

GPA-Mitteilung Bau 1/2005

Az. 600.535

01.07.2005

Vergütung von Nachtragsleistungen ohne wirksamen Auftrag

1 Einführung

Bei Bauaufträgen ist es häufig der Fall, dass Bauunternehmer **Änderungs- oder Zusatzleistungen** ohne (wirksamen) Ergänzungsauftrag erbringen, sei es, dass sie eigenmächtig oder auf Weisung nicht bevollmächtigter Vertreter des Auftraggebers handeln (z.B. Architekten, Ingenieure, Bedienstete der Verwaltung) oder dass sie zwar auf Weisung berechtigter Auftraggebervertreter handeln, diese bei Auftragserteilung aber die gesetzlichen Bestimmungen des § 54 GemO (insbes. Schriftform) nicht beachtet haben. In solchen Fällen stellt sich immer die Frage, ob und inwieweit den Unternehmern **vertragliche oder gesetzliche Vergütungsansprüche** zustehen bzw. sich Auftraggeber auf fehlende oder unwirksame Aufträge berufen und Vergütungsansprüche ablehnen können. Die GPA gibt dazu folgende Hinweise:

2 Vertragliche Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 8 VOB/B

2.1 Wortlaut des § 2 Nr. 8 VOB/B

„(1) Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausführt, werden nicht vergütet. Der Auftragnehmer hat sie auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen ...

(2) Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt. Eine Vergütung steht ihm auch zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden. Soweit dem Auftragnehmer

eine Vergütung zusteht, gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen der Nummern 5 oder 6 entsprechend.

(3) Die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bleiben unberührt.“

2.2 Anwendungsbereich

Die Regelungen des § 2 Nr. 8 VOB/B gelten in den Fällen, in denen bauausführende Unternehmen

- **eigenmächtig**, d.h. von sich aus und ohne Absprache mit Auftraggebervertretern Nachtragsleistungen i.S. des § 1 Nrn. 3 oder 4 VOB/B ausgeführt haben,
- Aufträge von einer **vertretungsberechtigten Person des Auftraggebers** erhalten haben, der Auftraggebervertreter (z.B. Bürgermeister) dabei jedoch die **Bestimmungen des § 54 GemO** nicht beachtet hat (z.B. die Schriftform) oder
- Anordnungen i.S. des § 1 Nrn. 3 oder 4 VOB/B von einem **vollmachtlosen Vertreter** des Auftraggebers (z.B. von einem Bediensteten der Verwaltung oder bauleitenden Architekten/Ingenieur) erhalten und danach Nachtragsleistungen ausgeführt haben.

Kommunale Auftraggeber können wirksam Nachtragsleistungen i.S. des § 1 Nrn. 3 oder 4 VOB/B nur anordnen oder Preisvereinbarungen i.S. des § 2 Nrn. 5 oder 6 VOB/B nur treffen unter Beachtung der Bestimmungen des § 54 GemO (BGH, Urf. v. 27.11.2003, BauR 2004, 495). § 54 GemO dient dem **Schutz des Auftraggebers vor Abschluss übereilter Rechtsgeschäfte**. Die Nichtbeachtung dieser Bestimmungen führt im Außenverhältnis zur Anwendung der §§ 177 ff. BGB (Vertretung der Gemeinde ohne Vertretungsmacht)¹. Danach sind durch berechnigte Auftraggebervertreter erteilte **mündliche Aufträge schwebend unwirksam**. Wird ein Rechtsgeschäft durch Beschluss des zuständigen Gemeindeorgans nachträglich genehmigt (§ 177 Abs. 2 BGB), gilt es von Anfang an als wirksam. Wird die Genehmigung nachträglich versagt, bleibt es endgültig unwirksam mit der Rechtsfolge, dass ein Unternehmer Vergütungsansprüche allenfalls nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B oder nach BGB geltend machen kann.

In der Regel haben Bedienstete der Verwaltung oder die von den kommunalen Auftraggebern beauftragten bauleitenden Architekten und Ingenieure nicht die Befugnis bzw.

¹ Vgl. dazu die umfangreichen Ausführungen in der GPA-Mitteilung Bau 1/1996.

vertragliche Vollmacht, Nachtragsleistungen i.S. des § 1 Nrn. 3 oder 4 VOB/B ohne Genehmigung des Auftraggebers schriftlich oder mündlich anzuordnen oder Preisvereinbarungen i.S. des § 2 Nrn. 5 oder 6 VOB/B zu treffen (BGH, a.a.O.), es sei denn, sie können ausnahmsweise im Einzelfall eine der Form des § 54 GemO entsprechende Vollmacht nachweisen.² Verwiesen wird auf die Vollmachtsregelungen in den einschlägigen Architekten-/Ingenieurvertragsmustern, wonach Architekten/Ingenieure **finanzielle Verpflichtungen** für Auftraggeber nicht eingehen dürfen. Handeln nicht berechtigte Vertreter ohne Vollmacht des Auftraggebers, gelten ebenfalls die Bestimmungen der §§ 177 ff. BGB.

Die Grundsätze der sog. **Anscheins- oder Duldungsvollmacht** gelten wegen der Bestimmungen des § 54 GemO in der Regel nicht bei kommunalen Auftraggebern.

Bedarfs-/Eventualpositionen in Bauverträgen bzw. Leistungsverzeichnissen stehen unter Vorbehalt. Sie bedürfen noch einer gesonderten nachträglichen Beauftragung des Auftraggebers. Erbringt ein Unternehmer solche Positionen ohne wirksamen Auftrag, gilt ebenfalls § 2 Nr. 8 VOB/B (BGH, Urt. v. 23.01.2003, BauR 2003, 536 = Baurechts-Report 3/2003 = IBR 2003, 118 = ZfBR 2003, 360).³

Erbringt ein Unternehmer sog. „**angehängte Stundenlohnarbeiten**“ bzw. Zusatzleistungen gegen Stundenlohnvergütung ohne wirksamen Auftrag (§ 2 Nr. 10 VOB/B), gelten ebenfalls die Regelungen des § 2 Nr. 8 VOB/B. Die Abzeichnung von Stundenlohnzetteln durch den Auftraggeber stellt kein Anerkenntnis bzw. keine Stundenlohnvereinbarung dar, sondern bescheinigt lediglich Art und Umfang der erbrachten Leistungen (BGH, Urt. v. 14.07.1994, BauR 1994, 760).⁴

2.3 Anspruchsvoraussetzungen, Vergütungsgrundsätze nach VOB/B

2.3.1 Allgemeines

§ 2 Nr. 8 VOB/B regelt etwaige Vergütungsansprüche der Unternehmer nur **dem Grunde** und nicht der Höhe **nach**. Hat ein Unternehmer gemäß § 2 Nr. 8 VOB/B Vergütungsansprüche dem Grunde nach, regelt sich deren **Höhe** gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 3 VOB/B **analog dem § 2 Nrn. 5 oder 6 VOB/B** (vgl. auch BGH, Urt. v. 21.01.1991, BauR 1991, 331).

² Wirksame Vollmachten haben gelegentlich sog. Baubetreuer aufgrund individueller Baubetreuungsverträge.

³ Vgl. dazu die GPA-Mitteilung Bau 2/2005 Az. 600.535.

⁴ Vgl. dazu die GPA-Mitteilung Bau 3/2005 Az. 600.535.

Hat ein Unternehmer über § 2 Nr. 8 VOB/B hinaus gesetzliche Ansprüche nach BGB, regelt sich deren Höhe nach § 632 BGB („übliche Vergütung“) oder nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts (§ 818 BGB).

2.3.2 Fehlender Vergütungsanspruch, Beseitigungspflicht (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B)

Nach **§ 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B** gilt der **Grundsatz**, dass sich ein Auftraggeber von einem Unternehmer nicht solche vertragswidrige Leistungen aufdrängen lassen muss, die er nicht bestellt hat. Erbringt ein Unternehmer eigenmächtig oder ohne (wirksamen) Auftrag vertragswidrige Leistungen, kann der Auftraggeber verlangen, dass der Unternehmer die Bauleistungen beseitigt bzw. vertragsgemäß herstellt, und zwar unabhängig davon, ob eine vertragswidrige Leistung mängelfrei oder mangelhaft ist (**Beseitigungsrecht**).

Eine eigenmächtige, vertragsabweichende Bauausführung kann zugleich auch einen **Baumangel** darstellen (z.B. ein vom LV abweichender Einbau von Minderdicken im Straßenbau). In solchen Fällen kann der Auftraggeber neben seinen Rechten nach § 2 Nr. 8 VOB/B **Mängel-/Beseitigungsansprüche** nach den §§ 4 Nr. 7 und 13 VOB/B geltend machen.

Ein Auftraggeber kann aber auch - statt Beseitigung zu verlangen - vertragswidrig erbrachte Mehrleistungen **tolerieren** bzw. nachträglich anerkennen unter der Bedingung, dass die vertragswidrige Leistung zwar im Baukörper belassen, aber zum **ursprünglichen Vertragspreis** abgerechnet wird. Entsprechende Sondervereinbarungen kommen häufig einvernehmlich dann zustande, wenn sich ein Unternehmer dadurch erhebliche Beseitigungskosten erspart.

Denkbar ist, dass in Einzelfällen das Beseitigungsrecht nach Treu und Glauben bzw. nach § 242 BGB ausgeschlossen ist (z.B. je nach Baufortschritt wegen unverhältnismäßig hohem Beseitigungsaufwand). Auch in solchen Fällen ist der Unternehmer unmissverständlich darüber aufzuklären, ob und inwieweit die vertragswidrigen Leistungen erwünscht oder nicht erwünscht sind.

Erbringt ein Unternehmer eigenmächtig bzw. ohne Auftrag eine **billigere Bauausführung**, kann der Auftraggeber ebenfalls Beseitigung verlangen oder statt dessen die vertragswidrige Leistung, falls sie aus technischer Sicht ebenfalls brauchbar und unbedenklich ist⁵,

⁵ Z.B. wird man den Einbau von Recyclingmaterial statt Kies-Sand-Material in einem Leitungsgraben evtl. akzeptieren können.

nachträglich auch anerkennen mit der Maßgabe, dass für die Minderleistungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B ein verminderter Einheitspreis vereinbart wird⁶.

Es ist Aufgabe der bauleitenden Architekten oder Ingenieure, während der Bauausführung, bei der Abnahme oder spätestens bei der Schlussrechnungsprüfung besonders auf etwaige vom Unternehmer vertragswidrig erbrachte Bauleistungen zu achten und den Auftraggeber von solchen Vorkommnissen **unverzüglich zu unterrichten**. Ggf. führen vertragswidrig erbrachte Leistungen zu notwendigen Abstimmungsgesprächen und kurzzeitigen Baueinstellungen.

2.3.3 Vergütungsansprüche bei nachträglicher Leistungsanerkennung (§ 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B)

Nach **§ 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B** hat der Unternehmer einen Vergütungsanspruch, wenn der Auftraggeber die vertragswidrigen Leistungen nachträglich **anerkennt**. Von den kommunalen Auftraggebern ist hierbei zu beachten, dass auch ein „nachträgliches Anerkenntnis“ i.S. des § 2 Nr. 8 VOB/B eine Verpflichtungserklärung i.S. des § 54 GemO darstellt und ein solches deshalb wirksam nur unter den dort genannten Voraussetzungen abgegeben werden kann. Insofern ist das Anerkenntnis praktisch gleichzusetzen mit der Genehmigung i.S. des § 177 BGB (s. Abschn. 2.2). Ein wirksames und formgerechtes Anerkenntnis liegt beispielsweise dann vor, wenn der Auftragnehmer nachträglich ein Nachtragsangebot übergibt und daraufhin eine der Form des § 54 GemO entsprechende **schriftliche Nachtragsvereinbarung** getroffen wird. Anstelle der Form des § 54 GemO genügt aber auch der nachträgliche Beschluss des zuständigen Organs (z.B. des Gemeinderats).

Eine nachträgliche Billigung vertragswidrig erbrachter Leistungen durch vollmachtlose Vertreter des Auftraggebers (z.B. Architekten, Ingenieure) stellt dagegen kein wirksames Anerkenntnis dar.

Je nach Art und Umfang einer vertragswidrig erbrachten Nachtragsleistung sind auch **Teilanerkenntnisse** denkbar mit der Folge, dass sich der nicht anerkannte Leistungsteil ggf. nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B oder nach BGB beurteilt.

Häufig erfährt ein Auftraggeber von vertragswidrig erbrachten Nachtragsleistungen erst nach der Schlusszahlung (z.B. durch die überörtliche Prüfung), weil der bauleitende

⁶ Vgl. dazu die GPA-Mitteilung Bau 6/2004 Az. 600.535.

Architekt/Ingenieur die Leistungen selbst nicht bemerkt oder es unterlassen hat, den Auftraggeber hierüber zu unterrichten. Dazu ist festzustellen, dass eine **Abschlags- oder Schlusszahlung** zumindest bei öffentlichen Auftraggebern **nicht** als **Schuldanerkenntnis** gilt, was zur Folge hat, dass ein Unternehmer allein aus Zahlungsvorgängen keine Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B herleiten kann. Verschiedene Gerichtsentscheidungen (vgl. z.B. LG Berlin, Urt. v. 13.08.1999, BauR aktuell 2000, 147), wonach die Bezahlung von Abschlagsrechnungen als Anerkenntnis i.S. des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B gilt, betreffen nicht öffentliche und insbesondere nicht kommunale Auftraggeber.

2.3.4 Vergütungsansprüche bei fehlendem (wirksamen) Anerkenntnis

Nach **§ 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B** besteht für den Unternehmer bei Fehlen eines (wirksamen) Anerkenntnisses bzw. einer Genehmigung i.S. des § 177 BGB ein Vergütungsanspruch nur dann, wenn die Leistung

- für die Vertragserfüllung **notwendig** war,
- dem **mutmaßlichen Willen des Auftraggebers** entsprach und
- dem Auftraggeber **unverzüglich angezeigt** wurde.

Unabhängig von § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B ist zunächst Voraussetzung für einen Vergütungsanspruch, dass es sich bei den vertragswidrig erbrachten Leistungen tatsächlich auch um Nachtragsleistungen i.S. des § 1 Nrn. 3 oder 4 sowie § 2 Nrn. 5 oder 6 VOB/B handelt, und **nicht** um **Vertragsleistungen**, d.h. um Leistungen, die nach dem Vertrag zum vereinbarten Vertragspreis erbracht werden müssen.

Technische Notwendigkeit

Die erste Vergütungsvoraussetzung zielt insbesondere ab auf die **technische Notwendigkeit** einer Leistung. Bei Nachträgen bzw. eigenmächtig erbrachten Änderungs- oder Zusatzleistungen kann deren Notwendigkeit nach objektiven Maßstäben grundsätzlich dann bejaht werden, wenn nur durch deren Ausführung die ursprünglich ausgeschriebene Leistung ordnungsgemäß und dem Vertragszweck entsprechend zu Ende geführt werden kann. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn nach Vertragsabschluss erkennbar wird, dass über die ausgeschriebenen Vertragsleistungen hinaus „Besondere Leistungen“ i.S. der Abschnitte 4.2 der VOB/C zu erbringen sind (erforderlicher Bodenaustausch, weitere notwen-

dige Verkehrssicherungsmaßnahmen, Aushub kontaminierter Böden). Ggf. lässt sich die Notwendigkeit einer ohne Auftrag erbrachten Nachtragsleistung gutachtlich feststellen.

Mutmaßlicher Wille des Auftraggebers

Mutmaßlich ist derjenige Wille des Auftraggebers, der bei **objektiver Beurteilung** aller gegebenen Umstände von einem verständigen Betrachter vorauszusetzen ist bzw. mangels anderer Anhaltspunkte dem wohlverstandenen Interesse des Auftraggebers entspricht (BGH, Urt. v. 27.11.2003, BauR 2004, 495 mit Verweis auf frühere Entscheidungen). Die subjektive Betrachtungsweise eines Auftraggebers ist nicht maßgebend.

In der Regel entsprechen **technisch notwendige Änderungs- oder Zusatzleistungen** zugleich auch dem mutmaßlichen Willen eines Auftraggebers, vorausgesetzt, dass auch Art und Weise der Leistungserbringung mit den Auftraggeberinteressen in Einklang stehen bzw. die Änderungs- oder Zusatzleistungen nicht **überzogen** ausgeführt werden.

Unverzügliche Anzeige des Unternehmers

Die dritte Voraussetzung für einen Vergütungsanspruch ist, dass der Unternehmer die Leistungen unverzüglich i.S. des § 121 BGB, d.h. grundsätzlich vor Bauausführung oder spätestens bei Arbeitsbeginn angezeigt hat (OLG Stuttgart, Urt. v. 26.05.1993, BauR 1993, 743). Die Anzeige dient dem Schutz des Auftraggebers, der über drohende Kostenerhöhungen rechtzeitig informiert werden soll. Die Anzeige⁷ soll den Auftraggeber in die Lage versetzen, disponieren und evtl. billigere Alternativen wählen zu können (BGH, Urt. v. 27.11.2003, BauR 2004, 495 mit Verweis auf frühere Entscheidungen). Rechtzeitige Anzeigen können nach Treu und Glauben bzw. nach § 242 BGB ausnahmsweise dann entbehrlich sein, wenn ein Unternehmer beispielsweise bei Gefahr in Verzug von sich aus unverzüglich Schutz- oder Sicherungsmaßnahmen eingeleitet hat (z.B. bei ungewöhnlichen Ereignissen im Baugrund).

Im Übrigen ist für die Anzeige keine bestimmte Form vorgeschrieben. Sie kann beispielsweise in Form von Baustellenbesprechungsprotokollen oder durch die Einreichung von Nachtragsangeboten abgegeben werden (BGH, Urt. v. 12.06.1975, BauR 1975, 358).

Nach den einschlägigen Vertragsmustern sind die Architekten/Ingenieure in der Regel bevollmächtigt, Anzeigen i.S. des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B entgegen zu nehmen (vgl.

⁷ Ebenso wie die Ankündigungspflicht nach § 2 Nr. 6 VOB/B; vgl. dazu BGH, Urt. v. 08.11.2001, BauR 2002, 312.

auch BGH, Urt. v. 12.06.1975, BauR 1975, 358; ferner BGH, Urt. v. 27.11.2003, BauR 2004, 495). Sie sind dann in der Regel ihrerseits verpflichtet, solche Anzeigen mit Stellungnahme unverzüglich an den Auftraggeber weiterzuleiten.

2.3.5 Vergütungsansprüche bei fehlender unverzüglicher Anzeige (§ 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B, §§ 677 ff. BGB)

§ 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B⁸ gilt als Auffangtatbestand für einen zu erhaltenden Vergütungs- bzw. Aufwendungsersatzanspruch in den Fällen, in denen ein Unternehmer die unverzügliche **Anzeige als Anspruchsvoraussetzung für eine Vergütung versäumt** bzw. unterlassen hat (vgl. dazu unten Abschn. 3). Zwar trifft einen Auftragnehmer bei Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 681 BGB ebenfalls eine Anzeigepflicht, jedoch führt eine Verletzung dieser Vertragspflicht - im Gegensatz zu § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B - nicht zum Vergütungsverlust (BGH, Urt. v. 31.01.1991, BauR 1991, 331).

2.3.6 VOB/B-abweichende Regelungen in Bauverträgen

Von § 2 Nr. 8 VOB/B abweichende Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Bauverträgen, insbesondere sog. **vertragliche Schriftformklauseln**, wonach ohne schriftlichen Auftrag erbrachte Leistungen keine Vergütungsansprüche begründen, halten einer Rechtskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht stand und sind unwirksam (vgl. dazu u.a. BGH, Urt. v. 27.11.2003, BauR 2004, 488 = NJW 2004, 502 = NZBau 2004, 146 = IBR 2004, 125 = Baurechts-Report 2/2004, 3).

3 Gesetzliche Vergütungs- oder Herausgabeansprüche nach BGB

3.1 Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB)

3.1.1 Wortlaut (Auszüge aus BGB)

Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Ge-

⁸ § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B wurde eingefügt mit dem Ergänzungsband 1996, weil § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B seinerzeit einer Rechtskontrolle nach dem AGB-Gesetz (vgl. jetzt §§ 305 ff. BGB) nicht standhielt.

geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert (§ 677 BGB).

Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 683 Satz 1 BGB).

Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu (§ 684 BGB).

3.1.2 Vergütungsgrundsätze

Die Regelungen des § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B stellen klar, dass durch die vertraglichen Sonderregelungen des § 2 Nr. 8 Abs. 1 und 2 VOB/B die gesetzlichen Ansprüche nach §§ 677 ff. BGB unberührt bleiben (und nicht abbedungen sind) und somit einen **eigenständigen Anspruch** neben der VOB/B begründen (vgl. dazu auch Kemper/Schaarschmidt in BauR 2000, 1651 ff.). Die §§ 677 ff. BGB kommen in der Regel zur Anwendung, wenn die nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B erforderliche Anzeige fehlt (s.o. Abschn. 2.3.5).

Nach § 683 BGB hat der Unternehmer einen Anspruch auf **Aufwendungsersatz** bei berechtigter Geschäftsführung, d.h. wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag dem **Interesse** und dem **wirklichen** oder **mutmaßlichen Willen** des Auftraggebers entsprach (z.B. auch bezüglich Art und Weise der Bauausführung). Hierunter ist im Wesentlichen dasselbe zu verstehen wie in § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (BGH, Urt. v. 04.04.1974, BauR 1974, 273), weshalb auf die Ausführungen in Abschnitt 2.3.4 verwiesen wird.

Als Aufwendungsersatz kann der Unternehmer eine **(orts)übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB** beanspruchen (BGH, Urt. v. 04.04.1974, BauR 1974, 273). Als ortsübliche Vergütung gilt der Rechnungsbetrag bzw. die Forderung des Unternehmers, wenn sich die Preise im üblichen Rahmen halten, insbesondere Wettbewerbspreise darstellen, oder wenn die Nachtragspreise in analoger Anwendung des § 2 Nrn. 5 oder 6 VOB/B aus Wettbewerbspreisen abgeleitet worden sind.

3.2 Herausgabeansprüche nach Bereicherungsrecht

Liegen die Voraussetzungen für einen Aufwendungsersatz nach § 683 BGB nicht vor, hat ein Unternehmer bei erbrachten **Nachtrags-/Mehrleistungen** ggf. Herausgabeansprüche

nach dem Bereicherungsrecht (§§ 684, 812 ff. BGB), d.h. er kann vom Auftraggeber herausverlangen, was dieser durch die Geschäftsführung ohne Auftrag erlangt hat, soweit sein Vermögen dadurch vermehrt ist (**Vermögensbereicherung**) oder soweit er dadurch Aufwendungen erspart hat (**Ersparnisbereicherung**). Da erbrachte Bauleistungen in der Regel nicht mehr in natura herausgegeben werden können, hat der Auftraggeber im Bereicherungsfalle grundsätzlich **Geldersatz** zu leisten (§ 818 Abs. 2 BGB). Zu ersetzen sind die durch vertragswidrige Leistungen objektiv eingetretenen Verkehrswerterhöhungen oder diejenigen Aufwendungen, die der Auftraggeber erspart hat bzw. hätte anderweitig aufbringen müssen⁹. In beiden Fällen kann die Höhe der Herausgabeansprüche identisch sein mit den Forderungen bzw. Rechnungen des Unternehmers, vorausgesetzt, diesen liegen ortsübliche Preise i.S. des § 632 BGB - und nicht überhöhte Preise - zugrunde.

Bei Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen der Unternehmer ist es ggf. Sache des Auftraggebers, beispielsweise nach den **Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung** darzulegen, dass er nicht bereichert ist (§ 818 Abs. 3 BGB). Diese Thematik wurde - soweit ersichtlich - in Schrifttum und Rechtsprechung speziell für das Werk-/Bauvertragsrecht bisher noch nicht vertieft abgehandelt. Die GPA kann deshalb hierzu noch keine Leitlinien geben. Zu bemerken ist aber:

- Ein Auftraggeber muss sich grundsätzlich nicht vertragswidrige Leistungen aufdrängen lassen, d.h. er kann - zumindest vor der Abnahme - grundsätzlich von seinem Beseitigungsrecht nach § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B Gebrauch machen und damit Vergütungs- bzw. **Bereicherungsansprüche abwehren**. Solche Ansprüche können im Vorfeld auch dadurch abgewehrt werden, dass einvernehmlich mit dem Unternehmer vertragsergänzende Regelungen über die Belassung bzw. Tolerierung vertragswidrig erbrachter Mehrleistungen getroffen werden (z.B. Abrechnung eines unnötigen Mehreinbaues zum ursprünglichen Vertragspreis).
- In den Fällen, in denen Beseitigungsansprüche nicht geltend gemacht wurden oder nach Treu und Glauben bzw. nach § 242 BGB evtl. nicht geltend gemacht werden konnten, kann ein Auftraggeber nach den **Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung** Bereicherungsansprüche mit Erfolg nur dann abwehren, wenn ihm im Einzelfall der Nachweis gelingt, dass eine Leistung für ihn objektiv **keinen Wert** bzw. zu keiner Aufwandsersparnis geführt hat.

⁹ Vgl. dazu bereits BGH, Urt. v. 23.03.1972, Rechtsprechungssammlung Sch.-F., Z 2.301 - Blatt 46.

- Herausgabeansprüche können einem Unternehmer ggf. auch nach **§ 814 BGB** verwehrt sein, wenn er eigenmächtig (von sich aus und ohne Absprache mit Auftraggebervertretern) Änderungs- oder Zusatzleistungen in dem vollen Bewusstsein erbracht hat, dass die Leistungen vertragswidrig sind (angedeutet im Urteil des BGH vom 31.01.1991, BauR 1991, 331).
- Im Übrigen ist es häufig der Fall, dass ein Auftraggeber erst nach der Abnahme und nach Schlusszahlung von vertragswidrigen Mehrleistungen Kenntnis erhält (z.B. im Rahmen einer überörtlichen Prüfung). Dies betrifft insbesondere diejenigen Fälle, in denen der Auftraggeber von seinen Baustellenvertretern (bauleitende Architekten, Ingenieure, Bedienstete) keine Kenntnis von den vertragswidrigen Mehrleistungen erhalten hat. In solchen Fällen kann der Auftraggeber evtl. nicht nur Herausgabeansprüche abwehren, sondern seinerseits auch Ansprüche auf Rückzahlung der Überzahlungen nach den §§ 812 ff. BGB geltend machen (vgl. dazu die Beispiele 2 und 4 in Abschn. 5).

4 Ansprüche der Unternehmer gegenüber nicht bevollmächtigten Architekten/Ingenieuren sowie Ansprüche der nicht bevollmächtigten Vertreter gegenüber dem Auftraggeber

Ein Unternehmer kann - anstelle der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Auftraggeber - auch Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche nach § 179 Abs. 1 BGB gegenüber vollmachtlosen Architekten oder Ingenieuren geltend machen, d.h. die vereinbarte oder übliche Vergütung verlangen, ggf. einklagen (vgl. dazu das Beispiel 5 in Abschn. 5). In solchen Fällen kann ein vollmachtloser Architekt oder Ingenieur gegenüber

dem Auftraggeber ggf. Ansprüche nach den §§ 677, 683 BGB oder nach dem Bereicherungsrecht (§§ 684, 812 ff. BGB) geltend machen. Ansprüche nach § 2 Nr. 8 VOB/B scheiden aus, weil die Regelungen der VOB/B im Vertragsverhältnis „Auftraggeber zu Architekt/Ingenieur“ nicht gelten.

5 Beispiele aus Praxis und Rechtsprechung

Beispiel 1 - Zusätzliche Bodenaustauscharbeiten ohne wirksamen Auftrag

Sachverhalt:

Ein Landkreis schrieb Straßenbauarbeiten aus (Ausbau eines 2,2 km langen Feldweges zu einer asphaltierten Verbindungsstraße). Auftragssumme: rd. 867.000 DM.

Forderung lt. Schlussrechnung rund 1,9 Mio. DM. Der Auftraggeber zahlte zunächst nur rd. 856.000 DM. Die Differenz zu 1,9 Mio. DM bzw. die Forderung des Auftragnehmers für Bodenaustauscharbeiten lehnte der Auftraggeber ab.

In der Ausschreibung war vorgesehen, den bestehenden Untergrund des etwa 2 km langen Mittelstücks des Feldweges zu belassen und lediglich die obere Schicht von ca. 30 bis 40 cm durch Schotter zu stabilisieren. Während der Bauausführung stellte der Unternehmer durch Lastplattendruckversuche fest, dass die Tragfähigkeit der geplanten Sohle unzureichend war. Daraufhin tauschte er **in Absprache mit Bauherrenvertretern, aber ohne schriftlichen Ergänzungsauftrag des Auftraggebers** den gesamten, nicht tragfähigen Untergrund aus (Aushubtiefe 1 bis 2 m statt wie ursprünglich vorgesehen 30 bis 40 cm). Das OLG Jena hatte die Forderungen des Unternehmers nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B abgelehnt. Die Revision beim BGH führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Entscheidung:

- Der Auftragnehmer hat keine Ansprüche nach § 2 Nr. 3 VOB/B. Die Regelungen über neue Preise bei Mengenveränderungen gelten nicht für **Leistungsänderungen** bzw. Nachträge.
- Der Auftragnehmer hat auch keine Ansprüche nach § 2 Nr. 6 VOB/B. Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 6 VOB/B setzen eine Forderung bzw. **wirksame Anordnung** des Auftraggebers voraus (§§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B). Wirksame Anordnungen kann der Auftraggeber nur unter den Voraussetzungen des § 109 ThürKommO (entspricht § 54 GemO für B-W) treffen. Erforderlich sind Schriftform und Unterzeichnung des Landrats. Beauftragte Ingenieure oder Mitarbeiter der Verwaltung können in **Besprechungsprotokollen** Erklärungen für Nachträge nicht wirksam abgeben. Die Grundsätze der Anscheidens- oder Duldungsvollmachten gelten hier nicht.
- Der Unternehmer hat aus folgenden Gründen evtl. aber Ansprüche nach **§ 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B**: Das Berufungsgericht hat nicht abschließend geklärt, ob die Nachtragsleistungen zur Gewährleistung der Tragfähigkeit des Untergrundes (technisch) **notwendig** waren. Der BGH hat dies zu Gunsten des Unternehmers unterstellt. Der BGH geht - abweichend vom Berufungsgericht - auch davon aus, dass die Nachtragsleistungen dem **mutmaßlichen Willen des Auftraggebers** entsprachen. Immerhin hatte der Landkreis in seinem Förderantrag Baukosten von rund 2 Mio. DM zugrunde gelegt.

Das Berufungsgericht hatte außerdem die Anforderungen an die **unverzügliche schriftliche Anzeige** überspannt. Als Anzeige genügt die Übersendung eines Baubespre-

chungsprotokolls, worin hinreichend deutlich beschrieben war, welche Arbeiten zur Stabilisierung des Bodens vorgenommen werden sollen.

- Der BGH hatte dann weiter ausgeführt: Sollte das Berufungsgericht wiederum zur Verneinung eines Anspruchs des Unternehmers nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B gelangen, wird es erneut zu prüfen haben, ob dem Unternehmer **gesetzliche Ansprüche** zustehen. Zwar haben die Vertragsparteien noch § 2 Nr. 8 VOB/B alter Fassung vor 1996 vereinbart, wonach der § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B noch nicht galt, jedoch hält der § 2 Nr. 8 VOB/B alter Fassung einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz nicht stand. In Frage kommen ggf. noch Aufwendungsersatzansprüche nach §§ 677, 683 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) oder bereicherungsrechtliche Ansprüche nach §§ 684, 812 ff. BGB. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, dass die Nachtragsleistungen dem Auftraggeber **aufgedrängt** worden wären. Aus seinen Feststellungen ergibt sich nicht, dass die Arbeiten unerwünscht gewesen wären und der Auftraggeber ihre Beseitigung verlangt hätte. Die Straße wird vielmehr benutzt. In einem derartigen Fall ist die öffentliche Hand **bereichert**.

BGH, Urt. v. 27.11.2003, BauR 2004, 495 = ZfBR 2004, 254 = NZBau 2004, 207 = IBR 2004, 121 bis 124

Beispiel 2 - Eigenmächtige Ausführung der Alternativposition Bodenaustausch statt der LV-Position Bodenverbesserung

Sachverhalt: Angeboten wurde u.a. folgende Bodenverbesserungsmaßnahme:

„Pos.1 - Bindemittel zur Bodenverbesserung liefern und nach Angabe des Auftraggebers verteilen 60 t zu 95 DM/t = 5.700 DM

Pos.2 - Boden nach Verteilen des Bindemittels (Pos. 1.) gleichmäßig durchmischen und verdichten 4500 m² zu 1,00 DM/m² = 4.500 DM“

Zusätzlich wurde folgende Alternativposition angeboten:

„Bodenaustausch, ungeeigneten Boden ausbauen, in Eigentum des Auftragnehmers übernehmen und abfahren, Ersatzboden liefern und einbauen, Material = frostsicherer, verdichtungsfähiger Boden... , Einbaudicke ca. 30 cm usw. 1350 m³ zu 80,40 DM/m³ = xxx“

Bei der Alternativposition war der Gesamtbetrag gesperrt. Die Position unterlag folglich nicht der Angebotswertung. Der Einheitspreis von 80,40 DM/m³ war spekulativ hoch. Im Auftragschreiben wurde wörtlich geregelt: **„Die Positionen 1 und 2 kommen zur Ausführung. Die Alternativposition kommt nicht zur Ausführung“**. In Auftrag gegeben waren also die Grundpositionen.

Der Unternehmer führte eigenmächtig (und evtl. auch in Absprache mit dem bauleitenden Ingenieur) die Alternativposition aus, was dem Auftraggeber erst **nach der Schlusszah-**

lung bekannt geworden ist. Die Mehrkosten (Ausführung der Alternativposition statt der LV-Positionen 1 und 2) betragen rd. 40.000 DM.

Rechtslage:

Die Schlusszahlung gilt nicht als Schuldanerkenntnis und insbesondere nicht als Anerkenntnis i.S. des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B. Zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmer besteht auch noch nach Schlusszahlung ein vertragsloser Zustand.

Der Unternehmer hat auch **keine Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B**. Die Leistung erwies sich lt. Gutachten technisch als nicht notwendig und entsprach nicht dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers. Außerdem fehlt es an der erforderlichen Anzeige.

Der Unternehmer hat aus den vorgenannten Gründen auch keine Ansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. §§ 677, 683 BGB.

Der Unternehmer hat ferner auch keine Bereicherungsansprüche nach §§ 684, 812 ff. BGB. Die Leistungen wurden dem Auftraggeber regelrecht **aufgedrängt**. Sie waren für die Vertragserfüllung nicht erforderlich und haben für den Auftraggeber insoweit auch keinen Wert. Eine Verkehrswerterhöhung lässt sich nicht feststellen, ebenso wenig eine Aufwandsersparnis des Auftraggebers wegen der vertragswidrigen Leistungen.

Der Auftraggeber kann noch die überzahlten Beträge bzw. die Mehrkosten zurückfordern. Alternativ stellt sich hier ggf. die Haftungsfrage gegenüber dem beauftragten Ingenieurbüro wegen mangelnder Bauaufsicht (Schadensersatzklage nach § 635 BGB a.F.), falls die Rückforderungsansprüche (z.B. wegen Insolvenz des Unternehmers) scheitern sollten.

(Fall aus der Praxis)

Beispiel 3 - Mängelbeseitigungsleistungen

Sachverhalt:

Der Architekt beauftragte den Bauunternehmer für die Außenanlagen, **Schäden an der Isolierung der Kellerwand** zu beseitigen. Die Schäden selbst hat der Vor- bzw. Rohbauunternehmer verursacht. Der Bauunternehmer für die Außenanlagen forderte vom Auftraggeber eine Vergütung für die durchgeführten Arbeiten. Der Auftraggeber lehnte die Vergütung ab. Die Schlussrechnung wurde zurückgewiesen.

Entscheidung:

Der Architekt hatte nicht die Vollmacht, den Unternehmer zu beauftragen (Fall von § 2 Nr. 8 VOB/B). Der Unternehmer hat weder nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B noch nach § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. §§ 677 ff. BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) Vergütungsansprüche. Die Arbeiten entsprachen nicht dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers. Der Auftraggeber hätte nämlich die Arbeiten gegenüber dem Rohbauunternehmer im Wege der Mängelansprüche nach §§ 4 Nr. 7, 13 VOB/B geltend machen können. Der Unternehmer hat auch nach den §§ 684, 812 ff. BGB keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche. Der Auftraggeber ist um die Mängelbeseitigungsleistungen nicht bereichert. Das Gericht sah

hierin außerdem „**aufgedrängte Leistungen**“, die Ansprüche nach den §§ 812 ff. BGB abschließen.

OLG Düsseldorf, Urf. v. 08.09.2000, BauR 2000, 1878

Anmerkungen:

Der Bauunternehmer für die Außenanlagen kann sich demnach nur an dem Architekten nach § 179 Abs. 1 BGB schadlos halten bzw. von dieser Vergütung fordern. Der Architekt kann seinerseits von dem Auftraggeber nach den §§ 677 ff. BGB keinen Aufwendungsersatz verlangen (wie bereits dargestellt, entsprachen die Arbeiten nicht dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers). Der Architekt kann auch gegenüber dem Auftraggeber keine Bereicherungsansprüche nach den §§ 684, 812 ff. BGB geltend machen, weil dieser nicht bereichert ist. Die Beauftragung geht also voll zu Lasten des Architekten, der allenfalls noch Ersatz von der Berufshaftpflichtversicherung erlangen kann. Das Gericht hat im vorliegenden Falle leider nicht näher ausgeführt, weshalb hier sog. aufgedrängte Bereicherung gegeben ist. Richtiger ist hier doch wohl die Aussage, dass überhaupt keine Bereicherung vorliegt.

Beispiel 4 - Einbau von Kies-Sand statt Recyclingmaterial auf Anordnung des Ingenieurs -

Sachverhalt:

Bei Kanalbauarbeiten wurde ausgeschrieben, die Leitungszone mit Kies-Sand und den restlichen Kanalgraben über der Leitungszone mit Recyclingmaterial zu verfüllen. Während der Bauausführung gestattete der Ingenieur - offensichtlich auf Wunsch des Unternehmers -, auch den restlichen Kanalgraben über der Leitungszone mit Kies-Sand zu verfüllen. Der Auftraggeber wurde hierüber nicht informiert.

Für Kies-Sand-Material war im LV ein höherer Preis vorgesehen. Der Unternehmer berechnete den höheren Preis auch für die Verfüllung des restlichen Kanalgrabens bzw. für die vertragswidrige Leistung. Die Schlussrechnung wurde vom Ingenieur fachtechnisch geprüft und anerkannt. Der Schlussrechnungsbetrag wurde vom Auftraggeber überwiesen. Die vertragswidrige Leistung wurde später im Rahmen einer überörtlichen Prüfung festgestellt.

Rechtslage:

Der Auftraggeber kann in dem Zeitpunkt, in dem er Kenntnis von der vertragswidrigen Leistung erhalten hat, keine Beseitigungsansprüche mehr geltend machen (§ 242 BGB).

Der Unternehmer hat keine Ansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B. Der Ingenieur hatte nicht die Vollmacht, Änderungsleistungen anzuordnen. Ein nachträgliches (wirksames) Anerkenntnis des Auftraggebers für die Änderungsleistungen liegt nicht vor. Der Unternehmer hat auch keine Ansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B, weil die vertragswidrigen Änderungsleistungen technisch nicht notwendig waren, nicht dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechen und es im Übrigen auch an der erforderlichen Anzeige fehlt. Ebenso scheiden Ansprüche nach den §§ 677, 683 BGB aus.

Bleibt nur noch die Frage, ob der Unternehmer bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend machen kann. Die GPA geht davon aus, dass der Auftraggeber auch solche Ansprüche abwehren kann. Es ist schon zweifelhaft, ob der Auftraggeber durch die für ihn nutzlosen Änderungsleistungen einen Vermögenszuwachs erhalten hat. Doch selbst wenn man einen solchen unterstellt, scheitern bereicherungsrechtliche Ansprüche - auch nach

§ 242 BGB - deshalb, weil die Leistungen dem Auftraggeber regelrecht **aufgedrängt** worden sind. Der Auftraggeber kann die vertragswidrigen Überzahlungen zurückfordern.
(Fall aus der Praxis)

Anmerkungen:

Auch hier kann sich der Unternehmer evtl. noch an dem Ingenieur nach § 179 BGB schadlos halten. Die Mehrleistungen gehen zu Lasten des Unternehmers, wenn dieser nicht auf Anordnung des Ingenieurs, sondern letztlich auf eigenen Wunsch gehandelt hat.

Beispiel 5 - Beauftragung von Stundenlohnarbeiten

Sachverhalt:

Der Auftraggeber beauftragte eine Firma A mit Metallbauarbeiten (betr. u.a. Lieferung und Montage einer Pergola). Da die Firma A den vereinbarten Fertigstellungstermin nicht einhielt, entzog der Architekt der Firma den Auftrag. Gleichzeitig beauftragte der Architekt (ohne Vollmacht des Auftraggebers) eine Firma B mit der Ausführung einer Pergola auf der Basis von Stundenlohnverrechnungssätzen. Der Auftraggeber lehnte eine Zahlung an die Firma B ab. Die Firma B nahm daraufhin den Architekten nach § 179 Abs. 1 BGB in Höhe von rund 152.000 DM in Anspruch. Der Architekt wiederum versuchte im weiteren Rechtsstreit, Ersatz vom Auftraggeber zu erlangen.

Entscheidung:

Der Architekt hat gegenüber dem Auftraggeber keine Ansprüche nach den §§ 677, 683 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag), weil der eigenmächtige Abschluss eines Vertrags mit dem Bauunternehmer (und dazu noch der Abschluss eines Stundenlohnvertrags) nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprach.

Der Architekt hat aber nach §§ 684, 812 ff. BGB gegenüber dem Auftraggeber einen **Bereicherungsanspruch**. Der Auftraggeber ist durch die Bauarbeiten zweifelsfrei bereichert. Die Pergola wird von ihm auch benutzt. Der Auftraggeber muss daher dem Architekten als **Wertersatz** zumindest den Betrag leisten, den er bei eigener Vergabe der Pergola hätte aufwenden müssen (übliche Vergütung nach § 632 BGB).

BGH, Urt. v. 26.04.2001, IBR 2001, 490 = BauR 2001, 1412

Anmerkungen:

Der Auftraggeber muss also dem Architekten ggf. nicht die volle Stundenlohnvergütung ersetzen, sondern nur den tatsächlichen Wert der Pergola, falls die Stundenlohnarbeiten übersetzt waren.

Beispiel 6 - Zusätzliche Errichtung einer Stützmauer ohne wirksamen Auftrag

Sachverhalt:

Ein Unternehmer hatte eine Bundesstraße innerhalb der Ortsdurchfahrt ausgebaut (Gehwege und Parkspuren). Um die vorgesehene Breite der Gehwege und Parkspuren einhalten zu können, war die **zusätzliche Errichtung von drei Stützmauern** erforderlich, die auf der

Baustelle von Bediensteten des Auftraggebers mündlich in Auftrag gegeben wurden. Die Gemeinde verweigerte die Zahlung, weil es nach ihrer Auffassung auch noch weniger aufwendige Möglichkeiten gegeben hätte.

Entscheidung:

Der Unternehmer hat dem Grunde nach einen Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B, der Höhe nach gemäß § 632 BGB oder § 2 Nr. 6 VOB/B. Die Mehrleistungen waren **notwendig**, weil nur dadurch die Verkehrssicherheit gewährleistet war. Die Errichtung von drei Stützmauern entsprach auch dem **mutmaßlichen Willen des Auftraggebers**, weil nur diese bauliche Lösung mit den Grundsätzen eines ordnungsgemäßen Straßenbaues in Einklang zu bringen war. Die von der Gemeinde vorgetragene weniger aufwendige bauliche Möglichkeiten müssen außer Betracht bleiben. Sie wären unzureichend gewesen und hätten das vorrangige Sicherheitsbedürfnis im Straßenverkehr nicht befriedigt. Der Unternehmer hatte den Bau der Stützmauern auch rechtzeitig vor Beginn der Arbeiten angezeigt.

BGH, Urt. v. 04.04.1974, BauR 1974, 273