

AUFSÄTZE

1

Leistungsbeschreibung: Hinweispflicht des Auftragnehmers

von Prof. Thomas Karczewski, RA und FA für Bau- und Architektenrecht, Rembert Rechtsanwälte, Hamburg

A. Einleitung

Ein Großteil der Streitigkeiten zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern betrifft die Nachtragsforderungen. Dabei dreht es sich in der Regel nicht um die formalen Anspruchsvoraussetzungen für eine Nachtragsforderung, sondern darum, ob der Auftragnehmer eine Leistung erbracht hat, die von der vereinbarten Leistungsbeschreibung erfasst ist oder nicht¹.

Die Leistungsbeschreibung im weiteren Sinne, besteht unter anderem aus dem Leistungsverzeichnis, der Baubeschreibung, Plänen, Mustern, etc. Sind diese Unterlagen falsch oder für die Preiskalkulation des Auftragnehmers unzureichend, stellt sich die Frage, ob der Auftragnehmer einer Nachtragsforderung verlustig gehen kann, weil er bei Erkennbarkeit dieser unzulänglichen Leistungsbeschreibung dem Auftraggeber einen erforderlichen Hinweis nicht erteilt hat.

B. Die Rechtslage

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

§ 2 Abs. 1 VOB/B bestimmt, dass durch die vereinbarten Preise alle Leistungen abgegolten werden, die nach der Leistungsbeschreibung und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören.

1. Arten der Leistungsbeschreibung

Zwei Arten von Leistungsbeschreibungen werden in der Baupraxis unterschieden: die detaillierte Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und die funktionale Leistungsbeschreibung.

Nach § 7b Abs. 1 VOB/A ist die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis in der Regel durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis zu beschreiben. Abs. 2

sieht vor, dass erforderlichenfalls die Leistung auch zeichnerisch oder durch Probestücke darzustellen oder anders zu erklären ist. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Unterlagen, die die Leistung beschreiben, gleichwertig sind. Es gibt keine allgemeine Regel dazu, inwieweit Pläne der schriftlichen Leistungsbeschreibung vorgehen oder umgekehrt².

Die funktionale Leistungsbeschreibung wird in der VOB/A als Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm bezeichnet, § 7c VOB/A. Hier wird dem Auftragnehmer nicht nur die Bauausführung, sondern auch der Entwurf für die Leistung übertragen und die Leistung nur durch ein Leistungsprogramm dargestellt. Das Leistungsprogramm umfasst eine Beschreibung der Bauaufgabe, aus der die Unternehmer alle für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können und in der sowohl der Zweck der fertigen Leistung, als auch die an sie gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen angegeben sind, § 7c Abs. 1 und 2 VOB/A.

Während mit der detaillierten Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis die Art und Weise der Bauausführung konkret beschrieben wird, um die Bauaufgabe, den geschuldeten Erfolg, zu erzielen, wird bei der funktionalen Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm lediglich die Bauaufgabe, der geschuldete Erfolg, nach wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen vorgegeben. Die detaillierte Leistungsbeschreibung gibt „Weg und Ziel“ vor, die funktionale Leistungsbeschreibung hingegen nur das Ziel, den Weg dahin auszuwählen, bleibt dem Auftragnehmer überlassen³. In der Praxis liegen die verschiedenen Leistungsbeschreibungen meist nicht in Reinform vor, vielmehr sind Mischformen üblich. Detaillierte Leistungsbeschreibungen enthalten funktionale Positionen und funktionale Leistungsbeschreibungen enthalten zum Teil eine Detaillierung z.B. durch Gutachten, Pläne oder andere konkretisierende Angaben.

2. Die vereinbarten Preise

Den unterschiedlichen Leistungsbeschreibungen sind meist zwei Vergütungsformen zugeordnet: Die Vergütung nach Einheitspreisen oder die Vergütung nach Pauschalpreis. Die detaillierte Leistungsbeschreibung wird entweder nach Einheitspreisen (sog. Einheitspreisvertrag) oder nach

Pauschalpreis (sog. Detail-Pauschalvertrag) abgerechnet. Bei einer Abrechnung nach Einheitspreisen trägt der Auftraggeber das Risiko der Mehrmengen. Beim Detail-Pauschalvertrag werden lediglich die Mengen, nicht hingegen die Art der Ausführung pauschaliert. Der Auftragnehmer trägt folglich das Mehrmengenrisiko, der Auftraggeber das Mindermengenrisiko. Beim Vertrag mit funktionaler Leistungsbeschreibung wird der Preis in der Regel pauschaliert, weil konkret zu bepreisende Teilleistungen (Einheiten) nicht beschrieben sind (sog. Globalpauschalvertrag mit funktionaler Leistungsbeschreibung).

3. Leistungsbeschreibung versus Leistungserfolg

Aus dem oben Gesagten folgt, dass die Leistungsbeschreibung im Synallagma zur Vergütung steht. Der Auftragnehmer hat seine Vergütung preisrechtlich durch die Abarbeitung der beschriebenen Leistung verdient. Das ist bei der detaillierten Leistungsbeschreibung die durch die Unterlagen festgelegte Art und Weise der Bauausführung und bei der funktionalen Leistungsbeschreibung der vereinbarte Erfolg. Dessen ungeachtet schuldet der Auftragnehmer auch bei einer detaillierten Leistungsbeschreibung den vereinbarten Erfolg, also ein funktionstaugliches, zweckentsprechendes Werk⁴. Bei einem Auseinanderfallen von Leistungsbeschreibung und vereinbartem Werkerfolg kann es zur Mängelhaftung des Auftragnehmers, aber auch zu seiner zusätzlichen Vergütung kommen. Entweder der Auftragnehmer erkennt diese Diskrepanz nicht und verursacht durch seine Ausführung nach Leistungsbeschreibung einen Baumangel. Die geänderte Art der Ausführung führt er erst im Rahmen der Mängelbeseitigung durch und kann in Höhe der „Sowieso-Kosten“ einen Zuschuss vom Auftraggeber verlangen. Oder der Auftraggeber ordnet aufgrund eines Hinweises des Auftragnehmers nach § 4 Abs. 3 VOB/B eine gegenüber der Leistungsbeschreibung abgeänderte Art der Ausführung mit entsprechender Nachtragsfolge an (§§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 oder 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B bzw. §§ 650b, 650c BGB).

4. Hinweispflicht des Auftragnehmers?

Will der Auftragnehmer seiner Mängelhaftung entgehen, hat er den Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B auf das Auseinanderfallen von Leistungsbeschreibung und vereinbartem Erfolg hinzuweisen. Eine solche Diskrepanz zwischen Leistungsbeschreibung und Werkerfolg wird es bei einer

funktionalen Leistungsbeschreibung jedoch regelmäßig nicht geben, weil dort nur der zu erzielende Erfolg nach wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionalen Gesichtspunkten beschrieben ist.

Darüber hinaus wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung immer wieder eine vorvertragliche Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers im Zusammenhang mit Zusatzforderungen gefordert. Das OLG Celle⁵ verlangt einen solchen Hinweis, wenn die Verdingungsunterlagen offensichtlich falsch sind. Unterlässt der Auftragnehmer in einem solchen Fall den gebotenen Hinweis, sei er nach Treu und Glauben gehindert, Zusatzforderungen zu stellen. Das OLG Naumburg⁶ fordert einen Hinweis an den Auftraggeber, wenn der Auftragnehmer die Ungeeignetheit der Ausschreibung vor Vertragsabschluss positiv kennt bzw. etwaige Unstimmigkeiten und Lücken des Leistungsverzeichnisses klar auf der Hand liegen. Über die von ihm erkannten und offenkundigen Mängel der Vergabeunterlagen müsse er den Auftraggeber dann aufklären, wenn diese ersichtlich ungeeignet sind, das mit dem Vertrag verfolgte Ziel zu erreichen. Ausgangspunkt für diese Rechtsprechung ist die BGH-Entscheidung vom 25.06.1987⁷, wonach der Auftragnehmer ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen dürfe, sondern sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären müsse. Ähnlich sei es, wenn sich für ihn aus dem Leistungsverzeichnis und den ihm überlassenen Unterlagen die Bauausführung in bestimmter Weise nicht mit hinreichender Klarheit ergibt, er darauf aber bei der Kalkulation maßgebend abstellen will. Auch dann müsse er versuchen, insoweit aufkommende Zweifel vor Abgabe des Angebots auszuräumen, wenn sich das mit zumutbarem Aufwand machen lässt. Bestätigt hat der BGH seine Rechtsprechung mit Urteil vom 13.03.2008⁸. Gleichzeitig weist er jedoch darauf hin, dass es keinen Auslegungsgrundsatz gibt, wonach unklare Ausschreibungen vorrangig zulasten des Unternehmers ausgelegt werden müssten⁹. Nach einer weiteren Entscheidung des BGH¹⁰ sei es zudem unerheblich, wenn sich der Unternehmer nicht bemüht hat, die Unklarheiten der Ausschreibung durch Nachfrage zu beseitigen. Dieser Umstand könne das Ergebnis einer objektiven Auslegung der Ausschreibung nicht beeinflussen.

II. Rechtliche Würdigung

Sowohl bei dem vom Auftragnehmer nach § 4 Abs. 3 VOB/B verlangten, als auch bei dem vorver-

traglich geforderten Hinweis handelt es sich nicht um Pflichten, sondern um Obliegenheiten des Auftragnehmers. Sie begründen im Gegensatz zu Pflichten für den Berechtigten weder einen Erfüllungsanspruch, noch bei Verletzung einen Schadensersatzanspruch, sondern dienen ausschließlich dem Interesse des Belasteten¹¹. Das eine Mal wird der Auftragnehmer von der Mangelhaftung frei, §§ 4 Abs. 3, 13 Abs. 3 VOB/B¹², das andere Mal soll er nicht seine zusätzliche Vergütung verlieren. Zutreffend weist Bolz¹³ darauf hin, dass die Terminologie der falschen Leistungsbeschreibung einer begrifflichen Schärfung bedarf. Von einer „lückenhaften“ Leistungsbeschreibung ist nur auszugehen, wenn die Leistung detailliert mit einem Leistungsverzeichnis beschrieben ist, das aus technischer Sicht nicht vollständig ist und insoweit eine „Lücke“ aufweist. Man könnte diese Leistungsbeschreibung auch als technisch fehlerhaft bezeichnen. Ist für den Auftragnehmer der technische Fehler, „die Lücke“, nicht erkennbar, ist sowohl ein vorvertraglicher Hinweis¹⁴, als auch der Hinweis nach § 4 Abs. 3 VOB/B entbehrlich¹⁵, ohne dass dem Auftragnehmer dadurch ein Nachteil entsteht.

Auch bei erkennbar „lückenhafter Leistungsbeschreibung“ verliert der Auftragnehmer seinen zusätzlichen Vergütungsanspruch nicht. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt nur bei kalkulatorisch unklarer Leistungsbeschreibung eine Hinweisobliegenheit des Auftragnehmers in Betracht, um seinen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nicht zu verlieren¹⁶. Dabei handelt es sich um solche Leistungsbeschreibungen, deren Unterlagen keine zuverlässige Kalkulation des Angebots zulassen und der Auftragnehmer deshalb Gefahr läuft, Leistungen erbringen zu müssen, die er nicht vergütet erhält, weil sie vom beschriebenen Leistungsumfang/Erfolg umfasst sind¹⁷. Soweit die obergerichtliche Rechtsprechung nicht nur aufgrund begrifflicher Ungenauigkeit zu dem Ergebnis kommt, der Auftragnehmer verliere seinen zusätzlichen Vergütungsanspruch auch bei erkennbar „lückenhafter Leistungsbeschreibung“, überzeugt dies nicht. Sie müsste im Fall eines unterlassenen Hinweises nach § 4 Abs. 3 VOB/B bei erkennbar fehlerhafter Leistungsbeschreibung nicht nur die Haftung des Auftragnehmers bejahen, sondern auch die Zuerkennung erforderlicher „Sowieso-Kosten“ verneinen, was jedoch der BGH-Rechtsprechung¹⁸ widerspräche.

C. Auswirkungen für die Praxis

Lediglich bei kalkulatorisch unklaren Leistungsbeschreibungen, die das Risiko in sich bergen, dem Auftragnehmer nicht kalkulierbare Leistungen ohne Vergütung abzuverlangen, liegt es im eigenen Interesse des Auftragnehmers, derartige Leistungsverzeichnisse nicht einfach hinzunehmen, sondern sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe des Angebots aufzuklären¹⁹.

D. Literaturempfehlungen

Bolz, Die kalkulatorisch unklare statt lückenhafte Leistungsbeschreibung – Ein Plädoyer für begriffliche Klarheit. Zugleich ein Beitrag zu vorvertraglichen Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers NZBau 2021, 83.

-
- ¹ BGH Urte. v. 27.07.2006 - VII ZR 202/04 Rn. 24.
 - ² OLG Oldenburg, Urte. v. 06.05.2010 - 8 U 190/09 Rn. 42, 45.
 - ³ Vgl. Bolz, NZBau 2021 83, 84.
 - ⁴ BGH, Urte. v. 16.07.1998 - VII ZR 350/96 Rn. 19.
 - ⁵ OLG Celle, Urte. v. 02.10.2019 - 14 U 171/18 Rn. 31; OLG Celle, Urte. v. 31.01.2017 - 14 U 200/15 Rn. 9; so auch OLG Koblenz, Urte. v. 31.03.2010 - 1 U 415/08 Rn. 336.
 - ⁶ OLG Naumburg, Urte. v. 18.08.2017 - 7 U 17/17 Rn. 61; OLG Naumburg Urte. v. 22.02.2013 - 12 U 120/12 Rn. 55, 58.
 - ⁷ BGH, Urte. v. 25.06.1987 - VII ZR 107/86 Rn. 15 und 16.
 - ⁸ BGH, Urte. v. 13.03.2008 - VII ZR 194/06 Rn. 37.
 - ⁹ BGH, Urte. v. 13.03.2008 - VII ZR 194/06 Rn. 38.
 - ¹⁰ BGH, Urte. v. 12.09.2013 - VII ZR 227/11 Rn. 17.
 - ¹¹ Grüneberg in: Palandt, Einleitung vor § 241 BGB Rn. 13.
 - ¹² BGH, Urte. v. 08.11.2007 - VII ZR 183/05 Rn. 22.
 - ¹³ Bolz, NZBau 2021, 83, 84.
 - ¹⁴ OLG Frankfurt, Urte. v. 29.03.2018 - 22 U 104/16 Rn. 25; OLG Naumburg, Urte. v. 18.08.2017 - 7 U 17/17 Rn. 61.

- ¹⁵ OLG Brandenburg, Beschl. v. 30.03.2017 - 12 U 94/13 Rn. 19; OLG Hamburg Urt. v. 28.09.2018 - 11 U 128/17 Rn. 108.
- ¹⁶ BGH, Urt. v. 13.03.2008 - VII ZR 194/06 Rn. 37; Bolz, NZBau 2021 83, 85.
- ¹⁷ Vgl. Bolz, NZBau 2021 83, 85.
- ¹⁸ BGH, Urt. v. 14.11.2017 - VII ZR 65/14 Rn. 36, 37.
- ¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 13.03.2008 - VII ZR 194/06 Rn. 37.