

Mangelhafte Leistung, und nun?

Zur Hierarchie bei Mängeln

Erstellt ein Planer keine Kostenschätzung im Zuge der Vorplanung, können Auftraggebende das Honorar kürzen. Es liegt eine mangelhafte Leistung vor, eine Nacherfüllung wäre wertlos, weil bereits eine Kostenberechnung vorliegt. Dass das Recht auf Minderung unmittelbar greift, ist allerdings die Ausnahme. In der Hierarchie der Mängelrechte kommt die Minderung erst an 3. Stelle, zuvor stehen Nacherfüllung oder Selbstvornahme.

Vorab

Leistungen der Planenden müssen nach dem Werkvertragsrecht frei von Mängeln sein (§ 633 Abs. 1 BGB). Liegen Mängel vor, gibt § 634 BGB den Auftraggebenden Rechte. Diese sind in § 634 (vereinfacht und für Planungsleistungen relevant) wie folgt aufgeführt:

- Nr. 1: Nacherfüllung
- Nr. 2: Selbstvornahme
- Nr. 3: Minderung (oder Rücktritt)
- Nr. 4: Schadensersatz

Der Rücktritt ist in Klammer gesetzt, weil er bei Verträgen zu Planungsleistungen selten vorkommt.

Diese Rechte sind im Detail in den §§ 635 bis 638 BGB beschrieben und werden als „allgemeine Leistungsstörungenrechte“ bezeichnet. Dazu ist anerkannt, dass die Nacherfüllung das „primäre Mängelrecht“ ist, meist als „Recht zur zweiten Andienung“ bezeichnet. Das zeigt sich konkret in § 637 Abs. 1 BGB, welcher lautet:

„Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (...).“

Demnach hat der Besteller (im Artikel als Auftraggeber oder Auftraggeberin bezeichnet) grundsätzlich zunächst zur Nacherfüllung aufzufordern und hierzu eine angemessene Frist zu setzen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Auftraggeber ein Interesse an der ordnungsgemäßen mangelfreien Leistung hat und

diese auch erhalten soll. Nur wenn dies dem Planenden auch in einem zweiten Anlauf mit der Nachbesserung durch Nacherfüllung nicht gelingt, soll der Besteller statt der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung alternative Rechte geltend machen können. Die Selbstvornahme bedeutet, dass der Besteller den Mangel selbst behebt, indem er die fehlerhafte Leistung selbst erbringt oder (in der Praxis eher) durch einen Dritten (z. B. andere Planungsbeteiligte) erbringen lässt. Hierfür kann er die entstehenden Kosten ersetzt verlangen. Stattdessen kann er auch den Mangel akzeptieren, dafür aber das vereinbarte Honorar mindern. Schließlich kann er auch die ihm durch den Mangel entstandenen Schäden als Schadensersatz geltend machen.

Frage 1: Ein Ingenieur: Ich habe die Leistungsphase 1 nicht als Dokument vorgelegt. Nun kommt das Rechnungsprüfungsamt der Stadt und kürzt die Vergütung aus meiner Schlussrechnung, obwohl der Projektleiter der Stadt mit meinen Leistungen völlig zufrieden war, weil das Bauwerk im zeitlichen und kostenmäßigen Rahmen ohne Mängel gebaut wurde. Geht das so einfach?

Antwort: Auf Nachfrage erläutert der Ingenieur, dass sein Vertrag über ein Ingenieurbauwerk besteht und in der Leistungsbeschreibung alle Grundleistungen der HOAI benennt. Spätestens mit BGH-Urteil vom 16.12.2004 – VII ZR 259/02 ist entschieden, dass in einem solchen Fall, wenn also die Parteien Grundleistungen der HOAI vereinbaren, jede einzelne vereinbarte Grundleistung auch geschuldet ist. So sind auch bei dem hier vorliegenden Vertrag alle Teilleistungen geschuldet, mithin auch die Teilleistung lit. c) der Leistungsphase 1 lt. Anlage 12 zu § 43 Abs. 4 HOAI mit dem Inhalt

„Zusammenfassen, Erläutern und Dokumentieren der Ergebnisse“. Gibt es hierfür kein gesondertes Dokument, ist in der Tat die Leistung des Ingenieurs im Sinne der Rechtsprechung mangelhaft. Das Rechnungsprüfungsamt hat also zutreffend einen Mangel in der Leistung des Ingenieurs festgestellt und der Mangel liegt auch dann objektiv vor, wenn der Projektleiter der Stadt ansonsten „zufrieden“ war. Für eine mangelfreie Leistung genügt es nicht, wenn allein das Bauwerk mangelfrei erstellt ist, wenn auch konkrete Leistungsschritte vereinbart sind (ausführlich Kalte, Petschulat, Übelacker im Deutschen Ingenieurblatt 01/02-2023, S. 38). Allerdings greift nicht sofort das Recht auf Minderung, wie das Rechnungsprüfungsamt offensichtlich meint, sondern zunächst das Recht auf Nacherfüllung. Der Planer kann also die Dokumentation auch noch nachträglich erstellen und hat dann den Mangel beseitigt. Dem Ingenieur steht also das Recht auf zweite Andienung zu. Erst wenn dies erfolglos bleibt, würde das Recht auf Minderung greifen.

Zudem sind die sogenannten Beweislasten zu beachten. Bis zur Abnahme der Leistung muss im Zweifel der Ingenieur beweisen, dass er ordnungsgemäß geleistet hat. Hier wurde die Schlussrechnung bereits gestellt, so dass auf Nachfrage der Ingenieur bestätigt hat, dass auch eine Abnahme erfolgt ist. In diesem Fall muss im Zweifel also der Auftraggeber beweisen, dass eine geschuldete Leistung nicht bzw. mangelhaft erbracht wurde.

Frage 2: Eine Auftraggeberin: Ich bin als Nachfolgerin erst spät in das Projekt eingestiegen. Mein Architekt legt eine Schlussrechnung vor. Ich habe mir alle uns vorliegenden Unterlagen angesehen und stelle fest, dass uns keine Kostenschätzung vorgelegt worden ist. Kann der Architekt dennoch das volle Honorar verlangen?

Antwort: Auf Nachfrage erläutert die Auftraggeberin, dass der Vertrag ein in Baden-Württemberg üblicher Vertrag auf der Basis der kommunalen Vertragsmuster sei, der zur Leistungsphase 2 ausführe, dass „alle Grundleistungen der Leistungsphase 2“ geschuldet seien. Folglich hätte der Architekt als Teilleistung lit. g) der Leistungsphase 2 gemäß § 34 Abs. 4 HOAI auch eine Kostenschätzung zu erstellen gehabt (und zudem einen Vergleich mit den finanziellen Rahmenbedingungen, was, auf weitere Nachfrage, ebenso nicht erfolgt ist). Auch hier könnte

man zunächst zu dem Ergebnis wie in Antwort 1 kommen, dass die Auftraggeberin den Architekten zunächst zur Nacherfüllung auffordern müsse. Das ist hier jedoch anders. Zu einer fehlenden Kostenschätzung hat der BGH im Urteil vom 11.11.2004 – VII ZR 128/03 verständlicherweise im Leitsatz d) nämlich entschieden: „Nach Fertigstellung des Bauvorhabens hat der Besteller regelmäßig kein Interesse mehr an einer Kostenschätzung, einer Kostenberechnung und an einem Kostenanschlag, so dass eine Minderung der Vergütung nicht davon abhängt, dass er dem Architekt eine Frist zur Erstellung der Kostenermittlungen gesetzt und die Ablehnung angedroht hat.“ Hier liegt also eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Recht auf zweite Andienung vor, die dann greift, wenn die Auftraggeberin objektiv kein Interesse mehr an den Unterlagen haben kann, weil eine nachträglich erstellte Kostenschätzung bei einer vorliegenden Kostenberechnung wertlos ist. Kostenermittlungen sind also nicht nur überhaupt zu erstellen, sondern auch zum richtigen Zeitpunkt, Kostenschätzungen also in der Leistungsphase 2, Kostenberechnungen in der Leistungsphase 3, bepreiste LV's in der Leistungsphase 6 und der Vergleich der Ausschreibungsergebnisse mit den bepreisten LV's in der Leistungsphase 7. Einzig die Kostenfeststellung wird auch nachgeholt werden können, weil diese zeitlich unbegrenzt ihren Wert behält.

Frage 3: Eine Ingenieurin: Mein Auftraggeber fordert mit der Dokumentation in der Leistungsphase 8 nun auch von mir ein eigenes Bautagebuch. Bisher habe ich immer das Bautagebuch der Baufirma geprüft und freigezeichnet. Genügt das nicht? Ich habe mir zwar auch handschriftliche Notizen gemacht, diese aber bisher nicht abgegeben. Könnte ich das nachholen und würde das genügen?

Antwort: Auf Nachfrage erläutert auch in diesem Fall die Ingenieurin, dass ihr Vertrag die Grundleistungen der HOAI, hier im Bereich der Technischen Ausrüstung Anlage 15 zu § 55 Abs. 3 HOAI, in Bezug nimmt. Folglich schuldet sie auch die Teilleistung lit. d) in der Leistungsphase 8, welche lautet: „Dokumentation des Bauablaufs (Bautagebuch)“. Demnach schuldet sie ein eigenes Bautagebuch. Dem genügt eine Prüfung und Freizeichnung des Bautagebuchs der Baufirma nicht. Auch hierzu hat der BGH, Urteil vom 28.07.2011 – VII ZR 65/10 entschieden, dass die Rechtsfolge der Minderung unmittelbar greift, weil ein Bautagebuch nachträglich

nicht mehr zuverlässig erstellt werden kann. Zudem sei, so der BGH, ein Bautagebuch ohne weiteres erforderlich, um das Baugeschehen mit allen wesentlichen Einzelheiten zuverlässig und beweiskräftig festzuhalten, damit diese Dokumentation insbesondere bei Störungen des Bauablaufs oder Auseinandersetzungen mit anderen Baubeteiligten herangezogen werden könne. Diese Rechtsprechung wurde zuletzt durch das OLG Karlsruhe in einem Urteil vom 15.01.2021 (Az. 8 U 109/14) aufgegriffen und bestätigt.

Allerdings könnte die Ingenieurin in der Tat ihre handschriftlichen Notizen kopieren und nachreichen, wenn diese das Baugeschehen umfassend darlegen. Denn die Form des Bautagebuchs ist, ohne konkrete vertragliche Regelung, der Ingenieurin nicht vorgegeben (KG, Urteil vom 14.02.2012 – 7 U 53/08).

Frage 4: Ein Auftraggeber. Mein Planer prüft regelmäßig die Abschlagsrechnungen zu spät, so dass mir schon 2-mal ein Skonto entgangen ist. Was kann ich tun?

Antwort: Auf Nachfrage erläutert der Auftraggeber, dass die Rechnungen unmittelbar an den Planer, der mit der Örtlichen Bauüberwachung beauftragt ist, übergeben wurden und die Verzögerungen ausschließlich von diesem zu vertreten seien. Die Rechnungen waren jeweils prüfbar und der Auftraggeber war auch darauf eingestellt, zeitnah die Zahlungen zu veranlassen. Zudem sei dem Planer die Skontoregelung in dem Bauvertrag bekannt gewesen. In einem solchen Fall hat der Planer mangelhaft geleistet, weil er seine Leistungen zu spät erbracht hat und dabei dem Auftraggeber durch die Unmöglichkeit eines Skontoabzugs einen Schaden verursacht hat. Der Planer wird nach den Regelungen von § 634 Nr. 4 BGB schadensersatzpflichtig.

Weiter erläutert der Auftraggeber, dass er in Zukunft lieber die Rechnungen von der getrennt beauftragten Bauoberleitung prüfen lassen wolle, damit Verzögerungen zukünftig vermieden würden. Hier ist zu beachten, dass es keine Ersatzvornahme für zukünftige Leistungen gibt. Hier muss er sich also entscheiden, ob er am Vertrag festhalten, den Rücktritt erklären, oder

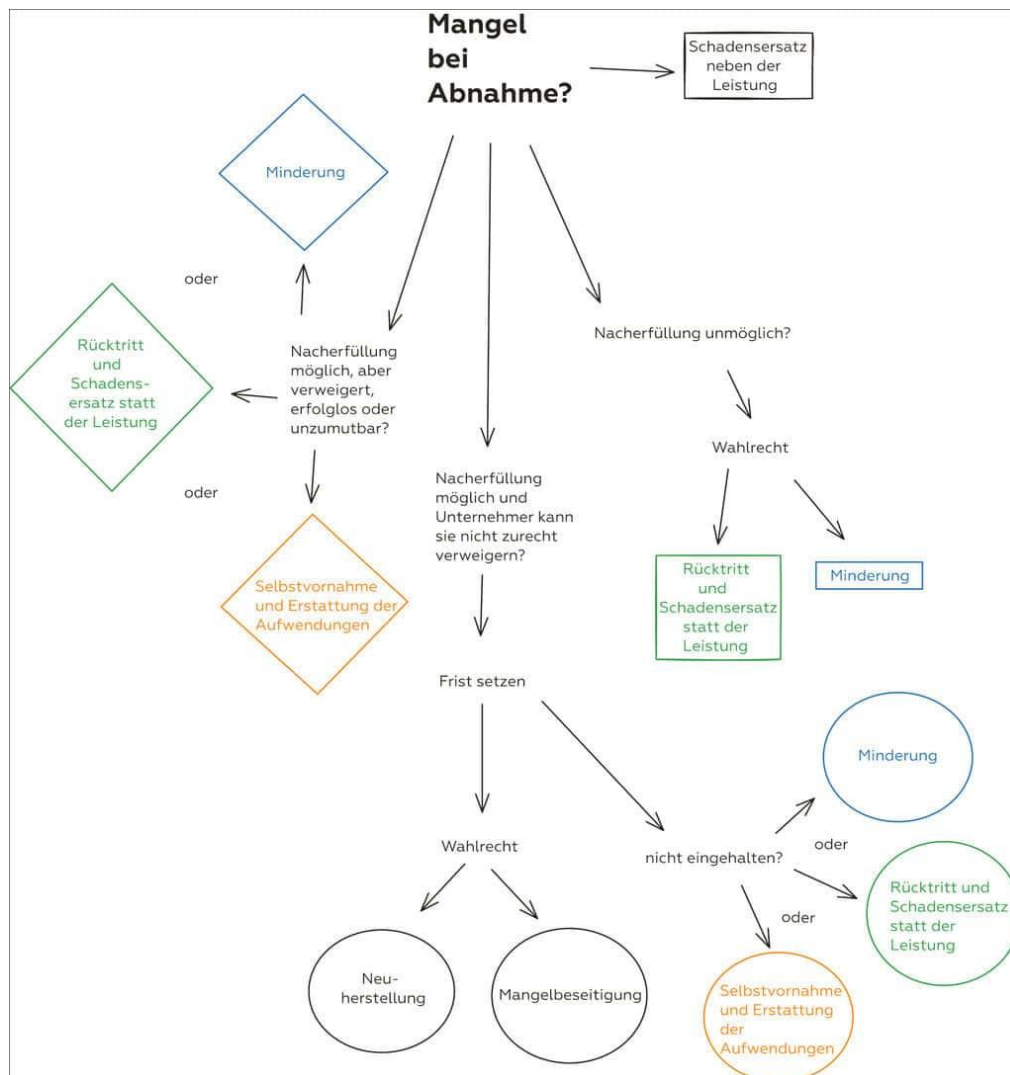
die Kündigung aussprechen möchte. Hat er kein Vertrauen mehr, bietet sich der Rücktritt an. Kündigungen sind jeweils genauer zu prüfen, siehe Kalte/Petschulat im Deutschen Ingenieurblatt 03/2025, S. 47.

Frage 5: Ein Ingenieur: Ich hatte den Auftrag nur für die Leistungsphase 1 bis 3 und in dem Zuge auch eine Kostenberechnung erstellt. Die weiteren Leistungsphasen sind an einen anderen Planer vergeben worden. Nun kommt mein Auftraggeber und will mir das Honorar für die Kostenberechnung kürzen, weil diese Fehler enthalten würde. Die Fehler hätte der nachfolgende Planer festgestellt und korrigiert. Kann er mein Honorar zu Recht kürzen?

Antwort: Die Antwort ist eindeutig „Nein“. Einmal angenommen, es würde zutreffen und die Kostenberechnung wäre tatsächlich mangelhaft, gibt es keinen Grund, warum der Auftraggeber dem Ingenieur nicht das Recht auf Nacherfüllung einräumen müsste. Folgt der Auftraggeber nicht der gesetzlich vorgegebenen Reihenfolge und gibt dem Ingenieur bereits keine Möglichkeit auf Nacherfüllung, kann er die Kosten für eine Ersatz- oder Selbstvornahme auch nicht dem Ingenieur weitergeben. Denn hätte er dem Ingenieur die Chance auf zweite Andienung gegeben, dann hätte der Ingenieur den eventuellen Fehler auch korrigiert. Sofern der andere Planer jedoch bereits Leistungen erbracht hat, die auf der fehlerhaften Kostenberechnung beruhen und die nachgebessert werden müssen, kann der Auftraggeber die Mehrkosten hierfür ersetzt verlangen.

Fazit

Auftraggebende haben ein Recht auf eine mangelfreie Leistung durch Planende. Liegen Mängel vor, ergeben sich gesetzlich eindeutig geregelte Folgerechte. Als erstes kommt die Nacherfüllung, danach hängt es davon ab, ob die Nacherfüllung für Auftraggebende noch von Interesse ist. Liegt ein Mangel vor, der nicht behoben wird oder für Auftraggebende nicht (mehr) von Interesse ist, sind Selbstvornahme, Minderung oder Rücktritt Thema. Für entstandene Schäden kann der AG Schadensersatz gelten machen. Grafisch stellt sich dies leicht vereinfacht wie folgt dar:



Mängelgewährleistung im Werkvertrag © Dipl.-Ing. Peter Kalte, Dr. Alexander Petschulat

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger, zertifizierter Mediator, Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, Geschäftsführer der GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V., www.ghv-guetestelle.de.

Dr. Alexander Petschulat, Justiziar, Leiter Rechtsreferat Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen, Beisitzer der Vergabekammer Westfalen, www.ikbaunrw.de.