

## UNBEAUFTRAGTE, ABER ZWINGEND ERFORDERLICHE BAULEISTUNGEN MÜSSEN VERGÜTET WERDEN

Jochen Zilius



**OLG Jena, Urteil v. 25.03.2021 - 8 U 592/20**

### Leitsätze

1. Ein Anspruch auf Vergütung einer auftragslos erbrachten Leistung setzt voraus, dass ihre Ausführung (technisch) zwingend notwendig war. Lediglich zweckmäßige oder nützliche Zusatzleistungen sind nicht notwendig in diesem Sinne.
2. Notwendig ist eine Leistung auch dann, wenn der Auftraggeber diese selbst für erforderlich hält, aber eine Anordnung zu ihrer Ausführung unterlässt, um so vermeintlich einer Nachtragsvergütung zu entgehen.
3. Der mutmaßliche Wille des Auftraggebers beurteilt sich danach, was er bei objektiver Betrachtung vernünftigerweise entschieden hätte. Insoweit muss der Auftragnehmer den Willen des Auftraggebers vor Beginn der Ausführung mit zumutbarem Aufwand erforschen.

### Sachverhalt

Die Beklagte (Stadt O.) beauftragte die Klägerin (Bauunternehmer) im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung unter Einbeziehung der VOB/B mit der Errichtung eines Busbahnhofes nebst Parkdeck. Nach Beginn der Arbeiten wurde festgestellt, dass der Baugrund nicht ausreichend tragfähig war. Daraufhin fand eine Baustellenbesprechung statt, anlässlich derer mit der Beklagten eine tiefere

Auskoffierung der Baugrube abgestimmt wurde. Doch diese Planungsänderung hatte bautechnische Folgen, die den Beteiligten erst später klar wurden: Die Klägerin konnten wegen der größeren, zu überbrückenden Höhen keine Teleskopstützen einbauen, sondern musste Gerüsttürme verwenden. Ferner waren umfangreichere Tiefbauarbeiten erforderlich als ursprünglich geplant, zudem musste eine Schalung sowie eine Sauberkeitsschicht hergestellt werden. Für diese Maßnahmen erteilte die Klägerin einen Nachtrag und forderte zur Zahlung der entsprechenden Zusatzvergütung auf. Die Beklagte verweigerte jedoch eine Bezahlung und wendete ein, die Maßnahmen im Wesentlichen nicht beauftragt zu haben. Aufgrund ausbleibender Zahlungen zeigte die Klägerin zunächst die Behinderung an und kündigte schließlich den Bauvertrag aus wichtigem Grund.

Nachdem Verständigungsversuche erfolglos blieben, hat die Klägerin schließlich Forderungen von insgesamt 425.841,78€ nebst Zinsen, bestehend aus zusätzlichen Vergütungen für die Mehrarbeiten und einer Baubehinderung sowie vorgerichtlichen Anwaltskosten, gerichtlich geltend gemacht. Sie hat hierzu behauptet, was unstrittig zwischen den Parteien war, auf einem gemeinsamen Ortstermin hätten die Parteien einvernehmlich die Auskoffierung der nicht tragfähigen Schichten sowie die Herstellung einer Sauberkeitsschicht abgestimmt. Diese Maßnahme habe aber, was die Beklagte angeblich nicht wusste, zwingend auch die Verwendung von Gerüsttürmen nach sich gezogen. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat widerklagend Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht, welche die Klägerin wiederum im Hinblick auf die ausstehende Vergütungsforderung verweigert. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, Vergütungsansprüche bestünden in Ermangelung einer Beauftragung nicht, außerdem sei die klägerische Kündigung unberechtigt, sodass der Beklagten entsprechende Ersatzansprüche und gleichzeitig der Klägerin aber keine Ansprüche zustünden. Das Landgericht hat die Beklagte teilweise verurteilt und insbesondere Vergütungsansprüche der Klägerin für Zusatzarbeiten festgestellt. Die Beklagte hat gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt.

## **Entscheidung**

Das zuständige Oberlandesgericht Jena hat die Berufung der Beklagten letztlich zurückgewiesen, da seiner Auffassung nach ein Vergütungsanspruch aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2. VOB/B bestehe. Danach stehe dem Auftragnehmer eine Vergütung auch für solche Leistungen zu, die ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausgeführt werden, wenn der Auftraggeber diese nachträglich anerkennt oder sie zur Erfüllung des Vertrages notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und sie diesem unverzüglich angezeigt wurden. Nach Auffassung des Berufungsgerichts erfordere das Merkmal der Notwendigkeit aber über seinen Wortlaut hinaus, dass ohne die betroffene Zusatzleistung eine mangelhafte Ausführung vorläge. Hiervon erfasst seien allerdings auch solche Leistungen, die der Auftraggeber selbst für erforderlich hält, aber einen entsprechenden Auftrag nicht erteilt, um weiteren Kosten zu entgehen. Lediglich zweckmäßige oder nützliche Leistungen reichten hingegen nicht aus. Im vorliegenden Fall seien die Leistungen hingegen technisch erforderlich und damit notwendig gewesen, zudem entsprächen sie auch dem mutmaßlichen Willen der

Beklagten.

Die Zusatzleistung habe dem mutmaßlichen Willen der Beklagten entsprochen, was jedenfalls dann der Fall sein, wenn eine Leistung, wie gleichfalls hier, technisch notwendig im vorgenannten Sinne sei.

Auch der Anzeigepflicht sei die Klägerin hier nachgekommen. Dies erfordere eine rechtzeitige Information des Auftraggebers nebst Beschreibung der auftragslosen Leistungen nach Art und Umfang, sodass der Auftraggeber die Möglichkeit hat, eine günstigere Alternative zu eruieren. Angaben zur Höhe der Vergütung seien hingegen nicht erforderlich, der Auftragnehmer müsse lediglich deutlich machen, dass es sich nicht um unentgeltliche Leistungen handelt. Dies alles liege hier vor.

Auf Finanzierungsprobleme könne sich die Beklagte nicht berufen. Diese seien zwar bei der Beurteilung des mutmaßlichen Willens zu berücksichtigen, jedoch habe die Beklagte der gewählten Variante jedenfalls grundsätzlich zugestimmt und dabei lediglich die erforderlichen Gerüsttürme nicht in ihre Überlegungen einbezogen. Zudem hätten sich der Klägerin auch keine Anhaltspunkte für etwaige Finanzierungsprobleme aufgedrängt, sodass sie nicht zur Erteilung eines entsprechenden Hinweises verpflichtet gewesen sei.

Das Verwenden der Gerüsttürme stelle eine Folge der Auskoffierung dar, ebenso die Tiefergründung der Schalenabstützung als alternativlose Voraussetzung für die Herstellung des Parkdecks, sodass insgesamt entsprechende Mehrvergütungsansprüche sowie auch Ansprüche aus einer damit zusammenhängenden Baubehinderung bestünden.

Die Beklagte hätte hingegen keine Ansprüche infolge der wirksamen außerordentlichen Kündigung der Klägerin, was insbesondere Mängelansprüche betreffe, zumal der Klägerin insoweit auch ein Zurückbehaltungsrecht zustehe.

### **Anmerkung**

Das Oberlandesgericht Jena hat schließlich noch klargestellt, dass der Klägerin mit gleicher Begründung auch unabhängig von der VOB Vergütungsansprüche jedenfalls aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag sowie nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zustünden, was in diesem konkreten Fall im Ergebnis zutreffend sein dürfte.

Insofern besteht zwar zutreffenderweise grundsätzlich auch beim BGB-Vertrag ein Anspruch des Unternehmers auf Zusatzvergütung für Leistungen, die nicht beauftragt, aber technisch erforderlich waren. Trotzdem empfiehlt es sich zur Vermeidung jeglichen Risikos immer, die Ausführung im Vorfeld mit dem Auftraggeber idealerweise zumindest in Textform (z.B. per E-Mail) kurz abzustimmen, um hinterher keine bösen Überraschungen zu erleben. Zu berücksichtigen bleibt nämlich, dass jeder Einzelfall anders liegt und selbst bei minimalen Abweichungen einzelner Details die erhofften Ansprüche auf Zusatzvergütung auf einmal ausscheiden können oder andere Gerichte die

Rechtslage anders bewerten.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)