbrechungsanordnungen (Art. 42 C.C.A.G.).

Außerdem hat die Untersuchung erbracht, daß die Differenzierung zwischen Teilkündigung und Selbstübernahme in der VOB/B fallengelassen werden sollte.

Die Haftungsbegrenzung bei pflichtwidrigem Verhalten des Bauherrn oder des Bauunternehmers für entgangenen Gewinn auf die Fälle groben Verschuldens in § 6 Nr. 6 VOB/B bleibt unberührt.

cc) Anpassung an die durch den abweichenden Einsatz der Mittel entstehenden Kosten

Das Interesse des Bauunternehmers, zumindest die Kosten nachkalkuliert, und damit real, ersetzt zu bekommen, ist evident. Auch hierin ist ein nicht im vertraglichen Preis-Leistungsverhältnis liegender Maßstab zu sehen, denn die real durch die Abweichung begründeten Kosten lagen dem Preis nicht zugrunde, vielmehr allenfalls vorausgekalkulierte zusätzliche Belastungen.

Für den Bauunternehmer bedeutet eine Kostenerstattung für die abweichende Ausführung der Leistung verglichen mit der ursprünglich vorgesehenen, daß sein Gewinn absolut gleich bleibt, falls er mit dem Entgelt für die ursprünglich vorgesehene Ausführung einen Gewinn erzielt hätte. Die Relation von Gewinn zu Kosten verschiebt sich jedoch, der Gewinnanteil wird geringer. Oberdies ist anzunehmen, daß die Rentabilität in solchen Fällen im Regelfalle sinken wird. Eine bloße Kostenerstattung kommt daher dem Gewinnstreben des Bauunternehmers nur unvollkommen entgegen. Der Bauunternehmer wird deshalb über die Kostenerstattung hinaus den nach der ursprünglichen Preisermittlung erwarteten relativen Gewinn erstreben.

Hätte der Bauunternehmer jedoch einen Verlust erlitten, so wäre für ihn die bloße Kostenerstattung bereits von Vorteil. Der Bauunternehmer kann bei Kostenerstattung ohne Verlust seine Kapazitäten auslasten. Er wird dann nicht daran interessiert sein, möglichst kostengünstig zu produzieren, weil darin für ihn kein Vorteil liegt.

In der mangelnden Motivation des Bauunternehmers zur wirtschaftlichen Ausführung bei Kostenerstattung liegt das entgegenstehende Interesse des Bauherrn. Außerdem ist die Kostenerstattung für den Bauherrn interessenwidrig, weil er den

Miteinsatz des Bauunternehmers, nicht aber die Leistung bezahlt, d.h. er bezahlt nicht für den eigentlichen Gegenstand seines Interesses (das Bauwerk). Nur das Grundstück (einschließlich Bauwerk) kann aber im Rahmen der Finanzierung zur Sicherung herangezogen werden. Oberdies ist zumindest die auf einer Nachkalkulation basierende Kostenerstattung für den Bauherrn als Planungsgrundlage für seine Finanzierung zu spät bestimmt. Ob und in welchen Fällen das deutsche und das französische Recht dem Interesse des Bauunternehmers an Erstattung der abweichungsbedingten Mehrkosten entsprechen, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung. Um diesem Interesse des Bauunternehmers Rechnung zu tragen, sind rechtstechnisch entweder bereits bei der Preisberechnung zukünftige Abweichungen zu berücksichtigen oder Regelungen vorzusehen, die die Änderung des Preises vorsehen.

(1) Deutsches Recht

Das deutsche Recht kombiniert die beiden Wege.

(a) VOB-Vertrag

(aa) Festsetzung des Preises

Zur Festsetzung des Preises kann von vornherein im Vertrag vereinbart werden, daß das an den Bauunternehmer zu zahlende Entgelt seinen Kosten zuzüglich eines Zuschlages für Gewinn entspricht. Dies ist die Idee der Selbstkostenerstattungs-¹⁾ (VOBA § 5 Nr. 2) und der Stundenlohnverträge (§§ 5 Nr. 3 VOB/A, 15 VOB/B),²⁾

1) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., A § 5 Rdn. 21; D-P-S-St, VOB, a.a.O., Erl. Z A 5.37

2) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., A § 5 Rd. 14; D-P-S-St, VOB, a.a.O., Erl. Z A 5.50 ff

Der Vorteil dieser Entgeltabreden besteht darin, daß das Entgelt flexibel an die Tätigkeit des Unternehmers, d.h. insbesondere bei Abweichung in und bei der Leistung angepaßt wird. Nachteil ist, daß zumindest in diesem Falle kein an einem Marktwert für die Leistung (das Werk), sondern allenfalls an einem Marktwert für den entstehenden Mitteleinsatz orientierter Preis entsteht. Daher fehlt die Motivation des Unternehmers, sich kostenwirtschaftlich bezogen auf die Leistung zu verhalten. Für den Auftraggeber bedeutet diese Regelung, daß er keinen Preis für das Werk zahlt, das er erhält, sondern für die Tätigkeit des Unternehmers. Dies verwischt dogmatisch die Grenze zwischen Werk- und Dienstvertrag im Rahmen der Preisermittlung. Damit ließe sich leben. Wirtschaftlich aber ist der Auftraggeber nicht in der Lage, die für ein bestimmtes Werk in Ansatz zu bringende Kosten vor auszuplanen, da der Preis sich nicht nach dem Werk, sondern von diesem unabhängig bestimmt. Selbst wenn das Werk unverändert bleibt, ist mithin eine Planung der Finanzierung mit erheblichen Risiken behaftet. Daher bestimmt § 5 VOB/A, daß Bauleistungen grundsätzlich so vergeben werden, daß die Vergütung nach der Leistung bemessen wird (Leistungsverträge). Stundenlohnverträge sind nach der für die Bauverwaltung durch interne Dienstvorschrift als dienstliche Anweisung verbindlichen VOB/A nur bei Bauleistungen geringen Umfangs zu vergeben (§ 5 Nr. 2 VOB/A). Bauleistungen größeren Umfangs dürfen ausnahmsweise nach Selbstkosten vergeben werden, wenn sie vor der Vergabe nicht eindeutig und so erschöpfend bestimmt werden können, daß eine einwandfreie Preisermittlung möglich ist (§ 5 Nr. 3 I VOB/A).

Der Stundenlohnvertrag und der Selbstkostenerstattungsvertrag kommen dem Interesse des Bauunternehmers auf Kostenerstattung für abweichende Leistungen weitgehend entgegen. Der Anwendungsbereich dieser Entgeltabreden ist jedoch aufgrund des Wirtschaftlichkeitsstrebens des Bauherrn in der

Praxis eingeschränkt. Bei Bauvergaben staatlicher Stellen ist die Vereinbarung derartiger Entgeltabreden normativ durch das Baupreisrecht und insbesondere durch die VOB/A eingeschränkt. Wenngleich die Nichtbeachtung der VOB/A dienstrechtliche Konsequenzen für den über die Vergabe entscheidenden Beamten hat, ein Verstoß gegen baupreisrechtliche Vorschriften strafbewert ist und einen privaten Auftraggeber zumindest die wirtschaftlichen Auswirkungen treffen, so kann dennoch vermutet werden, daß diese Entgeltabreden in einem weiteren Umfang Anwendung finden, als die VOB/A vorsieht. Beide Entgelttypen setzen nicht voraus, daß die Leistung von vornherein definiert ist. Der Planungsaufwand ist damit geringer, die Abwicklung somit auch für den Bauherrn zunächst bequemer.

Anders sind Leistungsverträge zu beurteilen. Diese entsprechen dem Interesse des Bauunternehmers auf Erstattung der abweichungsbedingten Mehrkosten weder in der Form des Pauschalpreisvertrages noch in der Form des Einheitspreisvertrages.

Beim Pauschalpreisvertrag wird der - geplanten - Leistung eine Pauschalsumme als Entgelt gegenübergesetzt. Der Vorteil des Pauschalpreisvertrages besteht zunächst darin, daß die Abrechnung einfach ist. Zumindest soweit sie nicht die definierte Leistung selbst betreffen, haben Abweichungen grundsätzlich keinen Einfluß auf die Vergütung. Besteht die Leistung in der Herstellung eines Erfolges, so bleibt die Vergütung auch dann unverändert, wenn die zur Leistungserbringung notwendigen Maßnahmen sich ändern und dadurch zu Mehrkosten führen, d.h. zu Gewinnachteilen. Dies gilt im Grundsatz selbst dann, wenn die zur Änderung führenden Gründe aus dem Bereich des Bauherrn stammen. Dies führt dazu, daß im Falle von Abweichungen vom Vertrag bei unveränderter Leistung der Bauunternehmer Mehrkosten über den ursprüng-

lichen Preis hinaus grundsätzlich nicht ersetzt bekommt und damit dazu, daß der Preis nicht von der Kostenentwicklung abhängig ist. Jene Mehrkosten entstehen insbesondere bei Massenabweichungen - einer im Bauwesen häufigen Erscheinung -. In diesen Fällen wird mehr von der ursprünglich geplanten Leistungsart zur Errichtung des vereinbarten Leistungserfolges erforderlich, als ursprünglich vorgesehen.

Um das damit verbundene Risiko auf den Bauherrn zu verlagern, werden zumeist Einheitspreisverträge vereinbart. Als Entgelt sind dabei Preise je Einheit für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen zu vereinbaren. Deren - voraussichtliche - Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl ist im Vertrag anzugeben, damit der Bauunternehmer kalkulieren kann (§ 5 Nr. 1 a VOB/A), jedoch ist dieser Mengensatz nicht verbindlich. Verbindlich ist vielmehr die beschriebene Gesamtleistung. Die Abrechnung erfolgt nach den zur Erbringung dieser Leistung tatsächlich ausgeführten Mengen (§ 2 Nr. 2 VOB/B). Dies beinhaltet jedoch keine Anpassung an die tatsächliche Kostenentwicklung. Vielmehr ist der Preis ebenso wie beim Pauschalpreisvertrag an die erbrachte Leistung geknüpft. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß die Anknüpfung nicht an die Leistung insgesamt, sondern an die einzelnen Elemente der Leistung erfolgt und dadurch faktisch eher den Kosten entspricht.

Ist die Zahl der Einheiten geringer als vorgesehen, so sind zwar die Gesamtkosten geringer, jedoch wird die Vergütung nach Einheiten ("Stück") bezahlt, so daß es auf die Stückkosten ankommt. Diese sinken jedoch aufgrund des Fixkostenanteils im Regelfalle nicht entsprechend der Stückzahl. Somit wird auf das Stück bezogen das Verhältnis von Gewinn und Kosten für den Bauunternehmer ungünstiger (von dem absolut geringeren Gewinn - ein gesondert zu behandelndes Problem - abgesehen). Der Gewinn pro Stück ist geringer. Das Interesse des Unternehmers, einen Kostenausgleich zu erhalten, ist

damit nicht erfüllt.

Ist die Zahl der Einheiten größer, so ist im Regelfall für den Unternehmer ein höherer Gewinn pro Stück gegeben, weil die Stückkosten regelmäßig sinken. Er bekommt in diesem Falle mehr als den bloßen Kostenausgleich. In Ausnahmefällen können jedoch die Stückkosten überproportional steigen, so daß wiederum die Einträglichkeit pro Stück sinkt und der Auftragnehmer ein weitergehendes Interesse an einer Anpassung an die Stückkostenentwicklung hat.

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß dem Interesse des Bauunternehmers, in den Abweichungsfällen eine Anpassung an die Kostenentwicklung zu erreichen, durch die Vereinbarung eines Entgeltes nach Einheitspreisen nicht vollständig entsprochen wird. Zum einen erfolgt durch den Einheitspreisvertrag eine Anpassung nur für Fälle der Massenabweichung. Zum anderen richtet sich die Anpassung des Entgeltes nicht nach den Kosten, sondern nach der Leistung. Die Kosten sind für den Preis unerheblich. Sie spielen nur eine Rolle für die Kalkulation des Angebotes durch den Bauunternehmer. Außerdem hat die Massenabweichung häufig Einfluß auf die Entwicklung der Stückkosten.

Offen bleiben insbesondere die Fälle, in denen der Auftraggeber vom Auftragnehmer über den ursprünglichen Vertrag hinaus verlangt, im Vertrag nicht vorgesehene Leistungserfolge oder Leistungshandlungen zu erbringen. Insbesondere fallen hierunter die sog. zusätzlichen Leistungen. Für diese kann im Vertrag ein Preis eventualiter festgesetzt sein. Dann ist dieser Preis maßgeblich. Hierauf wird dann die Befriedigung der Interessen des Auftragnehmers beschränkt. Ist hingegen, wie regelmäßig, ein Preis nicht vorsorglich vereinbart, so gilt § 2 Nr. 6 VOB/B.

(bb) Anpassung des Preises

Dem Interesse des Auftragnehmers auf Anpassung an die real entstehenden Kostenänderungen wird die VOB in wenigen Fällen durch die in ihr enthaltenen Vorschriften über die Änderung der Preise gerecht:

Der Auftraggeber hat die realen Mehrkosten zu tragen, wenn durch eine unberechtigte oder unzweckmäßige Anordnung, die der Auftragnehmer trotz Geltendmachung von Bedenken nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 1, Nr. 1 Abs. 4 VOB/B¹⁾ auszuführen hat, eine ungerechtfertigte Erschwerung verursacht wird (§ 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B). Mehrkosten bedeuten in diesem Zusammenhang die nachkalkulierten real entstandenen Kosten der Ausführung abzüglich der Kosten, die nicht auf die unzweckmäßige oder unberechtigte Anordnung zurückzuführen sind, d.h. die ohne die Anordnung entstanden wären¹⁾. Zwar ist der Wortlaut derselbe, wie in §§ 2 Nrn. 3 Abs. 2, 5 und 7 VOB/B ("Mehrkosten"), jedoch geht es nicht um die Festlegung einer Vergütungsänderung, die lediglich an einer Kostenänderung orientiert wird ("unter Berücksichtigung der Mehrkosten"), sondern darum, daß der Auftraggeber Kosten "tragen" soll. Dies ergibt sich insbesondere aus der Voraussetzung, wonach eine ungerechtfertigte Erschwerung auf den Auftragnehmer zukommt. Die Kostenüberwälzung hat also den Zweck, dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die Erschwerung zu verschaffen, der er sich nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B nicht zu entziehen vermag²⁾, auch wenn er auf eine unberechtigte oder unzweckmäßige Anordnung hin Bedenken geltend macht (§ 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B). Eine ungerechtfertigte Erschwerung ist gegeben, wenn die Anordnung des Auftraggebers objektiv

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B., § 4 Rdn. 55

2) vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 4 Rdn. 55

nicht erforderlich oder unzweckmäßig war, d.h. wenn sie den zu ihrer Durchführung notwendigen Aufwand des Auftragnehmers in technischer und/oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht rechtfertigen. ¹⁾ Außer der Verursachung der ungerechtfertigten Erschwerung durch die Anordnung setzt die Vorschrift nichts voraus. Es handelt sich um eine selbständige Kostentragungsregelung, so daß die Voraussetzungen der §§ 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 VOB/B nicht ergänzend heranzuziehen sind.

Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ist meines Erachtens nicht für solche Leistungen vorzunehmen, die offensichtlich unberechtigt sind, da diese der Auftragnehmer nicht ausführen muß und daher der Zweck des § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B diese Fälle nicht erfaßt.

Folge der Regelung für den Auftragnehmer ist, daß er die Mehrkosten real bekommt - allerdings ohne Gewinnanteil - denn der Begriff der "Kosten" beinhaltet nach allgemeinem und nach betriebswirtschaftlichem Sprachsinn keinen Gewinn. Ein abweichender juristischer Sinn ist nicht ersichtlich. In vielen Fällen wird der Auftragnehmer deshalb mehr Kapital einsetzen müssen, ohne den Gewinn entsprechend steigern zu können, d.h. er verliert an betrieblicher Rentabilität. Soweit er ohne Gewinn kalkuliert hat, ist dies für ihn keine Enttäuschung. Hätte er jedoch nach der ursprünglichen Kalkulation einen Gewinn gemacht, ist sein Nachteil nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B nicht voll ausgeglichen. In diesen Fällen kann er nach § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B durch Festsetzung eines neuen Preises analog der ursprünglichen Kalkulation dennoch einen Gewinn erlangen. Meines Erachtens konkurrieren daher die Vorschriften ²⁾, d.h. der Auftragnehmer kann aus dem Anspruch vorgehen, der ihm am meisten bringt. Es ist nicht ersichtlich, daß § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 weitergehende Ansprüche nach § 2 VOB/B ausschließen soll, wenngleich der

1) Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 4, Rdn. 55 m.w.N.

2) dagegen die herrschende Meinung in der Lit., Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 4, 56 a m.w.N.

Anwendungsbereich von § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B tatbestandlich vollständig in § 2 Nr. 5 VOB/B enthalten ist. Dann nämlich stünde ein Auftragnehmer, der einen Preis mit Gewinnanteil ausgehandelt hat bei einer berechtigten Anordnung des Auftraggebers besser (nach § 2 Nr. 5) als bei einer unberechtigten Anordnung (§ 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B). Die Einschränkung des § 2 Nr. 5 auf Anordnungen, die objektiv berechtigt und zweckmäßig sind, ¹⁾ ist mit dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht vereinbar und im Hinblick auf den dargestellten Zweck der Vorschrift nicht vertretbar.

Eine weitere Vorschrift, welche in gleicher Weise die Kosten des Auftragnehmers ersetzt, ist § 2 Nr. 9 Abs. 2 VOB/B, wonach der Auftraggeber die Kosten zu tragen hat, wenn er technische Berechnungen durch den Auftragnehmer nachprüfen läßt, die dieser nicht aufgestellt hat. Diese Vorschrift ist tatbestandlich vollständig in § 2 Nr. 6 enthalten, sie geht ihr als Spezialvorschrift vor.

Im Rahmen der Preisanpassungsregelungen nach §§ 2 Nrn. 3, 5, 6 und 7 VOB/B gilt im Grundsatz, daß die Preisanpassung in Anlehnung an die Grundlagen der Preisermittlung vorgenommen wird (s.o. S. 230 ff.). Der Grundsatz gilt uneingeschränkt für die Zuschlagssätze für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis, Gewinn und Nachunternehmerleistungen ²⁾. Einschränkungen des Grundsatzes und damit eine weitergehende Berücksichtigung der Interessen des Unternehmers läßt die Praxis nur in engen Ausnahmefällen zu:

- War ein Kalkulationselement bei der ursprünglichen Kalkulation nicht korrekt bestimmt, indem es zu Unrecht nicht einbezogen oder quantitativ (nach Menge oder Preis) unzutreffend erfaßt wurde, so ist dies in der Praxis unbeacht-

1) so Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 4, Rdn. 56 a

2) Leitfaden, a.a.O., Nrn. 4.5 und 4.6

lich, es sei denn der Fehler ist so gravierend, daß das Festhalten am Preis unzumutbar wäre ¹⁾. Dies gilt gleichermaßen im Fall des Kalkulationsirrtums ²⁾ und der Verbundkalkulation ³⁾.

- Haben sich zwischen Vertragsschluß und Zeit der Preisanpassung Kalkulationselemente geändert, so wird differenziert:

Lohnerhöhungen kann der Unternehmer nur abwälzen, soweit sie ihm bei einem der vertraglichen Leistung entsprechenden Ablauf nicht betroffen hätten. ⁴⁾

Die Zeitmengenansätze sind vergleichbaren vertraglichen Leistungen oder Erfahrungssätzen zu entnehmen ⁵⁾.

Stoffkostenerhöhungen werden nur berücksichtigt, wenn die Anordnung andere Voraussetzungen für deren Beschaffung schafft. ⁶⁾

- Kommen neue Kalkulationselemente hinzu (z.B. zusätzliche Maschinen), so wird nach dem Wortlaut der Vorschriften ("Mehrkosten" oder "besondere Kosten") das Kostenelement - voraus kalkuliert - berücksichtigt ⁷⁾. Nach einer etwas vom Wortlaut entfernten Auslegung ist ein solches Kostenelement auf die bei Vertragsschluß bestehenden Bedingungen zurückzurechnen (s.o. S. 233 f.).

1) ders., a.a.O., Nr. 5; weiter Ingenstau-Korbion, VOB, a.a.O., B § 2 Rdn. 51 a (auch bei schuldhaft schlechter Planung des Bauherrn)

2) s.a. Ingenstau-Korbion, a.a.O., B § 2 Rdn. 51, 75 a, 90 einschränkend D-P-S-St, VOB, a.a.O., ErlZ B 2. 123

3) vgl. BGH VII ZR 37/72 v. 28.8.72, SF Z 2.311, 43-45 (44) zu § 2 Nr. 3 VOB/B

4) Leitfaden, a.a.O., Nr. 4.1.1.; weiter Weick in Nicklisch/Weick, VOB a.a.O., § 2 Rdn. 44 m.w.N.

5) Leitfaden, a.a.O., Nr. 4.1.4

6) Leitfaden, a.a.O., Nr. 4.2.1

7) Anm.: Insoweit unterliegt es wohl der Preisprüfung (s. § 5 Abs. 2 BauPrVO)

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Preisgestaltung bei den in der VOB vorgesehenen Leistungsverträgen für von der vertraglichen Planung abweichenden Leistungen grds. weder im Bereich der Preisfestsetzung noch der Preisanpassung nach §§ 2 Nrn. 3 Abse. 2 und 3, 5, 6 und 7 Abse. 1 und 2 VOB/B zu einem an der realen Kostensteigerung orientierten Ausgleich führen. Anders ist dies, soweit ein Selbstkostenerstattungsvertrag oder Stundenlohnvertrag vorliegt. Eine die Kosten einer Abweichung deckende Preisanpassung erfolgt dann nur, soweit diese sich aus anderen Anspruchsgrundlagen, etwa aus § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B, oder als Nachteilsausgleich durch Schadensersatzansprüche ergeben, oder der ursprüngliche Preis zumindest kostendeckend war. Die VOB/B bildet demnach in erster Linie keine realen, sondern fiktive Selbstkostenpreise für abweichende Leistungen.

Dies bedeutet, daß ein Kostenausgleich häufig nicht erfolgt, soweit eine Leistungsänderung angeordnet ist und der ursprüngliche Preis nicht kostendeckend war. Insoweit wird der - etwa durch eine Bauentwurfsänderung - entstehende Nachteil des Bauunternehmers nicht vollständig ausgeglichen. Eine Bauentwurfsänderung kann daher dazu führen, daß der Bauunternehmer zusätzliche Verluste einführt, wenn bereits sein ursprünglicher Preis verlustträchtig war. Der Nachteil wird dann nicht vollständig ausgeglichen. Nach herrschender Meinung ist dieses Ergebnis möglich. Hat etwa ein Bauunternehmer ursprünglich einen zu knappen, d.h. verlustträchtigen Preis für eine im Leistungsbeschreibung der Art nach niedergelegte Leistung akzeptiert und vergrößert sich der Umfang dieser Leistungsart durch eine Bauentwurfsänderung, so würde die Fortschreibung des ursprünglichen Preises zu einem absolut betrachtet größeren Verlust des Bauunternehmers führen, wenn nicht zumindest die Kosten voll vom Bauherrn übernommen werden. Eine Reduzierung des Anordnungsrechtes ist für den Bauherrn ungünstiger als eine Kostenübernahmepflicht.

(b) Die Regelungen des BGB-Vertrages:

Kostentragungsansprüche im Bereich des BGB-Vertrages ergeben sich im Falle des Annahmeverzuges nach § 304 BGB. Der Anspruch gilt auch im Rahmen der VOB/B-Verträge.

Im Falle von zusätzlichen Aufwendungen, die auf unberechtigte Anordnungen des Auftraggebers zurückgehen, kommt § 670, 675 BGB entsprechend in Betracht. Grundsätzlich ist die Vorschrift auf den BGB-Vertrag nicht entsprechend anwendbar. Dies ist auch bei unberechtigten Anordnungen anzunehmen, da der Auftraggeber beim BGB-Vertrag keinen Anspruch gegen den Bauunternehmer hat, unberechtigte oder unzweckmäßige Anordnungen auszuführen. Der Bauunternehmer kann sich also dadurch wehren, daß er sich schlicht nicht an die Anordnungen hält.

Soweit die Durchführung einer Abweichung als Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen ist, hat der Bauunternehmer Ansprüche auf Aufwendungsersatz nach § 683 BGB, der eine Kostenerstattung beinhaltet.

(2) Französisches Recht

(a) Französisches öffentliches Recht

In den Fällen, in denen der Bauunternehmer den entgangenen Gewinn erhält, bekommt er im Rahmen der Entschädigung auch die ihm entstehenden zusätzlichen Kosten als *damnum emergens* ersetzt. Damit sind insbesondere Ausgabenerhöhungen gemeint, die aus den Eingriffen des Bauherrn in die Abläufe auf der

Baustelle, Beeinträchtigungen der Unternehmensstruktur, nutzlos gewordene Gemeinkosten, Verluste aus Verzögerungen¹⁾ entstehen. Der Schaden wird konkret zur Zeit seiner Entstehung berechnet.

(b) Französisches Privatrecht

Im französischen Zivilrecht kann der Bauunternehmer wie im öffentlichen Recht vom Bauherrn in all denjenigen Fällen Kostenerstattung verlangen, in denen der Bauherr den entgangenen Gewinn ersetzen muß (s.o.), so bei der Verringerung des Auftragswertes (07.1.2.2 AFNOR 03-001), bei Verlängerung der Ausführungsfrist durch Eingriffe des Bauherrn in die Ausführung, die nicht bloße Anordnung zur Modifikation der Arbeiten sind (05.6.2 - Störung - 06.5.2.2 - Verlängerung der Ausführungszeit um mehr als 1/4) sowie bei berechtigtem Aufhebungsverlangen (Verlängerung der Arbeiten um mehr als sechs Monate - 19.1.3 - und/oder Vergrößerung des Auftragswertes um mehr als 1/4 05.1.1.3).

Darüber hinaus steht dem Bauunternehmer nach 07.1.3.1 der Norm ein Anspruch auf Zahlung der zusätzlich entstehenden Kosten ('frais supplémentaires') im Falle von Änderungen in der Art der auszuführenden Arbeiten zu, die der Bauherr anordnet und die weder auf einem Verschulden noch auf einer Handlung des Bauunternehmers beruhen. Voraussetzung ist allerdings, daß der Bauunternehmer die zusätzlichen Kosten nachweist und sich den Anspruch frist- und formgerecht vorbehalten hat (07.1.4.2).

1) vgl. Laubadère, Traité, a.a.O., Rd. 1327, 1250ff., 1178

(3) Im Ergebnis halte ich es für übernehmenswert, die Kosten-
erstattung in den Fällen vorzusehen, in denen auch der ent-
gangene Gewinn erstattet wird. Die Vorschriften des fran-
zösischen Privatrechts bieten dafür kein hinreichendes und
geschlossenes Konzept. Vielmehr kommen die bereits unter-
suchten Vorschriften des C.C.A.G. in Betracht.

Daraus ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag:

- Änderung in § 2 Nr. 3 Abs. 1:

"Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis
erfaßten Art der Leistung oder Teilleistung um nicht mehr
als 10 % von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt
der vertragliche Einheitspreis.

Für die über 10 % hinausgehende Überschreitung des Mengen-
ansatzes ist auf Verlangen eines Teils ein neuer Preis zu
bestimmen.

Ab einer Überschreitung aufgrund einer Anordnung des Auf-
traggebers von weiteren 10 % kann der Auftragnehmer auch
Ausgleich der ihm weiter entstehenden Nachteile verlangen."

- Änderung in Abs. 3 - Zusatz zum bisherigen Text:

"Bei Unterschreitung des Mengenansatzes aufgrund einer An-
ordnung des Auftraggebers um weitere 10 % kann der Auftragnehmer
den entgangenen Gewinn aus den weggefallenen Mengen
verlangen."

- Änderung in § 2 Nr. 6 - neuer Text

"Verringert sich durch eine Anordnung des Auftraggebers der
Auftragswert um mehr als 10 %, so kann der Bauunternehmer
Ersatz des ihm daraus entstehenden Nachteils einschl. ent-
gangenen Gewinns über den neuen Preis hinaus verlangen."

1) Anm.: Unterabs. 1 durchbricht das bisherige System des
§ 2 Nr. 3

- zusätzlicher Abs. 3:

"Vergrößert sich durch eine Anordnung des Auftraggebers der Auftragswert um mehr als 10 %, so kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber den ihm dadurch entstehenden Nachteil ersetzt verlangen.

- Einfügung als zusätzliche Nr. in § 2:

"Behält sich der Bauunternehmer den Anspruch auf Neufestsetzung des Preises und/oder Ersatz weiterer Nachteile nicht innerhalb von 15 Tagen nach der diesen Anspruch begründenden Anordnung vor, so verliert er den Anspruch."

- § 6 Nr. 8 VOB/B:

"Kündigt keine Partei den Vertrag, so kann der Bauunternehmer Ersatz der ihm entstehenden Nachteile verlangen, wenn die Unterbrechung mehr als ein Jahr dauert."

Gesamtzusammenfassung/Regelungsvorschlag

Die Untersuchung hat ergeben, daß im französischen Recht einige Regelungen für öffentliche Bauverträge bestehen, die Vorteile gegenüber den Vorschriften der VOB/B zeigen und sich zur Einfügung in die VOB/B anbieten:

- Die Änderung des Bauentwurfes durch den Bauherrn ist auf einen vertraglich definierten Maximal-Rahmen begrenzt. Die Verwendung quantitativer Begriffe erleichtert die Grenzziehung im Einzelfall.
- Das Anordnungsrecht nach C.C.A.G. des öffentlichen Bauwesens in Frankreich ermöglicht dem Bauherrn auch Eingriffe in die Durchführung. Es bildet dadurch ein Mittel für ihn, um frühzeitig technische und terminliche Probleme steuern zu können; insbesondere aber kann es ihm dazu dienen, das Entstehen von zusätzlichen Kosten im Fall von vorhergehenden Planabweichungen zu vermeiden oder zu begrenzen.
- Auf der Ausgleichsseite zeigen die C.C.A.G. ein einheitliches Rechtsfolgensystem, das nicht wie die VOB/B mit unterschiedlichen Wortlauten bei identischen Inhalten der Rechtsfolgen arbeitet.
- Die Vorschriften vermeiden die begrifflich schwierige Abgrenzung zwischen im Vertrag vorgesehener und nicht vorgesehener Leistung (§ 2 Nr. 5 bzw. 6 VOB/B) indem sie die Rechtsfolgen und weiteren Voraussetzungen in beiden Fallgruppen gleich gestalten.
- Für die Fälle, in denen die Festsetzung eines neuen Preises entsprechend dem vertraglich vorgesehenen Preis zum vollständigen Ausgleich der Nachteile des Bauunternehmers nicht hinreichend ist., enthalten die C.C.A.G. Vorschriften, die ab Erreichen von Grenzwerten diesem Interesse entsprechen.

- Das Recht zum Verlangen neuer Preise und/oder eines Nachteilsausgleichs beginnt erst ab Erreichung von Grenzwerten. Dies hat den Vorteil einer Pauschalierung und damit Vereinfachung der Abrechnung für die unter dem Grenzwert liegenden Änderungen.
- Zur Abgrenzung des Punktes, ab dem ein neuer Preis und/oder zusätzlich entgangener Gewinn- und Kostenersatz verlangt werden können, verwendet das französische Recht in weiterem Umfang als die VOB/B quantitative Begriffe. Diese haben gegenüber qualitativen und komparativen Begriffen häufig Vorteile hinsichtlich der Verlässlichkeit ihrer Anwendung. So ist es auch bei einigen der untersuchten Regelungen.
- Falls Anordnungen des Auftraggebers zur Preis- oder Zeitänderungen führen, sieht das französische Recht ein effizienteres Kommunikationssystem vor als die VOB/B. Es kanalisiert Konflikte, indem es bei möglichen Interessenkonflikten Mitteilungspflichten vorsieht; insbesondere hat der Bauunternehmer die Obliegenheit, sich seine Ansprüche auf Grund von Anordnungen des Bauherrn alsbald vorzubehalten. Verletzt der Bauunternehmer diese Regel, dann verliert er seinen Anspruch. Der Bauherr wird dadurch gegen überraschende Mehrforderungen besser geschützt als im deutschen Recht.

Die Nachteile der öffentlich- rechtlichen französischen Regelungen sehe ich im wesentlichen auf folgenden Gebieten:

- Die Sprache der VOB/B ist knapper und prägnanter,
- die Systematik der VOB/B ist (sieht man von den in den letzten Jahrzehnten eingefügten Änderungen § 2 Nrn. 4,7, 9 und 10 ab) subtiler,
- die VOB/B vermeidet Formalismen,

damit liegen Stärken und Schwächen der VOB/B im Vergleich mit den französischen öffentlich- rechtlichen Vorschriften eng nebeneinander. Dies ist bei der Übernahme von Regelungen zu berücksichtigen.

Als ungeeignet für eine Rezeption erwiesen sich die im französischen Privatrecht bestehenden AFNOR-Verträge. Sie sind lückenhaft und wenig systematisch konzipiert. Auch treten sie im Hinblick auf die Ausgewogenheit der zu Gunsten und zu Lasten der Parteien enthaltenen Regelungen hinter die öffentlich- rechtlichen Vorschriften zurück.

Die in der Untersuchung entwickelten einzelnen Änderungen und Ergänzungen zu den in der VOB/B vorgesehenen Vorschriften sollen einen Beitrag zur Weiterentwicklung der VOB/B liefern. Diese Vorschläge sind im folgenden zusammengestellt:

§ 1 Nr. 3:

Abs. 1: "Dem Auftraggeber bleibt vorbehalten, Änderungen der Leistung in Art und Umfang anzuordnen. Die Anordnung ist nur verbindlich, wenn sie schriftlich erfolgt.

Abs. 2: " Die Anordnung trifft der Auftraggeber nach billigem Ermessen. Umstände, die den Betrieb des Auftragnehmers betreffen, insbesondere die dem Auftragnehmer zur Verfügung stehenden Mittel, braucht er nur dann zu berücksichtigen, wenn er sie kennt, sie offensichtlich sind oder der Auftragnehmer sie ihm innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Anordnung mitteilt."

Abs. 3: "Der Auftragnehmer kann die Ausführung einer Anordnung verweigern, wenn sie ggfl. zusammen mit früheren oder gleichzeitigen Anordnungen zu einer Erhöhung des Auftragswertes gegenüber dem ursprünglichen um 1/3 führt und er sich sein Weigerungsrecht innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt der Anordnung schriftlich gegenüber dem Auftraggeber vorbehält."

Abs. 4: "Der ursprüngliche Auftragswert wird nach den im Vertrag vorgesehenen Preisen und Mengen bestimmt, zuzüglich eventueller Nachtragsvereinbarungen. Der Betrag, um den der Auftragswert steigen würde, wird nach den vertraglichen Vorschriften über den Preis der Leistung berechnet."

§ 2 Nr. 3:

Abs. 1: "Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfaßten Art der Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als 10 % von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis."

Abs. 2: "Für die über 10 % hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen eines Teils ein neuer Preis zu bestimmen.

Ab einer Überschreitung aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers von weiteren 10 % kann der Auftragnehmer auch Ausgleich der ihm weiter entstehenden Nachteile verlangen."

Abs. 3: ".....(alter Text)

Bei Überschreitung des Mengenansatzes aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers um weitere 10 % kann der Auftragnehmer den entgangenen Gewinn aus den weggefallenen Mengen verlangen."

§ 2 Nr. 4:

Behält sich der Bauunternehmer den Anspruch auf Neufestsetzung des Preises und/oder Ersatz weiterer Nachteile nicht innerhalb von 15 Tagen nach der diesen Anspruch begründenden Anordnung vor, so verliert er den Anspruch.

§ 2 Nr. 5:

Abs. 1: "Soweit eine Anordnung des Auftraggebers die Grundlagen eines im Vertrag vorgesehenen Preises ändert, ist auf Verlangen eines Teils der Preis neu zu bestimmen."

Abs. 2: "Ordnet der Auftraggeber die Ausführung einer Leistung an, die von dem im Vertrag vorgesehenen Preis nicht abgegolten ist, so kann der Auftragnehmer für diese Leistung einen neu festgesetzten Preis verlangen."

§ 2 Nr. 6:

Abs. 1: "Verringert sich durch eine Anordnung des Auftraggebers der Auftragswert um mehr als 10 %, so kann der Bauunternehmer Ersatz des ihm daraus entgangenen Gewinns über den neuen Preis hinaus verlangen."

Abs. 2: "Vergrößert sich durch eine Anordnung des Auftraggebers der Auftragswert um mehr als 10 %, so kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber den ihm dadurch entstehenden Nachteil ersetzt verlangen."

§ 2 Nr. 7:

"Der Auftragnehmer kann einen neuen Preis nach § 2 Nr. 3 Abs. 2, 5 und 6 nur dann vom Auftraggeber verlangen, wenn er sein Verlangen dem Auftraggeber vor Beginn der Ausführung mit der den neuen Preis begründenden Leistung nach Grund und Höhe angekündigt hat.

Der Auftraggeber verliert Einwendungen gegen die Forderung des Auftragnehmers, wenn er sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Ankündigung und Kenntnis der Neuberechnung des Preises durch den Auftragnehmer vorbehalten hat."

§ 2 Nr. 9:

"Schuldet der Auftraggeber einen Preis, der im Vertrag nicht bestimmt ist, so ist dieser Preis vom Auftragnehmer nach den Grundlagen für die Ermittlung der vertraglich vorgesehenen Preise unter Berücksichtigung der zu erwartenden Mehr- oder den Mehr- oder Minderkosten vor Ausführung der mit dem Preis abzugelenden Leistung zu bestimmen."

§ 2 Nr. 10:

"Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer nach Abschluß des Vertrages verlangen, daß dieser ihm die Grundlagen der Preisermittlung für die vertraglichen Leistungen vorlegt. Dabei

hat er Kostenschätzungen vorzulegen, die beim Einheitspreisvertrag enthalten:

1. die direkten Kosten, aufgegliedert in Löhne und Gehälter und Spesen, Lohnnebenkosten, Materialkosten, Kosten der Betriebsmittel und Verbrauchsgüter,
2. Gemeinkosten ausgedrückt als Prozentsatz von 1. und gesondertem Ausweis der Steuern und sonstigen Abgaben, außer MWSt,
3. Gewinn und Wagnisanteil, ausgedrückt als Prozentsatz von 1. und 2.

Beim Pauschalpreisvertrag enthalten die Kostenschätzungen Aufgliederungen der auszuführenden Werkleistung in Einzelpositionen mit Mengenangaben für die Leistung und kalkulierte Preise. Zu den Preisen sind die Prozentsätze nach 2. und 3. des vorgehenden Absatzes anzugeben.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, dem Auftraggeber ergänzend die Auskünfte und Belege zu geben, die dieser für eine Prüfung nachträglicher Preisbestimmungen braucht."

§ 4 Nr. 1:

Abs. 3: "Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Nr. 2) Anordnungen auch zur Ausführung der Leistung zu treffen. Soweit die Anordnung zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung nicht notwendig ist, kann der Auftragnehmer ihre Ausführung ablehnen, wenn die im Betrieb des Auftragnehmers vorhandenen Mittel nach Art und Menge nicht hinreichen, um die Anordnung zur vorgesehenen Zeit auszuführen"

Abs. 5: "Einwendungen gegen die Anordnungen hat der Bauunternehmer schriftlich gegenüber dem Bauherrn innerhalb von 14

Tagen nach der Anordnung geltend zu machen, sonst verliert er sie."

§ 6 Nr. 2:

Abs. 1: "Wird eine Verzögerung oder Unterbrechung der Arbeiten durch

- a) eine Anordnung des Auftraggebers oder andere vom Auftraggeber zu vertretende Umstände,
- b) einen Streik ... (unverändert)...., oder
- c) höhere Gewalt oder andere vom Auftragnehmer unabwendbare Umstände,

verursacht, so gilt die Ausführungsfrist als um die Dauer der Verzögerung oder Unterbrechung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die Verschiebung in eine ungünstigere Zeit verlängert.

Auf Anordnung des Auftraggebers ist der Auftragnehmer verpflichtet, die ursprünglich vorgesehene Ausführungsfrist einzuhalten, es sei denn, die dazu erforderlichen Mittel sind in seinem Betrieb nicht vorhanden und auch nicht rechtzeitig zu angemessenen Bedingungen zu beschaffen und er verweigert die Ausführung dieser Anordnung innerhalb von 15 Tagen nach deren Zugang schriftlich gegenüber dem Auftraggeber."

Abs. 2: (unverändert)

Abs. 3: "Die Verlängerung der Ausführungsfrist setzt voraus, daß der Auftragnehmer sich die Verlängerung innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntwerden des die Verlängerung begründenden

den Umstandes unter Angabe der dadurch erforderlichen Verlängerung schriftlich gegenüber dem Auftraggeber vorbehält, es sei denn, der Auftragnehmer hätte die dazu erforderlichen Tatsachen innerhalb der Vorbehaltsfrist nicht erkennen können. Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber die erforderliche Verlängerung zu begründen und zu belegen."

§ 6 Nr. 6 a:

"Der Auftraggeber kann eine Unterbrechung der Ausführung der Leistung des Auftragnehmers anordnen. Eine Handlung, die zur Bewirkung der Leistung des Auftragnehmers erforderlich ist, braucht der Auftraggeber während einer von ihm angeordneten Unterbrechung nicht vorzunehmen."

§ 6 Nr. 8 VOB/B:

"Kündigt keine Partei den Vertrag, so kann der Bauunternehmer Ersatz der ihm entstehenden Nachteile verlangen, wenn die Unterbrechung mehr als ein Jahr dauert."

§ 8 Nr. 1:

Abs. 1 nach "jeder Zeit den Vertrag", wie folgt zu ergänzen:
"Abtrennbare Teile der Leistung oder einzelne Leistungen ...",

Abs. 2: "Dem Auftragnehmer steht für die gekündigte Leistung die vereinbarte Vergütung insoweit zu, als er beweist, daß er infolge der Aufhebung des Vertrages weder Kosten spart noch durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebes etwas erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt."

A n n e x

Wortlaut zitierter, für die Untersuchung wesentlicher
französischer Vorschriften

Article 2.

Le ministre de l'économie et le ministre du budget sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 18 mars 1981.

RAYMOND BARRE.

Par le Premier ministre :
Le ministre de l'économie,
RENÉ MONORY.

Le ministre du budget,
MAURICE PAPON.

CAHIER DES CLAUSES ADMINISTRATIVES GÉNÉRALES
APPLICABLES AUX MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX (1)

SOMMAIRE

CHAPITRE I^{er}

Généralités.

	Pages.
Article 1 ^{er} . — Champ d'application	1
Article 2. — Définition et obligations générales des parties contractantes	1
2.1. Maître de l'ouvrage. — Personne responsable du marché. — Maître d'œuvre.	1
2.2. Entrepreneur	1
2.3. Entrepreneurs groupés	2
2.4. Sous-traitance	3
2.5. Ordres de service.....	4
2.6. Marchés à tranches conditionnelles.....	5
2.7. Convocations de l'entrepreneur. — Rendez-vous de chantier.....	5
Article 3. — Pièces contractuelles.....	5
3.1. Pièces constitutives du marché. — Ordre de priorité.....	5
3.2. Pièces contractuelles postérieures à la conclusion du marché.....	6
3.3. Pièces à délivrer à l'entrepreneur. — Nantissement	6
Article 4. — Cautionnement ou retenue de garantie. — Assurances	7
4.1. Cautionnement	7
4.2. Retenue de garantie.....	8
4.3. Assurances	8
Article 5. — Décompte des détails. — Formes des notifications.	8
Article 6. — Propriété industrielle ou commerciale.....	8
Article 7. — Travaux intéressant la défense.....	9
Article 8. — Contrôle des prix de revient.....	10
Article 9. — Protection de la main-d'œuvre et condition du travail	10

CHAPITRE II

Prix et règlement des comptes.

Article 10. — Contenu et caractère des prix.....	11
10.1. Contenu des prix.....	11
10.2. Distinction des prix forfaitaires et des prix unitaires.....	12
10.3. Décompositions et sous-détails des prix.	12
10.4. Variation dans les prix.....	13

(1) Modifié par décret n° 76-625 du 5 juillet 1976 (J. O. du 11 juillet 1976), par décret n° 81-99 du 3 février 1981 (J. O. du 6 février 1981) et par décret n° 81-271 du 18 mars 1981 (J. O. du 27 mars 1981).

	Pages.
Article 11. — Rémunération de l'entrepreneur.....	14
11.1. Règlement des comptes.....	14
11.2. Travaux à l'entreprise.....	14
11.3. Travaux en régie.....	15
11.4. Approvisionnements	15
11.5. Avances	15
11.6. Actualisation ou revision des prix.....	15
11.7. Intérêts moratoires.....	16
11.8. Rémunération en cas de tranches conditionnelles	16
11.9. Rémunération en cas d'entrepreneurs groupés ou de sous-traitants payés directement	16
Article 12. — Constatations et contrats contradictoires.....	17
Article 13. — Modalités de règlement des comptes.....	18
13.1. Décomptes mensuels.....	18
13.2. Acomptes mensuels.....	19
13.3. Décompte final.....	21
13.4. Décompte général. — Solde.....	22
13.5. Règlement en cas d'entrepreneurs groupés ou de sous-traitants payés directement	23
13.6. Réclamation ou action directe d'un sous-traitant	25
Article 13 bis. — Modalités complémentaires de règlement pour les marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial.....	25
Article 14. — Règlement du prix des ouvrages ou travaux non prévus.....	26
Article 15. — Augmentation dans la masse des travaux.....	26
Article 16. — Diminution dans la masse des travaux.....	28
Article 17. — Changement dans l'importance des diverses natures d'ouvrages.....	29
Article 18. — Pertes et avaries.....	30

CHAPITRE III

Délais.

Article 19. — Fixation et prolongation des délais.....	31
19.1. Délais d'exécution.....	31
19.2. Prolongation des délais d'exécution....	31
19.3. Prolongation ou report des délais en matière de tranches conditionnelles..	32
Article 20. — Pénalités, primes et retenues.....	32

CHAPITRE IV

Réalisation des ouvrages.

Article 21. — Provenance des matériaux et produits.....	34
Article 22. — Lieux d'extraction ou d'emprunt des matériaux.	34
Article 23. — Qualité des matériaux et produits. — Application des normes.....	35

	Pages.
Article 24. — Vérification qualitative des matériaux et produits. — Essais et épreuves.....	35
Article 25. — Vérification quantitative des matériaux et produits	37
Article 26. — Prise en charge, manutention et conservation par l'entrepreneur des matériaux et produits fournis par le maître de l'ouvrage dans le cadre du marché	37
Article 27. — Plan d'implantation des ouvrages et piquetages.	
27.1. Plan général d'implantation des ouvrages	39
27.2. Piquetage général.....	39
27.3. Piquetage spécial des ouvrages souterrains ou enterrés.....	39
27.4. Procès-verbaux de piquetage. — Conservation des piquets.....	39
27.5. Piquetages complémentaires.....	40
Article 28. — Préparation des travaux.....	40
28.1. Période de préparation.....	40
28.2. Programme d'exécution.....	40
28.3. Plan de sécurité et d'hygiène.....	40
Article 29. — Plans d'exécution. — Notes de calculs. — Etudes de détail.....	40
29.1. Documents fournis par l'entrepreneur.	40
29.2. Documents fournis par le maître d'œuvre	41
Article 30. — Modifications apportées aux dispositions contractuelles	41
Article 31. — Installation, organisation, sécurité et hygiène des chantiers.....	42
31.1. Installation des chantiers de l'entreprise	42
31.2. Lieux de dépôt des déblais en excédent.	42
31.3. Autorisations administratives.....	42
31.4. Sécurité et hygiène des chantiers.....	43
31.5. Signalisation des chantiers à l'égard de la circulation publique.....	43
31.6. Maintien des communications et de l'écoulement des eaux.....	44
31.7. Sujétions spéciales pour les travaux exécutés à proximité des lieux habités, fréquentés ou protégés.....	44
31.8. Sujétions spéciales pour les travaux exécutés à proximité des câbles ou ouvrages souterrains de télécommunications	44
31.9. Démolition des constructions.....	45
31.10. Emploi des explosifs.....	45
Article 32. — Engins explosifs de guerre	45
Article 33. — Matériaux, objets et vestiges trouvés sur les chantiers	46
Article 34. — Dégradations causées aux voies publiques.....	46

	Pages.
Article 35. — Dommages divers causés par la conduite des travaux ou les modalités de leur exécution.	47
Article 36. — Mesures d'éviction à l'encontre du personnel...	47
Article 37. — Enlèvement du matériel et des matériaux sans emploi	47
Article 38. — Essais et contrôles des ouvrages.....	48
Article 39. — Vices de construction.....	48
Article 40. — Documents fournis après exécution.....	48

CHAPITRE V

Réception et garanties.

Article 41. — Réception	49
Article 42. — Réceptions partielles.....	51
Article 43. — Mise à disposition de certains ouvrages ou parties d'ouvrages.....	51
Article 44. — Garanties contractuelles.....	52
44.1. Délai de garantie.....	52
44.2. Prolongation du délai de garantie.....	52
44.3. Garanties particulières.....	53
Article 45. — Responsabilités résultant des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil	53

CHAPITRE VI

Résiliation du marché. — Interruption des travaux.

Article 46. — Résiliation du marché.....	53
Article 47. — Décès, incapacité, règlement judiciaire ou liquidation des biens de l'entrepreneur.....	54
Article 48. — Ajournement et interruption des travaux.....	55

CHAPITRE VII

Mesures coercitives. — Règlement des différends et des litiges.

Article 49. — Mesures coercitives.....	56
Article 50. — Règlement des différends et des litiges.....	58
50.1. Intervention de la personne responsable du marché.....	58
50.2. Intervention du maître de l'ouvrage... ..	58
50.3. Procédure contentieuse.....	58
50.4. Intervention d'un comité consultatif de règlement amiable.....	59
50.5. Règlement des différends et litiges en cas d'entrepreneurs groupés conjoints.	59

CHAPITRE 1^{er}

Généralités.

Article 1^{er}.

Champ d'application.

Les stipulations du présent cahier des clauses administratives générales (C.C.A.G.) s'appliquent aux marchés qui s'y réfèrent expressément.

Article 2.

Définitions et obligations générales des parties contractantes.

2.1. Maître de l'ouvrage. — Personne responsable du marché. — Maître d'œuvre :

Au sens du présent document :

Le « maître de l'ouvrage » est la personne morale pour le compte de laquelle les travaux sont exécutés ;

La « personne responsable du marché » est le représentant légal du maître de l'ouvrage ou la personne physique désignée par le maître de l'ouvrage pour le représenter dans l'exécution du marché ;

Le « maître d'œuvre » est la personne physique ou morale qui, pour sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou par la personne responsable du marché de diriger et de contrôler l'exécution des travaux et de proposer leur réception et leur règlement ; si le maître d'œuvre est une personne morale, il désigne une personne physique qui a seule qualité pour le représenter, notamment pour signer les ordres de service.

2.2. Entrepreneur :

2.2.1. Représentation de l'entrepreneur :

Dès notification du marché, l'entrepreneur désigne une personne physique qui le représente vis-à-vis de la personne responsable du marché et du maître d'œuvre pour tout ce qui concerne l'exécution du marché ; cette personne, chargée de la conduite des travaux, doit avoir les pouvoirs suffisants pour prendre sans retard les décisions nécessaires.

A défaut d'une telle désignation, l'entrepreneur, s'il est une personne physique, ou son représentant légal, s'il est une personne morale, est réputé personnellement chargé de la conduite des travaux.

2.22. Domicile de l'entrepreneur :

L'entrepreneur est tenu d'élire domicile à proximité des travaux et de faire connaître l'adresse de ce domicile à la personne responsable du marché et au maître d'œuvre. Faute par lui d'avoir satisfait à cette obligation dans un délai de quinze jours à dater de la notification du marché, toutes les notifications qui se rapportent au marché sont valables lorsqu'elles ont été faites à la mairie de la commune désignée à cet effet par le cahier des clauses administratives particulières (C.C.A.P.) ou, à défaut de cette désignation, à la mairie du lieu principal des travaux.

Après la réception des travaux, l'entrepreneur est relevé de l'obligation indiquée à l'alinéa qui précède ; toute notification lui est alors valablement faite au domicile ou au siège social mentionné dans l'acte d'engagement.

2.23. L'entrepreneur est tenu de notifier immédiatement à la personne responsable du marché les modifications survenant au cours de l'exécution du marché, qui se rapportent :

- Aux personnes ayant le pouvoir d'engager l'entreprise ;
- A la forme de l'entreprise ;
- A la raison sociale de l'entreprise ou à sa dénomination ;
- A l'adresse du siège de l'entreprise ;
- Au capital social de l'entreprise,

et généralement toutes les modifications importantes du fonctionnement de l'entreprise.

2.3. Entrepreneurs groupés :

2.31. Au sens du présent document, des entrepreneurs sont considérés comme groupés s'ils ont souscrit un acte d'engagement unique.

Il existe deux sortes d'entrepreneurs groupés : les entrepreneurs groupés solidaires et les entrepreneurs groupés conjoints.

Les entrepreneurs groupés sont solidaires lorsque chacun d'eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses partenaires ; l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des entrepreneurs, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de la personne responsable du marché et du maître d'œuvre, pour l'exécution du marché.

Les entrepreneurs groupés sont conjoints lorsque, les travaux étant divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs, chacun d'eux est engagé pour le ou les lots qui lui sont assignés ; l'un d'entre eux, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, est solidaire de chacun des autres dans les obligations contractuelles de celui-ci à l'égard du maître de l'ouvrage jusqu'à la date, définie au 1 de l'article 44, à laquelle ces obligations prennent fin. Le mandataire représente, jusqu'à la date ci-dessus, l'ensemble des entrepreneurs conjoints, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de la personne responsable du marché et du maître d'œuvre, pour l'exécution du marché. Il assure, sous sa responsabilité, la coordination de ces entrepreneurs en assumant les tâches d'ordonnement et de pilotage des travaux.

Dans le cas où l'engagement n'indique pas si les entrepreneurs groupés sont solidaires ou conjoints :

Si les travaux sont divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs et si l'un de ces derniers est désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, les entrepreneurs sont conjoints ;

Si les travaux ne sont pas divisés en lots dont chacun est assigné à l'un des entrepreneurs ou si l'acte d'engagement ne désigne pas l'un de ces derniers comme mandataire, les entrepreneurs sont solidaires.

Dans le cas d'entrepreneurs groupés solidaires, si le marché ne désigne pas l'entrepreneur mandataire, celui qui est énuméré le premier dans l'acte d'engagement est le mandataire des autres entrepreneurs.

2.32. Les stipulations des 21, 22 et 23 du présent article sont applicables à chacun des entrepreneurs groupés.

2.4. Sous-traitance.

(Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 2)

« 2.41. L'entrepreneur peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de la personne responsable du marché l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance.

« A l'appui de cette demande, il remet à la personne responsable du marché une déclaration mentionnant notamment :

« La nature des prestations dont la sous-traitance est envisagée ;

« Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé ;

« Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et le montant envisagé.

« Le sous-traitant ne peut être accepté que s'il est justifié qu'il a contracté une assurance garantissant sa responsabilité à l'égard des tiers comme il est dit au 3 de l'article 4.

« 2.42. Le silence de la personne responsable du marché, gardé pendant vingt et un jours, vaut décision de rejet.

« La personne responsable du marché ne peut revenir sur ce rejet implicite qu'avec l'accord de l'entrepreneur.

« 2.43. Lorsqu'un sous-traitant doit être payé directement, l'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement, si elles ne sont pas prévues dans le marché, sont constatés dans un avenant ou dans un acte spécial signé par la personne responsable du marché et par l'entrepreneur qui précise :

« La nature des prestations sous-traitées ;

« Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant ;

« Le montant des sommes à payer directement au sous-traitant ;

« Les modalités de règlement de ces sommes.

« Dans le cas d'un marché passé avec les entrepreneurs groupés, la signature de tous les entrepreneurs cocontractants peut être valablement remplacée sur l'acte spécial par celles du mandataire prévu au 3 du présent article et de l'entrepreneur qui a conclu le contrat de sous-traitance.

« L'acceptation et l'agrément ne valent que dans la limite du montant déterminé dans les conditions prévues au 51 de l'article 13.

- 2.44. Dès la signature de l'avenant ou de l'acte spécial, l'entrepreneur remet au sous-traitant une copie de la partie de l'avenant, ou de l'acte spécial, concernant la sous-traitance.
- 2.45. Dès que l'acceptation et l'agrément ont été obtenus, l'entrepreneur fait connaître au maître d'œuvre le nom de la personne physique qualifiée pour représenter le sous-traitant et le domicile élu par ce dernier à proximité des travaux.
- 2.46. En cours d'exécution, l'entrepreneur est tenu de notifier sans délai à la personne responsable du marché les modifications, mentionnées au 23 du présent article, concernant les sous-traitants.
- 2.47. La validité de l'avenant ou de l'acte spécial est subordonnée, le cas échéant, à l'accomplissement des formalités nécessaires à la réduction du nantissement.
- 2.48. En cas de sous-traitance, l'entrepreneur demeure personnellement responsable du respect de toutes les obligations résultant du marché, tant envers le maître de l'ouvrage qu'envers les ouvriers.
- 2.49.1 Le recours à la sous-traitance, sans acceptation préalable du sous-traitant et sans agrément préalable des conditions de paiement, expose l'entrepreneur à l'application des mesures prévues à l'article 49. Il en est de même si l'entrepreneur a fourni en connaissance de cause des renseignements inexacts à l'appui de sa demande prévue au 41 du présent article.
- 2.49.2 L'entrepreneur est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance et ses avenants éventuels à la personne responsable du marché lorsque celle-ci en fait la demande. Si, sans motif valable, il n'a pas rempli cette obligation quinze jours après avoir été mis en demeure de le faire, il encourt une pénalité journalière de 1/1 000 du montant du marché ; en outre, le défaut de communication du contrat de sous-traitance un mois après cette mise en demeure expose l'entrepreneur à l'application des mesures prévues à l'article 49.

2.5. Ordres de service :

- 2.51. Les ordres de service sont écrits ; il sont signés par le maître d'œuvre, datés et numérotés.

Ils sont adressés en deux exemplaires à l'entrepreneur ; celui-ci renvoie immédiatement au maître d'œuvre l'un des deux exemplaires après l'avoir signé et y avoir porté la date à laquelle il l'a reçu.

2.52. Lorsque l'entrepreneur estime que les prescriptions d'un ordre de service appellent les réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion, les présenter par écrit au maître d'œuvre dans un délai de quinze jours décompté ainsi qu'il est précisé à l'article 5.

A l'exception des seuls cas que prévoient le 22 de l'article 15 et le 6 de l'article 46, l'entrepreneur se conforme strictement aux ordres de service qui lui sont notifiés, qu'ils aient ou non fait l'objet de réserves de sa part.

2.53. Les ordres de service relatifs à des travaux sous-traités sont adressés à l'entrepreneur, qui a seul qualité pour présenter des réserves.

2.54. En cas d'entrepreneurs groupés, les ordres de service sont adressés au mandataire, qui a seul qualité pour présenter des réserves.

2.6. Marchés à tranches conditionnelles :

Le marché peut comporter des tranches conditionnelles dont l'exécution est subordonnée, pour chacune d'entre elles, à la notification à l'entrepreneur, par ordre de service, de la décision de la personne responsable du marché prescrivant.

Si cet ordre de service n'a pas été notifié à l'entrepreneur dans le délai imparti par le marché, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur sont, à l'expiration de ce délai, déliés de toute obligation pour cette tranche conditionnelle, sans préjudice de l'application des stipulations du 8 de l'article 11.

2.7. Convocations de l'entrepreneur. — Rendez-vous de chantier :

L'entrepreneur ou son représentant se rend dans les bureaux du maître d'œuvre ou sur les chantiers toutes les fois qu'il en est requis. Il est accompagné, s'il y a lieu, de ses sous-traitants.

En cas d'entrepreneurs groupés, l'obligation définie à l'alinéa qui précède s'applique au mandataire et à chacun des autres cotraitants.

Article 3.

Pièces contractuelles.

3.1. Pièces constitutives du marché. — Ordre de priorité :

3.11. Les pièces constitutives du marché comprennent :

- l'acte d'engagement ;
- le cahier des clauses administratives particulières (C.C.A.P.) ;
- le cahier des clauses techniques particulières (C.C.T.P.) contenant la description des ouvrages et les spécifications techniques ;
- lorsque ces pièces sont mentionnées comme pièces contractuelles, les documents tels que plans, notes de calculs, cahier des sondages, dossier géotechnique ;

— à moins que le marché ne prévoie le règlement de la totalité des prestations par un prix forfaitaire unique, l'état des prix forfaitaires, le bordereau des prix unitaires ou la série de prix qui en tient lieu ;

— sous réserve de la même exception, le détail estimatif ;

— lorsque ces pièces sont mentionnées comme pièces contractuelles, les décompositions de prix forfaitaires et les sous-détails de prix unitaires ;

— le ou les cahiers des clauses techniques générales (C. C. T. G.) applicables aux prestations faisant l'objet du marché ;

— le cahier des clauses administratives générales (C.C.A.G.) applicables aux marchés publics de travaux.

Les textes des C. C. T. G. et C. C. A. G. à retenir sont ceux qui sont en vigueur le premier jour du mois d'établissement des prix défini au 45 de l'article 10.

3.12. En cas de contradiction ou de différence entre les pièces constitutives du marché, ces pièces prévalent dans l'ordre où elles sont énumérées ci-dessus.

Toutefois, toute dérogation aux dispositions des C. C. T. G. et du C. C. A. G. qui n'est pas clairement définie et, en outre, récapitulée comme telle dans le dernier article du C. C. A. P. est réputée non écrite. Ne constitue pas une dérogation aux C. C. T. G. ou au C. C. A. G. l'adoption, sur un point déterminé, de stipulations différentes de celles qu'indiquent ces cahiers lorsque, sur ce point, ceux-ci prévoient expressément la possibilité pour les marchés de contenir des stipulations différentes.

3.2. Pièces contractuelles postérieures à la conclusion du marché :

Après sa conclusion, le marché est éventuellement modifié par :

Les avenants ;

Les états supplémentaires de prix forfaitaires et les bordereaux supplémentaires de prix unitaires établis dans les conditions prévues à l'article 14. (Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 3.) « Les actes spéciaux établis dans les conditions prévues au 43 de l'article 2. »

3.3. Pièces à délivrer à l'entrepreneur. — Nantissement :

3.31. Dès la notification du marché, la personne responsable du marché délivre sans frais à l'entrepreneur, contre reçu, une expédition certifiée conforme de l'acte d'engagement et des autres pièces que mentionne le 11 du présent article à l'exclusion des C. C. T. G. et C. C. A. G. Il en est de même, dès leur signature, pour les pièces que mentionne le 2 du présent article.

3.32. (Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 4.) « La personne responsable du marché délivre également, sans frais, à l'entrepreneur, aux cotraitants et aux sous-traitants payés directement, les pièces qui leur sont nécessaires pour le nantissement de leurs créances. »

Article 4.

Cautionnement ou retenue de garantie. — Assurances.

4.1. Cautionnement :

4.11. Si le C.C.A.P. fixe un cautionnement, l'entreprise doit le constituer dans les vingt jours de la notification du marché.

Si le cautionnement doit être constitué ou augmenté en application d'un avenant ou d'une décision de la personne responsable du marché, intervenant comme il est dit au 13 du présent article, l'entrepreneur doit effectuer cette opération dans les vingt jours de la notification de l'avenant ou de la décision qui la prescrit.

En cas de prélèvement sur le cautionnement, pour quelque motif que ce soit, l'entrepreneur doit aussitôt le reconstituer.

4.12. L'absence de constitution du cautionnement ou, s'il y a lieu, de son augmentation ou de sa reconstitution, fait obstacle au mandatement des sommes dues à l'entrepreneur, à moins que celui-ci ne s'engage à affecter directement ces sommes à la régularisation du cautionnement.

4.13. S'il n'est pas fixé de cautionnement, ou si le cautionnement fixé n'atteint par cinq pour cent du montant du marché, tel que ce montant résulte de l'acte d'engagement et des avenants éventuels, la taxe à la valeur ajoutée étant incluse, une décision de la personne responsable du marché, notifiée par ordre de service, peut prescrire la constitution d'un cautionnement ou l'augmentation du cautionnement constitué, sans pouvoir dépasser la limite de cinq pour cent ci-dessus définie, dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

A la date d'expiration du délai contractuel d'exécution des travaux, si ceux-ci ne sont pas terminés du fait de l'entrepreneur ;

En fin de chantier si, l'entrepreneur ayant demandé la réception des travaux, celle-ci est refusée ou prononcée avec réserves.

Les stipulations de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas s'il est indiqué dans le C.C.A.P. qu'il n'y a pas de délai de garantie.

Si une réglementation spéciale est applicable à l'entrepreneur en matière de cautionnement, celui-ci ne peut excéder le maximum prévu par ladite réglementation.

4.14. La constitution du cautionnement, son augmentation ou sa reconstitution sont constatées par la remise, à la personne responsable du marché, du récépissé du dépôt des fonds ou titres.

4.15. Le remplacement du cautionnement par une caution personnelle et solidaire, dans les conditions prévues par les règlements, peut intervenir, soit à l'origine, soit à tout moment. Si le cautionnement a déjà été constitué, il en est alors donné mainlevée.

4.16. Le cautionnement est restitué ou la caution qui le remplace libérée, dans les conditions réglementaires, par la personne responsable du marché.

c) L'entrepreneur est soumis à toutes les obligations résultant des instructions ministérielles relatives au contrôle du personnel et à la protection du secret et des points sensibles ainsi qu'aux mesures de précautions particulières à respecter pour l'exécution du marché, lorsque ces instructions et mesures ont été portées à sa connaissance avant qu'il ait signé l'acte d'engagement ; il ne peut invoquer ces obligations pour réclamer une indemnité à un titre quelconque.

Si l'entrepreneur n'observe pas les mesures prescrites, la personne responsable du marché ou le maître d'œuvre le met en demeure de les appliquer dans un délai fixé en fonction de l'urgence.

Si aucune suite n'est donnée par l'entrepreneur à cette mise en demeure, il encourt alors les pénalités éventuellement fixées dans le C. C. A. P., sans préjudice de l'application des mesures coercitives prévues à l'article 49.

L'entrepreneur peut en outre se voir exclure, avec ou sans limitation de durée, de toute participation aux marchés de l'Etat.

Article 8.

Contrôle des prix de revient.

Si, par une stipulation du marché, l'entrepreneur est soumis au contrôle des prix de revient et s'il ne fournit pas les renseignements qu'il est tenu de donner au titre de ce contrôle ou s'il ne rectifie pas les renseignements qu'il aurait fournis et qui auraient été reconnus inexacts, la personne responsable du marché peut, après mise en demeure restée sans effet, suspendre les paiements dans la limite du dixième du montant du marché. Après nouvelle mise en demeure infructueuse, cette retenue peut être transformée en pénalité définitive par décision du maître de l'ouvrage, indépendamment de l'application des mesures coercitives prévues à l'article 49.

L'entrepreneur doit aviser ses sous-traitants des obligations qui résultent du présent article et veiller à leur application dont il reste responsable, les mises en demeure éventuelles lui étant adressées.

Dans le cas d'entrepreneurs groupés, le respect de ces obligations est assuré par l'entremise du mandataire auquel les mises en demeure éventuelles sont adressées.

S'il s'agit d'un cotraitant ou d'un sous-traitant payé directement, la retenue ou la pénalité encourue lui est appliquée directement dans la limite du dixième du montant prévu dans le marché pour ce paiement direct.

Article 9.

Protection de la main-d'œuvre et conditions du travail.

- 9.1. L'entrepreneur est soumis aux obligations, résultant des lois et règlements, relatives à la protection de la main-d'œuvre et aux conditions du travail. Les modalités d'application des dispositions de ces textes sont fixées par le C. C. A. P.

L'entrepreneur peut demander au maître d'œuvre de transmettre, avec son avis, les demandes de dérogations, prévues par les lois et règlements, qu'il formule du fait des conditions particulières du marché.

- 9.2. L'entrepreneur doit aviser ses sous-traitants de ce que les obligations énoncées au présent article leur sont applicables; il reste responsable du respect de celles-ci.

Dans le cas d'entrepreneurs groupés, le respect de ces mêmes obligations par les cotraitants doit être assuré à la diligence et sous la responsabilité du mandataire.

CHAPITRE II

Prix et règlement des comptes.

Article 10.

Contenu et caractère des prix.

10.1. Contenu des prix :

- 10.11. Les prix sont réputés comprendre toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux, y compris les frais généraux, impôts et taxes, et assurer à l'entrepreneur une marge pour risques et bénéfice. Sauf stipulation contraire, ils sont indiqués dans le marché hors taxe à la valeur ajoutée (T. V. A.).

A l'exception des seules sujétions mentionnées dans le marché comme n'étant pas couvertes par les prix, ceux-ci sont réputés tenir compte de toutes les sujétions d'exécution des travaux qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent ces travaux, que ces sujétions résultent :

De phénomènes naturels ;

De l'utilisation du domaine public et du fonctionnement des services publics ;

De la présence de canalisations, conduites et câbles de toute nature, ainsi que des chantiers nécessaires au déplacement ou à la transformation de ces installations ;

De la réalisation simultanée d'autres ouvrages, ou de toute autre cause.

Sauf stipulation différente du C.C.A.P., les prix sont réputés avoir été établis en considérant qu'aucune prestation n'est à fournir par le maître de l'ouvrage.

- 10.12. Dans le cas d'un marché passé avec des entrepreneurs groupés conjoints, les prix afférents à un lot sont réputés comprendre les dépenses et marge de l'entrepreneur pour l'exécution de ce lot, y compris éventuellement les charges qu'il peut être appelé à rembourser au mandataire.

Les prix afférents au lot du mandataire sont réputés comprendre, en sus, les dépenses et marge touchant :

La construction et l'entretien des moyens d'accès et des chemins de service nécessaires pour les parties communes du chantier ;

L'établissement, le fonctionnement et l'entretien des clôtures, les dispositifs de sécurité et installation d'hygiène intéressant les parties communes du chantier;

Le gardiennage, l'éclairage et le nettoyage des parties communes du chantier, ainsi que leur signalisation extérieure;

L'installation et l'entretien du bureau mis à la disposition du maître d'œuvre, si le C. C. A. P. le prévoit;

Les mesures propres à pallier d'éventuelles défaillances des autres entrepreneurs et les conséquences de ces défaillances.

Si le marché ne prévoit pas de disposition particulière pour rémunérer le mandataire des dépenses résultant de son action de coordination des entrepreneurs conjoints, ces dépenses sont réputées couvertes par les prix afférents à son lot. Si le marché prévoit une telle disposition particulière et si celle-ci consiste dans le paiement au mandataire d'un pourcentage déterminé du montant des lots exécutés par les autres entrepreneurs, ce montant s'entend des sommes effectivement réglées auxdits entrepreneurs.

- 10.13. En cas de sous-traitance, les prix du marché sont réputés couvrir les frais de coordination et de contrôle, par l'entrepreneur, de ses sous-traitants ainsi que les conséquences de leurs défaillances éventuelles.

10.2. Distinction des prix forfaitaires et des prix unitaires :

Les prix sont soit des prix forfaitaires, soit des prix unitaires.

Est prix forfaitaire tout prix qui rémunère l'entrepreneur pour un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un ensemble déterminé de prestations défini par le marché et qui ou bien est mentionné explicitement dans le marché comme étant forfaitaire, ou bien ne s'applique dans le marché qu'à un ensemble de prestations qui n'est pas de nature à être répété.

Est prix unitaire tout prix qui n'est pas forfaitaire au sens défini ci-dessus, notamment tout prix qui s'applique à une nature d'ouvrage ou à un élément d'ouvrage dont les quantités ne sont indiquées dans le marché qu'à titre prévisionnel.

10.3. Décompositions et sous-détails des prix :

- 10.31. Les prix sont détaillés au moyen de décomposition de prix forfaitaires et de sous-détails de prix unitaires.

10.32. La décomposition d'un prix forfaitaire est présentée sous la forme d'un détail estimatif comprenant, pour chaque nature d'ouvrage ou chaque élément d'ouvrage, la quantité à exécuter et le prix de l'unité correspondant et indiquant quels sont, pour les prix d'unité en question, les pourcentages mentionnés aux 2° et 3° du 33 du présent article.

- 10.33. Le sous-détail d'un prix unitaire donne le contenu du prix en indiquant :

1° Les déboursés ou frais directs, décomposés en dépenses de salaires et indemnités du personnel, charges salariales, dépenses de matériaux et de matières consommables, dépenses de matériel;

2° Les frais généraux, d'une part, les impôts et taxes autres que la T.V.A., d'autre part, exprimés par des pourcentages des déboursés définis au 1° ci-dessus ;

3° La marge pour risques et bénéfice, exprimée par un pourcentage de l'ensemble des deux postes précédents.

- 10.34. Si la décomposition d'un prix forfaitaire ou le sous-détail d'un prix unitaire ne figure pas parmi les pièces contractuelles et si sa production n'est pas prévue par le C.C.A.P. dans un certain délai, un ordre de service peut ordonner cette production et, dans ce cas, le délai accordé à l'entrepreneur ne peut être inférieur à vingt jours.

L'absence de production de la décomposition d'un prix forfaitaire ou du sous-détail d'un prix unitaire, quand cette pièce est à produire dans un délai déterminé, fait obstacle au mandatement du premier acompte qui suit la date d'exigibilité de ladite pièce.

10.4 Variation dans les prix :

- 10.41. Les prix sont réputés fermes sauf si le marché prévoit qu'ils sont revisables.

- 10.42. Les prix fermes sont actualisés dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur le premier jour du mois d'établissement des prix, sauf si le marché exclut cette actualisation ou s'il ne contient pas les éléments nécessaires à celle-ci.

- 10.43. Les prix revisables sont révisés dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur le premier jour du mois d'établissement des prix, à condition que le marché contienne les éléments nécessaires à cette révision.

- 10.44. L'actualisation ou la révision des prix se fait en appliquant des coefficients établis à partir d'index de référence fixés par le marché.

La valeur initiale du ou des index à prendre en compte est celle du mois d'établissement des prix.

Si les travaux ne sont pas achevés à l'expiration du délai d'exécution fixé par le marché ou prolongé dans les conditions prévues à l'article 19, l'actualisation des prix reste acquise et la révision des prix se poursuit.

- 10.45. Le mois d'établissement des prix est celui qui est précisé dans le marché, ou, à défaut d'une telle précision, le mois de calendrier qui précède celui de la signature de l'acte d'engagement par l'entrepreneur.

- 10.46. Pour les marchés à commandes qui prévoient la mise à jour des prix à certaines dates, les prix ainsi mis à jour sont considérés comme des prix fermes.

Cette stipulation s'applique aux marchés de clientèle lorsque des dispositions réglementaires autorisent de tels marchés.

Article 11.

Rémunération de l'entrepreneur.

11.1. Règlement des comptes :

Le règlement des comptes du marché se fait par des acomptes mensuels et un solde établis et mandatés comme il est indiqué à l'article 13.

(Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 5.) « Toutefois, si le délai d'exécution du marché ne dépasse pas trois mois, les parties peuvent stipuler que les comptes seront réglés en une seule fois. »

11.2. Travaux à l'entreprise :

11.21. Les travaux à l'entreprise sont rémunérés soit à l'aide de prix forfaitaires, soit à l'aide de prix unitaires, soit, si la réglementation le permet, en dépenses contrôlées, soit encore en recourant à une formule mixte faisant intervenir plusieurs des modes ci-dessus. Suivant les indications du marché, chacun des modes de rémunération retenu s'applique à tout ou partie des travaux.

11.22. Dans le cas d'application d'un prix forfaitaire, le prix est dû dès lors que l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou l'ensemble de prestations auquel il se rapporte a été exécuté ; les différences éventuellement constatées, pour chaque nature d'ouvrage ou chaque élément d'ouvrage, entre les quantités réellement exécutées et les quantités indiquées dans la décomposition de ce prix, établie conformément au 32 de l'article 10, même si celle-ci a valeur contractuelle, ne peuvent conduire à une modification dudit prix ; il en est de même pour les erreurs que pourrait comporter cette décomposition.

11.23. Dans le cas d'application d'un prix unitaire, la détermination de la somme due s'obtient en multipliant ce prix par la quantité de natures d'ouvrages exécutée ou par le nombre d'éléments d'ouvrage mis en œuvre.

11.24. Dans le cas de rémunération en dépenses contrôlées, la somme due à l'entrepreneur comprend :

Le remboursement des dépenses qu'il justifie avoir faites touchant les salaires et indemnités du personnel, les charges salariales, les matériaux et matières consommables et l'emploi des matériels, ainsi que des frais généraux, impôts et taxes imputables au chantier ;

La rémunération prévue par le marché pour couvrir l'entrepreneur des autres frais généraux, impôts et taxes et lui assurer une marge pour bénéfice.

11.25. Dans le cas d'une formule mixte faisant intervenir plusieurs modes de rémunération, les prescriptions relatives à chacun de ces modes sont applicables pour le calcul de la somme due à l'entrepreneur.

11.3. Travaux en régie :

L'entrepreneur doit, lorsqu'il en est requis par le maître d'œuvre, mettre à la disposition de celui-ci le personnel, les fournitures et le matériel qui lui sont demandés pour l'exécution de travaux accessoires à ceux que prévoit le marché.

Pour ces travaux, dits « travaux en régie », l'entrepreneur a droit au remboursement :

Des salaires et des indemnités passibles des charges salariales qu'il a payés aux ouvriers, majorés dans les conditions fixées par le C.C.A.P. pour couvrir les charges salariales, les frais généraux, impôts, taxes et bénéfice ;

Des sommes qu'il a dépensées pour les autres prestations fournies, à savoir les indemnités payées aux ouvriers non passibles des charges salariales, les fournitures et le matériel, ces sommes étant majorées dans les conditions fixées par le C.C.A.P. pour couvrir les frais généraux, impôts, taxes et bénéfice.

L'obligation pour l'entrepreneur d'exécuter des travaux en régie cesse lorsque le montant total des droits à remboursement atteint 3 p. 100 du montant du marché déterminé comme il est dit au 13 de l'article 4. Le C.C.A.P. peut fixer un pourcentage inférieur.

11.4. Approvisionnements :

Chaque acompte reçu dans les conditions du 1 du présent articles comprend, s'il y a lieu, une part correspondant aux approvisionnements constitués en vue des travaux, à condition que le marché prévoit les modalités de leur règlement.

Le montant correspondant s'obtient en appliquant aux quantités à prendre en compte les prix du bordereau de prix inséré dans le marché ou de la série de prix à laquelle ce dernier se réfère, relatifs aux matériaux, produits ou composants de construction à mettre en œuvre.

Les matériaux, produits ou composants de construction ayant fait l'objet d'un acompte pour approvisionnement restent la propriété de l'entrepreneur. Ils ne peuvent toutefois être enlevés du chantier sans l'autorisation écrite du maître d'œuvre.

11.5. Avances :

L'entrepreneur reçoit les avances prévues par la réglementation en vigueur le premier jour du mois d'établissement des prix défini au 45 de l'article 10, dans les conditions fixées par cette réglementation et conformément aux stipulations du marché.

11.6. Actualisation ou révision des prix :

Lorsque, dans les conditions précisées au 4 de l'article 10, il y a lieu à actualisation ou à révision des prix, le coefficient d'actualisation ou de révision s'applique :

Aux travaux à l'entreprise exécutés pendant le mois, à l'exclusion des travaux en dépenses contrôlées ;

Aux indemnités, pénalités, retenues, primes afférentes au mois considéré ;

A la variation, en plus ou en moins, à la fin du mois, par rapport au mois précédent, des sommes décomptées pour approvisionnements et avances à la fin de ce mois.

Ce coefficient est arrondi au millième supérieur.

11.7. Intérêts moratoires :

L'entrepreneur a droit à des intérêts moratoires, dans les conditions réglementaires, en cas de retard dans les mandatementes tels qu'ils sont prévus aux 23 et 43 de l'article 13, sauf si ce retard résulte de l'application des dispositions du 12 de l'article 4 ou du 34 de l'article 10.

11.8. Rémunération en cas de tranches conditionnelles :

Si le marché fixe un rabais pour une tranche conditionnelle, le montant des sommes dues à l'entrepreneur pour les travaux de cette tranche est calculé en appliquant ce rabais aux prix du marché, même à ceux de ces prix qui concernent seulement les travaux de la tranche conditionnelle.

Si le marché fixe un dédit en cas de non-exécution d'une tranche conditionnelle, ce dédit est dû à l'entrepreneur, sous réserve des dispositions du 3 de l'article 19, dès que lui est notifiée la décision de renoncer à l'exécution de cette tranche ou, si le délai imparti par le C.C.A.P. pour la notification de l'ordre de service prescrivant cette exécution est expiré, quinze jours après que l'entrepreneur a mis la personne responsable du marché en demeure de prendre une décision.

Si le C.C.A.P. prévoit que, pour une tranche conditionnelle, l'entrepreneur a droit, à l'expiration d'un certain délai, à une indemnité d'attente, cette indemnité est due à l'entrepreneur, sous réserve des dispositions du 3 de l'article 19, depuis l'expiration de ce délai jusqu'à la notification de l'ordre de service prescrivant l'exécution de la tranche conditionnelle ou faisant connaître la décision de renoncer à cette exécution, ou bien, en l'absence d'une telle notification dans le délai imparti par le C.C.A.P., jusqu'à expiration de ce délai.

Si l'indemnité d'attente prévue par le C.C.A.P. est mensuelle, il est néanmoins tenu compte des fractions de mois, chaque jour étant compté pour un trentième.

Les indemnités de dédit et d'attente éventuellement prévues au C.C.A.P. se cumulent. Elles sont toutes deux révisables ou actualisables selon les mêmes modalités que les prix du marché.

11.9. (Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 6.) « Rémunération en cas d'entrepreneurs groupés ou de sous-traitants payés directement » :

11.91. Dans le cas d'un marché passé avec des entrepreneurs groupés solidaires, les travaux exécutés font l'objet d'un paiement à un compte unique, sauf si le marché prévoit une répartition des paiements entre ces entrepreneurs et indique les modalités de cette répartition.

- 11.92. Dans le cas d'un marché passé avec des entrepreneurs groupés conjoints, les travaux exécutés par chacun d'eux font l'objet d'un paiement direct.
- 11.93. (Décret n° 75-625 du 5 juillet 1976, art. 6.) « Les travaux exécutés par des sous-traitants ayant droit au paiement direct sont payés dans les conditions stipulées par le marché, un avenant ou un acte spécial. »
- 11.94. Dans tous les cas où les travaux exécutés ne font pas l'objet d'un paiement à un compte unique, le calcul du montant des avances prévues au 5 du présent article est fait pour chaque part du marché faisant l'objet d'un paiement direct.

Article 12.

Constataions et constats contradictoires.

- 12.1. Au sens du présent article, la constatation est une opération matérielle, le constat est le document qui en résulte.
- 12.2. Des constatations contradictoires concernant les prestations exécutées ou les circonstances de leur exécution sont faites sur la demande, soit de l'entrepreneur, soit du maître d'œuvre.
- Les constatations concernant les prestations exécutées, quand il s'agit de travaux réglés sur prix unitaires, portent sur les éléments nécessaires au calcul des quantités à prendre en compte, tels que résultats de mesurages, jaugeages, pesages, comptages, et sur les éléments caractéristiques nécessaires à la détermination du prix unitaire à appliquer.
- 12.3. Les constatations contradictoires faites pour la sauvegarde des droits éventuels de l'une ou l'autre des parties ne préjugent pas l'existence de ces droits; elles ne peuvent porter sur l'appréciation de responsabilités.
- 12.4. Le maître d'œuvre fixe la date des constatations; lorsque la demande est présentée par l'entrepreneur, cette date ne peut être postérieure de plus de huit jours à celle de la demande. Les constatations donnent lieu à la rédaction d'un constat dressé sur-le-champ par le maître d'œuvre contradictoirement avec l'entrepreneur.
- Si l'entrepreneur refuse de signer ce constat, ou ne le signe qu'avec réserves, il doit, dans les quinze jours qui suivent, préciser par écrit ses observations ou réserves au maître d'œuvre.
- Si l'entrepreneur, dûment convoqué en temps utile, n'est pas présent ou représenté aux constatations, il est réputé accepter sans réserve le constat qui en résulte.
- 12.5. L'entrepreneur est tenu de demander en temps utile qu'il soit procédé à des constatations contradictoires pour les prestations qui ne pourraient faire l'objet de constatations ultérieures, notamment lorsque les ouvrages doivent se trouver par la suite cachés ou inaccessibles. A défaut et sauf preuve contraire fournie par lui et à ses frais, il n'est pas fondé à contester la décision du maître d'œuvre relative à ces prestations.

Article 14.

Règlement du prix des ouvrages ou travaux non prévus.

- 14.1. Le présent article concerne les ouvrages ou travaux dont la réalisation ou la modification est décidée par ordre de service et pour lesquels le marché ne prévoit pas de prix.
- 14.2. Les prix nouveaux peuvent être soit des prix unitaires, soit des prix forfaitaires.
Sauf indication contraire, ils sont établis sur les mêmes bases que les prix du marché, notamment aux conditions économiques en vigueur le mois d'établissement de ces prix.
S'il existe des décompositions de prix forfaitaires ou des sous-détails de prix unitaires, leurs éléments, notamment les prix d'unité contenus dans les décompositions, sont utilisés pour l'établissement des prix nouveaux.
- 14.3. L'ordre de service mentionné au 1 du présent article, ou un autre ordre de service intervenant au plus tard quinze jours après, notifié à l'entrepreneur des prix provisoires pour le règlement des travaux nouveaux ou modificatifs.
Ces prix provisoires sont arrêtés par le maître d'œuvre après consultation de l'entrepreneur. Ils sont obligatoirement assortis d'un sous-détail, s'il s'agit de prix unitaires, ou d'une décomposition, s'il s'agit de prix forfaitaires, cette décomposition ne comprenant aucun prix d'unité nouveau dans le cas d'un prix forfaitaire pour lequel les changements prescrits ne portent que sur les quantités de natures d'ouvrage ou d'éléments d'ouvrage.
Les prix provisoires sont des prix d'attente qui n'impliquent ni l'acceptation du maître de l'ouvrage ni celle de l'entrepreneur ; ils sont appliqués pour l'établissement des décomptes jusqu'à la fixation des prix définitifs.
- 14.4. L'entrepreneur est réputé avoir accepté les prix provisoires si, dans le délai d'un mois suivant l'ordre de service qui lui a notifié ces prix, il n'a pas présenté d'observation au maître d'œuvre en indiquant, avec toutes justifications utiles, les prix qu'il propose.
- 14.5. Lorsque la personne responsable du marché et l'entrepreneur sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci sont l'objet, s'ils ne sont pas incorporés dans un avenant, d'un état supplémentaire de prix forfaitaires ou d'un bordereau supplémentaire de prix unitaires, signé des deux parties.

Article 15.

Augmentation dans la masse des travaux.

- 15.1. Pour l'application du présent article et de l'article 16, la « masse » des travaux s'entend du montant des travaux à l'entreprise, évalués à partir des prix de base définis au 11 de l'article 13, en tenant compte éventuellement des prix nouveaux, définitifs ou provisoires, fixés en application de l'article 14.
La « masse initiale » des travaux est la masse des travaux résultant des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié ou complété par les avenants intervenus.

Dans le cas d'un marché à tranches conditionnelles, la « masse » et la « masse initiale » des travaux définies ci-dessus comprennent, outre le montant des tranches fermes, ceux des tranches conditionnelles dont l'exécution a été décidée.

15.2.

15.21. Sous réserve de l'application des stipulations du 4 du présent article, l'entrepreneur est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation de la masse des travaux qui peut résulter de sujétions techniques ou d'insuffisance des quantités prévues dans le marché ou encore de toute cause de dépassement autre que celles qui sont énoncées au 22 du présent article.

15.22. L'entrepreneur n'est tenu d'exécuter des travaux qui correspondent à des changements dans les besoins ou les conditions d'utilisation auxquels les ouvrages faisant l'objet du marché doivent satisfaire que si la masse des travaux de cette espèce n'excède pas le dixième de la masse initiale des travaux.

Dès lors, l'entrepreneur peut refuser de se conformer à un ordre de service l'invitant à exécuter des travaux de l'espèce définie à l'alinéa précédent s'il établit que la masse cumulée des travaux de ladite espèce prescrits par ordre de service depuis la notification du marché ou depuis celle du dernier avenant intervenu, y compris l'ordre de service dont l'exécution est refusée, excède le dixième de la masse initiale des travaux.

Un tel refus d'exécuter opposé par l'entrepreneur n'est toutefois recevable que s'il est notifié par écrit, avec les justifications nécessaires, à la personne responsable du marché, dans le délai de quinze jours suivant la notification de l'ordre de service prescrivant les travaux. Copie de la lettre de refus est adressée au maître d'œuvre.

15.3. Si l'augmentation de la masse des travaux est supérieure à l'augmentation limite définie à l'alinéa suivant, l'entrepreneur a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette augmentation au-delà de l'augmentation limite.

L'augmentation limite est fixée :

Pour un marché à prix forfaitaires, au vingtième de la masse initiale ;

Pour un marché sur prix unitaires, au quart de la masse initiale ;

Pour un marché sur dépenses contrôlées, à la moitié de la masse initiale ;

Pour un marché dont l'ensemble des prestations est rémunéré suivant une formule mixte dans les conditions définies au 25 de l'article 11, à la moyenne des augmentations limites correspondant aux divers modes de rémunération intervenant dans la formule, cette moyenne étant pondérée au prorata de l'importance respective de l'intervention de chacun de ces modes.

Si le marché comporte, suivant les travaux, plusieurs des modes de rémunération ci-dessus, l'augmentation limite est fixée à la somme des augmentations limites afférentes respectivement à chacune des masses initiales partielles de travaux relevant des modes dont il s'agit.

- 15.4. Lorsque la masse des travaux exécutés atteint la masse initiale, l'entrepreneur doit arrêter les travaux s'il n'a pas reçu un ordre de service lui notifiant la décision de les poursuivre prise par la personne responsable du marché. Cette décision n'est valable que si elle indique le montant limite jusqu'auquel les travaux pourront être poursuivis, le dépassement éventuel de ce montant limite devant donner lieu à la même procédure et entraîner les mêmes conséquences que celles qui sont définies ci-après pour le dépassement de la masse initiale.

L'entrepreneur est tenu d'aviser le maître d'œuvre, un mois au moins à l'avance de la date probable à laquelle la masse des travaux atteindra la masse initiale. L'ordre de poursuivre les travaux au-delà de la masse initiale, s'il est donné, doit être notifié dix jours au moins avant cette date.

A défaut d'ordre de poursuivre, les travaux qui sont exécutés au-delà de la masse initiale ne sont pas payés et les mesures conservatoires à prendre, décidées par le maître d'œuvre, sont à la charge du maître de l'ouvrage sauf si l'entrepreneur n'a pas adressé l'avis prévu ci-dessus.

- 15.5. Dans les quinze jours qui suivent tout ordre de service ayant pour effet d'entraîner une modification de la masse des travaux, le maître d'œuvre fait part à l'entrepreneur de l'estimation prévisionnelle qu'il fait de cette modification. Si l'ordre de service prescrit des travaux de l'espèce définie au premier alinéa du 22 du présent article, l'estimation précédente indique la part correspondant à ces travaux.

- 15.6. Les stipulations qui précèdent ne concernent pas les marchés à commandes ou de clientèle, pour lesquels les stipulations suivantes sont applicables :

Dans le cas d'un marché à commandes, l'entrepreneur n'est engagé que dans la limite du montant maximal des travaux qui y est spécifié ;

Dans le cas d'un marché de clientèle, l'entrepreneur n'a droit à aucune indemnité quelle que soit l'augmentation de la masse des travaux dès lors que l'objet du marché n'a pas changé ; toutefois, si l'estimation du montant annuel des travaux figure dans le marché, l'entrepreneur peut, au cas où le montant annuel des travaux dépasse cette estimation de plus de moitié, demander que soient revues les conditions du marché et, faute d'accord sur cette remise en cause, dénoncer le marché.

Article 16.

Diminution dans la masse des travaux.

- 16.1. Si la diminution de la masse des travaux est supérieure à la diminution limite définie à l'alinéa suivant, l'entrepreneur a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette diminution au-delà de la diminution limite.

La diminution limite est fixée :

Pour un marché à prix forfaitaires, au vingtième de la masse initiale ;

Pour un marché sur prix unitaires, au cinquième de la masse initiale ;

Pour un marché sur dépenses contrôlées, au tiers de la masse initiale ;

Pour un marché dont l'ensemble des prestations est rémunéré suivant une formule mixte dans les conditions définies au 25 de l'article 11, à la moyenne des diminutions limites correspondant aux divers modes de rémunération intervenant dans la formule, cette moyenne étant pondérée au prorata de l'importance respective de l'intervention de chacun de ces modes.

Si le marché comporte, suivant les travaux, plusieurs des modes de rémunération ci-dessus, la diminution limite est fixée à la somme des diminutions limites afférentes respectivement à chacune des masses initiales partielles de travaux relevant des modes dont il s'agit.

16.2. Les stipulations qui précèdent ne concernent pas les marchés à commandes ou de clientèle, pour lesquels les stipulations suivantes sont applicables :

Dans le cas d'un marché à commandes, l'entrepreneur a droit à être indemnisé du préjudice éventuellement subi lorsque le montant minimal de travaux spécifié n'est pas exécuté ;

Dans le cas d'un marché de clientèle, l'entrepreneur n'a droit à aucune indemnité quelle que soit la diminution de la masse des travaux ; toutefois, si l'estimation du montant annuel des travaux figure dans le marché, l'entrepreneur a droit, lorsque la diminution de ce montant est supérieure à un tiers, à être indemnisé en fin de compte du préjudice éventuellement subi du fait des réductions apportées aux prévisions du marché en sus de la diminution d'un tiers de son montant.

Article 17.

Changement dans l'importance des diverses natures d'ouvrages.

17.1. Dans le cas de travaux réglés sur prix unitaires, lorsque par suite d'ordres de service ou de circonstances qui ne sont ni de la faute ni du fait de l'entrepreneur, l'importance de certaines natures d'ouvrages est modifiée de telle sorte que les quantités exécutées diffèrent de plus d'un tiers en plus, ou de plus d'un quart en moins, des quantités portées au détail estimatif du marché, l'entrepreneur a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice que lui ont éventuellement causé ces changements.

Dans le cas d'un marché à tranches conditionnelles, les quantités à prendre en compte ne comprennent que celles qui sont afférentes aux tranches dont l'exécution a été décidée.

L'indemnité à accorder s'il y a lieu sera calculée d'après la différence entre les quantités réellement exécutées et les quantités prévues augmentées d'un tiers ou diminuées d'un quart.

Les stipulations qui précèdent ne sont pas applicables aux natures d'ouvrages pour lesquelles les montants des travaux figurant, d'une part, au détail estimatif du marché et, d'autre part, au décompte final des travaux sont l'un et l'autre inférieurs au vingtième du montant du marché.

Sauf stipulation différente du C. C. A. P., l'entrepreneur ne peut prétendre à aucune indemnité à l'occasion de l'exécution de natures d'ouvrages dont les prix unitaires figurent au bordereau mais pour lesquels le détail estimatif ne comporte pas explicitement des quantités, sauf toutefois si le montant total des travaux exécutés auxquels s'appliquent de tels prix excède le vingtième du montant du marché.

- 17.2. Dans le cas de travaux réglés sur prix forfaitaires, lorsque des changements sont ordonnés par le maître d'œuvre dans la consistance des travaux, le prix nouveau fixé suivant les modalités prévues à l'article 14 tient compte des charges supplémentaires éventuellement supportées par l'entrepreneur du fait de ces changements, à l'exclusion du préjudice indemnisé, s'il y a lieu, par application du 3 de l'article 15 ou du 1 de l'article 16.
- 17.3. Les stipulations du présent article ne s'appliquent ni aux marchés à commandes ou aux marchés de clientèle, ni aux marchés sur dépenses contrôlées.

Article 18.

Pertes et avaries.

- 18.1. Il n'est alloué à l'entrepreneur aucune indemnité au titre des pertes, avaries ou dommages causés par sa négligence, son imprévoyance, son défaut de moyens ou ses fausses manœuvres.
- 18.2. L'entrepreneur doit prendre à ses frais, risques et périls, les dispositions nécessaires pour que les approvisionnements et les matériels et installations de chantier ainsi que les ouvrages en construction ne puissent être enlevés ou endommagés par les tempêtes, les crues, la houle et tous autres phénomènes naturels qui sont normalement prévisibles dans les conditions de temps et de lieu où s'exécutent les travaux.
- 18.3. En cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible, ou en cas de force majeure, l'entrepreneur peut être indemnisé pour le préjudice subi, sous réserve :

Qu'il ait pris, en cas de phénomène naturel, toutes les dispositions découlant du 2 du présent article ;

Qu'il ait signalé immédiatement les faits par écrit.

Aucune indemnité ne peut néanmoins être accordée à l'entrepreneur pour perte totale ou partielle de son matériel flottant, les frais d'assurance de ce matériel étant réputés compris dans les prix du marché.

CHAPITRE III

Délais.

Article 19.

Fixation et prolongation des délais.

19.1. Délais d'exécution :

19.11. Le délai d'exécution des travaux fixé par le marché s'applique à l'achèvement de tous les travaux prévus incombant à l'entrepreneur, y compris, sauf stipulation différente du marché, le repliement des installations de chantier et la remise en état des terrains et des lieux.

Sauf stipulation différente du marché, le délai part de la date de la notification du marché. Cette notification vaut alors ordre de commencer les travaux.

En dehors des cas de tranches conditionnelles et sauf stipulation différente du marché, lorsque celui-ci prévoit que le délai d'exécution court à partir d'une date à fixer par ordre de service, l'entrepreneur ne peut élever aucune réclamation si la date ainsi fixée n'est pas postérieure de plus de six mois à celle de la notification du marché.

Sauf stipulation différente du marché, le délai d'exécution comprend, si elle existe, la période de préparation définie au 1 de l'article 28.

19.12. Les dispositions du 11 du présent article s'appliquent aux délais, distincts du délai d'exécution de l'ensemble des travaux, qui peuvent être fixés par le marché pour l'exécution de certaines tranches de travaux, ou de certains ouvrages, parties d'ouvrages, ou ensembles de prestations.

19.13. Si le marché fixe, au lieu d'un délai d'exécution, une date limite pour l'achèvement des travaux, cette date n'a de valeur contractuelle que si le marché fixe en même temps une date limite pour le commencement des travaux. En ce cas, la date fixée par ordre de service pour commencer les travaux doit être antérieure à cette date limite.

19.2. Prolongation des délais d'exécution :

19.21. Lorsqu'un changement de la masse de travaux ou une modification de l'importance de certaines natures d'ouvrages, une substitution à des ouvrages initialement prévus d'ouvrages différents, une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier, un ajournement de travaux décidé par la personne responsable du marché ou encore un retard dans l'exécution d'opérations préliminaires qui sont à la charge du maître de l'ouvrage ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché, justifie soit une prolongation du délai d'exécution de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranches de travaux, soit le report du début des travaux, l'importance de la prolongation ou du report est débattue par le maître d'œuvre avec l'entrepreneur, puis elle est soumise à l'approbation

de la personne responsable du marché, et la décision prise par celle-ci est notifiée à l'entrepreneur par ordre de service.

19.22. Dans le cas d'intempéries au sens des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, entraînant un arrêt de travail sur les chantiers, les délais d'exécution des travaux sont prolongés. Cette prolongation est notifiée à l'entrepreneur par un ordre de service qui en précise la durée, laquelle est égale au nombre de journées réellement constaté au cours desquelles le travail a été arrêté du fait des intempéries conformément auxdites dispositions, en défalquant, s'il y a lieu, le nombre de journées d'intempéries prévisibles indiqué au C.C.A.P.

Dans le cas d'intempéries non visées par une disposition légale ou réglementaire ainsi que dans le cas d'autres phénomènes naturels entravant l'exécution des travaux, si le C.C.A.P. prévoit la prolongation du délai d'exécution en fonction de critères qu'il définit, cette prolongation de délai est notifiée à l'entrepreneur par un ordre de service récapitulant les constatations faites.

19.23. En dehors des cas prévus aux 21 et 22 du présent article, la prolongation du délai d'exécution ne peut résulter que d'un avenant.

19.3. Prolongation ou report des délais en matière de tranches conditionnelles :

Lorsque le délai imparti par le C.C.A.P. pour la notification de l'ordre de service d'exécuter une tranche conditionnelle est défini par rapport à l'origine du délai d'exécution d'une autre tranche, il est, en cas de prolongation dudit délai d'exécution ou de retard du fait de l'entrepreneur constaté dans cette exécution, prolongé d'une durée égale à celle de cette prolongation ou de ce retard.

Lorsque le C.C.A.P. prévoit, pour une tranche conditionnelle, une indemnité d'attente et définit, par rapport à l'origine du délai d'exécution d'une autre tranche, le point de départ du droit de l'entrepreneur à cette indemnité, la prolongation dudit délai d'exécution ou le retard du fait de l'entrepreneur constaté dans cette exécution entraîne un report de l'ouverture du droit à indemnité égal à la prolongation ou au retard.

Article 20.

Pénalités, primes et retenues.

20.1. En cas de retard dans l'exécution des travaux, qu'il s'agisse de l'ensemble du marché ou d'une tranche pour laquelle un délai d'exécution partiel ou une date limite a été fixé, il est appliqué, sauf stipulation différente du C.C.A.P., une pénalité journalière de 1/3 000 du montant de l'ensemble du marché ou de la tranche considérée. Ce montant est celui qui résulte des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié ou complété par les avenants intervenus; il est évalué à partir des prix de base définis au 11 de l'article 13.

Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'œuvre.

Dans le cas de résiliation, les pénalités sont appliquées jusqu'au jour inclus de la notification de la décision de résiliation ou jusqu'au jour d'arrêt de l'exploitation de l'entreprise si la résiliation résulte d'un des cas prévus à l'article 47.

Les dispositions des deux alinéas qui précèdent sont applicables aux pénalités éventuellement prévues par le C.C.A.P. pour le cas de retard dans la réalisation de certains ouvrages, parties d'ouvrages ou ensembles de prestations faisant l'objet de délais particuliers ou de date limites fixés dans le marché.

20.2. Si le C.C.A.P. prévoit des primes d'avance, leur attribution est faite sans que l'entrepreneur soit tenu de les demander, qu'il s'agisse de primes relatives à l'exécution de l'ensemble des travaux ou de primes concernant certaines tranches de travaux ou certains ouvrages, parties d'ouvrages ou ensembles de prestations faisant l'objet de délais partiels ou particuliers ou de dates limites fixés dans le marché.

20.3. En cas de retard dans la remise d'un projet de décompte, il est appliqué, comme il est prévu au 11 et au 32 de l'article 13, une pénalité journalière dont le montant est fixé comme suit :

Pour les décomptes mensuels, 1/2 000 de la différence entre le montant du décompte dont il s'agit et celui du décompte précédent ;

Pour le décompte final, 1/10 000 du montant de ce décompte.

Ces pénalités sont appliquées après un ordre de service rappelant à l'entrepreneur ses obligations et sont calculées depuis la date limite fixée par l'ordre de service jusqu'à la remise effective du projet de décompte attendu.

20.4. Les samedis, les dimanches et les jours fériés ou chômés ne sont pas déduits pour le calcul des pénalités et des primes.

20.5. Le montant des pénalités et des primes n'est pas plafonné.

20.6. Si le « marché » (1) prévoit des retenues provisoires pour retard dans la remise des documents conformes à l'exécution, dans les conditions précisées à l'article 40, ces retenues sont opérées sur le dernier décompte mensuel. Elles sont appliquées sans mise en demeure préalable et sont payées après la remise complète des documents.

20.7. Dans le cas d'entrepreneurs groupés pour lesquels le paiement est effectué à des comptes séparés, les pénalités et les primes sont réparties entre les cotraitants conformément aux indications données par le mandataire, sauf stipulation différente du C.C.A.P.

Dans l'attente de ces indications, les primes ne sont pas payées et les pénalités sont retenues en totalité au mandataire, sans que cette opération engage la responsabilité du maître de l'ouvrage à l'égard des autres entrepreneurs.

Les stipulations des deux alinéas qui précèdent s'appliquent aux retenues provisoires mentionnées au 6 du présent article.

(1) Le sigle « C.C.A.P. » est remplacé par le mot « marché ».
(Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 14.)

27.52. Les piquets placés au titre d'un piquetage complémentaire doivent pouvoir être distingués de ceux qui ont été placés au titre du piquetage général.

27.53. L'entrepreneur est seul responsable des piquetages complémentaires, même s'il y a eu des vérifications faites par le maître d'œuvre.

Article 28.

Préparation des travaux.

28.1. Période de préparation :

Si le C.C.A.P. prévoit une période de préparation pendant laquelle, avant l'exécution proprement dite des travaux, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur ont à prendre certaines dispositions préparatoires et à établir certains documents nécessaires à la réalisation des ouvrages, cette période, sauf stipulations différentes du C.C.A.P., est incluse dans le délai d'exécution et a une durée de deux mois.

28.2. Programme d'exécution :

Le programme d'exécution des travaux précise notamment les matériels et les méthodes qui seront utilisés et le calendrier d'exécution des travaux. Le projet des installations de chantier et des ouvrages provisoires est annexé à ce programme.

Dans le cas d'entrepreneurs groupés conjoints, le programme d'exécution doit indiquer les dispositions prévues par le mandataire pour assurer la coordination des tâches incombant aux autres entrepreneurs.

Le programme d'exécution des travaux est soumis au visa du maître d'œuvre dix jours au moins avant l'expiration de la période de préparation ou, si une telle période n'est pas prévue par le C.C.A.P., un mois au plus tard après la notification du marché. Ce visa ne diminue en rien la responsabilité de l'entrepreneur.

Sauf stipulation contraire du C.C.A.P., l'absence de visa ne saurait faire obstacle à l'exécution des travaux.

28.3. Plan de sécurité et d'hygiène :

Si le C.C.A.P. le prévoit, les mesures et dispositions énumérées au 4 de l'article 31 font l'objet d'un plan de sécurité et d'hygiène.

Les dispositions des troisième et quatrième alinéas du 2 du présent article sont alors applicables à ce plan.

Article 29.

Plans d'exécution. — Notes de calculs. — Etudes de détail.

29.1. Documents fournis par l'entrepreneur :

29.11. Sauf stipulation différente du C.C.A.P., l'entrepreneur établit d'après les pièces contractuelles les documents nécessaires à la réalisation des ouvrages, tels que les plans d'exécution, notes de calculs, études de détail.

A cet effet, l'entrepreneur fait sur place tous les relevés nécessaires et demeure responsable des conséquences de toute erreur de mesure. Il doit, suivant le cas, établir, vérifier ou compléter les calculs de stabilité et de résistance.

S'il reconnaît une erreur dans les documents de base fournis par le maître de l'ouvrage, il doit le signaler immédiatement par écrit au maître d'œuvre.

29.12. Les plans d'exécution sont cotés avec le plus grand soin et doivent nettement distinguer les diverses natures d'ouvrages et les qualités de matériaux à mettre en œuvre.

Ils doivent définir complètement, en conformité avec les spécifications techniques figurant au marché, les formes des ouvrages, la nature des parements, les formes des pièces dans tous leurs éléments et assemblages, les armatures et leur disposition.

29.13. Les plans, notes de calculs, études de détail et autres documents établis par les soins ou à la diligence de l'entrepreneur sont soumis à l'approbation du maître d'œuvre, celui-ci pouvant demander également la présentation des avants-métrés.

Toutefois, si le C.C.A.P. le prévoit, tout ou partie des documents énumérés ci-dessus ne sont soumis qu'au visa du maître d'œuvre.

29.14. L'entrepreneur ne peut commencer l'exécution d'un ouvrage qu'après avoir reçu l'approbation ou le visa du maître d'œuvre sur les documents nécessaires à cette exécution.

Ces documents sont fournis en trois exemplaires, dont un sur calque, sauf stipulation différente du C.C.T.G. ou du C.C.A.P.

29.2. Documents fournis par le maître d'œuvre :

Si le marché prévoit que le maître d'œuvre fournit à l'entrepreneur des documents nécessaires à la réalisation des ouvrages, la responsabilité de l'entrepreneur n'est pas engagée sur la teneur de ces documents. Toutefois, l'entrepreneur a l'obligation de vérifier, avant toute exécution, que ces documents ne contiennent pas d'erreurs, omissions ou contradictions qui sont normalement décelables par un homme de l'art ; s'il relève des erreurs, omissions ou contradictions, il doit les signaler immédiatement au maître d'œuvre par écrit.

Article 30.

Modifications apportées aux dispositions contractuelles.

L'entrepreneur ne peut, de lui-même, apporter aucun changement aux dispositions techniques prévues par le marché.

Sur injonction du maître d'œuvre par ordre de service et dans le délai fixé par cet ordre, il est tenu de reconstruire les ouvrages qui ne sont pas conformes aux stipulations contractuelles.

Toutefois, le maître d'œuvre peut accepter les changements faits par l'entrepreneur et les dispositions suivantes sont alors appliquées pour le règlement des comptes.

Si les dimensions ou les caractéristiques des ouvrages sont supérieures à celles que prévoit le marché, les métrés restent fondés sur les dimensions et caractéristiques prescrites par le marché et l'entrepreneur n'a droit à aucune augmentation de prix ;

Si elles sont inférieures, les métrés sont fondés sur les dimensions constatées des ouvrages, et les prix font l'objet d'une nouvelle détermination suivant les modalités prévues à l'article 14.

Article 31.

Installation, organisation, sécurité et hygiène des chantiers.

31.1. Installation des chantiers de l'entreprise :

31.11. L'entrepreneur se procure, à ses frais et risques, les terrains dont il peut avoir besoin pour l'installation de ses chantiers dans la mesure où ceux que le maître de l'ouvrage a mis éventuellement à sa disposition ne sont pas suffisants.

31.12. Sauf stipulation différente du C. C. A. P., l'entrepreneur supporte toutes les charges relatives à l'établissement et à l'entretien des installations de chantier, y compris les chemins de service et les voies de desserte du chantier qui ne sont pas ouvertes à la circulation publique.

31.13. Si les chantiers ne sont d'un accès facile que par voie d'eau, notamment lorsqu'il s'agit de travaux de dragage, d'endiguement ou de pose de blocs, l'entrepreneur doit, sauf stipulation différente du C. C. A. P., mettre gratuitement une embarcation armée à la disposition du maître d'œuvre et de ses agents, chaque fois que celui-ci le lui demande.

31.14. L'entrepreneur doit faire apposer dans les chantiers et ateliers une affiche indiquant le maître d'ouvrage pour le compte de qui les travaux sont exécutés, les nom, qualité et adresse du maître d'œuvre, ainsi que les nom et adresse de l'inspecteur du travail chargé du contrôle de l'établissement.

31.2. Lieux de dépôt des déblais en excédent :

L'entrepreneur se procure, à ses frais et risques, les terrains dont il peut avoir besoin comme lieu de dépôt des déblais en excédent, en sus des emplacements que le maître de l'ouvrage met éventuellement à sa disposition comme lieux de dépôt définitifs ou provisoires. Il doit soumettre le choix de ces terrains à l'accord préalable du maître d'œuvre, qui peut refuser l'autorisation ou la subordonner à des dispositions spéciales à prendre, notamment pour l'aménagement des dépôts à y constituer, si des motifs d'intérêt général, comme la sauvegarde de l'environnement, le justifient.

31.3. Autorisations administratives :

Le maître de l'ouvrage fait son affaire de la délivrance à l'entrepreneur des autorisations administratives, telles que les autorisations d'occupation temporaire du domaine public ou privé, les permissions de voirie, les permis de construire nécessaires à la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché.

Le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre peuvent apporter leur concours à l'entrepreneur pour lui faciliter l'obtention des autres autorisations administratives dont il aurait besoin, notamment pour disposer des emplacements nécessaires à l'installation des chantiers et au dépôt des déblais.

31.4. Sécurité et hygiène des chantiers :

31.41. L'entrepreneur doit prendre sur ses chantiers toutes les mesures d'ordre et de sécurité propres à éviter des accidents, tant à l'égard du personnel qu'à l'égard des tiers. Il est tenu d'observer tous les règlements et consignes de l'autorité compétente.

Il assure notamment l'éclairage et le gardiennage de ses chantiers, ainsi que leur signalisation tant intérieure qu'extérieure. Il assure également, en tant que de besoin, la clôture de ses chantiers.

Il doit prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter que les travaux ne causent un danger aux tiers, notamment pour la circulation publique si celle-ci n'a pas été déviée.

Les points de passage dangereux, le long et à la traversée des voies de communication, doivent être protégés par des garde-corps provisoires ou par tout autre dispositif approprié ; ils doivent être éclairés et, au besoin, gardés.

31.42. L'entrepreneur doit prendre les dispositions utiles pour assurer l'hygiène des installations de chantier destinées au personnel, notamment par l'établissement des réseaux de voirie, d'alimentation en eau potable et d'assainissement, si l'importance des chantiers le justifie.

31.43. Sauf stipulation différente du C.C.A.P., toutes les mesures d'ordre, de sécurité et d'hygiène prescrites ci-dessus sont à la charge de l'entrepreneur.

31.44. En cas d'inobservation par l'entrepreneur des prescriptions ci-dessus et sans préjudice des pouvoirs des autorités compétentes, le maître d'œuvre peut prendre aux frais de l'entrepreneur les mesures nécessaires après mise en demeure restée sans effet.

En cas d'urgence ou de danger, ces mesures peuvent être prises sans mise en demeure préalable.

L'intervention des autorités compétentes ou du maître d'œuvre ne dégage pas la responsabilité de l'entrepreneur.

31.5. Signalisation des chantiers à l'égard de la circulation publique :

Lorsque les travaux intéressent la circulation publique, la signalisation à l'usage du public doit être conforme aux instructions réglementaires en la matière ; elle est réalisée sous le contrôle des services compétents par l'entrepreneur, ce dernier ayant à sa charge la fourniture et la mise en place des panneaux et des dispositifs de signalisation, sauf stipulation différente du C.C.A.P. et sans préjudice de l'application du 44 du présent article.

Il peut faire des réserves s'il estime que les caractéristiques des ouvrages ne permettent pas ces travaux ou que lesdits travaux risquent de les détériorer. Ces réserves doivent être motivées par écrit et adressées au maître d'œuvre.

Lorsque la période de mise à disposition est terminée, un nouvel état des lieux contradictoire est dressé.

- 43.3. Sous réserve des conséquences des malfaçons qui lui sont imputables, l'entrepreneur n'est pas responsable de la garde des ouvrages ou parties d'ouvrages pendant toute la durée où ils sont mis à la disposition du maître de l'ouvrage.

Article 44.

Garanties contractuelles.

44.1. Délai de garantie :

Le délai de garantie est, sauf stipulation différente du marché et sauf prolongation décidée comme il est dit au 2 du présent article, d'un an à compter de la date d'effet de la réception, ou de six mois à compter de cette date si le marché ne concerne que des travaux d'entretien ou des terrassements.

Pendant le délai de garantie, indépendamment des obligations qui peuvent résulter pour lui de l'application du 4 de l'article 41, l'entrepreneur est tenu à une obligation dite « obligation de parfait achèvement » au titre de laquelle il doit :

a) Exécuter les travaux et prestations éventuels de finition ou de reprise prévus aux 5 et 6 de l'article 41 ;

b) Remédier à tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage ou le maître d'œuvre, de telle sorte que l'ouvrage soit conforme à l'état où il était lors de la réception ou après correction des imperfections constatées lors de celle-ci ;

c) Procéder, le cas échéant, aux travaux confortatifs ou modificatifs dont la nécessité serait apparue à l'issue des épreuves effectuées conformément au C.C.A.P. ;

d) Remettre au maître d'œuvre les plans des ouvrages conformes à l'exécution dans les conditions précisées à l'article 40.

Les dépenses correspondant aux travaux complémentaires prescrits par le maître de l'ouvrage ou le maître d'œuvre ayant pour objet de remédier aux déficiences énoncées aux b et c ci-dessus ne sont à la charge de l'entrepreneur que si la cause de ces déficiences lui est imputable.

L'obligation de parfait achèvement ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usage ou de l'usure normale.

A l'expiration du délai de garantie, l'entrepreneur est dégagé de ses obligations contractuelles, à l'exception de celles qui sont mentionnées au 3 du présent article ; les sûretés éventuellement constituées sont libérées dans les conditions prévues au 16 de l'article 4.

44.2. Prolongation du délai de garantie :

Si, à l'expiration du délai de garantie, l'entrepreneur n'a pas procédé à l'exécution des travaux et prestations énoncés au 1 du présent article ainsi qu'à l'exécution de ceux qui sont exigés, le cas échéant, en application de l'article 39, le délai de garantie

peut être prolongé par décision de la personne responsable du marché jusqu'à l'exécution complète des travaux et prestations, que celle-ci soit assurée par l'entrepreneur ou qu'elle le soit d'office conformément aux stipulations du 6 de l'article 41.

44.3. Garanties particulières :

Les stipulations qui précèdent ne font pas obstacle à ce que le C.C.T.G. (1) ou le C.C.A.P. définisse, pour certains ouvrages ou certaines catégories de travaux, des garanties particulières s'étendant au-delà du délai de garantie fixé au 1 du présent article.

L'existence de ces garanties particulières n'a pas pour effet de retarder la libération des sûretés au-delà de l'expiration du délai de garantie.

Article 45.

*Responsabilités résultant des principes
dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil.*

Le point de départ des responsabilités résultant des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil est fixé à la date d'effet de la réception, ou, pour les ouvrages ou parties d'ouvrages ayant fait l'objet d'une réception partielle en application de l'article 42, à la date d'effet de cette réception partielle.

CHAPITRE VI

Résiliation du marché. — Interruption des travaux.

Article 46.

Résiliation du marché.

46.1. Il peut être mis fin à l'exécution des travaux faisant l'objet du marché avant l'achèvement de ceux-ci, par une décision de résiliation du marché qui en fixe la date d'effet.

Le règlement du marché est fait alors selon les modalités prévues aux 3 et 4 de l'article 13, sous réserve des autres stipulations du présent article.

Sauf dans les cas de résiliation prévus aux articles 47 et 49, l'entrepreneur a droit à être indemnisé, s'il y a lieu, du préjudice qu'il subit du fait de cette décision. Il doit, à cet effet, présenter une demande écrite, dûment justifiée, dans le délai de quarante-cinq jours compté à partir de la notification du décompte général.

46.2. En cas de résiliation, il est procédé, l'entrepreneur ou ses ayants droit, tuteur, curateur ou syndic, dûment convoqués, aux constatations relatives aux ouvrages et parties d'ouvrages exécutés, à l'inventaire des matériaux approvisionnés, ainsi qu'à l'inventaire descriptif du matériel et des installations de chantier. Il est dressé procès-verbal de ces opérations.

(1) Aux termes de l'article 16 du décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, les mots « la C.C.T.G. » sont remplacés par les mots « le C.C.T.G. ».

L'établissement de ce procès-verbal emporte réception des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés, avec effet de la date d'effet de la résiliation, tant pour le point de départ du délai de garantie défini à l'article 44 que pour le point de départ du délai prévu pour le règlement final du marché au 32 de l'article 13.

- 46.3. Dans les dix jours suivant la date de ce procès-verbal, la personne responsable du marché fixe les mesures qui doivent être prises avant la fermeture du chantier pour assurer la conservation et la sécurité des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés. Ces mesures peuvent comporter la démolition de certaines parties d'ouvrages.

A défaut d'exécution de ces mesures par l'entrepreneur dans le délai imparti par la personne responsable du marché, le maître d'œuvre les fait exécuter d'office.

Sauf dans les cas de résiliation prévus aux articles 47 et 49, ces mesures ne sont pas à la charge de l'entrepreneur.

- 46.4. Le maître de l'ouvrage dispose du droit de racheter, en totalité ou en partie :

Les ouvrages provisoires utiles à l'exécution du marché ;

Les matériaux approvisionnés, dans la limite où il en a besoin pour le chantier.

Il dispose en outre, pour la poursuite des travaux, du droit, soit de racheter, soit de conserver à sa disposition le matériel spécialement construit pour l'exécution du marché.

En cas d'application des deux alinéas précédents, le prix de rachat des ouvrages provisoires et du matériel est égal à la partie non amortie de leur valeur. Si le matériel est maintenu à disposition, son prix de location est déterminé en fonction de la partie non amortie de sa valeur.

Les matériaux approvisionnés sont rachetés aux prix du marché ou, à défaut, à ceux qui résultent de l'application de l'article 14.

- 46.5. L'entrepreneur est tenu d'évacuer les lieux dans le délai qui est fixé par le maître d'œuvre.

- 46.6. Dans le cas où le marché prévoit que les travaux doivent commencer sur un ordre de service intervenant après la notification du marché, si cet ordre de service n'a pas été notifié dans le délai fixé par le marché ou, à défaut d'un tel délai, dans les six mois suivant la notification du marché, l'entrepreneur a le droit d'obtenir la résiliation du marché. Il perd ce droit si, ayant reçu l'ordre de commencer les travaux, il n'a pas, dans le délai de quinze jours, refusé d'exécuter cet ordre et demandé par écrit la résiliation du marché.

Article 47.

Décès, incapacité, règlement judiciaire ou liquidation des biens de l'entrepreneur.

- 47.1. En cas de décès ou d'incapacité civile de l'entrepreneur, la résiliation du marché est prononcée, sauf si la personne responsable du marché accepte la continuation du marché par les ayants droit ou le curateur.

La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date du décès ou de l'incapacité civile. Elle n'ouvre droit pour l'entrepreneur ou ses ayants droit à aucune indemnité.

47.2. En cas d'incapacité physique, manifeste et durable, de l'entrepreneur, le marché peut être résilié sans que l'entrepreneur puisse prétendre à indemnité.

47.3. En cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entrepreneur, la résiliation du marché est prononcée, sauf si dans le mois qui suit la décision de justice intervenue le syndic décide de poursuivre l'exécution du marché.

La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de la décision du syndic de renoncer à poursuivre l'exécution du marché ou de l'expiration du délai d'un mois ci-dessus. Elle n'ouvre droit pour l'entrepreneur à aucune indemnité.

47.4. Dans les cas de résiliation prévus au présent article, pour l'application des stipulations des 3 et 4 de l'article 48, les ayants droit, le tuteur ou le curateur ou le syndic sont substitués à l'entrepreneur.

Article 48.

Ajournement et interruption des travaux.

48.1. L'ajournement des travaux peut être décidé. Il est alors procédé, suivant les modalités indiquées à l'article 12, à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés.

L'entrepreneur, qui conserve la garde du chantier, a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement.

Une indemnité d'attente de reprise des travaux peut être fixée dans les mêmes conditions que les prix nouveaux, suivant les modalités prévues à l'article 14.

48.2. Si, par suite d'un ajournement ou de plusieurs ajournements successifs, les travaux ont été interrompus pendant plus d'une année, l'entrepreneur a le droit d'obtenir la résiliation du marché, sauf si, informé par écrit d'une durée d'ajournement conduisant au dépassement de la durée d'un an indiquée ci-dessus, il n'a pas, dans un délai de quinze jours, demandé la résiliation.

48.3. Au cas où trois acomptes mensuels successifs n'auraient pas été mandatés, l'entrepreneur, trente jours après la date limite fixée au 23 de l'article 13 pour le mandatement du troisième de ces acomptes, peut, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne responsable du marché, prévenir le maître de l'ouvrage de son intention d'interrompre les travaux au terme d'un délai de deux mois.

Si, dans ce délai, il n'a pas été notifié à l'entrepreneur, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une décision ordonnant la poursuite des travaux, l'entrepreneur peut les interrompre.

Au cas où la poursuite des travaux a été ordonnée et sans préjudice du droit éventuel de l'entrepreneur à indemnité compensatoire, les intérêts qui lui sont dus par suite du retard dans le mandatement des acomptes mensuels sont majorés de 50 p. 100 à compter de la date de réception de la lettre recommandée mentionnée au premier alinéa du présent paragraphe.

(Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 17.) « Au cas où l'entrepreneur a régulièrement interrompu les travaux en vertu des stipulations combinées des deux premiers alinéas du présent 3, les délais d'exécution » sont de plein droit prolongés du nombre de jours de calendrier compris entre la date de l'interruption et celle du mandatement des deux premiers acomptes en retard. Si le mandatement des deux premiers au moins des acomptes en retard n'est pas intervenu dans le délai d'une année après l'interruption effective des travaux, l'entrepreneur a le droit de ne pas les reprendre et d'obtenir la résiliation de son marché aux torts du maître de l'ouvrage.

CHAPITRE VII

Mesures coercitives.

Règlement des différends et des litiges.

Article 49.

Mesures coercitives.

49.1. A l'exception des cas prévus au 22 de l'article 15 et au 6 de l'article 46, lorsque l'entrepreneur ne se conforme pas aux dispositions du marché ou aux ordres de service, la personne responsable du marché le met en demeure d'y satisfaire dans un délai déterminé, par une décision qui lui est notifiée par écrit.

Ce délai, sauf pour les marchés intéressant la défense ou en cas d'urgence, n'est pas inférieur à quinze jours à compter de la date de notification de la mise en demeure.

49.2. Si l'entrepreneur n'a pas déféré à la mise en demeure, une mise en régie à ses frais et risques peut être ordonnée, ou la résiliation du marché peut être décidée.

49.3. Pour établir la régie, laquelle peut n'être que partielle, il est procédé, l'entrepreneur étant présent ou ayant été dûment appelé, à la constatation des travaux exécutés et des approvisionnements existants, ainsi qu'à l'inventaire descriptif du matériel de l'entrepreneur et à la remise à celui-ci de la partie de ce matériel qui n'est pas utile à l'achèvement des travaux poursuivis en régie.

L'entrepreneur peut être relevé de la régie s'il justifie des moyens nécessaires pour reprendre les travaux et les mener à bonne fin.

Après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la décision de mise en régie, la résiliation du marché peut être décidée.

49.4. La résiliation du marché décidée en application du 2 ou du 3 du présent article peut être soit simple, soit aux frais et risques de l'entrepreneur.

Dans les deux cas, les mesures prises en application du 3 de l'article 46 sont à sa charge.

En cas de résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur, il est passé un marché avec un autre entrepreneur pour l'achèvement des travaux. Ce marché est conclu après appel d'offres avec publicité préalable ; toutefois, pour les marchés intéressant la défense ou en cas d'urgence, il peut être passé « un marché négocié » (1). Par exception aux dispositions du 42 de l'article 13, le décompte général du marché résilié ne sera notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux.

49.5. L'entrepreneur dont les travaux sont mis en régie est autorisé à en suivre l'exécution sans pouvoir entraver les ordres du maître d'œuvre et de ses représentants.

Il en est de même en cas de nouveau marché passé à ses frais et risques.

49.6. Les excédents de dépenses qui résultent de la régie ou du nouveau marché sont à la charge de l'entrepreneur. Ils sont prélevés sur les sommes qui peuvent lui être dues ou, à défaut, sur ses sûretés éventuelles, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance.

Dans le cas d'une diminution des dépenses, l'entrepreneur ne peut en bénéficier même partiellement.

49.7. Dans le cas d'un marché passé avec des entrepreneurs groupés conjoints, les dispositions particulières ci-après sont applicables :

1° Si l'un des entrepreneurs ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent pour l'exécution du lot de travaux dont il est chargé, la personne responsable du marché le met en demeure d'y satisfaire suivant les modalités définies au 1 du présent article, la décision étant adressée au mandataire.

La mise en demeure produit effet, sans qu'il soit besoin d'une mention expresse, à l'égard du mandataire lui-même solidaire de l'entrepreneur en cause. Le mandataire est tenu de se substituer à l'entrepreneur défaillant pour l'exécution des travaux dans le mois qui suit l'expiration du délai imparti à cet entrepreneur, si ce dernier n'a pas déféré à la mise en demeure.

A défaut, les mesures coercitives prévues au 2 du présent article peuvent être appliquées à l'entrepreneur défaillant comme au mandataire.

2° Si le mandataire ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent en tant que représentant et coordonnateur des autres entrepreneurs, il est mis en demeure d'y satisfaire suivant les modalités définies au 1 du présent article.

Si cette mise en demeure reste sans effet, la personne responsable du marché invite les entrepreneurs conjoints à désigner un autre mandataire dans le délai d'un mois ; le nouveau mandataire, une fois agréé, est alors substitué à l'ancien dans tous ses droits et obligations.

Faute de cette désignation, la personne responsable du marché choisit une personne physique ou morale pour coordonner l'action des divers entrepreneurs conjoints. Le mandataire défaillant reste solidaire des autres entrepreneurs et supporte les dépenses d'intervention du nouveau coordonnateur.

(1) Les mots « marché de gré à gré » sont remplacés par les mots « marché négocié ». (Décret n° 76-625 du 5 juillet 1976, art. 18.)

Article 50.

Règlement des différends et des litiges.

50.1. Intervention de la personne responsable du marché

50.11. Si un différend survient entre le maître d'œuvre et l'entrepreneur, sous la forme de réserves faites à un ordre de service ou sous toute autre forme, l'entrepreneur remet au maître d'œuvre, aux fins de transmission à la personne responsable du marché, un mémoire exposant les motifs et indiquant les montants de ses réclamations.

50.12. Après que ce mémoire a été transmis par le maître d'œuvre, avec son avis, à la personne responsable du marché, celle-ci notifie ou fait notifier à l'entrepreneur sa proposition pour le règlement du différend, dans un délai de deux mois à compter de la date de réception par le maître d'œuvre du mémoire de réclamation.

L'absence de proposition dans ce délai équivaut à un rejet de la demande de l'entrepreneur.

50.2. Intervention du maître de l'ouvrage :

50.21. Lorsque l'entrepreneur n'accepte pas la proposition de la personne responsable du marché ou le rejet implicite de sa demande, il doit, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de la notification de cette proposition ou de l'expiration du délai de deux mois prévu au 12 du présent article, le faire connaître par écrit à la personne responsable du marché en lui faisant parvenir, le cas échéant, aux fins de transmission au maître de l'ouvrage, un mémoire complémentaire développant les raisons de son refus.

50.22. Si un différend survient directement entre la personne responsable du marché et l'entrepreneur, celui-ci doit adresser un mémoire de réclamation à ladite personne aux fins de transmission au maître de l'ouvrage.

50.23. La décision à prendre sur les différends prévus au 21 et 22 du présent article appartient au maître de l'ouvrage. Si l'entrepreneur ne donne pas son accord à la décision ainsi prise, les modalités fixées par cette décision sont appliquées à titre de règlement provisoire du différend, le règlement définitif relevant des procédures décrites ci-après.

50.3. Procédure contentieuse :

50.31. Si, dans le délai de trois mois à partir de la date de réception par la personne responsable du marché de la lettre ou du mémoire de l'entrepreneur mentionné aux 21 et 22 du présent article, aucune décision n'a été notifiée à l'entrepreneur, ou si celui-ci n'accepte pas la décision qui lui a été notifiée, l'entrepreneur peut saisir le tribunal administratif compétent. Il ne peut porter devant cette juridiction que les chefs et motifs de réclamation énoncés dans la lettre ou le mémoire remis à la personne responsable du marché.

50.32. Si, dans le délai de six mois à partir de la notification à l'entrepreneur de la décision prise conformément au 23 du présent article sur les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, l'entrepreneur n'a pas porté ses réclamations devant le tribunal administratif compétent, il est considéré comme ayant accepté ladite décision et toute réclamation est irrecevable.

Toutefois, le délai de six mois est suspendu en cas de saisine du comité consultatif de règlement amiable dans les conditions du 41 du présent article.

50.4. Intervention d'un comité consultatif de règlement amiable. (Décret n° 81-271 du 18 mars 1981.) « Lorsque le titulaire du marché saisit d'un différend ou d'un litige le comité consultatif interministériel de règlement amiable, il supporte les frais de l'expertise, s'il en est décidé une. Toutefois, la personne publique peut en rembourser tout ou partie après avis du comité. »

50.5. Règlement des différends et litiges en cas d'entrepreneurs groupés conjoints :

Lorsque le marché est passé avec des entrepreneurs groupés conjoints, le mandataire représente chacun d'eux pour l'application des dispositions du présent article jusqu'à la date, définie au 1 de l'article 44, à laquelle prennent fin les obligations contractuelles, chaque entrepreneur étant ensuite seul habilité à poursuivre les litiges qui le concernent.



