

Privatrechtlicher Verwaltungsakt, Leistungsbestimmung und materielles Prozessrecht

Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator Moritz Lembcke (Hamburg)*

Der Verwaltungsakt hat sich zur Regelung des Verhältnisses Staat Bürger bewährt. Es können nicht nur die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden; es wird auch ein effektives Handeln des Staates möglich - insbesondere dort, wo schnelle Entscheidungen notwendig sind. Der folgende Beitrag zeigt auf, dass im Privatrecht ein „Handeln durch Verwaltungsakt“ möglich ist, bei dem Verfahrensgarantien der ZPO keine Anwendung finden, da es sich um materielles Prozessrecht handelt. Zugleich soll ein rechtsdogmatisches Verständnis des Adjudikations-Verfahrens erleichtert werden.

1 Einseitige Leistungsbestimmung

1.1 Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts

Da der Staat im Privatrecht nicht durch Verwaltungsakt handeln darf, ist die Lösung des Problems im Privatrecht zu suchen. Dabei fällt der Blick schnell auf die §§ 315 ff. BGB, die eine einseitige Leistungsbestimmung zulassen. Die §§ 315 ff. BGB wurden bereits von *Bötticher* als „*ungewöhnlich trächtige Vorschriften*“ bezeichnet.¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich anerkannt, dass auch Behörden eine derartige Leistungsbestimmung vornehmen können.²

Damit eine Leistungsbestimmung im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB möglich wird, muss dieses vertraglich mit dem Bürger vereinbart worden sein. § 316 BGB beinhaltet nach herrschender Ansicht als „*gesetzliches Bestimmungsrecht*“³ aber eine sehr weitgehende Vermutung, wonach im Zweifel ein Leistungsbestimmungsrecht verein-

* Oberthür & Partner Rechtsanwälte O & P.

¹ *Bötticher*, Gestaltungsrecht, S. 17. Ferner *Borowsky*, Schiedsgutachten, S. 185.

² BVerwG, Urt. v. 19.01.1990 - 4 C 21.89, Juris Rn. 40 = BVerwGE 84, 257 ff.

³ *Wolf*, in: Soergel, § 315 Rn. 29 u. § 316 Rn. 1.

bart wurde, wenn der Vertrag regelungsbedürftige Punkte offen gelassen hat.⁴ Hierfür muss nur bewiesen werden, dass die vertragliche Leistung noch unbestimmt ist.⁵ Teilweise wird vertreten, dass § 316 BGB sogar Vorrang vor der ergänzenden Vertragsauslegung hat.⁶

1.2 Billiges Ermessen als Entscheidungsmaßstab

Die Entscheidung ist nach der Auslegungsregel⁷ des § 315 Abs. 1 BGB „nach billigem Ermessen zu treffen“. Hierbei hat die Behörde einen Entscheidungsspielraum.⁸ Sie wird regelmäßig rechtsgestaltend und nicht feststellend tätig.⁹ Es wird die Parteiintention des *arbitrium boni viri* vermutet.¹⁰ Hierbei ist von der Behörde der Einzelfall¹¹ - mithin die konkrete Meinungsverschiedenheit - zu betrachten. Geschuldet ist eine arbiträre Vertragskontrolle¹² oder Anpassung, die die „Austauschgerechtigkeit im Einzelfall“¹³ (wieder)herstellt.

Billigkeit ist im Zuge einer Interessenabwägung der Interessenlage von Bürger und Staat unter Berücksichtigung der Üblichkeit vergleichbarer Fälle zu finden.¹⁴ Dabei ist

⁴ BGH, Urt. v. 13.03.1985 - IVa ZR 211/82, BGHZ 94, 98, 100; BGH, Urt. v. 06.05.1988 - V ZR 32/87, Juris Rn. 26 = NJW-RR 1988, 970 ff.; Ferner BGH, Urt. v. 13.03.1985 - IVa ZR 211/82, BGHZ 94, 98, 101 f.; Hager, in: Ermann, § 316 Rn. 1; Mayer-Maly, in: Staudinger (1979), § 316 Rn. 6; Neumann-Duesberg, JZ 1952, 705, 709; Medicus, in: PWW, § 316 BGB Rn. 1.

⁵ „... wenn der Vertrag unter Nichtbestimmung jenes Umfangs abgeschlossen worden ist“, vgl. RG, Urt. v. 28.01.1904 - VI 428/03, RGZ 57, 46, 49.

⁶ BGH, Urt. v. 17.12.1973 - II ZR 59/72, Juris Rn. 20 = NJW 1974, 364 ff.; OLG Koblenz, Urt. v. 06.01.1995 - 10 U 573/94, WM 1995, 797, 798; OLG Jena, Urt. v. 30.10.2001 - 5 U 408/01, OLG-NL 2002, 31, 33.

⁷ Rieble, in: Staudinger (2004), § 315 Rn. 62; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 315 Rn. 5; Gehrlein, in: Bamberger/Roth, BGB, § 315 Rn. 5.

⁸ Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 315 Rn. 10.

⁹ Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 315 Rn.

¹⁰ Mot. II, S. 192.

¹¹ Stadler, in: Jauernig, BGB, § 315 Rn. 7.

¹² Gottwald, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 9.

¹³ Gottwald, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 31.

¹⁴ BGH, Urt. v. 02.04.1964 - KZR 10/62, BGHZ 41, 271, 279; BGH, Urt. v. 13.05.1974 - VIII ZR 38/73, BGHZ 62, 314, 316; BAG, Urt. v. 23.09.2004 - 6 AZR 567/03, BAGE 112, 80 ff.; Gottwald, in: MüKo-

das billige Ermessen im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB nichts anderes als die Billigkeit im Sinne von § 315 Abs. 3 BGB.¹⁵ Es muss auf die Schwierigkeit, Ungewöhnlichkeit, den Zeitaufwand und die wirtschaftliche Bedeutung abgestellt werden.¹⁶ Der Geschäftszweck, die Risikoverteilung zwischen Staat und Bürger, die beidseitigen Bedürfnisse, die Dauer des Vertrages, Herstellungs- und Gestehungskosten, Preiskalkulation, Zeit und Mühe für die eingegangenen Verpflichtungen, außergerichtliche Vor- und Nachteile, wirtschaftliche Belastungen und Interessen von Bürger und Staat und auch die Interessen der Allgemeinheit und Preise konkurrierender Anbieter sind in die Abwägung einzustellen.¹⁷ Auch Drittinteressen müssen beachtet werden.¹⁸ Insbesondere der öffentliche Auftraggeber ist dem Rechtswohlsein der Allgemeinheit verpflichtet, so dass es sich hierbei um ein einzustellendes Interesse handelt. Sachfremde Gesichtspunkte¹⁹ oder willkürliche Motive²⁰ dürfen nicht für die Entscheidung maßgeblich sein. Es zeigen sich folglich erhebliche Parallelen zum behördlichen Ermessen nach § 40 VwVfG.

1.3 Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit?

Die Leistungsbestimmung nach § 315 BGB ist aber von ihrer Grundstruktur her nicht mit den Rechtswirkungen eines Verwaltungsaktes vergleichbar. Die privatrechtliche Leistungsbestimmung entfaltet keine vorläufige Verbindlichkeit,²¹ wie einigen Stim-

BGB, § 315 Rn. 29; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 315 Rn. 7; *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 315 Rn. 5.

¹⁵ *Neumann-Duesberg*, JZ 1952, 705, 707; *Wagner*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, § 315 Rn. 20; a.A. *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 29; *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 315 Rn. 5 und wohl auch *Wolf*, in: Soergel, § 315 Rn. 42.

¹⁶ BGH, Urt. v. 30.05.2003 - V ZR 216/02, NJW-RR 2003, 1355 ff.; BGH, Urt. v. 04.04.2006 - X ZR 122/05, BauR 2006, 1341 = NJW 2006, 2472, 2474.

¹⁷ *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 31.

¹⁸ *Rieble*, in: Staudinger (2004), § 315 Rn. 114.

¹⁹ BGH, Urt. v. 20.06.1983 - II ZR 224/82, WM 1983, 1006.

²⁰ BAG, Urt. v. 12.10.1961 - 5 AZR 423/60, BAGE 11, 318.

²¹ OLG Frankfurt, Urt. v. 26.01.2006 - 26 U 24/05, Juris Rn. 27, BauR 2006, 1325 = OLGR 2006, 708 ff.; OLG Jena, Urt. v. 26.09.2007 - 2 U 227/07, Juris Rn. 17 = IBR 2009, 485 m. Anm. *Lembcke*; *Rieble*, in: Staudinger (2004), § 319 Rn. 16; *Ballhaus*, in: RGRK BGB, § 315 Rn. 17; *Wagner*, in: Dau-

men zu entnehmen sein könnte, die eine „*vorläufige Verbindlichkeit*“ der Leistungsbestimmung annehmen.²² Demnach soll die Leistungsbestimmung den Erklärungsgegner auch dann binden, wenn diese nicht der Billigkeit entspricht und muss erst mit gerichtlicher Hilfe aufgehoben werden.

Diese Annahme ist aus dem Gesetzeswortlaut aber nicht abzulesen. Nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB „*ist*“ die getroffene Bestimmung nur „*verbindlich*“, wenn sie der Billigkeit entspricht. Insoweit gilt für andere zivilrechtliche Gestaltungsrechte - etwa der Kündigung - nichts anderes. Auch diese ist nicht zunächst bindend, obwohl kein Kündigungsgrund vorlag.

Die Leistungsbestimmung hat insoweit nicht den Charakter eines Verwaltungsaktes, der für sich trotz Rechtswidrigkeit solange Rechtswirkung entfaltet, bis er aufgehoben wird.²³ Einen Vertrauensschutz wie es der Konzeption des Verwaltungsrechts zu Grunde liegt, ist für das Zweipersonenverhältnis des *do et des* auch nicht notwendig, weil kein schützenswertes Drittvertrauen in die Verbindlichkeit erkennbar ist. Ein besonderes Rechtsinstitut der vorläufigen Verbindlichkeit als Sonderfall der Vernicht-

ner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, § 315 Rn. 15; *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 44; *Schwintowski*, ZIP 2006, 2302 (2305).

²² „*Diese einstweilige vertragsgestaltende Bindungswirkung besteht so lange, als das Schiedsgutachten des Sachverständigen nicht durch ein gerichtliches Bestimmungsurteil nach BGB § 319 Abs 1 S 2 ersetzt ist. Deshalb darf der Mieter die in einem solchen Schiedsgutachten festgesetzte niedrigere Miete anstelle der ursprünglich vereinbarten höheren Miete entrichten, ohne insoweit dem Risiko einer Kündigung wegen Zahlungsverzuges ausgesetzt zu sein. Unverbindlichkeit bedeutet aber nicht Nichtigkeit mit der Folge, daß die Parteien an die getroffene Leistungsbestimmung nicht gebunden wären, sondern die offenbare Unbilligkeit muß von einem der Vertragspartner geltend gemacht werden, indem binnen angemessener Frist Klage auf gerichtliche Leistungsbestimmung erhoben wird*“, vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 03.12.1998 - 3 U 257/97, NJW-RR 1999, 379; *Mayer-Maly*, in: Staudinger (1979), § 315 Rn. 73; *Wolf*, in: Soergel, § 315 Rn. 46 f. u. § 319 Rn. 16; *Medicus*, in: PWW, § 315 BGB Rn. 9; *Hager*, in: Ermann, § 315 Rn. 24; *Grüneberg*, in: Palandt, § 315 Rn. 16; *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 315 Rn. 10; *Schulze*, in: Hk-BGB, § 315 Rn. 10; *Motzke*, in: Motzke/Bauer/Seewald, Prozesse in Bausachen, § 4 Rn. 766; *Bock*, in: Beyerlein, § 26 Rn. 49. Dem OLG Frankfurt ging es auch ersichtlich nur um die Feststellung mangelnden Verschuldens des Mieters.

²³ *Böttcher*, in: Festschr. Dölle I, S. 41, 67. Das Adjudication-Verfahren in der Gegenüberstellung zum Verwaltungsverfahren, vgl. *Lembcke*, NVwZ 2008, 42 ff..

barkeit (wie etwa der Anfechtbarkeit)²⁴ ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt.²⁵

Es bedarf also nicht erst eines Urteils, um die Bindungswirkung der Leistungsbestimmung zu beseitigen. Dieses entspricht auch grundsätzlich dem Parteiwillen einer Leistungsbestimmungsabrede. Der Erklärungsgegner will sich nämlich nur ausnahmsweise einer Leistungsbestimmung unterwerfen, die nicht der Billigkeit entspricht, bis dann innerhalb eines – unter Umständen langwierigen – Gerichtsverfahrens etwas anderes festgestellt wird. Dann würde die Interimszeit nämlich bei Nichtbeachtung der (unwirksamen) Leistungsbestimmung zu einer Pflichtverletzung führen, obwohl die Leistungsbestimmung nicht nach dem vereinbarten Maßstab zustande gekommen ist.

Umgekehrt würde derjenige, der innerhalb der Interimsphase ohne Verschulden handelt, auch im Nachhinein nicht für eine Pflichtverletzung einstehen müssen. Mit diesem Verständnis wären etwa „offenbar unbillig“ angeordnete Bauzeitverlängerungen endgültig, weil es an einem Verschulden des Auftragnehmers fehlen würde: Er wäre vorläufig verpflichtet, sich entsprechend der Leistungsbestimmung zu verhalten. Die Parteien hätten dann für die Interimszeit bis zur gerichtlichen Entscheidung

²⁴ A.A. wohl *Bogusch/Motzke*, Bauschadenssachverständige, S. 56: „(...) kann somit angefochten werden“.

²⁵ Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 1. Hälfte, § 319 BGB; *Rieble*, in: Staudinger (2004), § 315 Rn. 149; *Greger/Stubbe*, Schiedsgutachten, Rn. 121 für das Schiedsgutachten im weiteren Sinne; a.A. BAG, Urt. v. 16.12.1965 - 5 AZR 304/65, BAGE 18, 54 „in einer besonderen Weise anfechtbar“; widersprüchlich *Habscheid*, KTS 1957, 129, 131 „nicht nichtig, lediglich anfechtbar“; für die Nichtigkeit bei einem aliud, vgl. *Habscheid*, in: Festschrift für Laufke, S. 303, 307 f.; „Das Handeln der Schiedsgutachter außerhalb der ihnen verliehenen Rechtsmacht ist daher ohne Rechtswirkung, also nichtig.“, *Habscheid*, in: Festschrift für Laufke, S. 303, 309; „Die offenbare Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens hat zur Folge, dass es unverbindlich ist. Unverbindlich ist nicht identisch mit Nichtigkeit. Vielmehr können die Parteien den Spruch gelten lassen“, *Habscheid*, in: Festschrift für Laufke, S. 303, 313; ähnlich auch *ders.*, in: Festschrift für Lehmann, S. 789, 794. Ferner *Acker/Konopka*, SchiedsVZ 2003, 256, 261; *Kraus*, ZfBR 2004, 118, 120; unter Gleichsetzung mit dem englischen HGCRA, vgl. *Greger/Stubbe*, Schiedsgutachten, Rn. 205 allerdings einschränkend bei einem Verstoß gegen fundamentale Verfahrensprinzipien, dann von Anfang an unwirksam (Rn. 206).

de facto eine Entscheidung nach „freiem Belieben“ (§ 319 Abs. 2 BGB) vereinbart. Diese Auslegung kann aber nur in besonderen Ausnahmefällen vollzogen werden.²⁶

Die Leistungsbestimmung soll keine vorläufige Strukturänderung des Schuldverhältnisses herbeiführen; gerade keine vorläufige Fremdherrschaft einer Partei zulassen. Hiervon geht auch das Gesetz aus. Es statuiert nämlich gerade keine Präklusionsregelungen für die Geltendmachung der von der Literatur vermuteten vorläufigen Verbindlichkeit, wie etwa im Recht der Anfechtung (§§ 121, 124 BGB) oder im Rücktrittsrecht (§ 218 BGB). Das gesetzliche Konzept der §§ 315 ff. BGB sieht nicht vor, dass die Leistungsbestimmung innerhalb einer bestimmten Frist beseitigt werden müsste, um keine Rechtswirkungen zu entfalten.²⁷

Es besteht nur die Möglichkeit, die Geltendmachung der Unverbindlichkeit verwirkt zu haben.²⁸ Hierzu müsste der Erklärungsgegner diese längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht haben und die Behörde sich darauf eingerichtet haben und sich nach dem gesamten Verhalten des Erklärungsgegners auch hierauf einrichten durfte, dass dieser die Unverbindlichkeit nicht mehr geltend macht.²⁹ Demnach wäre der Erklärungsgegner nur an eine unverbindliche Leistungsbestimmung gebunden, wenn dieser einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat.³⁰ Eine nichtige Leistungsbestimmung vermag aber auch dann keine Bindungswirkung zu entfalten (§§ 138, 242 BGB). Insoweit geht die Konzeption hier parallel zu § 44 VwVfG. Allerdings gibt es keine Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit.

²⁶ OGHBrZ Köln, Urt. v. 25.05.1950 - I ZS 85/49, NJW 1950, 781, 782.

²⁷ *Grüneberg*, in: Palandt, § 315 Rn. 17; *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 47; *Hager*, in: Ermann, § 315 Rn. 24; *Wagner*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, § 315 Rn. 16; a.A. *Mayer-Maly*, in: Staudinger (1979), § 315 Rn. 73 und *Wolf*, in: Soergel, § 315 Rn. 46 die § 121 BGB analog anwenden wollen, aber nicht für § 319 BGB, vgl. *Wolf*, in: Soergel, § 319 Rn. 16 und *Mayer-Maly*, in: Staudinger (1979), § 319 Rn. 21. Zur Verwirkung, BGH, Urt. v. 06.03.1986 - III ZR 195/84, BGHZ 97, 212 ff.

²⁸ BGH, Urt. v. 06.03.1986 - III ZR 195/84, BGHZ 97, 212, 220.

²⁹ BGH, Beschl. v. 25.03.1965 - V BLw 25/64, BGHZ 43, 292; BGH, Urt. v. 16.06.1982 - IVb ZR 709/80, BGHZ 84, 280, 281; BGH, Urt. v. 20.10.1988 - VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290, 298 = BauR 1989, 87; BGH, Urt. v. 19.10.2005 - XII ZR 224/03, NJW 2006, 219.

³⁰ Illoyale Verspätung der Rechtsausübung, vgl. BGH, Urt. v. 27.06.1957 - II ZR 15/56, BGHZ 25, 52; BGH, Urt. v. 29.02.1984 - VIII ZR 310/82, NJW 1984, 1684.

2 Modifikationen des gesetzestypischen Leistungsbestimmungsrecht

Das gesetzestypische Leistungsbestimmungsrecht lässt sich aber durch Modifikationen wie ein Verwaltungsakt ausgestalten.

2.1 Entscheidungsmaßstab „freies Belieben“

Um eine weitgehende Bindungswirkung der Leistungsbestimmung entsprechend der Wirksamkeit eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes zu erreichen, kann die Bindungswirkung der Leistungsbestimmung sehr weitgehend ausgestaltet werden, indem die Entscheidung der Behörde in das „freie Belieben“ gestellt wird. § 319 Abs. 2 BGB sieht ausdrücklich vor, dass dieses möglich ist.

So beinhaltet etwa der Kauf auf Probe eine gesetzliche Regelung für das freie Belieben.³¹ Diese weitgehende Bindungswirkung ist bei näherer Betrachtung auch nicht weiter verwunderlich, weil auch andere Verträge in der Regel nur sehr begrenzt überprüfbar sind.³² Die Vertragsgestaltung liegt nach wie vor „so stark“ in den Händen des Bürgers, als wenn dieser nicht einer Leistungsbestimmung zustimmen würde.

Freies Belieben im Sinne von § 319 Abs. 2 BGB steht im Gegensatz zum „billigen Ermessen“ (§ 319 Abs. 1 Satz 1) und dem „freien Ermessen“ nahe der Willkür. *„Die Angriffsmöglichkeiten sind auf die Fälle nachweisbarer Sittenwidrigkeit oder Gesetzeswidrigkeit beschränkt.“*³³ Wirksam sind demnach auch „offenbar unbillige“ Leistungsbestimmungen.³⁴ Die Behörde ist hierbei in ihrer Entscheidung frei und nicht mehr an einen „objektiven“ Interessenausgleich gebunden. Es können auch subjektive Interessen der Behörde den Ausschlag für die Entscheidung geben.³⁵ Eine einseitige Parteinahme macht die Leistungsbestimmung aber unverbindlich.³⁶ Entspre-

³¹ Neumann-Duesberg, JZ 1952, 705, 707.

³² Jousen, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 485.

³³ OGHBrZ Köln, Urt. v. 25.05.1950 - I ZS 85/49, NJW 1950, 781, 782.

³⁴ A.A. Gottwald, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 33.

³⁵ BAG, Urt. v. 12.10.1961 - 5 AZR 423/60, BAGE 11, 318 ff.; BAG, Urt. v. 16.03.1982 - 3 AZR 1124/79, Juris Rn. 38 = BB 1982, 1486 ff.

³⁶ Rieble, in: Staudinger (2004), § 319 Rn. 2.

chend des Entscheidungsmaßstabs „freies Belieben“ ist der Erklärungsgegner auch an solche Entscheidungen gebunden.³⁷

Um eine Frist entsprechend § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO auszugestalten, kann diese Leistungsbestimmung (im Folgenden: Erstleistungsbestimmung) unter eine materiellrechtliche Präklusionsfrist gestellt werden.³⁸ Soweit diese verstrichen ist, kann die Erstleistungsbestimmung nicht mehr durch die Zweitleistungsbestimmung (2.) abgeändert werden. Sie ist dann endgültig bindend.

2.2 Widerspruch

Die Leistungsbestimmung ist nach herrschender Meinung eine einseitige, empfangsbedürftige, bestimmte³⁹ Willenserklärung.⁴⁰ Die Leistungsbestimmung bedarf keiner bestimmten Form⁴¹ und ist unwiderruflich.⁴² Das Recht zur Leistungsbestimmung ist mit Ausübung daher grundsätzlich verbraucht.⁴³ Gleichwohl kann eine weitere Leistungsbestimmung über denselben Sachverhalt mit dem Bürger vereinbart werden.⁴⁴

³⁷ BGH, Urt. v. 28.02.1972 - II ZR 151/69, WM 1972, 474; a.A. *Grüneberg*, in: Palandt, § 315 Rn. 5 unter Bezug auf RG, Urt. v. 12.05.1920 - I 23/20, RGZ 99, 105, 107, in welchem aber gerade klar gestellt wird, dass die Parteien auch eine abweichende Bindungswirkung vereinbaren können („*die Parteien können auch der Entscheidung des einen Vertragsteils einen größeren Spielraum einräumen.*“); diesem folgend BAG, Urt. v. 16.03.1982 - 3 AZR 1124/79, BB 1982, 1486 ff.; widersprüchlich *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, einerseits § 315 Rn. 5 andererseits Rn. 12.

³⁸ BGH, Urt. v. 05.02.1971 - V ZR 172/69, Juris Rn. 44 = WM 1971, 356 ff.

³⁹ *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 315 Rn. 10.

⁴⁰ BayVerfGH, NJW-RR 2004, 1725; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 315 Rn. 11; *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 315 Rn. 6.

⁴¹ BGH, Urt. v. 23.10.1983 - V ZR 121/82, NJW 1984, 612 ff.; BGH, Urt. v. 12.03.2008 - VIII ZR 71/07, NJW 2008, 1661; RG, Urt. v. 08.11.1940 - VII 40/40, RGZ 165, 161, 163; *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 34.

⁴² BGH, Urt. v. 20.12.2001 - V ZR 260/00, NJW 2002, 1424 f.; BGH, Urt. v. 19.01.2005 - VIII ZR 139/04, NJW-RR 2005, 762 ff.; BAG, Urt. v. 11.03.1981 - 4 AZR 1070/79, VersR 1981, 942 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 315 Rn. 11; *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 315 Rn. 35.

⁴³ BGH, Urt. v. 14.01.2002 - IX ZR 228/00, NJW 2002, 1421, 1424; OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.12.1993 - 10 U 23/93, MDR 1994, 476 f.; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 315 Rn. 10; *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 315 Rn. 10.

⁴⁴ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 315 Rn. 15.

Durch diese Modifikationsmöglichkeit lässt sich ein „zivilrechtlicher Widerspruch“ nachbilden. Das Zweitleistungsbestimmungsrecht wird dann mit Antrag ausgelöst; ist also durch diesen aufschiebend bedingt. Allerdings ist die Behörde auch hier wiederum dazu berechtigt, die Leistung nach „freiem Belieben“ zu bestimmen. Sie tut allerdings im Hinblick auf 2.3 gut daran, entsprechend der materiellen Rechtslage zu entscheiden. Auch in diesem Zusammenhang ist wiederum mit einer materiell-rechtliche Präklusionsfrist zu arbeiten, um eine entsprechende Klagefrist nach § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu erlangen.

2.3 Klage

Diese Zweitleistungsbestimmung kann wiederum auflösend bedingt durch eine Gerichtsentscheidung erster Instanz gestellt werden. Sie kann also nachträglich durch diesen Bedingungseintritt unwirksam werden, so dass privatrechtlich dieselben Rechtsfolgen wie bei § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nachgebildet werden können.

2.3.1 Keine Befristung oder Rechtsbedingung

Der Erklärungsgegner muss im Anschluss an die Zweitleistungsbestimmung kein Gerichtsverfahren betreiben, so dass dieses ungewiss ist und daher nicht nur eine Befristung der Verbindlichkeit der Leistungsbestimmung beinhaltet (dies vertus an, certus quando). Zwar wird innerhalb des Gerichtsverfahrens eine neue Entscheidung getroffen, die mit einer rechtlichen Beurteilung einhergeht; gleichwohl handelt es sich nicht um eine Rechtsbedingung (condicio iuris), weil diese *de novo* Entscheidung keine gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Leistungsbestimmung ist. Diese ist entsprechend der vereinbarten Bindungswirkung („freies Belieben“) verbindlich.

2.3.2 Vertragliche Gestaltungsrechte nicht bedingungsfeindlich

Die Leistungsbestimmung ist ein Gestaltungsrecht. Da Gestaltungsrechte in einen fremden Rechtskreis eingreifen, soll dem Betroffenen keine Ungewissheit über den

Schwebezustand verbleiben.⁴⁵ Diese Begründung mag für gesetzliche Gestaltungsrechte teilweise verfangen.

Handelt es sich aber um ein vertraglich vereinbartes Gestaltungsrecht, vermag der Schutzgedanke nicht zu überzeugen. Die Partei, die ein bedingtes Gestaltungsrecht vertraglich vereinbart hat, ist nämlich nicht schutzbedürftig. Daher sind auch innerhalb eines vertraglich vereinbarten Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts beliebige Bedingungen möglich.⁴⁶ Warum es für das Unwirksamwerden eines Leistungsbestimmungsrechts daher einer gesetzlichen Anordnung wie etwa § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB bedarf, leuchtet nicht ein.⁴⁷

Zudem ist die mögliche auflösende Bedingung in Gestalt eines *de novo* Urteils nicht als „unzumutbarer Schwebezustand“⁴⁸ zu werten, weil „keine untragbare Ungewissheit über den neuen Rechtszustand“⁴⁹ begründet wird. Sinn und Zweck der Vereinbarung eines derartigen Leistungsbestimmungsrechts ist es gerade, schnelle und bindende Entscheidungen zu erhalten, damit Rechtssicherheit gewährleistet ist. Ein unzumutbarer Schwebezustand wird durch eine solche vertragliche Regelung gerade vermieden und nicht herbeigeführt. Die Parteien wollen die Behörde „mit gutem Grund“⁵⁰ nicht mit einer endgültigen Leistungsbestimmung betrauen, da sie gerade keine Kadi-Justiz wollen.

3 § 18 Nr. 2 VOB/B als zivilrechtlicher Verwaltungsakt?

Auch in der Fiskalverwaltungspraxis wird von der Möglichkeit des „privatrechtlichen Verwaltungsaktes“ Gebrauch gemacht. Die VOB/B enthält in § 18 Nr. 2 ein derartiges

⁴⁵ Bork, in: Staudinger (2003), Vor §§ 158-163 Rn. 38.

⁴⁶ Bork, in: Staudinger (2003), Vor §§ 158-163 Rn. 39.

⁴⁷ So aber Rieble, in: Staudinger (2004), § 315 Rn. 145.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 29.10.2008 - XII ZR 208/06, Juris Rn. 42 = WuM 2008, 732 ff.; BGH, Urt. v. 11.06.2008 - XII ZR 206/06, MDR 2008, 1151.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 21.03.1986 - V ZR 23/85, Juris Rn. 16 = BGHZ 97, 264 ff.

⁵⁰ Rieble, in: Staudinger (2004), § 315 Rn. 96.

Leistungsbestimmungsrecht,⁵¹ das eine effiziente Konfliktbewältigung für die Bauvertragsabwicklung unter Beteiligung der öffentlichen Hand ermöglicht.

Bei Meinungsverschiedenheiten kann hiernach der Auftragnehmer die vorgesetzte Stelle anrufen (§ 18 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/B). Die vorgesetzte Stelle soll dem Auftragnehmer Gelegenheit zu mündlichen Aussprache geben und die Meinungsverschiedenheit innerhalb von drei Monaten nach der Anrufung schriftlich bescheiden (§ 18 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/B). Die Entscheidung gilt als anerkannt, wenn der Auftraggeber nicht innerhalb von drei Monaten nach Eingang des Bescheides schriftlich Einspruch beim Auftraggeber erhebt, soweit der Auftragnehmer auf diese Rechtsfolge im Bescheid hingewiesen wurde (§ 18 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 18 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/B).

Die Leistungsbestimmung kann von Anbeginn nur auf Antrag des Auftragnehmers ausgeübt werden. Auch hier ist aber davon auszugehen, dass die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat, wie die Zweifelsregelung des § 315 Abs. 1 BGB nahe legt. Wenn dieses nicht eingehalten wird, entfaltet die Leistungsbestimmung keine Bindungswirkung und die Behörde macht sich schadensersatzpflichtig.

Der Auftragnehmer kann die gerichtliche Prüfung der Billigkeit nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB aber nur dann vornehmen, wenn er Einspruch erhoben hat. Anderenfalls wird auch die nicht der Billigkeit entsprechende Entscheidung endgültig bindend. Die Parteien haben mit § 18 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B die Kontrolle der Leistungsbestimmung nämlich durch eine materielle Ausschlussfrist befristet. Wenn der Auftragnehmer nicht innerhalb von drei Monaten Einspruch beim Auftraggeber erhebt, gilt die Entscheidung als anerkannt (§ 18 Nr. 2 Abs. 1 Satz 3 VOB/B). Der Inhalt des Bescheides gilt dann so, als wäre er vertraglich vereinbart worden,⁵² da eine Bestätigung des Auftragnehmers der Gestaltungserklärung der vorgesetzten Stelle fingiert wird.⁵³ Dieses gilt insbesondere für den Fall, als die Entscheidung der vorgesetzten Stelle

⁵¹ *Lembcke*, IBR 2008, 1223; *Lembcke*, BauR 2009, 1666 ff.; wohl auch *Greger/Stubbe*, Schiedsgutachten, Rn. 53, 183 u. 249; *Jansen*, in: *Ganten/Jagenburg, Motzke, VOB/B*, § 2 Nr. 3 Rn. 22.

⁵² *Rieble*, in: *Staudinger (2004)*, § 315 Rn. 66.

⁵³ *Rieble*, in: *Staudinger (2004)*, § 315 Rn. 156.

wegen Unbilligkeit schwebend unwirksam ist. Diese wird durch einen ausbleibenden Einspruch durch den Auftragnehmer bestätigt, wird damit endgültig wirksam und der Schwebezustand beendet. Zwar sieht das BGB einen solchen Fall ausdrücklich nur in § 660 Abs. 2 vor. Auch die Gestaltungserklärung des § 315 BGB ist aber nur relativ und damit heilbar.⁵⁴ Die Billigkeitskontrolle dient nur dem Auftragnehmer, da der Auftraggeber vor seiner eigenen Leistungsbestimmung nicht geschützt werden muss. Dem Auftragnehmer steht es frei, auf diesen Schutz zu verzichten. Dieses zeigt etwa § 144 Abs. 1 BGB. Soweit die Entscheidung der vorgesetzten Stelle nicht der Billigkeit entspricht, ist die Entscheidung daher gewissermaßen „aufschiebend bedingt“.

4 Resümee

Auch im Privatrecht kann der Staat durch Verwaltungsakt handeln. Hierzu bedarf es allerdings der Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts. Die Gegenüberstellung des Verwaltungsaktes mit dem Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB ist in besonderer Weise dazu angetan, die Rechtsdogmatik des „privatrechtlichen Verwaltungsaktes“ besser zu verstehen. Mit dieser gelingt es auch, zivilrechtliche Vertragsgestaltungen treffsicher einzuordnen, die das Verwaltungsverfahren auf privatrechtlicher Ebene fortsetzen.

Nichts anderes wird mit dem Adjudikations-Verfahren versucht. Es beinhaltet eine auflösend bedingte Entscheidung, die bis zu einer endgültigen gerichtlichen Überprüfung weitgehend bindend ist. Rechtsdogmatisch handelt es sich bei dem Adjudikations-Verfahren um ein auflösend bedingtes Schiedsgutachten, das materielles Prozessrecht beinhaltet. Verfahrensgarantien der ZPO sind unanwendbar, so dass weder rechtliches Gehör zu gewährleisten ist, noch andere Grundprinzipien wie etwa die Notwendigkeit von Sicherheitsleistungen gelten. Auch im Verwaltungsverfahren kann das rechtliche Gehör im Gerichtsverfahren nachgeholt werden (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG).

Im Bauwesen muss zwingend ein Umdenken erfolgen. Der konfliktträchtige Rahmenvertrag fordert innerhalb der Projektabwicklung immer wieder materielle Anpassun-

⁵⁴ *Ramrath*, JR 1993, 309 ff.; *Rieble*, in: Staudinger (2004), § 315 Rn. 153.

gen, die zu Konflikten führen. Der notwendig unvollständige Bauvertrag ist kein krankendes Phänomen, sondern einer effizienten Vertragsgestaltung geschuldet. Die Lösung liegt in einem materiellen Prozessrecht.