

## **FUNKTIONALPOSITIONEN UND DIE GRENZEN DER PAUSCHALE**

*BGH, Urteil vom 13.3.2008 — Aktenzeichen: VII ZR 194/06*

### **Leitsatz**

Mit dem Ausschreibungstext „je nach Erfordernis“ wird zum Ausdruck gebracht, dass der Auftragnehmer die notwendige Planung für ein funktionsfähiges Gewerk machen muss und auf sein Risiko kalkuliert.

Mehrkosten sind möglich, wenn der Auftragnehmer durch Planungsänderungen des Bauherrn gezwungen ist, die Anlage aufwendiger herzustellen, als das nach den Gegebenheiten bei Vertragsschluss erforderlich war.

### **Sachverhalt**

In einem Hallen-Neubau entsteht ein Bistrobereich mit Küche.

In Position 75 wird eine mechanische Be- und Entlüftungsanlage je nach Erfordernis verlangt. Der Auftragnehmer bietet diese zu einem Pauschalpreis mit den sonstigen Geräten und Installationen an.

Später ändern sich die Pläne des Bauherren. Statt einer Küche von 16 qm und einem Bistrobereich von 30 qm wird ein offener Küchen-Bistro-Bereich eingerichtet und mit vielen in den Vertragsplänen zunächst nicht vorgesehenen Geräten (Toaster, Lavagrill, Doppelfriteuse) bestückt. Darum muss die Lüftungsanlage bedeutend größer dimensioniert werden.

Die Parteien streiten über die Frage, ob es einen Mehrvergütungsanspruch gibt.

### **Entscheidung**

Bei der Positionsbeschreibung handelt es sich um ein funktionales Element. In dieser Position muss der Auftragnehmer selbst planen und kalkulieren. Insbesondere kann er nicht einfach mit der einfachsten Lösung rechnen und alles andere später zusätzlich abrechnen, wenn er dies nicht ausdrücklich so vereinbart. Sondern er muss für seinen Preis das liefern, was nach dem Planungsstand bei Vertragsschluss als mögliche Leistung erkennbar ist.

Kann er aber seine Planung nicht durchführen, nur weil der Bauherr nach Vertragsschluss kostentreibende Änderungen vornimmt, dann besteht ein Anspruch auf Mehrkosten. Die Klausel „je nach Erfordernis“ bedeutet nicht, dass man für den vereinbarten Preis auch bei wechselnder Planung „das jeweils

Erforderliche“ liefern muss. Das könnte man zwar vereinbaren, aber dieser Wortlaut hat die Bedeutung nicht.

Die größere Anlage ist zwar auf Weisung des Bauherren auszuführen (§ 1 Nr.3 VOB/B), führt aber trotz der pauschal kalkulierten und funktional ausgeschriebenen Position zu Mehrforderungen (§ 2 Nr. 5 VOB/B).

### **Anmerkung**

Bei Pauschalpreise und Funktionalausschreibung wird oft jede Mehrforderung vom Bauherrn abgelehnt („Wir hatten doch ausdrücklich einen Festpreis ausgemacht“!)

Auftragnehmer nehmen das oft hin — oder wehren sich an den falschen Punkten.

Dazu ein paar Leitlinien:

1. Natürlich ist ein pauschaler Festpreis unveränderlich — solange sich die vereinbarte Leistung nicht ändert! Kommt der Auftraggeber mit Sonderwünschen, die bis dahin nicht im Paket waren oder mit neuen Plänen, hat das natürlich Konsequenzen. Die Antwort ist dann: „Wir hatten auch ausdrücklich gesagt, wofür der Festpreis sein sollte.“

2. Funktionale Leistungsbeschreibungen sind möglich. Eine Position kann so ausgeschrieben sein, dass der Auftragnehmer sich überlegen muss, welche Leistungsschritte erforderlich sein werden (und zwar schlimmstenfalls, auf Basis der Vertragsunterlagen). Das reicht von „in fix und fertiger Arbeit“, „komplett funktionsfähig“ bis zu „je nach Erfordernis“. Das gilt durchaus.

Da hilft auch kein Hinweis darauf, dass die Leistungsbeschreibung „unklar“ wäre oder Risiken aufbürdet oder dass nach der VOB/C bestimmte Punkte angeblich zwingend als Besondere Leistungen einzeln auszuschreiben wären.

Mahnung an alle Zweifler: 1996 hat der BGH einen Fall entschieden, bei dem eine Position so ausgeschrieben war: „Bewehrung nach späterer Statik. Die Statik liegt noch nicht vor.“ Der Auftragnehmer hatte das pauschal angeboten und musste das für den Preis machen, auch wenn er gemeint hatte, mit viel weniger Eisen auszukommen als nachher in der Statik stand (Kammerschleusen-Fall).

3. Aber wenn sich der Bauentwurf nach Vertragsschluss so ändert, dass nachweislich Mehrleistungen erforderlich werden, dann gibt es auch in solchen Fällen Geld. Wäre z.B. die Schleuse nach Vertragsschluss vergrößert worden, hätte es auch für die Bewehrung eine Zusatzleistung nach § 2 Nr.5 VOB/B gegeben.

Dr. Harald Scholz

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht