

**Rechtsanwaltskanzlei**  
**Dr. Wolfram Siemens, LL.M.**  
Attorney at Law (New York)

www.rechtsanwalt-siemens.de  
info@rechtsanwalt-siemens.de

Mozartstr. 7  
41061 Mönchengladbach  
**Tel: 0 21 61 / 57 534-0**  
**Fax: 0 21 61 / 57 534-24**

14. Februar 2007

## **BGH-Urteil vom 27. Juli 2006**

Der VII. Zivilsenat des BGH hat unter dem Aktenzeichen VII ZR 202/04 in einer sehr interessanten Entscheidung vom 27. Juli 2006 gleich zu mehreren baurechtlichen Fragen Stellung genommen.

### **1**

In dem amtlichen Leitsatz der Entscheidung stellt der VII. Zivilsenat in Ergänzung seiner früheren Rechtsprechung klar, dass es für die oft streitige Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung ankommt und diese im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen ist. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C. Insoweit wird auch Abschnitt 4 der Allgemeinen Technischen Vertragsbestimmungen Vertragsbestandteil und ist bei der Auslegung der geschuldeten Leistung zu berücksichtigen. Abschnitt 4 der jeweiligen in VOB Teil C zusammengefassten DIN-Vorschriften unterscheidet zwischen Nebenleistungen (Ziffer 4.1) und Besonderen Leistungen (4.2). Während die aufgeführten Nebenleistungen auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistung gehören, sind die Besonderen Leistungen zusätzlich zu beauftragen und zu vergüten.

Bei Streitigkeiten oder Unklarheiten über den Leistungsumfang empfiehlt es sich daher, auch und insbesondere die DIN 18299 sowie die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für die jeweiligen Arbeiten bei der Auslegung heranzuziehen.

## 2

Von der im Leitsatz der Entscheidung behandelten Frage, welche Leistungen mit dem vereinbarten oder üblichen Werklohn abgegolten sind, ist die Frage zu unterscheiden, welche Leistungen nach den technischen Gegebenheiten zur Herstellung des Werks erforderlich sind. Der BGH setzt sich in seinen Entscheidungsgründen auch mit der Konstellation auseinander, dass die Funktionstauglichkeit des versprochenen Werkes mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen ist.

In dem der BGH-Entscheidung zu Grunde liegenden Fall schuldete der Auftragnehmer die Sanierung eines Handelsspeichers. Technisch notwendige Gerüstbauarbeiten waren jedoch im Leistungsverzeichnis nicht enthalten.

Der BGH hat in seinen Entscheidungsgründen hierzu festgestellt, dass der Auftragnehmer unabhängig von der vertraglich vereinbarten Herstellungsart auch die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch versprochene Funktionstauglichkeit schuldet. Wird die Funktionstauglichkeit durch die vertraglich vereinbarte Ausführungsart nicht erreicht, so liegt nach den Feststellungen des BGH ein Mangel vor. Der Auftragnehmer hat also die zur Herstellung der Funktionstauglichkeit erforderlichen Zusatzarbeiten auch zu erbringen; diese sind vom Auftraggeber aber zusätzlich zu vergüten.

In der Praxis wird dem Auftragnehmer zu empfehlen sein, bei Eintritt dieser Situation dem Auftraggeber schriftlich Bedenken und Mehrkosten anzumelden, bevor er die im Vertrag nicht vereinbarten aber zur Erreichung des Werkerfolges erforderlichen Arbeiten ausführt.

## 3

Die BGH-Entscheidung vom 27. Juli 2006 enthält des weiteren Festlegungen zu den Anforderungen an die Darlegung- und Beweislast bei Fehlen eines gemeinsamen Aufmaßes, wenn der Umfang der ausgeführten Leistungen nicht mehr festgestellt werden kann.

Grundsätzlich ist der Unternehmer für den Umfang der von ihm erbrachten Leistungen darlegungs- und beweisbelastet. Kann ein Aufmaß nicht mehr genommen werden, weil bereits Nacharbeiten durch einen Drittunternehmer ausgeführt worden sind, reicht es aus Art und Umfang der erbrachten Leistungen hinreichend zu bezeichnen und hierfür Beweis anzubieten. Dabei ist die Einvernahme eines Zeugen, der die Arbeiten begleitet hat, ein zulässiges Beweismittel.

## 4

Im Zusammenhang mit den zu entscheidenden Aufmaßstreitigkeiten äußert sich der BGH auch zu der Wirkung eines Prüfvermerks durch den Architekten des Bauherrn.

Der Prüfvermerk des Architekten bindet den Auftraggeber nicht. Der Auftraggeber ist also grundsätzlich auch dann nicht gehindert, die vom Unternehmer einseitig ermittelten Mengen im Prozess zu bestreiten, wenn er zuvor die in der Schlussrechnung abgerechneten Mengen durch einen Prüfvermerk bestätigt hat. Allerdings führt die Bestätigung der abgerechneten Mengen durch einen Prüfvermerk zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast. Der

Auftraggeber muss also zum Umfang der von ihm zugestanden Mengen vortragen und beweisen, dass diese nicht zutreffen.

Das 18-seitige Urteil des BGH vom 27. Juli 2006 – VII ZR 202/04 kann auf der Internetseite des Bundesgerichtshofs [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) aufgerufen und als pdf-Datei heruntergeladen werden. Bitte wählen Sie hierzu den Menüpunkt „Entscheidungen“ und geben Sie in der Suchmaske Urteilsdatum und Aktenzeichen ein.