



Die Erbringung zusätzlicher Leistungen nach § 1 Nr. 4 VOB/B

Pflicht zur Ausführung und Preisbildung

*Aufsatz von Rechtsanwalt Wolfgang Heinicke
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Weit verbreitet ist die Auffassung, dass bei einem Bauvertrag der Auftraggeber beliebige zusätzliche Leistungen verlangen könne und dass der Auftragnehmer verpflichtet sei, diese Leistungen auszuführen, zumindest soweit sein Betrieb hierauf eingerichtet ist. Ferner herrscht die Auffassung vor, dass in diesem Fall die Vergütung für die zusätzliche Leistung immer in Anlehnung an die Urkalkulation für die zunächst beauftragte Leistung zu bilden sei.

Grundsätzlich ist es richtig, dass im VOB-Vertrag der Auftraggeber berechtigt ist, Anordnungen über die Änderung der vereinbarten Leistung zu erteilen. Nach § 1 Nr. 3 VOB/B ist der Auftraggeber berechtigt, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen.

Zu differenzieren ist allerdings bei zusätzlichen Leistungen. Nicht vereinbarte Leistungen, **die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden**, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers auszuführen, wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen eingerichtet ist. Dies ergibt sich aus § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B. Dies bezieht sich also nur auf Leistungen, die wirklich erforderlich sind, um die vertraglich geschuldete Leistung fertig zu stellen.

Andere Leistungen, die **nicht der zur Ausführung der vertraglichen Leistung** erforderlich sind, muss der Auftragnehmer nicht ausführen. Vielmehr können dem Auftragnehmer derartige andere Leistungen, die nicht zur Herstellung der ursprünglich vereinbarten Leistung erforderlich sind, nur mit seiner Zustimmung übertragen werden. Dies ergibt sich aus § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B. Dies bedeutet also, dass der Unternehmer nicht in jedem Fall verpflichtet ist, eine zusätzliche Leistung auszuführen.

Dies hat ganz wesentliche Auswirkungen auf die Preisgestaltung.

Ist der Auftragnehmer nämlich nicht verpflichtet eine derartige Leistung zu übernehmen, weil sie für die Erstellung der ursprünglich beauftragten Bauleistung nicht erforderlich ist, kann er die Übernahme dieser Leistung von einer gesonderten Preisvereinbarung abhängig machen. Dabei ist er nicht an die Urkalkulation gebunden. Da der Bauherr in der Regel darauf angewiesen ist, dass derartige Leistungen durch den Auftragnehmer ausgeführt werden, befindet sich der Unternehmer insoweit in einer günstigen Position.

Ist eine Preisvereinbarung nicht getroffen, so ist für diese nicht erforderlichen, jedoch vom Unternehmer

übernommenen Arbeiten strittig, ob dieser die übliche Vergütung verlangen kann und an die Urkalkulation nicht gebunden ist, oder ob die Preisbildung auf der Basis der Urkalkulation erfolgen muss. Eine einhellige Meinung hat sich hierzu nicht herausgebildet.

Eine Auffassung, die vertreten wird, differenziert hierbei danach, ob die Parteien nur eine Erweiterung des bisherigen Auftrags herbeiführen wollten oder ob ein neuer Auftrag erteilt wurde. Wird nur der bisherige Auftrag erweitert, so ist diese Auffassung der Meinung, dass eine Bindung an die Urkalkulation bestehen wird. Dies wird namentlich wohl immer dann der Fall sein, wenn ein solcher Zusatzauftrag als "Nachtrag" bezeichnet wird. Denn dieser Begriff bezeichnet wohl nur eine Erweiterung des bereits bestehenden Vertrags. Voraussetzung dafür, dass eine Bindung an die Urkalkulation nicht vorliegt wäre dann, dass die zusätzliche Leistung entweder als "Anschlussauftrag" oder als „Folgeauftrag“ bezeichnet wird.

Diese Differenzierung leuchtet nicht ein. Denn die herrschende Auffassung stimmt zumindest insoweit überein, dass ein derartiger Auftrag, der für die Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolgs nicht notwendig ist, kein Fall des § 2 Nr. 6 VOB/B ist. Wenn dies aber unstrittig ist, dann kann er auch nicht in preislicher Hinsicht an die Urkalkulation gebunden sein. Gleichwohl hat sich der obigen Auffassung das Oberlandesgericht Düsseldorf in einer Entscheidung angeschlossen und hat in Fällen, in denen die zusätzliche Leistung nur als Erweiterung der bisherigen Leistung anzusehen ist, die Auffassung vertreten, dass diese der erforderlichen Zusatzleistung gleichzustellen ist mit der Konsequenz, dass eine Bindung an die Urkalkulation vorliegt.

Aus diesem Grunde ist dem Unternehmer zu empfehlen, bei zusätzlichen Aufträgen, die zur Erfüllung des geschuldeten Bauerfolgs nicht notwendig sind, deutlich zu machen, dass es sich um einen gesonderten Auftrag handelt. Dies kann dadurch geschehen, dass die oben genannten Begriffe „Folgeauftrag“ oder „Anschlussauftrag“ verwendet werden. Ferner ist zu empfehlen, dass vor der Ausführung derartiger Leistungen eine Preisvereinbarung getroffen wird.

Problematischer wird die Situation, wenn eine Einigung über den Preis nicht zustande gekommen ist, jedoch der Preis ausdrücklich angesprochen wurde. Dann stellt sich die Frage, ob überhaupt eine Einigung und damit überhaupt eine vertragliche Absprache zustande gekommen ist. Eine gleichwohl ausgeführte Leistung wäre trotzdem zu vergüten und zwar über die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung. Über diese Grundsätze wäre dann wiederum der übliche Wert als Vergütung zu leisten.



Sittenwidrigkeit eines spekulativ überhöhten Einheitspreises

BGH, Urteil vom 18.12.2008 - VII ZR 201/06

Der Kläger war von der Beklagten, einem öffentlichen Auftraggeber, mit Bauleistungen beauftragt worden. Der Kläger hatte für einzelne Positionen, so zum Beispiel für Stahl einen um das 800-fache überhöhten Einheitspreis in Ansatz gebracht. Aufgrund von Mehrmengen, die im Verhältnis zur ursprünglichen Leistung geliefert wurden, machte der Kläger gegen die Beklagte nun diesen Einheitspreis geltend. Dem Einwand, der Preise sei sittenwidrig überhöht, begegnete er damit, dass er ausführte, das andere Einheitspreise dafür im Gegenzug unter dem üblichen Preis lägen, so dass insgesamt ein für die Bauleistung angemessener Betrag vereinbart worden sei.

Das Oberlandesgericht hatte der Klage nur teilweise Recht gegeben und war der Auffassung, dass ein um das 200-fache überhöhter Preis noch zulässig sei.

Der Bundesgerichtshof hob diese Entscheidung auf und verwies das Verfahren an das Oberlandesgericht zurück. Der BGH führte aus, dass ein um das 800-fache überhöhter Preis sittenwidrig sei, da ein solcher Preis die Vermutung für ein sittenwidriges spekulatives Gewinnstreben des Unternehmers begründen würde. Die Vereinbarung über diesen Einheitspreis sei daher sittenwidrig und nichtig. Anstelle dieser Vereinbarung trete eine Vereinbarung, dass die ortsüblichen Vergütung verlangt werden könne. Der Einwand des Unternehmers, dass andere Einheitspreise unter den üblichen Preisen lägen, sei dabei nicht zu berücksichtigen.

Abnahme durch Ingebrauchnahme, insbesondere Bezug

OLG Hamm, Urteil vom 11.06.2008 - 12 U 22/08

Der Auftragnehmer macht gegen den Auftraggeber Werklohnansprüche geltend. Die Erstellung des Bauwerks erfolgte im Jahre 2003. Im gleichen Jahr fand eine Baustellenbegehung statt. Bei dieser Baustellenbegehung wurde eine Abnahme nicht erklärt. Vielmehr wurden eine Reihe von Mängeln gerügt. Im Herbst des Jahres 2003 erfolgte der Bezug durch den Auftraggeber. In den Folgejahren wurden weiterhin Mängel gerügt und es wurden teilweise auch Mängel beseitigt.

Im Jahre 2006 stellte der Unternehmer seine Rechnung. Die VOB/B war nicht vereinbart. Der Auftraggeber wandte ein, die Werklohnforderung sei verjährt. Denn im Jahre 2003 sei die Abnahme des Objekts erfolgt, zum einen durch die Baustellenbegehung, zum anderen aber auf jeden Fall durch Ingebrauchnahme, nämlich durch Bezug der Immobilie.

Dieser Auffassung widersprach das Oberlandesgericht. Allein die Baustellenbegehung sei keine Abnahme. Denn die Abnahme stelle die Erklärung des Bestellers dar, dass er das Werk als im wesentlichen vertragsgerecht anerkenne. Allein die Begehung einer Baustelle führe nicht zu dieser Erklärung, zumal dann nicht, wenn bei dieser Begehung einer Reihe von Mängeln gerügt wurden und der Bezug dadurch bedingt sei, dass die alte Wohnung aufgegeben werden musste. Damit habe der Bezug von Seiten des Unternehmers nicht als konkludent erklärte Abnahme verstanden werden können. Der Bezug der Immobilie könne nur dann eine Abnahme darstellen, wenn Abnahmereife vorliege. Abnahmereife liege aber nur dann vor, wenn keine wesentlichen Mängel mehr vorlägen. Würden zum Zeitpunkt des Bezugs aber noch wesentliche Mängel vorliegen, so könne in dem Bezug nicht die stillschweigende Erklärung gesehen werden, dass der Auftraggeber das Werk als im wesentlichen vertragsgerecht anerkenne. Auch durch die laufende Nutzung in der Folgezeit könne eine Abnahme nicht begründet werden. Denn zum einen seien die ursprünglich gerügten Mängel noch nicht vollständig beseitigt gewesen, zum anderen seien immer neue Mängelrügen nachgeschoben worden.

Da die Abnahme Voraussetzung für die Fälligkeit der Werklohnforderung sei, diese aber nicht erklärt worden sei und da die Verjährungsfrist erst mit Fälligkeit der Werklohnforderung beginne, die Fälligkeit aber mangels Abnahme nicht eingetreten sei, sei die Werklohnforderung auch nicht verjährt. Nachdem mittlerweile alle Mängel beseitigt seien, sei die Werklohnforderung nunmehr begründet.

Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer

OLG Frankfurt, Urteil vom 29.01.2008 - 5 U 130/07

Der Auftraggeber hatte den Auftragnehmer beauftragt, Arbeiten für Heizung, Lüftung und Kühlung in einem Gebäude vorzunehmen. Hierzu gehörten die Leistungen, den Akustikputz aufzubringen.

Nach Fertigstellung der Arbeiten fiel der Akustikputz in Teilbereichen herunter. Der Auftraggeber forderte den Auftragnehmer daraufhin auf, die aufgetretenen Mängel zu beseitigen.

Der Auftragnehmer begann auch mit der Mängelbeseitigung und schlug den gesamten Deckenputz ab. Während der Arbeiten untersagte der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Weiterführung der Mängelbeseitigungsarbeiten und erklärte, dass aufgrund des abgeschlagenen Putzes sich herausgestellt habe, dass ein grobes Verschulden des Unternehmers vorliege. Ihm, dem Auftraggeber, sei eine Fortführung der Mängelbeseitigungsarbeiten durch den Auftragnehmer nicht mehr



zumutbar. Der Auftraggeber beauftragte daraufhin ein drittes Unternehmen damit, die Mängelbeseitigungsarbeiten durchzuführen und fertig zu stellen. Die hierfür angefallenen Kosten macht der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer geltend.

Der Auftraggeber ist unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen nicht verpflichtet, dem Auftragnehmer die Möglichkeit der Mängelbeseitigung zu geben. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Auftragnehmer geweigert hat, Mängel zu beseitigen, den Mangel als solchen in Abrede gestellt hat, eine Nacherfüllung fehlgeschlagen ist, oder dem Auftraggeber aus sonstigen Gründen die Nachbesserung durch den Auftragnehmer unzumutbar ist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Auftragnehmer in derart grober Weise gegen die anerkannten Regeln der Technik verstoßen hat, dass nicht damit zu rechnen ist, dass er in der Lage ist, eine Mängelbeseitigung fachgerecht auszuführen.

Im vorliegenden Fall stellte sich das Gericht auf den Standpunkt, dass diese Voraussetzungen der Unzumutbarkeit einer Duldung der Nachbesserung durch den Auftragnehmer jedenfalls dann nicht vorliegen, wenn sich der Auftraggeber auf die Nachbesserung durch den Auftragnehmer bereits, wenn auch nur teilweise, eingelassen hat und wenn der Auftragnehmer mit der Mängelbeseitigung begonnen hat.

Aus diesem Grunde wies das Gericht vorliegend die Klage ab.

Wir haben Bedenken, ob diese Entscheidung tatsächlich in dieser Form zutreffend ist, insbesondere dann, wenn sich die Tatsache, dass ein massiver und grober Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik vorliegt, erst im Rahmen des Beginns der Mängelbeseitigungsarbeiten zeigt und zuvor für den Auftraggeber nicht erkennbar war.

Die Entscheidung zeigt aber, welches Risiko damit verbunden ist, dem Auftragnehmer keine Möglichkeit der Mängelbeseitigung mehr zu geben. In diesem Fall muss man immer damit rechnen, dass ein Gericht sich auf den Standpunkt stellt, dass ein Fall der Unzumutbarkeit nicht vorliegt.

Aus diesem Grunde ist grundsätzlich zu empfehlen, dem Auftragnehmer zunächst die Möglichkeit der Mängelbeseitigung einzuräumen. Erst wenn diese Mängelbeseitigung fehlschlägt und damit die Nacherfüllung fehlschlägt, kann unter den gesetzlichen Voraussetzungen die Ersatzvornahme betrieben werden. Ansonsten droht ein erheblicher Schaden für den Auftraggeber, weil er die Kosten der Ersatzvornahme nicht beim Auftragnehmer geltend machen kann. Eine rechtliche Beratung ist in diesem Fall allerdings nahezu unerlässlich.