

GPA-Mitteilung Bau 2/2005

Az. 600.535

01.07.2005

Vereinbarung und Vergütung von Bedarfspositionen

1 Einführung

In Leistungsverzeichnisse werden immer wieder Bedarfspositionen für Bauleistungen aufgenommen¹, bei denen im Zeitpunkt der Ausschreibung und i.d.R. auch der Auftragserteilung noch nicht sicher feststeht, ob und inwieweit sie ausgeführt werden. Die Aufnahme solcher „**Vorbehaltspositionen**“ in Leistungsverzeichnisse erfolgt für den Fall, dass sie sich während der Bauausführung als notwendig erweisen und sollen Nachtragsvereinbarungen i.S. der §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B vermeiden.

Vergaberechtlich ist die Aufnahme von Bedarfspositionen nur ausnahmsweise zulässig (§ 9 Nr. 1 Satz 2 VOB/A). Im Bereich der staatlichen Straßenbauverwaltung wurde beispielsweise verfügt, dass Bedarfspositionen - wegen der Gefahr von Vergabemanipulationen - nicht mehr in Leistungsverzeichnisse aufgenommen werden dürfen (vgl. Schreiben des Bundesministers für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen vom 16.09.1999 Az. S 12/17.18.00/34 Va 99).

Es ist immer wieder festzustellen, dass bei Bedarfspositionen unangemessen **hohe (spekulative oder taktische) Preise** angeboten werden, dies insbesondere in den Fällen, in denen solche Positionen für den Bieter erkennbar nicht der Angebotswertung unterliegen (z.B. bei der Menge „1“) oder in den Fällen, in denen bei solchen LV-Positionen offensichtlich zu niedrige Mengen angesetzt worden sind. Die hohen Preise werden bei Auftragserteilung oft nicht erkannt. Wiederholt ist auch festzustellen, dass für Bedarfsleistungen (extrem) hohe Preise anstandslos vergütet und somit vermeidbare Mehrkosten hingenommen werden.

¹ Auch Eventualpositionen genannt; z.B. bei den Fachlosen Erd-, Wasserhaltungs-, Verkehrswegebau-, Gerüst- oder Landschaftsbauarbeiten.

Wirksame Nachbeauftragungen für Bedarfspositionen liegen in der Regel nicht vor. Die in Bedarfspositionen beschriebenen Leistungen werden meist auf Weisung der bauleitenden Architekten/Ingenieure erbracht, gelegentlich aber auch durch eigenmächtiges Handeln der Unternehmer (s. Abschn. 5 und 6).

Ungeachtet vergaberechtlicher Probleme², die durch die Aufnahme von Bedarfspositionen in Leistungsverzeichnisse entstehen können, gibt die GPA zum **Vertrags- und Vergütungsrecht** folgende Hinweise:

2 Rechtsgrundlagen

Die VOB/B enthält keine vertraglichen Regelungen über Bedarfspositionen. Für die Anwender der Kommunalen Einheitlichen Verdingungsmuster - KEVM - sind nur die Regelungen Nr. 4 in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen - KEVM(B)ZVB - in Teil II des Kommunalen Vergabehandbuches - KVHB-Bau - beachtlich (verkürztes Zitat):

„ 4. Bedarfspositionen

Sind im Leistungsverzeichnis für die Ausführung einer nur im Bedarfsfall erforderlichen Leistung Bedarfspositionen (Eventual-Positionen) vorgesehen, ist der Auftragnehmer verpflichtet, die in diesen Positionen beschriebenen Leistungen nach Aufforderung durch den Auftraggeber auszuführen.

Die Entscheidung über die Ausführung von Bedarfspositionen trifft der Auftraggeber nach Auftragserteilung.“

3 Aufnahme von Bedarfspositionen in Leistungsverzeichnisse

In Bauverträge bzw. Leistungsverzeichnisse können ausnahmsweise auch Bedarfspositionen aufgenommen werden für den Fall, dass sich erst während der Bauausführung der Bedarf ergibt, zusätzlich noch eine bestimmte Teilleistung auszuführen.

Bedarfspositionen sind im LV als solche deutlich zu **kennzeichnen** (z.B. in der Positionsüberschrift mit dem Zusatz „Bedarfsposition“ oder „B“). Auch die Abkürzung „nEP“ kann dahingehend ausgelegt werden, dass es sich bei der betreffenden Position um eine Bedarfsposition handelt (BGH, Urt. v. 23.01.2003, ZfBR 2003, 360).

² Insbesondere Wertungsprobleme; vgl. dazu die GPA-Mitt. Bau 4/2004 Az. 600.532.

Bedarfspositionen können zugleich auch als **Zulagepositionen** gekennzeichnet werden (z.B. Aushub Bodenklasse 7).

Ist eine Bedarfsposition als solche nicht eindeutig gekennzeichnet bzw. im Wege der Vertragsauslegung nicht eindeutig zu erkennen, handelt es sich bei der betr. Position um eine **Normalposition** ohne Optionsmöglichkeiten.

4 Vereinbarung von Bedarfspositionen mit oder ohne Vorbehalt

4.1 Fehlende Vereinbarung

Bei Auftragserteilung kommt eine **Vereinbarung** über eine Bedarfsposition dann **nicht zustande**, wenn der Gesamtbetrag der Bedarfsposition nicht in der Auftragssumme erfasst ist (z.B. weil die Gesamtbetragsspalte im LV durch „xxx“ gesperrt war oder nicht gesperrt war, aber der Gesamtbetrag der Position ausdrücklich aus der Auftragssumme ausgeklammert wurde) und wenn im Auftragschreiben nicht anderweitig geregelt ist, dass das Angebot des Bauunternehmers angenommen wird.

Wird eine Bedarfsposition nicht vereinbart bzw. beauftragt, soll sie aber später doch ausgeführt werden, dann erfolgt eine Vergütung nach § 2 Nr. 6 VOB/B³ und nicht nach dem ursprünglichen Preisangebot im LV. Hier gelten die gleichen Rechtsfolgen wie bei nicht beauftragten Alternativpositionen (zu Alternativpositionen vgl. KG Berlin, Urt. v. 21.11.2002, Baurechts-Report 3/2004 = IBR 2004, 183). Es ist allerdings denkbar, dass im Rahmen einer **Nachtragsvereinbarung** nach § 2 Nr. 6 VOB/B der ursprüngliche Angebotspreis für die Bedarfsposition vereinbart wird.

Es ist zweckmäßig, die Gesamtbeträge von Bedarfspositionen aus der Auftragssumme stets dann auszuklammern, wenn in solchen Positionen spekulativ hohe und nicht annehmbare Preise angeboten worden sind⁴, unabhängig davon, ob die Positionen gewertet oder nicht gewertet worden sind.

³ Oder im Falle eigenmächtigen Handelns ggf. nach § 2 Nr. 8 VOB/B.

⁴ Dies lässt sich feststellen durch Sichtung der Preisspiegel.

4.2 Vereinbarung mit Vorbehalt einer gesonderten Nachbeauftragung

Werden in Leistungsverzeichnisse Bedarfspositionen aufgenommen und Preise angeboten, kommt bei diesen Positionen mit Auftragserteilung eine **Vereinbarung** zustande, wenn der Gesamtbetrag der Positionen in der **Auftragssumme erfasst** ist.

Die getroffene Vereinbarung steht aber noch **unter dem Vorbehalt einer späteren endgültigen Beauftragung** bzw. Ausführungsanordnung (s. Abschn. 5). Eine Vereinbarung über eine LV-Bedarfsposition hat somit nur **vorvertraglichen Charakter** mit der späteren bindenden Wirkung, dass

- der Auftragnehmer die angebotenen Bedarfsleistungen zu den angebotenen Preisen auf besonderes nachträgliches Verlangen des Auftraggebers mit **auszuführen hat** (s. auch Nr. 4 Satz 1 KEVM(B)ZVB) und
- der Auftraggeber im (uneingeschränkten) **Nachbeauftragungsfalle** die ausgeführten Bedarfsleistungen - wie die anderen Vertragsleistungen auch - anzunehmen und die vereinbarten Preise zu vergüten hat.

Eine Auslegung dahingehend, dass mit Auftragserteilung bzw. mit der Aufnahme in die Auftragssumme eine Bedarfsposition damit zugleich auch als endgültig (ohne Vorbehalt) beauftragt gilt, verbietet schon der klare Wortlaut der Nr. 4 KEVM(B)ZVB. Im Übrigen ist eine AGB-Klausel, wonach eine Eventualposition auch dann noch nicht als beauftragt gilt, wenn sie in der Auftragssumme enthalten ist und die Beauftragung durch den Auftraggeber **gesondert** erfolgt, wirksam (vgl. KG Berlin, Urt. v. 29.11.2004, IBR 2005, 73).

Zur Nachbeauftragung und Vergütung siehe nachfolgend Abschnitte 5 und 6.

4.3 Vereinbarung mit endgültigem Charakter im Zeitpunkt der Auftragserteilung

Bereits mit Auftragserteilung wird zugleich auch eine Bedarfsposition ausnahmsweise nur dann **endgültig beauftragt**, wenn im Auftragsschreiben ein entsprechender Vertragswille eindeutig erkennbar ist, beispielsweise durch eine Regelung **„Die Bedarfspositionen OZ ... und OZ ... sind hiermit bereits beauftragt und mit auszuführen“**.

Im Ausführungsfall erfolgt eine Vergütung gemäß dem LV. Bei einem etwaigen Wegfall der beauftragten Bedarfsposition gilt § 2 Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 1 VOB/B.

5 Nachbeauftragung (zu Abschnitt 4.2)

5.1 Einseitiges Anordnungsrecht

In den Fällen des Abschnitts 4.2 bedarf es noch einer Nachbeauftragung.

Bei Bedarfspositionen hat der Auftraggeber - wie bei den Nachträgen - ein einseitiges **Anordnungs-, Leistungsbestimmungs- oder Nachbeauftragungsrecht** (BGH, Urt. v. 13.01.2003, BauR 2003, 536 = Baurechts-Report 3/2003 = IBR 2003, 118 = ZfBR 2003, 360). Das Recht ergibt sich - im Gegensatz zu den Nachträgen - nicht aus § 1 Nr. 4 VOB/B, sondern aus dem Vorbehalt selbst, der den Bedarfspositionen schon begrifflich immanent ist sowie für die KEVM-Anwender ausdrücklich aus der Regelung Nr. 4 Satz 2 KEVM(B)ZVB.

Die Nachbeauftragung hat **schriftlich** zu erfolgen (s. nachstehend). Die nachträglich zu beauftragenden Bedarfsleistungen sind unter Hinweis auf das LV eindeutig zu bezeichnen.

5.2 Beachtung gesetzlicher Bestimmungen

Anordnungen oder Nachbeauftragungen zur Ausführung von Bedarfspositionen sind - wie auch Anordnungen i.S. des § 1 Nr. 4 VOB/B⁵ - Verpflichtungserklärungen i.S. des § 54 GemO (BGH, a.a.O.). Eine Nachbeauftragung von Bedarfspositionen ist deshalb nur wirksam, wenn dabei die Bestimmungen des **§ 54 GemO** beachtet worden sind (z.B. Unterzeichnung des Nachauftrags durch den Bürgermeister als vertretungsberechtigte Person und Einhaltung der Schriftform).

Mündliche Nachaufträge sind unwirksam, ebenso durch vollmachtlose Vertreter des Auftraggebers - egal in welcher Form - erteilte Nachaufträge (z.B. Bedienstete der Verwaltung oder bauleitende Architekten/Ingenieure), weil diese Personen in aller Regel **nicht befugt** sind, Vertragsänderungen anzuordnen bzw. finanzielle Verpflichtungen für den Auftraggeber einzugehen. Für die bauleitenden Architekten/Ingenieure enthalten die einschlägigen Architekten-/Ingenieurvertragsmuster entsprechende klarstellende Regelungen.

Bei Bedarfspositionen in Leistungsverzeichnissen findet sich gelegentlich folgender Wortlaut: „**Auf Anordnung der Bauleitung ausführen**“. In solchen Fällen könnte strittig sein, ob

⁵ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 27.11.2003, BauR 2004, 495.

solche **Hinweise in Bauverträgen** zugleich auch eine wirksame Vollmacht für die bauleitenden Architekten/Ingenieure darstellen. Nach Auffassung der GPA ändern solche Hinweise in Bauverträgen nicht die anderslautenden Vollmachtregelungen in den Architekten-/Ingenieurverträgen. Es dürfte aber bei solchen bauvertraglichen Hinweisen einem Auftraggeber später nach § 242 BGB schwer fallen, sich gegenüber einem Unternehmer auf die Unwirksamkeit der Nachbeauftragung wegen fehlender Vollmacht zu berufen. Deshalb sollten solche - den Anschein einer Vollmacht erweckende - bauvertraglichen Regelungen in ein LV nicht aufgenommen werden.

Bei Verstoß gegen § 54 GemO gelten die Bestimmungen des § 177 BGB. Danach sind Nachbeauftragungen schwebend unwirksam. Sie werden rückwirkend (von Anfang an) dann wirksam, wenn der Auftraggeber das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt (§ 177 Abs. 2 BGB)⁶. Sie bleiben endgültig unwirksam, wenn der Auftraggeber nachträglich die Genehmigung versagt. Der Auftraggeber ist auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) grundsätzlich nicht gehindert, sich auf eine nicht ordnungsgemäße Vertretung zu berufen (BGH, a.a.O.). Wegen weiterer Einzelheiten hierzu wird auf die GPA-Mitt. Bau 1/1996 und Bau 1/2005 Az. 600.535 verwiesen.

Eine unwirksame Nachbeauftragung liegt selbstverständlich auch dann vor, wenn der Bauunternehmer **eigenmächtig**, d.h. ohne Absprache mit dem Auftraggeber Bedarfspositionen ausgeführt hat.

Wegen der Vergütungs-/Rechtsfolgen bei unwirksamen Nachbeauftragungen vgl. nachstehend die Ausführungen zu Abschnitt 6.

5.3 Wegfall von Bedarfspositionen, Beauftragung von Drittunternehmern oder Selbstaufführung bei fehlender Nachbeauftragung

Wegfall von Bedarfspositionen

Unbestritten ist, dass ein Auftraggeber **keine Nachbeauftragungspflicht** hat. Der Auftraggeber hat nach Erteilung des Hauptauftrags in jedem Fall die Option, Bedarfspositionen ausführen oder nicht ausführen bzw. ersatzlos entfallen zu lassen (vgl. auch nachstehend

⁶ Entweder durch eine nachträgliche der Form des § 54 GemO entsprechende Erklärung oder durch nachträglichen Beschluss des zuständigen Organs (z.B. des Gemeinderats).

OLG Hamburg). Einer Kündigung bedarf es hierzu nicht, weil über die Ausführung von Bedarfsleistungen noch kein (endgültiger) Vertrag geschlossen worden ist.

Beauftragung von Drittunternehmern mit Bedarfsleistungen

Umstritten ist z.Z. noch, ob im Ausführungsfall der Auftraggeber einen Drittunternehmer beauftragen kann oder ob der Auftraggeber aufgrund der vorvertraglichen Vereinbarung verpflichtet ist, die Teilleistungen durch den Auftragnehmer mit ausführen zu lassen.

In der Regel macht es wegen der baulichen Zwänge keinen Sinn, die Ausführung von Bedarfsleistungen an Drittunternehmer zu übertragen und somit einen weiteren Auftragnehmer auf der Baustelle zu beschäftigen (u.a. können Koordinierungsprobleme verbunden mit Bauzeitenverzögerungen und Mehrkosten entstehen). Die Frage stellt sich insbesondere aber dann, wenn der Auftragnehmer bei den Bedarfspositionen spekulativ hohe Preise angeboten und der Auftraggeber dies bei Auftragserteilung nicht erkannt hat.

Die GPA ist der Auffassung, dass eine vorvertragliche Vereinbarung über Bedarfspositionen den Auftraggeber nicht verpflichtet, Bedarfsleistungen ausschließlich dem Auftragnehmer und nicht Drittunternehmen zu übertragen⁷. Auch aus dem Urteil des OLG Hamburg (s. nachfolgend) lässt sich eine solche Verpflichtung nicht zwingend ableiten.

Die VOB/B-Bauverträge enthalten keine derartigen Verpflichtungserklärungen. Weder in den KEVM noch in der VOB/B finden sich solche Regelungen. Auch aus § 242 BGB lässt sich eine solche Verpflichtung grundsätzlich nicht ableiten. Wer die Option bzw. das einseitige Anordnungsrecht hat, Leistungen ersatzlos entfallen zu lassen, muss - mangels anderweitiger vertraglicher Regelungen oder Absichtserklärungen - zugleich auch das Recht haben, die Leistungen anderweitig vergeben zu dürfen. Eine anderweitige Vertragsauslegung ergibt sich auch nicht aus Nr. 4 Satz 2 KEVM(B)ZVB.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Auftraggeber zugleich bei Erteilung des Hauptauftrags ausdrücklich erklärt hatte, welche Bedarfspositionen mit auszuführen sind (vgl. Abschn. 4.3). In solchen Fällen kann sich ein Auftraggeber einer bereits endgültig erteilten Beauftragung nur durch Kündigung entziehen (§ 8 Nr. 1 VOB/B). Nachstehend wird auszugsweise ein Urteil des OLG Hamburg wiedergegeben, das offensichtlich diesen Fall betrifft:

⁷ Gleiches Recht gilt im Übrigen auch für notwendige Zusatz-/Nachtragsleistungen i.S. der §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B.

Sachverhalt:

Der Auftraggeber (eine GmbH) beauftragte einen Rohbauunternehmer. Das LV enthielt eine Bedarfposition für „die Vorhaltung der Baustelleneinrichtung über die Vertragszeit hinaus“. Angeboten war ein hoher Pauschalpreis von 80.838 DM/Monat. **Diese Position wurde beauftragt.** Tatsächlich sind wegen längerer Vorhaltezeiten rund 350.000 DM angefallen. Der Betrag wurde dem Rohbauunternehmer vergütet. Der Auftraggeber hatte danach versucht, gegenüber dem Architekten wegen Vertragspflichtverletzung Schadensersatzansprüche geltend zu machen bzw. den an den Rohbauunternehmer geleisteten Betrag mit den Honorarforderungen des Architekten zu verrechnen.

Entscheidung:

Dem Architekten können keine Vertragspflichtverletzungen vorgeworfen werden (wird näher ausgeführt). Der Auftraggeber war verpflichtet, beim Eintritt des Bedarfs nach weiterer Bereitstellung der Baustelleneinrichtung die vom Rohbauunternehmer vorgehaltene Einrichtung zu dem vereinbarten Preis in Anspruch zu nehmen. **Weiteres vollständiges Zitat:** „Bei Bedarfpositionen liegt die Option für den Auftraggeber allein darin, dass es ihm freigestellt ist, die Positionen überhaupt in Auftrag zu geben; wenn er sie aber in Anspruch nimmt, muss er sie bei seinem Vertragspartner abrufen, **es sei denn, er entzieht ihm den Auftrag.** Nur in diesem Sinne ist eine Bedarfposition als „Angebotsblankett“ zu begreifen, für deren Ausführung es einer Anordnung des Auftraggebers bedarf.“

OLG Hamburg, Urf. v. 07.11.2003, BauR 2004, 687 = IBR 2004, 182 = Baurechts-Report 2004, 2

Anmerkungen der GPA zum Urteil:

Im Urteilsfall war der Auftraggeber eine „GmbH“, für die die Bestimmungen des § 54 GemO nicht gelten. Insofern gilt für kommunale Auftraggeber eine andere Rechtslage als für Unternehmen in privater Rechtsform.

Der Urteilsbegründung ist leider nicht eindeutig zu entnehmen, weshalb der Auftraggeber nicht berechtigt gewesen sein soll, Drittunternehmer zu beauftragen. Offensichtlich ging das Gericht davon aus, dass der **Auftrag für die Bedarfposition** wirksam bereits mit dem Hauptauftrag erteilt wurde. Nur dies erklärt dann auch die weiteren Folgerungen des Gerichts, dass der Auftraggeber vor Beauftragung Dritter den Auftrag hätte **kündigen müssen.**

Die GPA hält also abschließend daran fest, dass in den Fällen des

- **Abschnitts 4.2** (Vereinbarung mit Vorbehalt) die Beauftragung eines Drittunternehmers (statt einer Nachbeauftragung an den Auftragnehmer) entschädigungslos möglich ist bzw.
- **Abschnitts 4.3** (Endgültige Vereinbarung) die Beauftragung eines Drittunternehmers nur dann möglich ist, wenn dem Auftragnehmer die betr. Bedarfposition zuvor gekündigt wurde (der Auftragnehmer hat dann Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 1 VOB/B).

Im Übrigen ist einem Urteil des KG v. 28.10.2003 (IBR 2004, 482) zufolge eine Position „**Vorhaltung über die Vertragszeit hinaus**“ schon **begrifflich keine Bedarfposition**, auch wenn sie so im LV bezeichnet worden ist, was in der Konsequenz bedeutet, dass solche Positionen grundsätzlich bereits bei Auftragserteilung endgültig beauftragt sind und von Anfang

an nicht mehr unter Vorbehalt stehen. Insofern sind solche speziellen Vorhaltepositionen evtl. von den Ausführungen in dieser GPA-Mitteilung auszuklammern.

Selbstaussführung

Aus den vorgenannten Gründen kann es einem Auftraggeber auch nicht verwehrt sein, Bedarfsleistungen nicht nachträglich zu beauftragen, sondern selbst auszuführen (z.B. durch den Bauhof).

6 Vergütung bei Nachbeauftragung (zu Abschnitt 4.2)

6.1 Vergütung bei wirksamer Nachbeauftragung

Werden Bedarfspositionen auf der Grundlage der getroffenen Vereinbarung uneingeschränkt und wirksam nach § 54 GemO nachbeauftragt, sind die **vereinbarten Preise zu vergüten** (BGH, Urt. v. 20.12.1990, BauR 1991, 210), und zwar unabhängig davon, ob sie extrem hoch oder niedrig sind (OLG Hamburg, a.a.O.; OLG Hamm, BauR, Urt. v. 05.03.1990, 352). Vgl. dazu noch folgendes **Beispiel**:

Im LV war als Hauptposition die Erstellung und Vorhaltung von 2000 m² Fassadengerüst für 10 Wochen ausgeschrieben und mit 13.500 DM angeboten. Ferner war als Bedarfsposition die längere Vorhaltung über die Einsatzzeit hinaus ausgeschrieben. Angeboten war ein Einheitspreis von 4,00 DM/m² und Woche. Das Gerüst blieb tatsächlich länger als ein Jahr stehen, wofür der Auftragnehmer eine Vergütung von rund 360.000 DM errechnete. Der Vergütungsanspruch bestand trotz auffälligem Missverhältnis zwischen Preis und Leistung (LG Bamberg, IBR 1991, 163 = Baurechts-Report 02/1991).

Bei **hohen Zahlungsverpflichtungen** wäre dann allenfalls noch zu prüfen, ob und inwieweit in Einzelfällen den beauftragten Architekten/Ingenieuren Mitverschulden angelastet werden kann und ihnen gegenüber Schadensersatzansprüche nach § 634 BGB n.F. geltend gemacht werden können (z.B. wegen unterlassener Hinweise/Aufklärungen im Zuge der Auftragserteilung oder Nachbeauftragung).

Gelingt es im Zuge einer Nachbeauftragungsverhandlung, **einvernehmlich neue Preise** zu vereinbaren (z.B. weil die vereinbarten Preise spekulativ hoch sind), sind diese zu vergüten.

Bei **Änderung der Mengenansätze** in den Bedarfspositionen gelten ebenfalls die Regelungen des § 2 Nr. 3 VOB/B über den Gemeinkostenausgleich (BGH, a.a.O.). Bei einem **Men-**

genansatz von „1“ gelten nicht die Regelungen des § 2 Nr. 3 VOB/B, wenn die Zahl „1“ nur die Einheit (z.B. 1 m³) und nicht eine Menge ausdrücken soll (OLG Hamm, Urt. v. 05.03.1990, BauR 1991, 352).

Werden Bedarfsleistungen nicht endgültig beauftragt bzw. **entfallen sie ersatzlos**, kann der Unternehmer deswegen keine Vergütungs-/Abfindungsansprüche nach § 2 Nr. 4 VOB/B wegen **Teilkündigung** geltend machen (OLG Hamm, Urt. v. 24.02.1989, BauR 1990, 744). Kündigt dagegen ein Auftraggeber eine wirksam nachbeauftragte Bedarfsleistung, hat der Unternehmer - gleichermaßen wie bei einer Kündigung normaler LV-Positionen - Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 4 i.V.m. § 8 Nr. 1 VOB/B.

6.2 Vergütung bei nicht wirksamer Nachbeauftragung

Ansprüche dem Grunde nach

Werden Bedarfspositionen nicht wirksam bzw. nicht unter Beachtung der Bestimmungen des § 54 GemO nachbeauftragt oder erbringt ein Unternehmer eigenmächtig solche Leistungen, hat ein Unternehmer allenfalls Vergütungsansprüche

- nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B⁸,
- bei fehlender Anzeige i.S. des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B nach §§ 677, 683 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) oder
- bereicherungsrechtliche Ansprüche nach §§ 684, 812 ff. BGB.

Vgl. dazu OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.02.1992, BauR 1993, 506, ferner die weitergehenden Ausführungen in der GPA-Mitteilung Bau 1/2005 Az. 600.535.

Ansprüche der Höhe nach

Aus Rechtsprechung und Schrifttum ist bisher noch nicht klar ersichtlich geworden, in welcher Höhe Vergütungsansprüche bei auftragslos erbrachten Bedarfsleistungen zugestanden werden müssen.

⁸ Ansprüche nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B sind i.d.R. ausgeschlossen, weil ein nachträgliches Anerkenntnis ebenfalls der Form des § 54 GemO bedarf.

Nach Auffassung der GPA wird es entscheidend darauf ankommen, ob die erbrachten Bedarfsleistungen dem **mutmaßlichen Willen des Auftraggebers** entsprechen. Dies wird nur dann anzunehmen sein, wenn die Leistungen nach Art und Umfang für die Vertragserfüllung notwendig waren (z.B. erforderliche Bodenaustauscharbeiten).

Waren Bedarfsleistungen notwendig, aber die vorvertraglich vereinbarten **Preise** spekulativ hoch, entspricht das Rechtsgeschäft ebenfalls nicht dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers, insbesondere wenn der Auftragnehmer durch eigenmächtiges Handeln dem Auftraggeber keine Chance gelassen hat, die in Abschnitt 4.2 aufgezeigten Optionsmöglichkeiten vorher nochmals zu überprüfen.

Auch in solchen Fällen dürften Vergütungsansprüche - trotz bestehender vorvertraglicher Vereinbarungen - nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B bzw. §§ 677, 683 BGB ausgeschlossen sein. Dem Auftragnehmer verbleiben dann letztlich nur bereicherungsrechtliche Ansprüche nach den §§ 684, 812 ff. BGB in Höhe der **Aufwandsersparnisse** des Auftraggebers bzw. des Betrags, den der Auftraggeber bei einer Beauftragung eines Drittunternehmers objektiv hätte aufwenden müssen. Der Wert dieser Leistungen lässt sich ggf. (fiktiv) durch Sachverständige analog § 2 Nr. 6 VOB/B oder nach § 632 Abs. 2 BGB ermitteln. Etwaige über diesen objektiven Wert hinaus bereits geleistete Zahlungen kann der Auftraggeber nach §§ 812 ff. BGB noch zurückfordern.