

GPA-Mitteilung Bau 6/2004

Az. 600.535

01.12.2004

Vergütungs- oder Mängelansprüche bei Leistungsminderungen

1 Einführung

Bei Ausführung von Bauleistungen ist es oft der Fall, dass Minderleistungen durch Auftraggeber (oder durch deren Vertreter) **angeordnet** oder durch Bauunternehmer **eigenmächtig** erbracht werden (z.B. der Einbau anderer als ausgeschriebener Baustoffe oder geringerer Dicken bei Bauteilen). Solche Leistungsänderungen verursachen für die Unternehmer in der Regel **Minderkosten**. Dabei wird häufig versäumt, gegenüber den Unternehmern durch ergänzende Vereinbarungen oder **Abzüge in der Bauschlussrechnung** Vergütungs-/Preisminderungsansprüche oder ggf. auch Mängelansprüche geltend zu machen. Allerdings erhalten Auftraggeber auch oft keine Kenntnis von den Anordnungen ihrer Vertreter oder von den eigenmächtigen Änderungen der Unternehmer.

Beispiel:

Im LV war für die Bauleistung Mutterbodenauftrag eine Einbaudicke von 30 cm ausgeschrieben. Vereinbart war ein m²-Preis. Ausgeführt wurden aber nur 20 cm. Dadurch ersparte sich der Unternehmer Aufwendungen.

Eine Minderung des m²-Preises nach § 2 Nr. 5 VOB/B wurde von Auftraggeberseite nicht verlangt. Die Minderleistungen wurden mit der Schlusszahlung nach dem im LV vereinbarten Vertragspreis (30 cm) vergütet.

Erst aufgrund einer späteren überörtlichen Prüfung wurde der Sachverhalt festgestellt.

Diese GPA-Mitteilung befasst sich insbesondere mit der Frage, ob ein Auftraggeber zu einem **Zeitpunkt nach der Schlusszahlung** noch Preisminderungsansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B oder andere Ansprüche geltend machen bzw. ggf. gerichtlich einklagen und Überzahlungen zurückfordern kann.

2 Vergütungs-/Minderungsansprüche des Auftraggebers nach § 2 Nr. 5 VOB/B

2.1 Wortlaut des § 2 Nr. 5 VOB/B

Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.

2.2 Anspruchsvoraussetzungen

Nach den Regelungen des § 2 Nr. 5 VOB/B¹ besteht ein vertraglicher Anspruch auf Minderung eines Preises bzw. Abschluss einer entsprechenden Nachtragsvereinbarung, wenn der **Auftraggeber** nach § 1 Nr. 3 VOB/B **Vertragsänderungen**² **anordnet**, die zu Leistungs-/Kostenminderungen führen (s. Beispiel in Abschn. 1).

Eine Anordnung i.S. des § 1 Nr. 3 VOB/B bedarf in der Regel der Form des § 54 GemO (Schriftform und Unterzeichnung durch den Bürgermeister). Strittig ist, ob dies auch für die Anordnung von Leistungsminderungen gilt, weil diese zu Preisminderungen und folglich zunächst auch zu keiner Verpflichtungserklärung i.S. von § 54 GemO führen. Die GPA geht einstweilen davon aus, dass im Fall von Leistungsminderungen grundsätzlich auch mündliche Anordnungen des Auftraggebers **wirksam** sind und somit § 2 Nr. 5 VOB/B und nicht § 2 Nr. 8 VOB/B anzuwenden ist.

Die Anwendbarkeit des § 2 Nr. 5 VOB/B setzt aber in jedem Fall eine **Anordnung von Seiten des Auftraggebers** voraus. Ändert ein Unternehmer die Leistung eigenmächtig oder aufgrund von Anordnungen durch Dritte (z.B. vollmachtloser Vertreter des Auftraggebers wie beispielsweise Architekten/Ingenieure), ist § 2 Nr. 5 VOB/B nicht anwendbar. Es gelten dann die Regelungen des § 2 Nr. 8 VOB/B (s. nachfolgend Abschn. 3).

¹ Betr. Einheitspreisverträge; bei Pauschalpreisverträgen gilt § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 VOB/B i.V.m. § 2 Nr. 5 VOB/B.

² Zum Begriff „Vertragsänderungen“ oder „Anordnungen“ vgl. die umfangreichen Ausführungen im Sonderheft der GPA-Mitt. Bau 1/2001 „Nachtragsforderungen der Bauunternehmer“.

Kommt nach Anordnung der Leistungsminderung durch den Auftraggeber eine Nachtragsvereinbarung mit dem Bauunternehmer über einen verminderten Preis nicht zustande, wird der nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu ermittelnde Nachtragspreis bzw. die Zahlungsverpflichtung ggf. **gerichtlich** festgestellt.

Zur Geltendmachung vertraglicher Ansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B hat der Auftraggeber eine auf Preisminderung gerichtete Nachtragsvereinbarung ausdrücklich zu **verlangen**. Solange er dies nicht tut, darf der Bauunternehmer davon ausgehen, dass der Auftraggeber keine Ansprüche geltend macht¹. Es besteht nach § 2 Nr. 5 keine Pflicht (nur ein Recht), bei Vorliegen der Voraussetzungen Preisanpassungen zu verlangen (vgl. dazu die einschlägigen Kommentierungen zur VOB/B). Solange der Auftraggeber keine Preisminderung verlangt, ist der **ursprünglich vereinbarte Vertragspreis** auch für die Nachtragsleistung **maßgebend**.

Eine in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht diskutierte Frage ist die, bis zu welchem **Zeitpunkt** Auftraggeber Preisanpassungen verlangen können. Einig ist man sich lediglich darüber, dass bei Nichtbeachtung der Sollvorschrift des § 2 Nr. 5 Satz 2 VOB/B Vergütungsansprüche nicht verloren gehen (vgl. dazu u.a. auch BGH, Urt. v. 20.04.1978, BauR 1978, 314, 316). Vergütungsansprüche können also auch noch während oder nach der Bauausführung geltend gemacht werden. Fraglich ist aber, ob Vergütungsansprüche auch noch nach einer vom Auftraggeber geleisteten **Schlusszahlung** geltend gemacht werden können.

Die GPA verweist auf ein Urteil des OLG Hamburg (IBR 1996, 278)², wonach eine Rückforderung von Überzahlungen nach den §§ 812 ff. BGB bei versäumtem Preisanpassungsverlangen nicht mehr möglich ist. Eine Rückforderung nach den §§ 812 ff. BGB setzt eine Zahlung ohne vertragliche Grundlage voraus. Wird aber eine Nachtragsvereinbarung versäumt, besteht eine vertragliche Grundlage bzw. gilt der bestehende Vertragspreis (vgl. die vorstehenden Ausführungen). Auf die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Auftraggeber eine Preisanpassungsvereinbarung verlangen kann, ist das Gericht in seiner Urteilsbegründung allerdings nicht eingegangen.

¹ Der Bauunternehmer ist nicht verpflichtet, den Auftraggeber auf seine Rechte nach § 2 Nr. 5 VOB/B aufmerksam zu machen.

² Der Fall betraf eine Überzahlung des Bundes, der es versäumt hatte, wegen geringerer Einbaudicke beim Mutterbodenauftrag eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu verlangen.

Die GPA neigt zu der Auffassung, dass ein Auftraggeber eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 5 VOB/B nur **bis zur Schlusszahlung** verlangen kann. Versäumt er die Geltendmachung seiner Rechte bei Schlusszahlung, sind seine Ansprüche verwirkt (**Verwirkung nach § 242 BGB**). Denn wer die Schlusszahlung vorbehaltlos ohne Abzüge leistet, gibt durch sein **Zahlungsverhalten** zu erkennen, dass er von seinem Recht, nämlich den Abschluss einer Nachtragsvereinbarung nach § 2 Nr. 5 VOB/B zu verlangen, keinen Gebrauch mehr macht. Ein Auftragnehmer darf dann darauf vertrauen, dass der Auftraggeber den ursprünglich vereinbarten Vertragspreis auch für die Leistungsänderung gelten lässt.

Die kommunalen Auftraggeber müssen also davon ausgehen, dass im Zeitpunkt nach der Schlusszahlung Preisanpassungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B nicht mehr möglich sind.

3 Vergütungsansprüche des Unternehmers nach § 2 Nr. 8 VOB/B

Die Regelungen des § 2 Nr. 5 VOB/B sind nicht anwendbar in den Fällen, in denen ein Bauunternehmer Leistungsänderungen bzw. -minderungen **eigenmächtig** oder aufgrund von **Anordnungen vollmachloser Vertreter des Auftraggebers** (z.B. Architekten/Ingenieure) erbracht hat. Nach den Architekten-/Ingenieurverträgen sind die vom Auftraggeber beauftragten Architekten/Ingenieure in der Regel nicht befugt, Vertragsänderungen anzuordnen.

In solchen Fällen hat der Unternehmer nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B zunächst **keinen Vergütungsanspruch für die gesamte Minderleistung** (ein Auftraggeber muss sich keine Leistungsänderungen aufdrängen lassen). Im Gegenteil hat der Auftraggeber ein **Beseitigungsrecht** (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 2 VOB/B), dessen Geltendmachung allerdings nach geleisteter Schlusszahlung nach § 242 BGB nicht mehr möglich sein dürfte.

Vergütungsansprüche bestehen für den Unternehmer in der Regel auch nicht nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B, weil die bloße Schlusszahlung als solche grundsätzlich **kein Leistungsanerkennnis** darstellt.¹

¹ Leistungsanerkennnisse bedürften im Übrigen auch der Form des § 54 GemO.



Ein Unternehmer hat für die Minderleistung ggf. Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 oder nach § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. §§ 677, 683 BGB, wenn die Leistungsänderung objektiv dem **mutmaßlichen Willen des Auftraggebers** entspricht (ist im Beispiel in Abschn. 1 grundsätzlich nicht anzunehmen). Es gelten dann die **Berechnungsgrundlagen** des § 2 Nr. 5 VOB/B (§ 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 3 VOB/B), was bedeutet, dass dem Unternehmer nur ein verminderter Preis zusteht und etwaige Überzahlungen auch noch nach der Schlusszahlung zurückgefordert werden können.

Ein Unternehmer hat für die Minderleistungen ggf. Vergütungsansprüche bzw. bereicherungsrechtliche Ansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. mit §§ 684, 812 ff. BGB, wenn der Auftraggeber die Leistung nutzt bzw. in Betrieb nimmt (kann im Beispiel in Abschn. 1 angenommen werden). Bereicherungsrechtliche Ansprüche bestehen aber nur in Höhe des tatsächlichen Werts der Leistung (berechnet nach § 632 Abs. 2 BGB oder ggf. auch nach den Regeln des § 2 Nr. 5 VOB/B, dessen analoge Anwendung in solchen Fällen denkbar ist). Folglich kann der Auftraggeber noch etwaige Überzahlungen einklagen.

Es bleibt demnach festzuhalten, dass ein Auftraggeber bei kostenmindernden Leistungsänderungen aufgrund eigenmächtigen Handelns des Unternehmers oder aufgrund vollmachtlosen Handelns seiner Vertreter noch Rückforderungsansprüche an den Unternehmer geltend machen kann, insbesondere dann, wenn er bis zur Schlusszahlung keine Kenntnis hiervon erhalten hat.

Von den Regelungen des § 2 Nr. 8 VOB/B unberührt bleiben mögliche Mängelansprüche des Auftraggebers (s. nachfolgend).

4 Ansprüche aus dem VOB/B-Bauvertrag und dem Architekten-/Ingenieurvertrag wegen Bauwerksmängeln, gesamtschuldnerische Haftung

Von Vergütungsansprüchen unberührt bleiben die **Mängelansprüche** des Auftraggebers nach den §§ 4 Nr. 7 (von der Bauausführung bis zur Abnahme) oder 13 VOB/B (nach der Abnahme).

Leistungsminderungen i.S. des § 2 Nr. 5 VOB/B können begrifflich zugleich auch **Sachmangel** i.S. von § 13 Nr. 1 VOB/B darstellen (z.B. bei geringeren Einbaudicken im Straßenbau oder bei Einbau unbrauchbarer Materialien).¹

Wird erst nach geleisteter Schlusszahlung eine vertragsabweichende Bauausführung festgestellt und liegt begrifflich ein Sachmangel vor, kann der Auftraggeber gegenüber dem Bauunternehmer nach § 13 VOB/B Mängelansprüche **innerhalb der vereinbarten Verjährungsfrist** geltend machen, sofern nicht die haftungsbefreienden Regelungen des § 13 Nr. 3 VOB/B greifen oder Mängelansprüche nach § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen sind.

Die haftungsbefreienden Regelungen nach § 13 Nr. 3 VOB/B greifen in der Regel bei Anordnungen des Auftraggebers oder bei Anordnungen der beauftragten Architekten/Ingenieure (außer in den Fällen des § 4 Nr. 3 VOB/B), nicht dagegen in den Fällen, in denen ein Unternehmer Leistungsänderungen **eigenmächtig** erbracht hat.

Bei eigenmächtigem Handeln der Unternehmer kommen als Mängelansprüche vorrangig eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung bzw. Nacherfüllung in Betracht (§§ 4 Nr. 7, 13 VOB/B), ggf. eine **Minderung der Vergütung** unter den Voraussetzungen des § 13 Nr. 6 VOB/B und nach den Grundsätzen des § 634 BGB a.F. bzw. § 638 BGB n.F.

Auch die Architekten/Ingenieure haften bei Bauwerksmängeln, wenn ihnen eine **mangelhafte Bauaufsicht** vorgeworfen werden kann. Sie stehen dann bei Bauwerksmängeln neben den Bauunternehmern in der **gesamtschuldnerischen Haftung**. In diesem Fall kann der Auftraggeber seine Mängel- bzw. Schadensersatzansprüche wahlweise gegenüber dem Bauunternehmer aus dem VOB/B-Bauvertrag (§ 13 VOB/B) oder gegenüber dem bauleitenden Architekten/Ingenieur aus dem Architekten-/Ingenieurvertrag (§§ 631 ff. BGB)² geltend machen.

¹ So auch im Beispiel in Abschn. 1.

² Z.B. bei Insolvenz des Bauunternehmers.

5 Verantwortlichkeit der Architekten/Ingenieure nach dem Architekten-/Ingenieurvertrag bei vertragsabweichender Bauausführung

Im kommunalen Bereich werden in der Regel Architekten/Ingenieure mit der **Objektüberwachung bzw. Örtlichen Bauüberwachung** i.S. der Leistungsbilder der HOAI beauftragt und in diesem Rahmen zugleich auch zur Vornahme bestimmter Handlungen bevollmächtigt.

Es gehört zu den **vertraglichen Leistungs-/Aufsichtspflichten** der Architekten/Ingenieure, ihre Auftraggeber über vertragsabweichende Bauausführungen zu **informieren** und sie über ihre Rechte nach § 2 Nr. 5 VOB/B **aufzuklären**. Gleichzeitig gehört es zum Leistungsumfang der Architekten/Ingenieure, die Bauunternehmer zur Abgabe eines Nachtragsangebots aufzufordern und Preisverhandlungen zu führen. Nur der Abschluss der Nachtragsvereinbarung bzw. die **Unterzeichnung** des ergänzenden Vertrags bleibt letztlich dem Auftraggeber vorbehalten.

Den bauleitenden Architekten/Ingenieuren obliegt außerdem die **Abnahme der Bauleistungen**. Zu einer ordnungsgemäßen Abnahme gehört vorrangig die Überprüfung, ob die Leistungen vertragsgemäß erbracht worden sind. Erkannte Leistungsminderungen sind zu bemängeln. Über den Abnahmebefund ist der Auftraggeber zu informieren.

Den bauleitenden Architekten/Ingenieuren obliegt schließlich die **Prüfung der Baurechnungen**. Nach Eingang von Abschlagsrechnungen oder spätestens nach Eingang einer Schlussrechnung ist es deren Aufgabe, die geforderten Preise mit den erbrachten Bauleistungen zu vergleichen, bei etwaigen Minderleistungen den Auftraggeber zu informieren und bis zum Abschluss einer Nachtragsvereinbarung **Rechnungsabzüge** vorzunehmen.

Erbringt ein Architekt/Ingenieur schuldhaft nicht diese vertraglichen Leistungspflichten¹, hat der Auftraggeber ggf. **Ansprüche** nach den §§ 631 ff. BGB². In der Regel kommen nur **Schadensersatzansprüche** nach § 635 BGB a. F. oder § 634 BGB n.F. in Betracht, weil nach

¹ Ein Auftraggeber darf sich darauf verlassen, dass ein bevollmächtigter Architekt/Ingenieur seine finanziellen Interessen wahrnimmt.

² Architekten-/Ingenieurverträge sind Werkverträge.

erfolgter Schlusszahlung eine Nacherfüllung mangelhafter Architekten-/Ingenieurleistungen nicht mehr möglich ist. Der Schadensbetrag ist die Differenz zwischen dem ursprünglichen Vertragspreis und dem nach § 2 Nr. 5 VOB/B festzustellenden Nachtragspreis.

Sind also Ansprüche gegenüber dem Unternehmer nicht mehr durchsetzbar, hat der Auftraggeber grundsätzlich Schadensersatzansprüche gegen die von ihm beauftragten Architekten/Ingenieure zu prüfen und geltend zu machen.

Abt. 6/60