

BGH

VII ZR
87/11

Abrufbar über
www.leinemann-partner.de
Quick-Link-Nr.
2051101

Mangelhafte Leistung trotz Einhaltung der Ausführungsart, wenn Funktionalität fehlt



RA und FA für Bau- und Architektenrecht
Dr. Thomas Hildebrandt,
Hamburg

Der BGH hat sich in einer soeben veröffentlichten Entscheidung vom 29.09.2011 (VII ZR 87/11) erneut zum Leistungssoll und damit zum geschuldeten Leistungsumfang und der Mangelhaftigkeit eines Werkvertrages geäußert.

Danach liegt eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Das gilt unabhängig von der vertraglichen vereinbarten Ausführungsart, wenn die erforderliche Funktion des Werkes nicht erfüllt wird.

Geklagt hatte ein Unternehmer, der ihm übertragene Vermessungs- und Dokumentationsleistungen zur Errichtung eines Elektrodükers an einen Nachunternehmer übertrug. Dieser beklagte Nachunternehmer nahm die Lage der Start- und Zielgrube auf und stellte den Dükerverlauf mittels einer geradlinigen Verbindung zwischen diesen dar. Den tatsächlichen Verlauf maß er nicht auf. Bei Rammarbeiten, die aufgrund der so gefertigten Bestandspläne durchgeführt wurden, wurde der Düker beschädigt. Der Unternehmer muss ihn für seinen Auftraggeber neu herstellen und verlangt vom Nachunternehmer deshalb Schadensersatz. Dieser wendet ein, der Unternehmer habe ihn ausdrücklich beauftragt, den Dükerverlauf so darzustellen. Das OLG gab der Klage wegen eines Mitverschuldens des Unternehmers nur teilweise statt. Der BGH verweist an das OLG zur weiteren Aufklärung zu den getroffenen Vereinbarungen zurück.

Maßgebend ist jedoch, dass der BGH in Fortführung des zum alten Recht entwickelten funktionalen Mangelbegriffs eine Abweichung von der vereinbarten Be-

schaffenheit annimmt, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte Funktion nicht erfüllt. Danach fehlte dem Werk des Nachunternehmers die vereinbarte Beschaffenheit. Die Leistungen des Nachunternehmers sollten als Grundlage für die Rammpläne dienen. Diese Funktion erfüllte es nicht, weil der Nachunternehmer den tatsächlichen Verlauf des Dükers nicht erfasst und dokumentiert hatte, obwohl nur eine präzise Einmessung Gewähr für die Erarbeitung von Rammplänen bieten konnte. Das Werk des Nachunternehmers ist aber auch dann mangelhaft, wenn der Unternehmer die erfolgte Ausführungsart ausdrücklich verlangt haben sollte. Es geht nach Auffassung des BGH nicht um eine "Beschaffenheitsvereinbarung nach unten", sondern um die fehlende Funktionstauglichkeit des Werks. Für diese haftet der Nachunternehmer nur dann nicht, wenn er den Unternehmer auf die Bedenken gegen die gewünschte Ausführung hingewiesen, dieser aber auf der untauglichen Ausführung bestanden hätte. Die Beweislast für diesen Befreiungstatbestand trägt hier der Nachunternehmer. Das muss nun vom OLG noch aufgeklärt werden.

FAZIT

Der BGH stellt im Rahmen der Mangelfreiheit seit jeher richtigerweise auf den funktionalen Mangelbegriff ab. Die Leistung ist erst dann im Wesentlichen mangelfrei und erfüllt, wenn die vereinbarten Leistungen erbracht und das Werk funktionstauglich ist. Diese – unserem Werkvertragsrecht – innewohnende Erfolgsbezogenheit entfällt nur, wenn der Besteller eine untaugliche Leistung trotz durch den Unternehmer mitgeteilter Bedenken unmissverständlich fordert. Das muss der Unternehmer beweisen.

> **Funktionstauglichkeit unabhängig von Ausführungsart**

> **Beweislast für Anordnung trägt Unternehmer**

> **Funktionaler Mangelbegriff**

> **Keine Beschaffenheitsvereinbarung nach unten**



RA Egmont Neubauer,
Düsseldorf

Nachtrag muss unter Umständen auch der Höhe nach angekündigt werden

> Ankündigung der Nachtragshöhe für zusätzliche Leistung

> Ankündigungserfordernis gem. § 2 Abs. 6 VOB

> Schutz des AG vor hohen Kosten

In einem erst Mitte 2011 veröffentlichten Urteil vom 28.01.2009 (11 U 228/05) hat das OLG Köln entschieden, dass ein Auftragnehmer (AN) einen Anspruch auf Nachtragsvergütung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B unter Umständen nicht nur dem Grunde nach, sondern auch der Höhe nach dem Auftraggeber (AG) ankündigen muss.

Ein AN führte für den AG Kanalverlegungsarbeiten aus. Die ursprünglich vorgesehene Trassenführung wurde von Seiten des AG in eine aufwändigere, kalkulatorisch nicht mit der Vertragsleistung vergleichbare Kanaltrasse mit S-Kurve („Kurvenfahrt“) geändert. Hierfür unterbreitete der AN dem AG zwar ein Alternativangebot zur beauftragten Leistung. Die Höhe der zu erwartenden Mehrkosten nannte er darin jedoch nicht. Nach Ausführung der Nachtragsleistung stellte der AN dem AG hierfür gut EUR 1,9 Mio. in Rechnung. Der AG verweigerte die Zahlung u.a. mit dem Hinweis auf die fehlende Ankündigung der Mehrvergütung. Das OLG Köln sprach dem AN nur einen Betrag in Höhe von 115.586,59 Euro zu. Dies entspricht den Kosten, die dem AG bei Realisierung der zunächst geplanten, über Grundstücke eines Landwirts führenden Kanaltrasse entstanden wären („Landwirtschaftsvariante“).

Verlangt der AG zusätzliche Leistungen, muss der AN seinen Anspruch auf besondere Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B vor Beginn der Ausführung beim AG anmelden. Mit der Ankündigungspflicht soll der AG durch eine rechtzeitige Information über drohende Kostenerhöhungen geschützt werden, damit er entsprechend disponieren kann. In diesem Sinne ist die Kostenanmeldung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur dann entbehrlich, soweit sie im konkreten Fall für den Schutz des AG nicht erforderlich und daher ohne Funktion ist oder wenn ihre Versäumung ausnahmsweise entschuldigt ist (BGH, Urteil vom 08.11.2001, VII ZR 111/00, Urteil vom 23.05.1996, VII ZR 245/94). Weder die Regelung des § 2 Abs. 6 VOB/B noch die bisherige BGH-Rechtsprechung gibt dabei allerdings vor, dass der AN den Mehrvergütungsanspruch im Einzelnen und auch der Höhe nach ankündigen muss. In der Regel reicht also eine Nachtragsankündigung dem Grunde

nach, wie auch das OLG Köln grundsätzlich anerkennt. Gleichwohl hat das OLG Köln dem klagenden AN die geltend gemachte Nachtragsvergütung im entschiedenen Fall versagt, weil er die Höhe der Mehrvergütung nicht zumindest in grober Schätzung mitgeteilt hatte. Zur Begründung verweist das Gericht auf den Sinn und Zweck des § 2 Abs. 6 VOB/B. Diese Regelung soll den AG nach der vorgenannten Rechtsprechung des BGH davor schützen, Forderungen ausgesetzt zu werden, mit denen er nicht rechnen musste, so dass er keine Möglichkeit hatte, nach kostengünstigeren Alternativen Ausschau zu halten. Daher habe der AG einen Anspruch darauf, nicht nur vor dem Entstehen von Kosten an sich, sondern auch vor vermeidbaren Mehrkosten gewarnt zu werden.

Im entschiedenen Fall konnte der AG nachweisen, dass er sich bei Offenlegung der Nachtragsvergütung für die Alternative „Kurvenfahrt“ in Höhe von rund EUR 1,9 Mio. gegen diese Alternative und für die „Landwirtschaftsvariante“ entschieden hätte. Dann hätte er u.a. einem Landwirt als Gegenleistung für die Gestattung des Abwasserkanals drei Ersatzgrundstücke im Wert von insgesamt lediglich rund DM 160.000,00 übertragen müssen.

FAZIT

Die Entscheidung betrifft zwar einen Ausnahmefall. Dennoch sollte ein AN stets prüfen, ob er sich darauf beschränken darf, vor Ausführung einer Nachtragsleistung allgemein auf Zusatzkosten hinzuweisen. Jedenfalls dann, wenn die Kosten des Nachtrags im Verhältnis zur Hauptvertragsleistung exorbitant hoch sind und die Möglichkeit besteht, die Nachtragsleistung kostengünstiger auszuführen, kann geboten sein, dem AG zumindest auch die geschätzte Höhe der beanspruchten Nachtragsvergütung mitzuteilen.

Leistungsbild nach HOAI vereinbart: Bautagebuch geschuldet!



RA und FA für Bau- und
Architektenrecht
Dr. Marc Steffen, Berlin

Der BGH hat in einer am 28.07.2011 (VII ZR 65/10) veröffentlichten Entscheidung seine ständige Rechtsprechung zur Bestimmung der Leistungspflicht von Architekten und Ingenieuren bestätigt und herausgestellt, wann welche Leistungen geschuldet sind und unter welchen Voraussetzungen eine Minderung des Architektenhonorars in Betracht kommt. Haben die Parteien eines Architektenvertrages hinsichtlich der Leistungspflicht auf das Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI a.F. Bezug genommen, schuldet der Architekt in der Regel sämtliche Grundleistungen.

In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es darum, dass ein Architekt seinen Werklohn einklagt und der Bauherr dem Architektenhonorar entgegenhält, der Architekt habe kein Bautagebuch geführt, obgleich die Parteien als Leistungspflichten das Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI a.F. vereinbart haben. Es seien alle dort aufgezählten Grundleistungen zu erbringen. Das Kammergericht folgte der Argumentation des Bauherrn nicht und stellte darauf ab, dass der Bauherr nicht dargelegt hat, weshalb es eines Bautagebuches bedurft hätte. Das Führen eines Bautagebuches hielt das Kammergericht zur Erfüllung des Vertrages nicht für erforderlich.

Dieser Argumentation des Kammergerichtes tritt der Bundesgerichtshof unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung entgegen. Obgleich der BGH immer wieder deutlich gemacht hat, dass die HOAI kein Vertragsrecht regelt, sondern öffentliches Preisrecht ist, entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass, wenn die Parteien zur Bestimmung der Leistungspflichten auf die Leistungsbilder und -phasen der HOAI Bezug genommen haben, die betreffenden Grundleistungen als selbständige Teilerfolge geschuldet sind (BGH, BauR 2004, 1640). Hieraus folgt unmittelbar, dass das Führen eines Bautagebuches vom Architekten geschuldet war. Denn das Führen eines Bautagebuches ist eine Grundleistung in der Leistungsphase 8 nach § 15 Abs. 2 HOAI a.F. Dass nach dem streitgegenständlichen Vertrag nur diejenigen Grundleistungen geschuldet waren, die für

die Errichtung des Bauvorhabens erforderlich waren, änderte nach Auffassung des BGHs nichts. Der BGH betont die Bedeutung des Bautagebuches vielmehr. Das Bautagebuch hat den Zweck, das Baugeschehen mit allen wesentlichen Einzelheiten zuverlässig und beweiskräftig festzuhalten. Diese Dokumentation kann insbesondere bei einer Störung des Bauablaufs oder Auseinandersetzungen mit andern Baubeteiligten von großer Bedeutung sein. Nach Auffassung des BGH ist die Erforderlichkeit eines Bautagebuches evident. Danach stellt das Unterlassen des Führens eines Tagebuches die Nichterbringung eines selbstständig geschuldeten Teilerfolges dar, was automatisch ein Mangel ist. Dieser Mangel kann den Bauherrn zur Minderung des Architektenhonorars berechtigen.

FAZIT

Welche Leistung der Architekt schuldet, ist durch Auslegung des Architektenvertrages nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Die Leistungspflichten des Architekten ergeben sich nicht unmittelbar aus der HOAI. Haben die Parteien jedoch auf die HOAI Bezug genommen, so sind in der Regel die Grundleistungen geschuldet. Werden einzelne Grundleistungen nicht erbracht, ist dies ein Mangel, der einen Anspruch auf Minderung begründen kann. Obgleich dies bereits seit mehreren Jahren der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entspricht, wird in einer Vielzahl von Architekten- und Ingenieurverträgen immer noch bei der Bestimmung des Leistungsumfanges unreflektiert auf die HOAI verwiesen. Dies kann für den Architekten sehr unangenehme Folgen haben. Es ist deshalb zu empfehlen, dass in einem Architektenvertrag alle Leistungspflichten – ohne Bezugnahme auf die HOAI – abschließend geregelt werden. Bei Bezugnahme auf die HOAI sollte der AN die dort aufgezählten Grundleistungen erbringen, um Mängelansprüchen des AG vorzubeugen.

> **Minderung des
Architekten-
honorars**

> **Führen eines
Bautagebuchs ist
Grundleistung
nach HOAI**



RA und FA für Bau- und
Architektenrecht,
Armin Preussler, Berlin

Neuregelung des § 522 ZPO

BGBL. I
2011

S. 2082

Abrufbar über
www.leinemann-partner.de
Quick-Link-Nr.
2051104

> Nichtzulassungsbeschwerde gegen Zurückweisungsbeschluss

> Beschwer bei mehr als 20.000 EUR

> Mdl. Verhandlung bei existentieller Bedeutung

Nach langen Verhandlungen hat der Bundesrat den Gesetzesentwurf zur Neuregelung des § 522 ZPO passieren lassen, so dass das Gesetz am 27.10.2011 in Kraft trat. Würde nach diesem Datum eine Berufung durch Beschluss zurückgewiesen, kann dies bei entsprechender Beschwerde nun mit einer Nichtzulassungsbeschwerde angegriffen werden.

Die Neuregelung unterscheidet sich von der bisherigen Fassung im Wesentlichen in drei Punkten:

- Die Aussichtslosigkeit der Berufung muss offensichtlich sein und das Berufungsgericht ist nicht mehr zur Zurückweisung durch Beschluss gezwungen („soll zurückweisen“).
- Eine mündliche Verhandlung ist bei existenzieller Bedeutung der Angelegenheit für den Berufungsführer geboten und hindert die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss.

• Gegen die Zurückweisung der Berufung durch Beschluss kann der Berufungsführer – bei einer Beschwerde von mehr als 20.000 Euro – Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH einreichen, um eine Revisionsentscheidung des BGH zu erreichen.

FAZIT

Es bleibt abzuwarten, ob die Neuregelung des § 522 ZPO zu einer einheitlicheren Anwendung durch die Oberlandesgerichte führen wird. Die geplante Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde ist bei einer Annahmquote durch den BGH im Jahr 2010 von lediglich 11,9 Prozent wohl kaum das erhoffte Korrektiv.

Impressum: Infodienst für Bau- und Vergaberecht – herausgegeben von LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße, 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092
E-Mail: info@leinemann-partner.de - www.leinemann-partner.de - Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)

Rechtlicher Hinweis: Die in unserem Infodienst „Neues zum Baurecht“ enthaltenen Informationen haben wir mit größter Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl können wir für deren Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit keine Haftung, gleich aus welchem Rechtsgrund, übernehmen. Die Lektüre der vorliegenden Informationen ersetzt keine individuelle Beratung. Der Nachdruck oder die Vervielfältigung ist nur mit schriftlicher Genehmigung der Herausgeber zulässig.



RA
Prof. Dr. Ralf Leinemann,
Berlin

Kurztext vs. Langtext – was gilt?

Prof. Dr. Ralf Leinemann stellt in einem Video einen Beschluss des OLG Schleswig vom 08.12.2010 (1 Verg 12/10) vor. Dort hatte ein Bieter in dem von ihm eingereichten Kurztext-LV nicht die erheblichen Mengenkorrekturen übernommen, die vor Submission

durch Austauschseiten des Langtext-LV eingefügt worden waren. Das OLG missbilligte einen Angebotsausschluss dieses Bieters. Weil das als allein gültig bezeichnete Langtext-LV maßgeblich sei, werde insoweit das fehlerhafte Kurztext-LV korrigiert.

OLG
Schleswig

1 VERG
12/10

Abrufbar über
www.leinemann-partner.de
Quick-Link-Nr.
1081101

Bestellen Sie hier weitere, kostenfreie Informationen von LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Infodienst „Neues zum Baurecht“	per Post <input type="checkbox"/>	per E-Mail <input type="checkbox"/>
Broschüre „Baurecht“	per Post <input type="checkbox"/>	per E-Mail <input type="checkbox"/>
Broschüre „Immobilienrecht“	per Post <input type="checkbox"/>	per E-Mail <input type="checkbox"/>
Broschüre „Vergaberecht“	per Post <input type="checkbox"/>	per E-Mail <input type="checkbox"/>

Ich möchte Einladungen zu Seminaren und Veranstaltungen zu o.g. Themen erhalten

*Name: _____ Firma: _____

E-Mail: _____ Straße/Nr.: _____

PLZ: _____ Ort: _____

* Bitte füllen Sie möglichst alle Felder aus, damit wir Sie in jedem Fall erreichen können.
Möchten Sie unseren Infodienst nicht mehr erhalten, schicken Sie bitte eine kurze Email an info@leinemann-partner.de