



Rechtsrätsel des Monats Mai

Umfang der Architektenvollmacht

Urteil vom 16.01.2007, 21 O 178/05, Berufung zurückgewiesen durch Beschluss des OLG Bamberg vom 23.07.2007, AZ: 3 U 31/07

Ein öffentlicher Auftraggeber erteilte einem Auftragnehmer einen umfangreichen Auftrag für Fliesenarbeiten in einem Hallenbad. Zwischen den Parteien war die VOB/B vereinbart. Es entstanden Unstimmigkeiten auf der Baustelle. Es wurden erhebliche und zahlreiche Mängel durch den Auftraggeber festgestellt. Der Architekt des Auftraggebers forderte den AN auf, die Mängel zu beseitigen. Dem widersetzte sich der AN. Der Architekt hatte dem AN eine Frist zur Beseitigung der Mängel gesetzt und setzte anschließend eine Nachfrist unter Androhung der Kündigung des Gesamtauftrags. Nachdem auch diese Frist fruchtlos verstrichen war, kündigt der Auftraggeber – nicht der Architekt – den Vertrag. Dieser macht Schadenersatz gegen den Auftragnehmer geltend.

Zu Recht?

Die Lösung finden Sie unter
www.raetsel.heinicke.com.

Aufsatz

Auseinanderfallen von vertraglich vereinbarter und geschuldeter Leistung - Auswirkungen auf die Vergütungspflicht

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

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH zum funktionalen Mangelbegriff entsteht eine Problematik, dass eine vertraglich vereinbarte Leistung nicht zwingend mit der geschuldeten Leistung identisch ist.

Grundsätzlich verhält es sich so, dass das geschuldete Leistungssoll durch den Bauvertrag bestimmt wird.

Der BGH hat jedoch in einer Reihe von Entscheidungen den Grundsatz aufgestellt, dass die vom Werkunternehmer von Anfang an geschuldete Leistung alle die Leistungen beinhaltet, die erforderlich sind, um ein funktionierendes Werk herzustellen. Dies kann zur Abweichungen zwischen dem Vertragsinhalt und den tatsächlich geschuldeten Leistungen führen.

Beinhaltet ein Leistungsverzeichnis beispielsweise nicht alle Leistungen, die erforderlich sind, um die volle Funk-

tionalität des geschuldeten Werks herbeizuführen, schuldet nach dieser Rechtsprechung des BGH der Werkunternehmer auch die zur Herstellung der Funktionalität erforderlichen Leistungen, die im Leistungsverzeichnis nicht enthalten sind. Erbringt er diese im Leistungsverzeichnis nicht enthaltenen, zur Funktionalität jedoch erforderlichen Leistungen nicht, so ist das Werk mangelhaft.

Aufgrund dessen stellt sich die interessante Frage, wie sich dies auf die Vergütung des Werkunternehmers auswirkt. Diese Frage ist aus unserer Sicht noch nicht abschließend für alle Fallgestaltungen entschieden.

Aktuell befasst sich der **BGH mit dieser Thematik in einem Urteil vom 7.3.2013, Az. VII ZR 68/10**. Vorliegend ging es um die Durchführung von Wanddurchbrüchen. Abweichend von den Feststellungen im Leistungsverzeichnis waren diese in einem anderen Maß auszuführen, als ausgeschrieben. Zur Herstellung eines funktionsgerechten Werks waren diese erforderlich und waren vom Auftraggeber gefordert worden.

Der BGH führt in seiner Entscheidung hierzu aus, dass bei Vereinbarung der VOB/B es sich um eine zusätzliche Leistung im Sinne des § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B handelt, wenn der Auftraggeber eine im Vertrag nicht vorgesehene, jedoch zur Herstellung der Funktionalität erforderliche Leistung fordert. Als Ausgleich hierfür spricht der BGH dem Auftragnehmer eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 1 VOB/B zu.

Die Frage der Vergütung erscheint damit jedenfalls dann unproblematisch,

- wenn die VOB/B vereinbart ist,
- wenn der Auftraggeber die zusätzliche Leistung fordert oder anerkennt und
- wenn der Auftragnehmer den Anspruch auf Mehrvergütung ankündigt.

Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen oder ist die VOB/B nicht vereinbart und gelten die Regelungen des BGB, so stellt sich die Frage, ob gleichwohl ein weiterer Vergütungsanspruch bei einer Abweichung zwischen vertraglich vereinbarter und zur Herstellung der Funktionalität geschuldeter Leistung besteht. Denn gilt nur das BGB, besteht ein derartiges Anordnungsrecht bzw. ein Recht des Auftraggebers eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung zu fordern, möglicherweise nicht.

Allerdings ist die Rechtsprechung der Auffassung, dass ein derartiges Recht zur Anordnung oder zur Forderung geänderter Leistung auch im Falle der Anwendung des BGB dann besteht, wenn der Auftragnehmer sich nach Treu und Glauben auf eine derartige Änderung einlassen muss. Aus unserer Sicht wird dies regelmäßig dann



der Fall sein, wenn die zusätzlich geforderte Leistung zur Herbeiführung der Funktionalität notwendig ist. Über welchen Weg man dann allerdings zu einer Anpassung der Vergütung gelangt, ist problematisch.

Problematisch ist es auch, wenn eine Anordnung durch den Auftraggeber nicht vorliegt, sondern der Auftragnehmer die geschuldete Leistung zur Herstellung der Funktionalität in Abweichung vom Leistungsverzeichnis ohne Rücksprache mit dem Auftraggeber einfach ausführt.

Mit der gleichen Thematik hat sich der **Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 27.7.2006, Aktenzeichen VII ZR 202/04** auseinandergesetzt. In dieser Entscheidung ging es um die Durchführung der Sanierung eines Handelsspeichers. Unter anderem machte der Auftragnehmer Kosten für die Herstellung eines Gerüsts geltend. Fraglich war hier, welche Leistung aufgrund der Leistungsbeschreibung geschuldet war, ob die Erstellung des Gerüsts im Hinblick auf die Vereinbarung der VOB/C als Nebenleistung mitvergütet war oder die Vergütung gesondert geschuldet war.

Der BGH führte hierzu aus, dass für die Abgrenzung, für welche Arbeiten eine gesonderte Vergütung zu bezahlen ist und welche Arbeiten im vereinbarten Werklohn enthalten sind die Leistungsbeschreibung von entscheidender Bedeutung ist. Dabei sind das Leistungsverzeichnis und der Vertrag auszulegen. Vorliegend war die VOB/B vereinbart und damit auch die technischen Bestimmungen für Bauleistungen der VOB/C. Zu prüfen war daher zunächst der, ob das Gerüst gemäß den Bestimmungen der VOB/C als Nebenleistung geschuldet und in der Vergütung enthalten war. Ausgehend davon, dass das Gerüst vorliegend nicht als kostenlose Nebenleistung zu erbringen war nahm der BGH eine weitere Differenzierung vor.

Der BGH führte hierzu aus, dass die Frage, welche Leistungen nach den technischen Gegebenheiten zur Herstellung des Werks erforderlich sind von der Frage, welche Leistungen aufgrund des Leistungsverzeichnisses vereinbart sind, zu trennen ist. Auch hier führt der BGH wieder aus, dass die Funktionstauglichkeit herzustellen und diese den vertraglich geschuldeten Erfolg darstellt.

Ist die Funktionstauglichkeit mit der in dem Leistungsverzeichnis vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Auftragnehmer gleichwohl die Herstellung der vereinbarten Funktionstauglichkeit. Außerdem schuldet er die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik.

Der BGH führt dann zur Frage des Umfangs der Vergütungspflicht in der Entscheidung wörtlich folgendes aus:

Haben die Vertragsparteien auf Anregung des Auftraggebers oder des Auftragnehmers eine bestimmte Ausführungsart zum Gegenstand des Vertrages gemacht, dann umfasst, sofern die Kalkulation des Werklohnes nicht nur auf den Vorstellungen des Auftragnehmers beruht, der vereinbarte Werklohn nur die vereinbarte Herstellungsart. Zusatzarbeiten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, hat der Auftraggeber dann gesondert zu vergüten. Führt der Auftragnehmer unter diesen Umständen lediglich die vereinbarte Ausführungsart aus, dann ist die Leistung mangelhaft. Die ihm bei mangelfreier Leistung für die erforderlichen Zusatzarbeiten zustehenden Zusatzvergütungen können im Rahmen der Gewährleistung als "Sowieso-Kosten" berücksichtigt werden.

In dieser Entscheidung hat der BGH seine Ausführungen in nicht an eine bestimmte gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Vorschrift, auch nicht an die Bestimmung des § 2 Abs. 6 VOB/B geknüpft. Er stellt hier vielmehr einen Rechtsgrundsatz auf, an den man sich anknüpfen kann. Der BGH macht auch nicht deutlich, dass diese Darstellung sich nur auf den Fall der Vereinbarung der VOB/B beziehe. Der BGH macht diesen Anspruch auch nicht davon abhängig, dass diese zusätzliche Leistung vom Auftraggeber anerkannt oder gefordert wurde, dass sie angeordnet wurde oder dass der Auftraggeber überhaupt erkannt hat, dass es sich hierbei um eine zusätzliche Leistung handelt. Allerdings hat der BGH in dieser Entscheidung auch nicht die dem Anspruch zu Grunde liegende Rechtsgrundlage angegeben.

Jedenfalls dann, wenn das Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber stammt, wird man sich auf diese Entscheidung zur Begründung der Mehrvergütungsansprüche stützen können.

Problematisch könnte vorliegend nur sein, dass der BGH diese sehr generelle Einordnung und die generelle Anerkennung von Mehrvergütungsansprüchen aus unserer Sicht in der oben eingangs zitierten Entscheidung in dieser Pauschalität nicht aufrechterhalten hat. Dies könnte darauf hindeuten, dass der BGH dieses Urteil in seiner Generalität nicht aufrechterhalten will.

Grundsätzlich bleibt dann nur noch die Möglichkeit, einen Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu generieren. Dies würde möglicherweise zum einen für den Fall geltend, dass die VOB/B nicht vereinbart wurde, zum anderen auch für den Fall, dass eine Forderung zur Erbringung der zusätzlichen Leistung nicht nachweisbar ist oder die sonstigen Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 6, 8 VOB/B oder hierzu von der Recht-



sprechung entwickelte Ausnahmetatbestände nicht vorliegen.

In diesem Fall wird man nur so argumentieren können, dass Vertragsgrundlage und damit Geschäftsgrundlage das vom Auftraggeber erstellte Leistungsverzeichnis ist und dass es dem Auftragnehmer nicht zumutbar ist, an dem vereinbarten Preis festzuhalten, wenn sich nachträglich herausstellt, dass seine Leistungspflicht das vertraglich ausgewiesene Leistungssoll deutlich übersteigt.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die sich aus dem Auseinanderfallen vertraglich vereinbarter und geschuldeter Leistung ergebenden Probleme hinsichtlich des Vergütungsanspruchs noch nicht abschließend geregelt und durch die Rechtsprechung auch noch nicht abschließend entschieden wurden.

Urteile

Lücken und Fehler im Leistungsverzeichnis in der öffentlichen Ausschreibung OLG München, Beschluss vom 04.04.2013, Aktenzeichen Verg 4/13

Im vorliegenden Fall erfolgte eine Ausschreibung für Brückenbauarbeiten. Der Beschwerdeführer lag mit einer Auftragssumme von 1 Million € an erster Stelle. Dabei kalkulierte er Leistungspositionen für Betonstahl und Spannstahl mit sehr niedrigen Einheitspreisen. Er räumte ein, dass er diese Position mit Verlust kalkuliert habe.

Dieses Angebot veranlasste den Auftraggeber, die Ausschreibung und das Leistungsverzeichnis zu überprüfen. Dabei wurde festgestellt, dass richtigerweise statt 35 t Betonstahl nur 18 t hätten ausgeschrieben werden dürfen und statt 25 t Spannstahl nur 17 t. Unter Berücksichtigung dieser neuen Massen hat der Auftraggeber dann sämtliche Angebote neu berechnet und gelangt zu einem fiktiven Mehrpreis im vom Bieter abgegebenen Angebot von 44.000,00 €, was dazu führt, dass dieser an zweiter Stelle liegt. Der Auftraggeber hebt daraufhin die Ausschreibung auf, weil er der Auffassung ist, dass die abgegebenen Angebote nicht dem Wettbewerb entsprechen würden.

Der Bieter beantragt bei der Vergabekammer die Aufhebung dieser Aufhebung. Der Antrag wurde von der Vergabekammer zurückgewiesen, wogegen der Bieter sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht München eingelegt hat. Die Vergabekammer hatte ihre Entscheidung damit begründet, dass sich der Bieter als unzuverlässig erwiesen habe, weil er offensichtlich die Unzulänglichkeiten des Leistungsverzeichnisses erkannt habe. Hierauf hätte er hinweisen müssen. Die Tatsache,

dass er diesen Hinweis nicht abgegeben habe, führe ohnehin zu seinem Ausschluss. Daher könne er auch gegen die Aufhebung der Ausschreibung nicht vorgehen.

Diese Auffassung teilte das Oberlandesgericht nicht. Bemerkenswert ist, dass das Gericht hierzu ausführte, dass das Erkennen und Ausnutzen von Unstimmigkeiten im Leistungsverzeichnis zwar zu einem Wettbewerbsvorteil bei der Kalkulation führen könne, diese Möglichkeit bestünde jedoch für jeden Beteiligten und rechtfertigt grundsätzlich nicht den Ausschluss des Bieters wegen Unzuverlässigkeit. Außerdem sei der Bieter grundsätzlich nicht verpflichtet, auf Fehler im Leistungsverzeichnis hinzuweisen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn eine derartige Hinweispflicht in den Bewerbungsbedingungen festgehalten sei. Da dies vorliegend nicht der Fall sei, sei die Ausschreibung auch nicht aufzuheben, weil die Massenabweichungen so gering seien, dass eine Aufhebung der gesamten Ausschreibung durch diese Massenabweichungen nicht gerechtfertigt sei.

Wie wird der Preis bei einer Leistungsänderung nach § 2 Abs. 5 VOB/B ermittelt? BGH-Urteil vom 14.03.2013, Aktenzeichen: VII ZR 142/12

Der Auftraggeber beauftragte den Auftragnehmer mit der Erbringung von Straßenbauarbeiten auf Basis eines Einheitspreisvertrages. Grundlage des Vertrages war die Geltung der VOB/B.

Die betroffene Straße sollte teilweise neu gebaut werden, teilweise sollte nur die Asphaltdecke erneuert werden. Grundsätzliche liegen die Kosten für einen Neubau höher als die für eine Deckenerneuerung. Im vorliegenden Fall hatte der Auftragnehmer jedoch die Kosten für die Deckenerneuerung höher angeboten als die für den Neubau. Daraufhin ordnete der Auftraggeber an, dass Bereiche, in denen eine Deckenerneuerung vorgesehen war, nun neu gebaut werden sollten.

Der Auftragnehmer rechnete die Leistung unter Bezug auf die Kalkulationsgrundlagen für die Deckenerneuerung ab und gelangte damit für die geänderte Bauausführung, d.h. für diese konkret betroffenen Teilstücke zu einem höheren Preis für den Neubau als er im Leistungsverzeichnis für den Neubau konkret angeboten hatte. Der Auftraggeber war der Auffassung, dass der Bildung des Neupreises die Urkalkulation zugrunde zu legen sei. Die Parteien waren sich darüber einig, dass vorliegend § 2 Abs. 5 VOB/B zur Anwendung kommen muss. Der Auftraggeber war der Auffassung, dass aufgrund dessen die Bezugsposition aus dem Leistungsverzeichnis „Neubau“ für die neue Preisbildung zu berücksichtigen sei.



Der BGH gab dem Auftragnehmer Recht. Zunächst stellte das Gericht fest, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgingen, dass der neue Preis gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B aus dem alten Preis zu entwickeln sei. Hieran sei das Gericht gebunden.

Damit sei lediglich strittig, aus welcher Position des Leistungsverzeichnisses heraus der neue Preis zu entwickeln sei, d.h., ob auf die Position des Neubaus der Straße abzustellen sei oder ob der neue Preis aus der Auftragskalkulation für die Asphalterneuerung zu entwickeln sei.

Der BGH führte hierzu aus, dass für den neu zu bildenden Einheitspreis grundsätzlich die Kalkulation zu wählen sei, die der Auftragskalkulation zugrunde lag. Dabei kann man nach Vergleichspositionen in dem

Leistungsverzeichnis suchen. Grundsätzlich ist aber die geänderte Position bezüglich ihrer Kalkulationsgrundlagen maßgeblich. Durch die ändernde Anordnung dürften dem Auftragnehmer daher keine Nachteile entstehen. Hat dieser den Neubau daher nur mit einem geringen Gewinnzuschlag oder sogar defizitär kalkuliert, die Deckenerneuerung jedoch mit einem hohen Gewinnzuschlag, so müssen ihm die Deckungsbeiträge für den Gewinn aus dem ursprünglich geschlossenen Vertrag gemäß der Entscheidung des BGH auf jeden Fall erhalten bleiben. Man kann in diesen Fällen eben nicht pauschal nur generell auf die Bezugsposition, d.h. eine gleichartige Position aus dem Leistungsverzeichnis Bezug nehmen, sondern muss im Einzelnen ermitteln, wie die Deckungsbeiträge für die geänderte Position errechnet wurden. Diese sind jedenfalls der Bildung des neuen Preises zugrunde zu legen.