

IV. Resümee

Der geschilderte Kammerbeschluss ist mit dem fast schon fatalistischen Ausspruch *Roma locuta causa finita* kritisiert worden.⁵¹ Solchen vorschnellen Schlussfolgerungen ist schon früher widersprochen worden.⁵² Vorliegend gilt es, das zu wiederholen.

Es gab in der zurückliegenden Zeit nicht wenige Versuche, den Gesetzgeber zu einer Aufhebung des Koppelungsverbot zu bewegen. So waren etwa 2006 die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des 1. Baugerichtstags mit „überwältigender Mehrheit“ der Auffassung, das gesetzliche Verbot sei nicht mehr zeitgemäß und müsse aufgehoben werden; der Wettbewerb der Architekten und Ingenieure gegenüber Bauträgern, Projektentwicklern und Baubetreuern werde unangemessen eingeschränkt, die Vorschrift animiere zur Umgehung.⁵³ Versteht man diese Aussage rechtspolitisch, so mag sie von hinreichender Substanz sein, um den Gesetzgeber zumindest zu einer Überprüfung der Regelung zu bewegen. Für das Verdikt der Verfassungswidrigkeit genügen solch kursorische Einschätzungen indessen auch dann nicht, wenn ihnen die Behauptung unterschoben wird, das Koppelungsverbot habe für kleinere und mittlere Architekturbüros existenzbedrohende Folgen.⁵⁴ Notwendig ist vielmehr konkreter und substantiierter Vortrag, der es dem Bundesverfassungsgericht ermöglicht, die wirtschaftlichen Auswirkungen des Verbotes für freie Architekten einzuschätzen. Nur dann kann die Schwere des Eingriffs in die Berufsfreiheit gewichtet und gegen die vom Gesetzgeber verfolgten legitimen Ziele abgewogen werden. Wer diese Mühe scheut oder die Informationen vielleicht auch gar nicht zu liefern vermag, weil die fatalen Folgen in der Realität letztlich doch nicht aufzufinden sind, darf keinen Erfolg beim Bundesverfassungsgericht erwarten. Vor dem Bundesverfassungsgericht geht es nicht um politische Gestaltung, diese ist im demokratischen, gewaltenteiligen Staat dem Gesetzgeber überlassen; hier geht es um Rechtsanwendung und dafür gilt zunächst der Grundsatz: *da mihi facta, dabo tibi ius*.

51 Budiner, NZBau 2011, 662.

52 Gaier/Harks, PiG 89, 101, 116.

53 BauR 2006, 1535 (1617).

54 So aber Budiner, NZBau 2011, 662 (663).

Dr. Wolfgang Eick*

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum zivilen Baurecht

Inhaltsübersicht

I. Wegfall der Geschäftsgrundlage im Einheitspreisvertrag

(Anwendbarkeit neben § 2 Nr. 3 VOB/B?)
BGH, Beschl. v. 23. 3. 2011 – VII ZR 216/08

II. Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Detailpauschalvertrag

(„Estrichstärke“)
BGH, Urtr. v. 30. 6. 2011 – VII ZR 13/10

III. Sekundärhaftung von Sonderfachleuten?

(Hier: Fachingenieur Elektro)
BGH, Urtr. v. 28. 7. 2011 – VII ZR 4/10

IV. Beschaffenheit und Funktionstauglichkeit

(„Elektrodüker“)
BGH, Urtr. v. 29. 9. 2011 – VII ZR 78/11

V. Nullpositionen

(Ersatzlos entfallene Positionen im Einheitspreisvertrag)
BGH, Urtr. v. 26. 1. 2012 – VII ZR 19/11

VI. Auslegung der vertraglichen Vereinbarung bei öffentlicher Ausschreibung

(kontaminierter Boden unter teerhaltiger Asphaltschicht)
BGH, Urtr. v. 22. 12. 2011 – VII ZR 67/11

VII. Entscheidungen im Zusammenhang mit dem selbständigen Beweisverfahren

1. Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens
BGH, Urtr. v. 28. 10. 2010 – VII ZR 172/09
2. Kein Rechtsmittel gegen Ablehnung eines „Obergutachtens“
BGH, Beschl. v. 20. 4. 2011 – VII ZB 42/09
3. Keine übereinstimmende Erledigungserklärung
BGH, Beschl. v. 24. 2. 2011 – VII ZB 108/08
4. Keine einseitige Erledigungserklärung
BGH, Beschl. v. 24. 2. 2011 – VII ZB 20/09
5. Kein weiteres selbständiges Beweisverfahren mit identischem Beweisthema
BGH, Beschl. v. 27. 10. 2011 – VII ZB 126/09
6. Verjährungshemmung der Honorarforderung durch selbständiges Beweisverfahren auf Feststellung der Mangelfreiheit?
BGH, Beschl. v. 9. 2. 2012 – VII ZR 135/11

I. Wegfall der Geschäftsgrundlage im Einheitspreisvertrag

(Anwendbarkeit neben § 2 Nr. 3 VOB/B?)

BGH, Beschl. v. 23. 3. 2011 – VII ZR 216/08

Fall: Im Rahmen eines Bauauftrags zur Erneuerung einer Bundesautobahn kommt es in einer Position des Leistungsverzeichnisses zu einer extremen Mengenmehrung. Der Auftragnehmer (AN) bietet zudem genau hier auch noch einen deutlich überhöhten Einheitspreis von 2413 €/t an, erhält aber den Zuschlag, weil sich der hohe Preis nicht wirklich ausgewirkt hat wegen der

* Der Verfasser ist Mitglied des für Bausachen zuständigen VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

geringen Mengenausschreibung (5 t). Der AN beauftragte einen Nachunternehmer mit dieser Leistung zu einem Einheitspreis von 62,10 €/t. Der AN macht geltend, die tatsächliche Menge sei ca. 610 t.

Nach der Rechtsprechung des Senats enthält § 2 Nr. 3 VOB/B (jetzt § 2 III) bei einem VOB-Vertrag eine abschließende Regelung für die Überschreitung der Massenansätze über 10% hinaus. Die Regelung ist nicht auf eine bestimmte prozentuale Überschreitung beschränkt. Auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, kann daneben nicht zurückgegriffen werden. Denn die Frage der Preisgestaltung bei Massenüberschreitungen ist vertraglich geregelt.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich nicht, dass eine Veränderung des Einheitspreises nicht stattfinden kann, wenn eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben worden ist und wegen der Überschreitung dieser Menge ein Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegt. Es ist möglich, dass Geschäftsgrundlage einer Einheitspreisvereinbarung ist, dass eine bestimmte Menge nicht überschritten wird. Allerdings ist dem Einheitspreis die Möglichkeit einer Mengenänderung immanent, so dass grundsätzlich kein Grund für die Annahme besteht, eine bestimmte Menge sei zur Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden. Bei einer außergewöhnlichen Preisbildung, wie sie hier vorliegt, ist dies jedoch denkbar, weil die darin angelegte Störung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung sich bei erheblichen Mengenänderungen in viel stärkerem Maße auswirkt.

Die Feststellung, ob eine bestimmte Menge zur Geschäftsgrundlage der Preis- und Leistungsvereinbarung erhoben worden und diese weggefallen ist, die Prüfung der weiteren Voraussetzungen des § 313 BGB und die Anpassung des Vertrages sind Sache des Tatrichters im Einzelfall.

Praxistipp:

Es handelt sich um einen Einzelfall mit einer außergewöhnlichen Sachverhaltsgestaltung, dessen Lösung nicht ohne Weiteres verallgemeinert werden darf. Man hätte den Fall wohl auch nach den Grundsätzen der sog. „Spekulationspreisentscheidung“ des BGH vom 18. 12. 2008¹ über § 138 I BGB lösen können.

II. Wegfall der Geschäftsgrundlage beim Detailpauschalvertrag

(„Estrichstärke“)

BGH, Urt. v. 30. 6. 2011 – VII ZR 13/10

Fall: Die Klägerin verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn für den Abbruch einer Klinik in T. Die Parteien vereinbarten eine Vergütung von 618 655,49 €. Diese Vergütung setzt sich zusammen aus Pauschalen für den Abriss der drei Bauteile und für Zulagepositionen. In einer der für alle drei Bauteile ausgeschriebenen Zulagepositionen für „Abbruch, Estrich mit Trittschalldämmung“ war die **Estrichstärke mit 3 cm (geschätzt)** angegeben. Die Klägerin stellte während der Arbeiten Estrichmehrstärken von über 4 cm fest. Wegen des Mehraufwandes beanspruchte sie von der Beklagten einen Nachtrag.

Der BGH bestätigt zunächst, ein Anspruch der Klägerin aus § 2 Nr. 5 S. 1 VOB/B 2002 bestehe nicht, weil die Pauschale die gesamten Abbrucharbeiten umfasse, gleich welche Stärke der abzubrechende Estrich gehabt habe. Dazu ist das Berufungsgericht durch eine rechtsfehlerfrei vorgenommene Auslegung des Vertrags der Parteien gelangt. Zwar schließt ein Vertragsschluss über eine komplett funktional beschriebene Bauleis-

¹ BGH, Urt. v. 18. 12. 2008 – VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213.

tion zu einem Pauschalpreis nicht aus, dass die Parteien zu einzelnen Leistungen besondere Vereinbarungen treffen – sogenannte Detaillierung. Inwieweit aber eine detaillierte Angabe im Leistungsverzeichnis dazu führt, dass sie die Pauschalierung der Vergütung begrenzt, ergibt die **Auslegung** des Vertrags.² Abzustellen ist insoweit auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck und aus dem Gesamtzusammenhang der vertraglichen Regelungen ist der Willen der Parteien herzuleiten. Dabei ist es möglich, eine Vergütung für die Gesamtleistung ungeachtet etwaiger Estrichstärken pauschal zu vereinbaren.

Wichtig: Vorrangig ist die Auslegung der Vergütungsregelungen im Vertrag!

Weiter zieht der BGH aber eine Anwendung der Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage über § 2 Nr. 7 I VOB/B in Betracht. Nach § 2 Nr. 7 I VOB/B bleibt die Vergütung unverändert, wenn als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart ist. Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (§ 242 BGB), so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Für die Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen.

Nach dem Wortlaut dieser Regelung ist Voraussetzung für einen Ausgleichsanspruch, dass die ausgeführte Leistung von der vertraglich **vorgesehenen** Leistung abweicht. Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs ist also nicht, dass die ausgeführte Leistung von der vertraglich geschuldeten Leistung abweicht. Diese Fälle werden von § 2 Nr. 7 I S. 4 VOB/B in Verbindung mit § 2 Nr. 4 bis 6 VOB/B und von § 2 Nr. 8 II und III VOB/B erfasst. Vielmehr sollen mit der Regelung die früher gemäß § 242 BGB von der Rechtsprechung entwickelten und nunmehr in § 313 BGB verankerten Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage herangezogen werden.

Die Begriffe „Leistung“ in § 2 Nr. 7 I S. 1 VOB/B bezeichnen demnach nicht die vereinbarten Leistungen, sondern diejenigen „Leistungen“, die der Auftragnehmer im Sinne von **Aufwand** erbringen muss, um die vereinbarten Leistungen zu erbringen. Danach kommt ein Ausgleichsanspruch nach § 2 Nr. 7 I S. 1 VOB/B in Betracht, wenn eine solche im Sinne von Aufwand verstandene Leistung von der nach dem Vertrag im gleichen Sinne vorgesehenen Leistung so erheblich abweicht, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht mehr zumutbar ist.

Der Ausgleichsanspruch nach § 2 Nr. 7 I S. 1 VOB/B setzt voraus, dass eine bestimmte derartige Leistung des Auftragnehmers Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden und diese Geschäftsgrundlage gestört ist.

Ob ein bestimmter Umstand der Bauausführung nach den Vorstellungen der Vertragsparteien Geschäftsgrundlage geworden ist, ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln. Allgemein gilt, dass ein Auftragnehmer sich nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, wenn sich während der Vertragsdurchführung ein Risiko verwirklicht hat, das dem eigenen Einfluss- und Risikobereich unterfällt.³ Deshalb sind die Grundlagen der Preisermittlung, wozu beim Pauschalpreisvertrag auch die Mengen gehören, grundsätzlich keine Geschäftsgrundlage des Vertrages. Es ist Sache des Unternehmers, wie er den Preis eines Bauvertrages kalkuliert. Er trägt allgemein das Risiko einer unauskömmlichen Kalkulation.⁴ Mengenmehr-

2 Vgl. BGH, Urt. v. 13. 3. 2008 – VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23 (29).

3 BGH, Urt. v. 10. 7. 1961 – VII ZR 96/60, WM 1961, 1188 (1189); Urt. v. 1. 6. 1979 – V ZR 80/77, BGHZ 74, 370 (373); vgl. auch Urt. v. 9. 3. 2010 – VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874.

4 BGH, Urt. v. 10. 9. 2009 – VII ZR 82/08, BGHZ 182, 218; vgl. auch Urt. v. 28. 9. 1964 – VII ZR 47/63, WM 1964, 1253 (1254).

rungen, die auf einer in seinem Verantwortungsbereich liegenden Fehlkalkulation des Auftragnehmers beruhen, können deshalb grundsätzlich keinen Ausgleichsanspruch nach § 2 Nr. 7 I VOB/B begründen.

Etwas anderes kann sich jedoch aus dem Vertrag und den ihm zugrunde liegenden Umständen ergeben. So ist es möglich, dass die Parteien im Einheitspreisvertrag bestimmte, von ihnen vorausgesetzte Mengen zur Geschäftsgrundlage erheben (vgl. Fall I). Nichts anderes gilt für den Pauschalpreisvertrag. Es ist anerkannt, dass Geschäftsgrundlage einer Pauschalpreisvereinbarung bestimmte, vom Auftraggeber vorgegebene Mengen sein können.⁵ Macht der Auftraggeber in einer Leistungsbeschreibung zum Pauschalvertrag detaillierte Angaben zu den Mengen oder die Mengen beeinflussende Faktoren, die erhebliche Bedeutung für die Kalkulation des Pauschalpreises haben, wird das häufig nach Treu und Glauben dahin zu verstehen sein, dass diese Angaben auch nach seinem Willen zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben werden sollen. Das kann insbesondere dann angenommen werden, wenn der Auftragnehmer davon ausgehen darf, der Auftraggeber habe eine gewisse Gewähr für eine verlässliche Kalkulationsgrundlage geben wollen. In solchen Fällen werden beide Parteien regelmäßig davon ausgehen, dass die beschriebenen Umstände vorliegen und auch bei der Bildung des Preises berücksichtigt werden. Der beiderseitige Irrtum über solche Umstände kann eine Anpassung des Vertrages nach den zum Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelten Grundsätzen erfordern.

III. Sekundärhaftung von Sonderfachleuten?

(hier: Fachingenieur Elektro)

BGH, Urt. v. 28. 7. 2011 – VII ZR 4/10

Fall: Der Beklagte, ein Elektroingenieur, wendet sich gegen seine Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz. Im Revisionsverfahren geht es nur darum, ob er sich aufgrund einer Sekundärhaftung nicht auf die Einrede der Verjährung berufen kann.

Der Kläger beauftragte in den Jahren 1990 und 1997 einen Architekten mit den Leistungen der Leistungsphasen 1 bis 9 des § 15 II HOAI a. F. hinsichtlich des Um- und Erweiterungsbaus zweier Altenpflegeheime. Beim ersten Bauvorhaben übertrug der Kläger dem Beklagten mit Vertrag vom 26. 4. 1995 „Teilleistungen des Elektro-Ingenieurs nach HOAI“ von insgesamt 62%. Hinsichtlich des zweiten Bauvorhabens beauftragte der Kläger den Beklagten durch Vertrag vom 12. 8. 1997 mit insgesamt 68% der Leistungen nach den Leistungsphasen des § 73 HOAI a. F.

Nach der Rechtsprechung des BGH obliegt dem umfassend beauftragten **Architekten** im Rahmen seiner Betreuungsaufgabe nicht nur die Wahrung der Bestellerrechte gegenüber den Bauunternehmern, sondern auch und zunächst die objektive Klärung der Mängelursachen, selbst wenn zu diesen eigene Planungs- oder Aufsichtsfehler gehören. Eine Vertragsverletzung durch pflichtwidrige Unterlassung jeglicher Untersuchung und Beratung, mit der der Architekt möglicherweise die Verjährung der gegen ihn selbst bestehenden Ansprüche herbeiführt, begründet nicht anders als eine falsche Beratung einen weiteren Schadensersatzanspruch dahin, dass die Verjährung der gegen ihn gerichteten Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche als nicht eingetreten gilt. Anknüpfungspunkt für die Sekundärhaftung des Architekten ist der übernommene Aufgabenkreis. Eine Pflicht zur Aufklärung über eigene Fehler muss sich aus den übernommenen Betreuungsaufgaben ergeben. Derartige Betreuungspflichten folgen für den

⁵ BGH, Urt. v. 11. 9. 2003 – VII ZR 116/02, BauR 2004, 78 (81) = NZBau 2004, 150 = ZfBR 2004, 44; vgl. auch Urt. v. 2. 11. 1995 – VII ZR 29/95, BauR 1996, 250 (251) = ZfBR 1996, 82.

umfassend beauftragten Architekten daraus, dass er die Objektüberwachung und die Objektbetreuung übernommen hat. Er ist verpflichtet, für die Mängelfreiheit des Bauwerks zu sorgen und dem Besteller auch nach Fertigstellung des Bauwerks bei der Untersuchung und Behebung des Baumangels zur Seite zu stehen. Mit der umfassenden Beauftragung eines Architekten räumt der Besteller diesem eine zentrale Stellung bei der Planung und Durchführung des Bauwerks ein. Er ist der primäre Ansprechpartner des Bestellers, wenn es zu Problemen bei der Bauabwicklung kommt. Dies setzt sich auch nach der Fertigstellung des Bauvorhabens fort. Deshalb ist der Architekt auch nach der Fertigstellung des Bauvorhabens **Sachwalter** des Bestellers, der ihm bei der Durchsetzung der Ansprüche gegen die anderen Bau- und Planungsbeteiligten behilflich sein muss (vergleichbar dem Rechtsanwalt oder Steuerberater).⁶

Dagegen ist die Position der **Sonderfachleute** völlig anders zu bewerten. Für den **Tragwerksplaner** hat der BGH bereits 2001 eine solche „Betreuungspflicht“ oder „Sachwalterstellung“ verneint.⁷ Gleiches hat der BGH nun auch für die Sonderfachleute aus dem Bereich der Technischen Ausrüstung entschieden. Sie sind nicht primäre Ansprechpartner des Bestellers, wenn es zu Problemen der Bauabwicklung und zu Mängeln kommt. Daran ändert es auch nichts, wenn ihnen das gesamte Leistungsbild übertragen wurde. Sie haben nicht die umfassende Betreuungsaufgabe, die sie zum Sachwalter des Bestellers machen könnte.

IV. Beschaffenheit und Funktionstauglichkeit

(„Elektrodüker“)

BGH, Urt. v. 29. 9. 2011 – VII ZR 87/11

Fall: Ein Unternehmer errichtet einen Elektrodüker (Leitungsunterführung). Dessen Vermessung nebst Dokumentation, damit er bei geplanten Rammarbeiten nicht beschädigt werde, verleiht er an einen Vermesser. Dieser nimmt die Lage der Start- und Zielgrube auf und stellt den Dükerverlauf mittels einer idealisierten geradlinigen Verbindung zwischen diesen dar. Den tatsächlichen nicht gradlinigen Verlauf misst er nicht auf. Bei aufgrund der so gefertigten Bestandspläne ausgeführten Rammarbeiten wird der Düker beschädigt. Der Unternehmer muss ihn für über 82 000,00 Euro neu verlegen und verlangt von dem Vermesser Schadensersatz. Dieser wendet ein, der Unternehmer habe ihn ausdrücklich beauftragt, den Dükerverlauf so darzustellen.

In materiell-rechtlicher Hinsicht verfeinert der BGH seine Rechtsprechung zum **funktionalen Herstellungsbegriff** (Blockheizkraftwerk).⁸

Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass das Werk der Beklagten nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist und deshalb mangelhaft ist. Die Parteien sind nämlich übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Leistungen der Beklagten als Grundlage für die zu erstellenden Rammpläne dienen sollten. Diese Funktion haben sie aber nicht erfüllt, weil die Beklagte den tatsächlichen Verlauf des Dükers nicht durch Vermessung erfasst und dokumentiert hat.

Das Werk ist auch dann mangelhaft, wenn die Klägerin von der Beklagten nur die Dokumentation einer idealisierten geradlinigen Verbindung zwischen Start- und Zielgrube ohne eine präzise Einmessung des Dükers verlangt haben sollte. Die dahin gehende Behauptung der Beklagten betrifft nämlich Vereinbarungen zur Art der Ausführung, die ohne Einfluss auf die vertraglich vorausgesetzte Verwendung der von der

6 BGH, Urt. v. 23. 7. 2009 – VII ZR 134/08, BauR 2009, 1607 = NZBau 2009, 789 = ZfBR 2009, 781.

7 BGH, Urt. v. 27. 9. 2001 – VII ZR 320/00, BauR 2002, 108.

8 BGH, Urt. v. 8. 11. 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110.

Beklagten gefertigten Bestandspläne als Grundlage für die Ausführung von Erdarbeiten getroffen worden sein können.⁹

Um eine „Beschaffensvereinbarung nach unten“ geht es nicht, wenn, wie hier, die vereinbarte Funktionstauglichkeit des Werkes mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen ist. Deshalb kommt es insoweit auf die vom Berufungsgericht diskutierte Frage, wer eine solche Beschaffensvereinbarung darlegen und beweisen muss, gar nicht entscheidend an.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Unternehmer aber dann nicht für den Mangel des Werkes verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgabe des Bestellers zurückzuführen sei und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat.¹⁰ Das gilt auch in den Fällen, in denen die Parteien eine bestimmte Funktion des Werkes vereinbart haben. Der Unternehmer haftet nicht für die fehlende Funktionstauglichkeit des Werkes, wenn er den Besteller auf die Bedenken gegen seine Anordnung hingewiesen und dieser auf der untauglichen Ausführung bestanden hat. Eine bindende Anordnung des Bestellers und die Erfüllung seiner Prüfungs- und Hinweispflicht hat der Unternehmer zu beweisen.

Leitsätze:

- a) Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit liegt 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.
- b) Berufet sich der Unternehmer zu seiner Entlastung darauf, er habe aufgrund bindender Anordnung einer untauglichen Ausführungsweise durch den Auftraggeber die vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllen können, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Behauptung.

V. Nullpositionen

(Ersatzlos entfallene Positionen im Einheitspreisvertrag)

BGH, Urt. v. 26. 1. 2012 – VII ZR 19/11

Fall: Die Klägerin verlangt von der Beklagten Restvergütung aus einem Einheitspreis-Bauvertrag mit Vereinbarung der VOB/B (1996) über die Verlegung einer Bundesstraße in O.

Bei der Durchführung der Baumaßnahme entfielen Leistungen mehrerer Positionen des Leistungsverzeichnisses vollständig, ohne dass dies auf einer Kündigung, eines Verzichts oder einer Anordnung der Beklagten beruhte. Der Fortfall der Leistung beruhte auf tatsächlichen Gegebenheiten. Die Ausführung der Leistung erwies sich als nicht notwendig. Nach Abnahme der Arbeiten stellte die Klägerin am 31. 12. 2003 Schlussrechnung, die nicht vollständig beglichen wurde.

Gegenstand der Klage ist nach teilweiser Klagerücknahme noch ein Vergütungsanspruch von 4765,70 €, den die Klägerin aus der Summe der in den Einheitspreisen für die ersatzlos entfallenen Leistungspositionen nach ihrer Kalkulation als prozentuale Zuschläge enthaltenen Beträge für Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn ermittelt hat. Die Parteien streiten weiter darüber, ob die Klägerin in anderen Leistungspositionen eine über die dort kalkulierten Beträge hinausgehende Deckung dieser Anteile erzielt hat und ob insoweit eine Ausgleichsberechnung stattfinden muss.

Der BGH entscheidet die bislang höchst umstrittene Frage, nach welcher Vorschrift ein etwaiger Ausgleich für ersatzlos entfallene LV-Positionen stattzufinden hat und ge-

⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 8. 11. 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110; zum alten Recht: Urt. v. 16. 7. 1998 – VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244 (247); Urt. v. 11. 11. 1999 – VII ZR 403/98, BauR 2000, 411 (412).

¹⁰ BGH, Urt. v. 8. 11. 2007 – VII ZR 183/05, BGHZ 174, 110 Rn. 15; Urt. v. 10. 2. 2011 – VII ZR 8/10, BauR 2011, 869 (871).