

# Die Abweichung vom vertraglich vereinbarten Leistungsumfang und ihre Folgen

Prof. Stefan Leupertz  
Schiedsrichter, Schlichter und Adjudikator  
Richter am Bundesgerichtshof a. D.



## Materiell-rechtliche Grundlagen Leistung und Gegenleistung beim Bauvertrag

### Ausgangslage - § 631 Abs. 1 BGB

- Bestimmung der wechselseitigen Leistungspflichten durch rechtsgeschäftliche Einigung
- Abgrenzung: Bauleistung - Vergütung
- Risikofaktor: Baugrundbeschaffenheit



## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

#### Bestimmung der Leistung - § 631 Abs. 1 BGB

- Mindestanforderung: Festlegung des Bauziels
- Bauziel = Verwirklichung des funktionalen Werkerfolgs iSd § 633 Abs. 2 BGB
- Zwei Ausschreibungsmethoden
  - Funktionale Ausschreibung (mit Leistungsprogramm - § 7 Abs. 13-15 VOB/A)
  - Detaillierte Ausschreibung (mit Leistungsverzeichnis - § 7 Abs. 9-12 VOB/A)

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

#### Funktionale Ausschreibung – Grundsätze

- Festlegung des geschuldeten Werkerfolgs über die Beschreibung des Bauziels
- Gesetzliches Leitbild
- Folgen für den Umfang der Leistungsverpflichtung
  - AN schuldet alle Leistungen, die für die Verwirklichung des Bauerfolgs erforderlich sind
  - AN plant die hierfür erforderlichen Bauleistungen
  - Planungsfehler gehen zu Lasten des AN

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

#### Detaillierte Ausschreibung – Grundsätze

- Festlegung des geschuldeten Werkerfolgs über die Beschreibung der Bauleistungen
- Deshalb: Planung stammt vom AG
- Folgen für den Umfang der Leistungsverpflichtung
  - Keine Abstandnahme AG von Funktionalitätserwartung
  - Deshalb: AN schuldet alle Leistungen, die für die Verwirklichung des Bauerfolgs erforderlich sind
  - Leistungen AN mangelhaft bei Verfehlung des funktionalen Werkerfolgs trotz fehlerfreier Umsetzung der Leistungsvorgaben (LV) des AG
  - AN wird nicht vollständig frei von Planungsverantwortung - Prüfpflicht

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

#### Begrenzung der Funktionalität durch vertragliche Abreden

Rechtsgeschäftliche Verknüpfung der Funktionalitätsanforderungen mit Leistungsvorgaben des AG

- Beispiel: „Bistro“ (BGH, Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06)
- Beispiel: „Estrich“ (BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10)
- Beispiel: „Bodenkontamination“ (BGH, Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11)
- Insbesondere: Funktionalitätsbeschränkung durch Bezugnahme auf Bodengutachten = Beschränkung der Funktionalität für bestimmte Bodenverhältnisse (BGH, Urt. v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07)

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

#### Grundsätze

- Die Parteien dürfen in den durch §134, §138 BGB und §§307 ff. BGB gezogenen Grenzen risikobehaftete Verträge schließen
- Ermittlung des geschuldeten Leistungsumfangs durch Auslegung des Vertrages
- AN muss auch solche Leistungen erbringen, die er wegen eines unklaren oder unvollständigen LV nicht verlässlich kalkulieren konnte
- Exkurs: Stammen Planung und LV vom AG, muss er auch Nachtragsleistungen planen und ggfls. ein LV erstellen!

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Die Geschäftsgrundlage des Bauvertrages

#### Geschäftsgrundlage – Allgemeine Definition (nach BGH)

*„Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung beruht.“*

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Die Geschäftsgrundlage des Bauvertrages

#### Geschäftsgrundlage Bauvertrag

Die Vertragsparteien gehen davon aus, dass der geschuldete Bauerfolg durch die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen realisiert werden kann (str.).

#### Die Äquivalenzerwartung als Teil der Geschäftsgrundlage

Die vereinbarte Vergütung ist nach der Vorstellung der Parteien der äquivalente Gegenwert für die Erbringung der zur Verwirklichung des Bauerfolgs erforderlichen Leistungen (str.).

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Exkurs: Auslegung und Auslegungsgrundsätze

#### • Auslegungskriterien

- Totalitätsprinzip
- Wortlaut; maßgebend: objektive Sicht des Auftragnehmers.
- Auftragnehmer darf grundsätzlich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der vom Auftraggeber gefertigten und ihm zur Verfügung gestellten Planunterlagen vertrauen.
- § 9 VOB/A: Öffentlicher Auftraggeber will dem Auftragnehmer im Zweifel kein ungewöhnliches Wagnis auferlegen. Dieser Grundsatz lässt sich als Auslegungshilfe auch auf private Bauverträge anwenden.
- Die technischen Normen der VOB/C
- Erst dann: Prioritätenregelung in § 1 Nr. 2 VOB/B. Ansonsten greift die allgemeine Regel: „Speziell vor Allgemein“
- Schließlich: Unklarheitenregel

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Exkurs: Auslegung und Auslegungsgrundsätze

**BGH, Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11** (Öffentliche Ausschreibung)

- Empfängerhorizont
- VOB/A-konform
  - Eindeutig und erschöpfend (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A)
  - Kein ungewöhnliches Wagnis (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)
  - Beschreibung der Boden- und Wasserverhältnisse (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 VOB/A)
  - Abschnitte „0“ der ATV (DIN 18299 ff) sind zu beachten (§ 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A) – vgl. § 1 Abs. 1 VOB/B für VOB/B-Vertrag
  - Hier: DIN 18299 Abschnitt 01.20 und DIN 18300 Abschnitt 0.2.3: *Angaben zur Schadstoffbelastung „nach den Erfordernissen des Einzelfalles“*

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Exkurs: Auslegung und Auslegungsgrundsätze

**BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10**

- Sachverhalt
  - Zulageposition LV: Abbruch, Estrich mit Trittschalldämmung
  - Stärke mit ca. 3 cm (geschätzt) angegeben
  - tatsächlich > 4 cm
  - (Teil-) Pauschalpreis
- BGH: Ermittlung geschuldeter und verpreister Leistungsumfang durch Auslegung:
  - Geschuldet: > 4 cm; keine Funktionalitätsbeschränkung
  - Aber: Kalkulation AN (3 cm!) als Geschäftsgrundlage
  - Preisanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB denkbar

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Vertrag mit (streng) funktionaler Ausschreibung

- AN schuldet alle Leistungen, die zur Verwirklichung des Bauerfolgs erforderlich sind
- Alle diese Leistungen sind vom Pauschalpreis umfasst
- Beachte: Rechtsgeschäftliche Funktionalitätsbeschränkungen
- Keine Störung des Äquivalenzgefüges
- Mehrvergütung nur bei Bauplanänderungen (= Veränderung des Bauziels)

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Vertrag mit detaillierter Ausschreibung

- AN schuldet alle Leistungen, die zur Verwirklichung des Bauerfolgs erforderlich sind
- Verpreist sind nur die ausgeschriebenen Leistungen
- Divergenz (zusätzlich erforderliche Leistungen) = Äquivalenzstörung
  - Auswahlentscheidung AG = Obliegenheit
  - Anpassung der Vergütung nach § 313 Abs. 2 BGB
  - Keine Preisanpassung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung

## Materiell-rechtliche Grundlagen

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Mengenabweichungen als Äquivalenzstörung

- **Einheitspreisvertrag**
  - § 313 Abs. 2 BGB
  - § 2 Abs. 3 VOB/B (beachte: BGH, Beschl. v. 23.3.2011 – VII ZR 216/08)
- **Pauschalpreisvertrag**
  - § 313 Abs. 2 BGB
  - § 2 Abs. 7 VOB/B iVm § 313 Abs. 2 BGB

## Rechtsfolgen

### Sachmangelhaftung

#### Grundsätze

- AN haftet für die Verwirklichung des funktionalen Erfolgs
- Maßstab: Vertraglich vereinbarte Funktionalität
- Korrektiv: Bedenkenhinweispflicht nach §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B
  - Enthftung durch tauglichen Bedenkenhinweis
  - Beachte: AN haftet nicht für Folgen fehlerhafter Leistungsvorgaben des AG, wenn er die Fehler trotz ausreichender Prüfung nicht erkennen konnte.
  - § 635 Abs. 3 BGB (Unverhältnismäßigkeit) greift in aller Regel nicht bei Mängeln mit negativen Auswirkungen auf die Funktionstauglichkeit



## Rechtsfolgen (Grundsätze)

### Vergütung

#### Ausgangspunkt: Vertragliche Vereinbarungen (verpreister Leistungsumfang)

##### •Mengenänderungen

- Detailpauschalvertrag: § 313 Abs. 2 BGB (BGB-Vertrag); § 2 Abs. 7 VOB/B i.V.m. § 313 Abs. 2 BGB (VOB-Vertrag)
- Einheitspreisvertrag: § 313 Abs. 2 BGB (BGB-Vertrag); § 2 Abs. 3 VOB/B (VOB-Vertrag)

##### •Zusätzlich erforderliche Leistungen (unverändertes Bauziel)

- Globalpauschalvertrag: (-)
- Detailpauschalvertrag / Einheitspreisvertrag: § 313 Abs. 2 BGB (BGB-Vertrag); §§ 2 Abs. 5, 6, VOB/B (VOB-Vertrag)

##### •Geänderte Leistungen (verändertes Bauziel)

- BGB-Vertrag: Anspruch aus §§ 631, 632 Abs. 1, 2 BGB: Vertragliche Vereinbarung; sonst übliche Vergütung
- VOB/B-Vertrag: §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B

## Sonderfall Baugrund

### Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

#### Allgemeine Grundsätze

- Die Beschaffenheit des Baugrundes hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die Leistungsverpflichtung des AN
- AN schuldet bis zur Grenze der Unmöglichkeit unabhängig von den Bodenverhältnissen den funktionalen Erfolg
- Worin der funktionale Erfolg besteht, ergibt sich allein aus den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der Parteien (Auslegung)
- Möglich: Beschränkung des funktionalen Erfolgs auf bestimmte Bodenverhältnisse durch Bezugnahme auf ein Bodengutachten (BGH, Urt. v. 20.8.2009 – VII ZR 205/07)

## Sonderfall Baugrund

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Funktionale Ausschreibung

- AN erhält keine Mehrvergütung für Mehraufwand durch unvorhergesehene Bodenverhältnisse
- Ausnahme: Beschränkung des funktionalen Erfolgs durch Vereinbarung bestimmter Bodenverhältnisse = Bauentwurfsänderung

## Sonderfall Baugrund

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Detaillierte Ausschreibung - Variante 1

- Keine Beschreibung der Bodenverhältnisse
- Baugrund bedingt: Divergenz LV – tatsächlich erforderlicher Aufwand
  - Geschuldet: Tatsächlicher Aufwand
  - Äquivalenzstörung
  - Preisanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB; § § 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B
  - Beachte: AN muss auf fehlende Baugrundbeschreibung hinweisen

## Sonderfall Baugrund

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Detaillierte Ausschreibung - Variante 2

- Unzureichende Erkundung und Beschreibung der Bodenverhältnisse (Unzureichendes Bodengutachten)
- Baugrund bedingt: Divergenz LV – tatsächlich erforderlicher Aufwand
  - Geschuldet: Grundsätzlich tatsächlicher Aufwand
  - Auslegung denkbar: Beschränkung des funktionalen Erfolgs
  - Sonst: Äquivalenzstörung
  - Preisanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB; § § 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B
  
  - Beachte: AN muss – wenn für ihn erkennbar - auf unzureichende Beschreibung der Bodenverhältnisse hinweisen

## Sonderfall Baugrund

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Detaillierte Ausschreibung - Variante 3

- Ausreichende Erkundung und Beschreibung der Bodenverhältnisse (Fach- bzw. DIN-gerechtes Bodengutachten)
- Baugrund bedingt: Divergenz LV – tatsächlich erforderlicher Aufwand
  - Geschuldet: Grundsätzlich tatsächlicher Aufwand
  - Auslegung naheliegend: Beschränkung des funktionalen Erfolgs
  - Sonst: Äquivalenzstörung
  - Preisanpassung nach § 313 Abs. 2 BGB; § § 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B
  
  - Beachte: Keine Hinweispflicht AN

## Sonderfall Baugrund

### Geschuldeter und verpreister Leistungsumfang

#### Kein Mehrvergütungsanspruch entsprechend § 645 BGB

- Baugrund = Stoff iSd § 645 BGB
- Baugrund nicht mangelhaft, sondern Ausschreibung fehlerhaft
- § 645 BGB betrifft die Vergütungsgefahr für den Teil der Leistung, der durch den Mangel des beigegebenen Stoffes untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist.
- Hier: Vergütung für Mehraufwand, der diese Beeinträchtigungen gerade beseitigen bzw. verhindern soll.
- Maßgebend: Risikoverteilung kraft rechtsgeschäftlicher Entscheidung der Vertragsparteien

## Konsequenzen für die Vertragspraxis

- **Essentiell: Präzise vertragliche Festlegung des geschuldeten und verpreisten Leistungsumfangs**
  - Maßstab bei Zweifeln: Vertragsauslegung!
  - Wichtig: Umfang der geschuldeten Funktionalität vertraglich festlegen – Stichwort: Funktionalitätsbeschränkung (Bodenverhältnisse; Verwendungszweck; Verlässlichkeit der Leistungsvorgaben des AG)
  - Störfaktor Nr. 1: Baubegleitende Ausführungsplanung
- **Essentiell: Preisfortschreibungsregeln für unvorhergesehene Änderungen / Erschwernisse**
  - VOB/B: §§ 1 Abs. 3, 4; 2 Abs. 5, 6 VOB/B = stark störanfällig
  - BGB-Vertrag: Keine verlässlichen gesetzlichen Regeln vorhanden
  - Deshalb: Vertragliche Vereinbarungen erforderlich
- **Nachträgliche Änderungen des verpreisten Leistungsumfangs**
  - Bedenken rechtzeitig und ausreichend klar anmelden
  - Entscheidung AG abwarten
  - Kein vollständiges Nachtragsangebot abgeben, wenn nicht anders vereinbart
  - Vereinbarung mit AG anstreben (Umfang + Vergütung)