



## NEUESTE ENTSCHEIDUNGEN IM BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

I) Architektenrecht.....	3
1) Keine Bindung an unwirksame Honorarvereinbarung.....	3
2) Ohne Baugenehmigung kein Architektenhonorar .....	4
3) Erhöhte Objektüberwachungspflicht bei dem Architekten unbekanntem Handwerker .....	5
4) Stufenweise Beauftragung und Schriftform .....	5
5) Erhöhte Objektüberwachungspflicht bei Sanierungsarbeiten an einem Altbau	6
6) Umbau und Anbau gleichzeitig durchgeführt – getrennte Honorarrechnung?..	7
7) Keine Vorteile aus Kostenüberschreitung .....	7
8) Planungsintensität bei Werkplanung .....	8
9) Anschein für mangelhafte fehlende Objektüberwachung .....	9
II) Baurecht .....	10
1) Zur Definition des Mangelbegriffs.....	10
2) Nachbesserungsrecht des Unternehmers nach Kündigung.....	11
3) Konkludente Annahme eines Nachtragsangebots .....	12
4) Welche Bedeutung hat die VOB/C für die Vertragsauslegung? .....	12
5) Wer trägt die Kosten eines notwendigen Baugrundgutachtens? .....	13
6) Sicherheiten, angemessene Frist .....	14
7) Rechtsprechungsänderung: Zur Fälligkeit des Werklohnes bei Vertragskündigung. ....	15
8) Schimmelpilz: Abriss und Neuerrichtung eines Dachstuhls .....	16
9) Mangelhafte Nachbesserung: Erneute Fristsetzung notwendig! .....	16
10) Prüfpflichten des Tragwerksplaners .....	17
11) Zugriff auf Baugeld .....	18
12) Abnahme unter Vorbehalt.....	19
13) Abnahme bei Gewährleistungsbürgschaft .....	19
14) Doppelsicherung: keine Sicherung? .....	20
III) Vergaberecht.....	21
1) Übertriebener Formalismus .....	21
2) Ist ein Ausschluss wegen ungeklärter Null-Euro-Positionen möglich? .....	22
3) Problem: Alter des Gewerbezentralregisterauszugs.....	23
4) Wertung von Alternativpositionen .....	23
5) Zwingender Ausschluss bei abweichenden Angaben zur Umsatzsteuer .....	24
6) Bindung an Angebot.....	25

<b>7)</b>	<b>Zuschlagskriterien bei Übergang ins Verhandlungsverfahren.....</b>	<b>26</b>
<b>8)</b>	<b>Überschreitung der Mindestsätze.....</b>	<b>27</b>
<b>9)</b>	<b>Einschränkung des Nachverhandlungsverbotes bei funktionaler Leistungsbeschreibung.....</b>	<b>27</b>
<b>10)</b>	<b>VOF-Vergabe bei Umbauzuschlag .....</b>	<b>28</b>

## I) Architektenrecht

### **Keine Bindung an unwirksame Honorarvereinbarung**

**Ein Architekt, der eine unwirksame, den Mindestsatz unterschreitende Honorarvereinbarung getroffen hat, kann den Mindestsatz abrechnen, wenn der Bauherr auf die Wirksamkeit der den Mindestsatz unterschreitenden Vereinbarung nicht vertrauen dürfte.**

KG, Urteil vom 07.07.2005, Az. 4 U 113/04

*Ein Architekt trifft mit einem Bauherrn eine Pauschalhonorarvereinbarung, die die Mindestsätze der HOAI unterschreitet. Die Mindestsatzunterschreitung war beiden Parteien bewusst. Schließlich fordert der Architekt das Honorar nach den Mindestsätzen der HOAI.*

Die Klage des Architekten hat Erfolg.

Das Kammergericht stellt klar, dass der sachkundige Auftraggeber nicht auf die Wirksamkeit einer die Mindestsätze unterschreitenden Honorarvereinbarung vertrauen darf. Er ist insoweit nicht schutzwürdig. Das Vertrauen könne sich aufgrund der Kenntnis um die Mindestsatzunterschreitung nur darauf richten, dass sich der andere Teil nicht auf die Unwirksamkeit berufen werde. Dieses Vertrauen ist aber nicht geschützt. Wer gesetzliche Regelungen bewusst missachtet, ist selbst nicht schutzwürdig, weil er sich nunmehr seinerseits widersprüchlich verhält, wenn er den Vertragspartner mit Hilfe der Rechtsordnung am Inhalt der gesetzwidrigen Vereinbarung festhalten will.

Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 22.05.1997, Baurecht 1997, 677) gilt wie bekannt Folgendes:

Honorarvereinbarungen, die die Mindestsätze unterschreiten, sind unwirksam, wenn kein Ausnahmefall im Sinne von § 4 Abs. 2 HOAI vorliegt. Zwar verhält sich ein Architekt, der trotzdem die Mindestsätze verlangt, widersprüchlich. Nach Treu und Glauben stellt dies aber nur dann einen Verstoß dar, wenn der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat und vertrauen durfte und er sich darauf in einer Weise eingerichtet hat, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nicht zugemutet werden kann.

In der Praxis wird diese Entscheidung häufig fehlerhaft angewendet:

Geschützt ist nur das Vertrauen des Auftraggebers auf die Wirksamkeit der Vereinbarung, nicht das Vertrauen des Auftraggebers darauf, dass sich der Architekt an eine unwirksame Vereinbarung hält.

Fazit:

Der fachkundige Auftraggeber bzw. der Auftraggeber, dem die Mindestsatzunterschreitung bewusst ist, muss damit rechnen, dass der Architekt mit Erfolg die Mindestsätze geltend macht.

## **Ohne Baugenehmigung kein Architektenhonorar**

**Ein mit der Bauplanung beauftragter Architekt hat bereits bei der Grundlagenermittlung zu prüfen, ob das Bauvorhaben grundsätzlich genehmigungsfähig ist. Eine Verletzung dieser Pflicht kann eine außerordentliche Kündigung des Architektenvertrages rechtfertigen und dazu führen, dass der Architekt auch für die erbrachten Leistungen keine Vergütung erhält.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 27.07.2005, Az. 6 U 117/05  
Fundstelle: BauR 2006, 2083

*Ein Architekt war mit dem kompletten Leistungsbild des § 15 HOAI betreffend den Umbau und die Erweiterung eines Wohnkomplexes auf einem in einem Industriegebiet gelegenen Grundstück beauftragt. Der Architekt hat die Eingabeplanung erstellt, die Baugenehmigung wurde versagt, weil die Auftraggeberin keinen Gewerbebetrieb führte. Im Industriegebiet kann eine Baugenehmigung für ein Wohnobjekt nach § 9 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO unter anderem nur dann erlangt werden, wenn die Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen oder Betriebsinhaber und Betriebsleiter bestimmt sind und das Wohnen im Hinblick auf den Gewerbebetrieb von untergeordneter Bedeutung ist. Die Auftraggeberin hat nach Erhalt der Mitteilung der Baugenehmigungsbehörde über die fehlende Genehmigungsfähigkeit den Architektenvertrag aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung gekündigt.*

Das OLG Nürnberg bejaht die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung. Der Architekt hätte bereits im Rahmen der Grundlagenermittlung abklären müssen, ob das Bauvorhaben auf dem vorhandenen Grundstück realisiert werden kann. Der Architekt hätte sich also erkundigen müssen, ob seine Auftraggeberin die Voraussetzungen erfüllt, nach denen gemäß § 9 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO in einem Industriegebiet Wohnen zulässig ist. Das Verhalten des Architekten stellt eine grobliche Pflichtverletzung dar, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Ein Nachbesserungsrecht des Architekten wurde verneint.

Fazit:

Bei groben Pflichtverletzungen, wie sie hier vorliegt, kann der Bauherr aus wichtigem Grund kündigen. Dann steht dem Architekten weder Honorar für die in Folge der Kündigung nicht mehr erbrachten Leistungen zu, er verliert auch den Honoraranspruch für die geleistete Tätigkeit, sofern diese - wie hier - nicht brauchbar ist.

### **3) Erhöhte Objektüberwachungspflicht bei dem Architekten unbekanntem Handwerker**

**Hat der bauüberwachende Architekt das Handwerksunternehmen, dessen Arbeiten überwacht werden sollen, nicht selbst ausgewählt und vermag er dessen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht einzuschätzen, führt dies zu einer Steigerung der Überwachungspflichten, und zwar vor allem zu Beginn der Arbeiten.**

OLG Naumburg, Urteil vom 29.05.2006, Az. 1 U 27/06  
Fundstelle: IBR 2006, 2089

Der Architektenvertrag, auch der isolierte Bauüberwachungsvertrag, ist ein Werkvertrag. Danach schuldet der Architekt im Rahmen des ihm Zumutbaren die mangelfreie Bewirkung der zu überwachenden Bauleistung als Erfolg. Die Tatsache, dass - wie hier - der Architekt den Handwerker (Bodenverleger) nicht selbst ausgewählt hatte und dessen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht einzuschätzen vermochte, führt nicht zu einer Entlastung, vielmehr zu einer Steigerung der Überwachungspflichten. Dies auch, soweit es sich um sogenannte einfache, gängige Bauarbeiten handelt.

Fazit:

Aufgrund der werkvertraglichen Erfolgspflicht ist gerade die Leistungsphase 8 die haftungsträchtigste Leistungsphase.

### **4) Stufenweise Beauftragung und Schriftform**

**Das Schriftformerfordernis nach § 4 HOAI gilt bei stufenweiser Beauftragung für jeden gesondert beauftragten Abschnitt.**

OLG Braunschweig, Urteil vom 24.08.2006, Az. 8 U 154/05  
Fundstelle: IBR 2006, 680

*Die Parteien hatten eine Pauschalhonorarvereinbarung in einem Vorvertrag getroffen, der lediglich das Erste von 5 Gebäuden zum Inhalt hatte. Die Beauftragung der weiteren Gebäude erfolgte stufenweise nacheinander, jeweils mündlich. Der Architekt hielt sich nicht an die Honorarvereinbarung, sondern verlangte die Mindestsätze.*

Das OLG Braunschweig gab dem Architekten recht. Bei der stufenweisen Beauftragung stellt jede Stufe einen eigenständig zu bewertenden Vertrag dar. Der jeweilige Vertrag kommt erst mit dem Abruf einer Stufe zu Stande. Ist für die Wirksamkeit einer Vereinbarung die Schriftform bei Auftragserteilung erforderlich, muss deshalb die jeweilige schriftliche Vereinbarung bei Abruf einer jeden Stufe erfolgen.

Hinweis:

Infolge der jeweils eigenständigen Verträge laufen auch eigenständige Gewährleistungsfristen für jede Stufe.

## **5) Erhöhte Objektüberwachungspflicht bei Sanierungsarbeiten an einem Altbau**

**Wird ein Gebäude umgebaut oder modernisiert, so schuldet der Architekt regelmäßig eine Bauaufsicht, die sich an den Besonderheiten einer Altbausanierung zu orientieren hat.**

OLG Rostock, Urteil vom 11.07.2006. Az.: 4 U 128/06  
Fundstelle: BauR 2006, 2092

Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass der Architekt im Rahmen der Objektüberwachung verpflichtet gewesen wäre, Untersuchungen der Bausubstanz im Hinblick auf Hausschwamm und ähnliche Schädlinge vorzunehmen. Soweit er vorgetragen hat, er habe die bauausführende Firma stichprobenartige Untersuchungen vornehmen lassen, ist dies nicht ausreichend. Der Architekt muss sich selbst ein Bild vom Zustand der Bausubstanz verschaffen.

Fazit:

Wie bereits hinlänglich bekannt, werden an die Objektüberwachungspflicht des Architekten bei Sanierungsarbeiten an einem Altbau erhöhte Anforderungen gestellt. Um so mehr gilt dies, wenn das Bauwerk nicht nach der eigenen Planung des Architekten, sondern nach den Plänen eines Dritten erstellt wird (BGH Baurecht 2000, 1513). Der isoliert mit der Objektüberwachung beauftragte Architekt hat also noch erhöhte Pflichten.

## **6) Umbau und Anbau gleichzeitig durchgeführt – getrennte Honorarrechnung?**

**Werden ein Umbau und ein Anbau gleichzeitig durchgeführt, findet eine getrennte Honorarberechnung nach § 23 Abs. 1 HOAI nicht statt, wenn es sich funktional um ein einheitliches, nicht trennbares Bauvorhaben handelt.**

OLG Hamm (Urteil vom 24. Januar 2006)

Grundsätzlich sieht § 23 Abs. 1 HOAI, werden Leistungen bei Wiederaufbauten, Erweiterungsbauten, Umbauten oder raumbildenden Ausbauten gleichzeitig durchgeführt, zwei Honorare getrennt auf der Grundlage der jeweils anrechenbaren Kosten vor.

§ 23 HOAI findet aber dann keine Anwendung, wenn die Leistungen bezüglich eines Umbaus und eines Anbaus nicht trennbar sind. § 23 Abs. 1 HOAI will lediglich sicherstellen, dass der Architekt unabhängig davon, ob zwei getrennt voneinander durchführbare Projekte gleichzeitig oder nacheinander verwirklicht werden, für beide Objekte getrennt zu vergüten ist. **Handelt es sich jedoch um ein nicht trennbares Bauvorhaben, weil Umbau und der Anbau nur gemeinsam ihren Nutzungszweck erfüllen können, ist § 23 Abs. 1 HOAI nicht anwendbar.**

Dem Architekten steht jedoch, soweit sich seine Tätigkeit auf den Umbau bezieht, ein Umbauszuschlag zu. Ist eine anderslautende schriftliche Vereinbarung hierzu nicht getroffen, beträgt der Zuschlag nach § 24 Abs. 1 Satz 4 HOAI 20 %, falls der Schwierigkeitsgrad mindestens als durchschnittlich anzusehen ist.

## **7) Keine Vorteile aus Kostenüberschreitung**

**Der Architekt darf aus der Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze für seine Honorarberechnung keinen Vorteil ziehen. Er kann insbesondere seiner Honorarberechnung von ihm geplante Maßnahmen nicht zugrunde legen, soweit sie zu einer Steigerung der Baukosten oder einer Minderung des Wertes des Objektes geführt haben und er deshalb von ihnen hätte abraten müssen.**

OLG Hamm (24. Januar 2006)

Vereinbaren die Parteien eines Architektenvertrages eine Bausumme als Beschaffenheitsmerkmal des Werkes, so bildet diese auch dann die Höchstgrenze der anrechenbaren Kosten, wenn sich der geplante Standard mit den vereinbarten Baukosten nicht realisieren läßt.

Das Werk des Architekten ist mangelhaft, wenn er eine vereinbarte Baukostenobergrenze überschreitet. Aus der Überschreitung darf er für sich keine Honorarvorteile ziehen.

## **8) Planungsintensität bei Werkplanung**

OLG Stuttgart, Urteil vom 13. Februar 2006 (nicht rechtskräftig)

**Ein Architekt, der mit der Ausführungsplanung von Teilabbrucharbeiten beauftragt ist, die eine Sicherung des bestehen bleibenden Bauwerkes notwendig machen, hat eine schriftliche Planung zu erstellen. Der bloße Hinweis auf die DIN 4123 ist unzureichend.**

Der Architekt, schuldet im Rahmen der Leistungsphase 5 dem Bauherrn eine konkrete schriftliche Planung der Durchführung der Unterfangung.

Dazu gehört unter anderem die zeichnerische Darstellung des Objektes mit allen für die Ausführung notwendigen Einzelangaben, z.B. endgültige, vollständige Ausführungs-, Detail- und Konstruktionszeichnungen im Maßstab 1:50. Die Planung muss unter Berücksichtigung des bei dem betreffenden ausführenden Unternehmer vorauszusetzenden Fachwissens einen nahtlosen Übergang von der Planung in die Ausführung ermöglichen und zwar so, dass das ausführende Unternehmen eindeutig das jeweils Gewollte erkennen kann.

So ist der Bestandschutz eines Gebäudes bei Abbrucharbeiten Planungssache. Aus der grundsätzlichen Notwendigkeit, die Ausführungsplanung schriftlich zu bewerkstelligen, ergibt sich, dass es für den Architekten grundsätzlich nicht genügt, die erforderlichen Anweisungen zur Ausführung der Bauarbeiten mündlich auf der Baustelle zu erteilen und sich darauf zu verlassen.

Fehlen Pläne für die auszuführenden Leistungen ganz, ist die Planung mangelhaft. Die Notwendigkeit einer schriftlichen Planung der Bauaushubs- und Unterfangungsarbeiten folgt bereits aus dem Wortlaut der DIN 4123. Bei dieser DIN handelt es sich um keine reine „Anwender“-Norm. Vielmehr verhält sich diese Norm ausdrücklich bereits nach ihrem Wortlaut auch zur Planung. So ergibt sich bereits aus dem Vorwort zu dieser DIN, dass Ausschachtungen und Gründungsarbeiten neben bestehenden Gebäuden sowie Unterfangungen von Gebäudeteilen eine „gründliche und sorgfältige Planung, Vorbereitung und Ausführung“ erfordern. Hierzu gehören:

- a) Konstruktionszeichnungen mit Grundriß- und Querschnittsdarstellungen des geplanten und des bestehenden Gebäudes, insbesondere der Fundamente, Kellerfußböden und Kellerdecken;
- b) Darstellung der Aushubgrenzen der Baugrube einschließlich der Baugrubensicherungen und der erforderlichen Unterfangungen;



- c) Darstellung der Bodenschichten unter Angabe des Bodenzustands, des Grundwasserspiegels einschließlich der voraussichtlichen Grundwasserspiegelschwankungen und ggf. des Schichtenwassers;
- d) Baubeschreibung unter Angabe der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen
- e) Bei Ausschachtungen und Gründungen der Nachweis der Einhaltung der zulässigen Bodenpressungen nach DIN 1054 bzw. Nachweis der Grundbruchsicherheit für das Fundament des bestehenden Gebäudes nach DIN 4017-1 und DIN 4017-2;
- f) Bei Unterfangungen eine Zusammenstellung der auf das bestehende Gebäude einwirkenden Lasten und ihre ungünstigsten Kombinationen sowie der Standsicherheitsnachweis für den Endzustand.

Die Zeichnungen in der DIN selbst ersetzen eine zeichnerische Darstellung der Unterfangung durch den Architekten im Rahmen seiner in der Leistungsphase 5 zu erbringenden Ausführungsplanung nicht. Die jeweiligen Sicherungsmaßnahmen sind abhängig von den konkreten Verhältnissen und dementsprechend planerisch vom Architekten darzustellen.

## **9) Anschein für mangelhafte fehlende Objektüberwachung**

**Treten an allen 12 Balkonen eines Bauvorhabens die gleichen Mängel bei den Abdichtungsarbeiten auf, so spricht dies für eine unterlassene Bauüberwachung durch den Architekten, die er dem Bauherrn offenbaren musste, so dass er für diese Mängel gewährleistetungspflichtig ist.**

KG Berlin (Urteil vom 8. Dezember, nicht rechtskräftig)

Der bauleitende Architekt ist gerade bei wichtigen oder bei kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein hohes Mängelrisiko aufweisen, zu erhöhter Aufmerksamkeit und zu einer intensiveren Wahrnehmung der Bauaufsicht verpflichtet.

Abdichtungs- und Isolierungsarbeiten sind typischerweise besonders schadensanfällig. Die insoweit neuralgischen Punkte eines Hauses sind Keller, Dach und Balkone. Handelt es sich bei diesen Arbeiten um Mängel (auf 10 der 12 Balkone waren unzulässigerweise Bitumenbahnen mit Aluminiemeinlagen verwendet worden, auf allen Balkonen wurden die Durchdringungen der Abdichtungen im Bereich der Fallrohre ohne Rohrhülsen und Flansche ausgeführt), ist davon auszugehen, dass ein erfahrener Bauleiter bei einer stichprobenartigen Überprüfung die Mängel erkannt und in diesem Fällen auch gerügt hätte. Aufgrund der Tatsache, dass keinerlei Mängel

gerügt wurden, ist das Kammergericht Berlin der Auffassung, dass bei diesem Teilkomplex, d.h. bei den Abdichtungsarbeiten an den Balkonen, keinerlei Bauüberwachung erfolgt ist.

Dieses Unterlassen des Architekten ist im Sinne der Rechtsprechung als arglistiges Verschweigen im Sinne von § 638 Abs. 1 BGB a.F. zu qualifizieren, so dass die Verjährung nicht 5 Jahre nach Abnahme des Werkes eingetreten ist. Vielmehr liegt ein arglistiger Verstoß gegen vertragliche Offenbarungspflichten nicht nur dann vor, wenn bekannte Mängel verschwiegen werden. Der Architekt darf sich seiner vertraglichen Offenbarungspflicht bei Ablieferung des fertigen Werkes nicht dadurch entziehen, dass er sich für unwissend hält. Sorgt er bei der Herstellung des Werkes nicht für eine den Umständen nach angemessene Überwachung und Prüfung der Leistung und damit auch nicht dafür, dass er oder seine insoweit eingesetzten Erfüllungsgehilfen etwaige Mängel erkennen können, so handelt er vertragswidrig und haftet demnach auch für die Kenntnis oder Unkenntnis solcher Mitarbeiter, die – wie der Bauleiter – mit Prüfung des Bauwerkes auf Mangelfreiheit betraut sind.

## II) Baurecht

### 1) Zur Definition des Mangelbegriffs

**Zur Dichtigkeit eines Daches gehört nicht nur die Vermeidung des Eindringens von Niederschlagswasser, sondern auch die Verhinderung von Kondensatbildung.**

OLG München, Urteil vom 30.11.2005 – 27 U 229/05  
BGH Beschluss vom 27.07.2006 – VII ZR 283/05

*Ein Dachdecker hatte ein sogenanntes Umkehrdach auszuführen. Dieses Dach war zwar von außen her dicht, aufgrund von zu geringem Gefälle bildete sich jedoch im Gebäudeinneren Kondensat. Insoweit war die Frage zu klären, ob ein Baumangel vorliegt.*

Dazu führt das OLG aus, dass trotz der Dichtigkeit der Dachhaut die Dachabdichtung als mangelhaft anzusehen ist. Ausgehend vom funktionalen Mangelbegriff habe eine Dachabdichtung nicht nur Schutz vor Bewitterung und deren Folgen zu gewährleisten, sondern auch dafür zu sorgen, dass im Gebäudeinneren entstehender Wasserdampf nach außen diffundieren kann. Dies sei aufgrund der sachverständigen Feststellungen nicht der Fall. Der Dachdecker könne sich im Übrigen auch nicht auf die Regelungen der DIN 18338 Abschnitt 3.1.3 berufen, wonach ein Dach regensicher und eine Dachabdichtung wasserdicht auszuführen seien. Dieses Regelwerk sei nicht geeignet, den durch § 633 BGB a. F. und § 13 Nr. 1 VOB/B geprägten und von Gebrauchstauglichkeitsanforderungen bestimmten Mangelbegriff einzuschränken. Ein Werk ist insoweit fehlerhaft im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB a. F., wenn es von der

Beschaffenheit abweicht, die es für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch haben muss. Der Unternehmer schuldet einen Erfolg, für den er grundsätzlich ohne Verschulden einzustehen hat. Hieran hat sich auch nichts durch die Schuldrechtsreform geändert. Konkret bedeutet dies, dass die Dachabdichtung das Gebäude vor Feuchtigkeitsschäden zu schützen hat, gleich ob diese von außen oder von innen herrühren. Eine derartige Verpflichtung kann auch nicht durch DIN-Normen eingeschränkt werden.

## **2) Nachbesserungsrecht des Unternehmers nach Kündigung**

### **Zur Frage, ob ein Nachbesserungsrecht des Unternehmers auch noch nach Kündigung aus wichtigem Grund besteht.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 17.05.2006 – 4 U 208/98

*Ein Generalunternehmer vergibt für ein Wohn- und Geschäftshaus die Elektroarbeiten an einen Subunternehmer zum Pauschalpreis. Im Zuge der Ausführung rügt der Generalunternehmer mehrfach verschiedene Mängel und droht abwechselnd mit Ersatzvornahme und Kündigung. Schließlich kündigt er den Vertrag und verweist den Subunternehmer von der Baustelle. Anschließend stellt er über die die Kündigung begründenden noch weitere Mängel fest. Diese lässt er alle vom Nachfolgeunternehmer beseitigen und rechnet mit den Ersatzvornahmekosten gegenüber der Werklohnklage des Subunternehmers auf.*

Das Gericht verweigert dem Generalunternehmer die Aufrechnung mit den Kosten, die er für die erst nach der Kündigung festgestellten Mängel aufgewandt hat, da der Generalunternehmer es versäumt habe, für die erst nach der Kündigung festgestellten Mängel seinem Subunternehmer Gelegenheit zu geben, diese selbst zu beseitigen.

Diese Entscheidung entspricht der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.2000 – VII ZR 488/99; IBR 2001, 126). Danach soll der Unternehmer das Recht behalten, auch nach der Kündigung Mängel an den bis zur Kündigung von ihm erbrachten Leistungen selbst zu beseitigen. Dementsprechend hat der Auftraggeber bei einer Bauleistung zwingend darauf zu achten, nach einer Kündigung wegen unterbliebener Mängelbeseitigung wegen anderer Mängel, die nicht Gegenstand der Kündigung waren, den Unternehmer noch einmal unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufzufordern, da er anderenfalls die Ersatzvornahmekosten der anderen Mängel gegenüber Restwerklohnansprüchen des Auftragnehmers nicht aufrechnen kann.

### **3) Konkludente Annahme eines Nachtragsangebots**

**Zur Frage, ob ein Nachtragsangebot auch konkludent durch Schweigen angenommen werden kann.**

OLG Jena, Urteil vom 12.01.2006 – 1 U 921/04  
BGH, Beschluss vom 08.06.2006 – VII ZR 37/06  
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

*Es geht um die Vergütungsfähigkeit eines Nachtrags für die Herstellung einer Stahlbetonwand im Zusammenhang mit dem Neubau eines Schwimmbades.*

Das OLG urteilt, dass ein Schweigen auf ein endgültiges Angebot, das aufgrund einverständlicher und alle wichtigen Punkte betreffender Vorverhandlungen erging, als stillschweigende Annahme zu werten ist. Anderenfalls wäre der Auftraggeber nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verpflichtet gewesen, einen abweichenden Willen zu äußern. Das Stillschweigen auf ein Angebot ist zwar in der Regel nicht als Zustimmung zu werten. Anders ist dies jedoch dann, wenn nach Treu und Glauben ein Widerspruch des Angebotsempfängers erforderlich gewesen wäre. Ein Widerspruch gegen ein Nachtragsangebot ist z. B. dann geboten, wenn diesem einverständliche und alle wichtigen Punkte betreffenden Vorverhandlungen vorausgegangen sind.

Diese Entscheidung zeigt im Übrigen, dass es für einen Bauherrn im Einzelfall durchaus unangenehme Konsequenzen haben kann, wenn ein Nachtragsangebot monatelang unbearbeitet liegen bleibt. Zwar ist die der Entscheidung zugrundeliegende Fallkonstellation nicht alltäglich und auch nicht ohne Weiteres auf andere Sachverhalte übertragbar. Auftraggebern muss aber dringend empfohlen werden, überhöhte Nachtragsforderungen zeitnah ausdrücklich zurückzuweisen. Dies ist besonders dann wichtig, wenn über kalkulatorische Details bereits eine Einigung erzielt wurde, ohne dass es zum Abschluss einer Nachtragsvereinbarung kommt.

### **4) Welche Bedeutung hat die VOB/C für die Vertragsauslegung?**

BGH, Urteil vom 27.07.2006 – VII ZR 202/04

*Zur Frage der Vergütungsfähigkeit von Gerüstbaukosten, bei denen es sich nach der DIN 18334 um Nebenleistungen handeln soll.*

Dazu führt der BGH aus, dass für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst und welche Arbeiten zusätzlich zu vergüten sind, es grundsätzlich auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung ankommt. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist dabei durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln. Dabei ist das gesamte

Vertragswerk zugrunde zu legen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die allgemeinen technischen Bestimmungen für Bauleistungen (VOB/C). Dies ist bei der Auslegung zu berücksichtigen. Davon zu trennen ist die Frage, welche Leistungen für die Herstellung des Werkes erforderlich sind. Das Berufungsgericht trifft insoweit keine Feststellungen, ob der AN die Gerüstbauarbeiten nach der Vereinbarung ohne zusätzliche Vergütung schuldete. Der Umstand, dass die Arbeiten im Angebot des AN nicht erwähnt sind, rechtfertigt allein nicht die Annahme, sie seien in den eingesetzten Einheitspreisen enthalten. Handelt es sich nicht um Arbeitsgerüste im Sinne von DIN 18334, Ziffer 4.1.1 i. V. m. DIN 18299 Ziffer 4, kann der AN gegebenenfalls Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. Bereicherungsrecht geltend machen.

Maßgeblich für den Umfang der geschuldeten und von der Vergütung erfassten Leistung ist grundsätzlich das gesamte Vertragswerk. Anzuwenden können bei der Geltung der VOB/B auch die allgemein technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) sein. Diese sind rechtlich als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren und spielen deshalb nur dann eine Rolle, wenn die Vertragsparteien nicht individuell – wie oft – etwas abweichendes vereinbart haben. Dies folgt aus § 305 b BGB.

Da die Vertragsparteien den Umfang der geschuldeten Leistung und den Abgeltungsumfang der vereinbarten Vergütung oftmals aus Vereinfachungs- und Zeitgründen nicht ausdrücklich festlegen, wird eine Auslegung des Vertrages anhand individueller Umstände zu keinem eindeutigen Ergebnis kommen. Dann spielen die Regelungen der VOB/C eine entscheidende Rolle.

## **5) Wer trägt die Kosten eines notwendigen Baugrundgutachtens?**

**Zur Frage, wer nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das Risiko für die Kosten eines von der Baugenehmigungsbehörde angeforderten Baugrundgutachtens trägt.**

BGH, Urteil vom 27.07.2006 – VII ZR 202/40

*Es geht um die Modernisierung und Sanierung eines Handelsspeichers. Die Baugenehmigungsbehörde fordert nach Vertragsschluss ein Baugrundgutachten, welches der AN nach einer Überarbeitung der Tragwerksplanung erstellen lässt. Der Auftragnehmer behauptet eine mündliche Beauftragung durch den Auftraggeber und verlangt von diesem die entsprechende Vergütung.*

Der BGH gibt dem Unternehmer Recht. Unzutreffend ist in diesem Zusammenhang die Auffassung, der Unternehmer trage nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das Risiko für die Kosten eines von der Baugenehmigungsbehörde angeforderten Baugrundgutachtens. Welche Leistungen der Unternehmer nach dem Vertrag zu erbringen hat, ist durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln. Sofern

der Unternehmer danach Arbeiten an einem Grundstück des Bestellers auszuführen hat, ist es grundsätzlich Sache des Bestellers dafür Sorge zu tragen, dass die für die Bauausführung erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen vorliegen.

§ 645 Abs. 1 BGB enthält in diesem Zusammenhang eine besondere gesetzliche Risikoverteilung, die vorliegend dem Auftragnehmer geholfen hat. Den Vertragsparteien steht es aber aufgrund der Privatautonomie frei, Risiken der Bauausführung abweichend von dieser Norm zu übernehmen. Dies gilt selbst bei unkalkulierbaren oder kaum kalkulierbaren Verhältnissen des Bauwerks und des Baugrundes. Ob der AN solche Risiken übernehmen wollte, ist durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln. Im Zweifelsfall wird der AN ein solches Risiko jedoch nicht übernehmen wollen.

## **6) Sicherheiten, angemessene Frist**

**Zur Frage, welche Frist zur Stellung einer Sicherheit nach § 648 a BGB angemessen ist.**

OLG Dresden, Urteil vom 01.03.2006 – 12 U 2379/04

*Ein Generalübernehmer verlangt bereits kurz nach Vertragsschluss Sicherheit nach § 648 a BGB und wiederholt dieses auf § 648 a BGB gestütztes Verlangen in einem späteren Stadium mit einer Fristsetzung von einer Woche und der Androhung, die Arbeiten sonst einzustellen. Der AG leistet keine Sicherheit, worauf der Generalübernehmer das Vertragsverhältnis kündigt, wobei er eine ebenfalls fruchtlos ablaufende Nachfrist setzt. Der Generalübernehmer verlangt nunmehr gemäß § 648 a Abs. 5 BGB pauschalen Schadenersatz in Höhe von 5 % des Werklohnes.*

Das OLG urteilt, dass das Sicherheitsverlangen des Generalübernehmers nach § 648 a BGB wirksam war. Nicht erforderlich ist dabei, mit dem Sicherungsverlangen gleichzeitig anzubieten, gemäß § 648 a Abs. 3 Satz 1 BGB die Kosten der Sicherheit zu übernehmen. Darüber hinaus war auch die Frist nicht unangemessen kurz. Der AG muss für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einstehen. Schwierigkeiten bei der Kreditbeschaffung beeinflussen deshalb die Länge der zu setzenden Frist ebenso wenig, wie sie den Eintritt des Schuldnerverzugs verhindern. Die beträchtliche Höhe des Sicherungsbegehrens (Auftragsvolumen von 2,785 Mio. €) spielt ebenfalls keine Rolle. Der AG ist nämlich mit Abschluss des Generalübernehmervertrages eine Zahlungspflicht in eben dieser Höhe eingegangen, so dass er die Finanzierung dieser Summe vorher sicherstellen musste. Auch war der AG durch das frühere Sicherungsverlangen vorgewarnt. Der Generalübernehmer hat deshalb Anspruch nach § 648 a Abs. 5 Satz 2 BGB.

## **7) Rechtsprechungsänderung: Zur Fälligkeit des Werklohnes bei Vertragskündigung.**

**Nach Kündigung eines Bauvertrages wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig (Änderung der Rechtsprechung gemäß Urteil vom 09.10.1986 – VII ZR 249/85)**

BGH, Urteil vom 11.05.2006 – VII ZR 146/04

*Der Auftraggeber kündigt den Bauvertrag mit dem Auftragnehmer außerordentlich. Danach legt der AN Schlussrechnung und verlangt Zahlung von einem Bürgen, der für den AG eine Zahlungsbürgschaft übernommen hat. Der Bürge wendet ein, die Forderung des Auftragnehmers sei mangels Abnahme und Abnahmefähigkeit der Werkleistung nicht fällig.*

In einer Grundsatzentscheidung billigt der BGH unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung die Auffassung des Bürgen. Gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch des AN. Soweit es um die Vergütungsforderung aus einem Bauvertrag geht, besteht kein rechtfertigender Grund, von dieser Voraussetzung abzusehen, wenn der AN infolge der Kündigung des Vertrags lediglich eine Teilleistung erbracht hat. Die Kündigung beendet den Vertrag für die Zukunft und beschränkt den Umfang der vom AN geschuldeten Werkleistung auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil und seinen Vergütungsanspruch ebenfalls auf diesen Teil der ursprünglich geschuldeten Leistung. Es ist kein rechtlich tragfähiger Grund dafür ersichtlich, an die Fälligkeitsvoraussetzungen des für den bis zur Kündigung erbrachten Leistungsteil geschuldeten Vergütungsanspruchs geringere Anforderungen zu stellen, als sie für den Fall des vollständig durchgeführten Vertrags bestehen. Vielmehr würde eine Reduzierung dieser Anforderungen (Verzicht auf die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung) dazu führen, dass der AN selbst in denjenigen Fällen besser gestellt würde, in denen er selbst Anlass zur Kündigung gegeben hat.

Spätestens nach dieser Entscheidung muss jeder Auftragnehmer nach Kündigung des Vertrages die Abnahme und die Leistungsstandsabgrenzung beantragen. Tut er dies nicht, wird sein Werklohn nicht fällig und der Unternehmer kommt nicht an sein Geld. Weigert sich der AG die bis zur Kündigung erbrachte Werkleistung wegen Mängeln abzunehmen – hat der AG ja wegen vorliegender Mängel gekündigt –, so ist der AN gehalten – falls rechtlich möglich – die Mängel zu beseitigen.

Anders verhält es sich, wenn der AG nicht mehr auf Erfüllung des Vertrags pocht, sondern seine Ansprüche auf eine Geldzahlung richtet. Dann liegt ein Abrechnungsverhältnis vor, das zur wechselseitigen Aufrechnung der jeweiligen Ansprüche führt.

## **8) Schimmelpilz: Abriss und Neuerrichtung eines Dachstuhls**

**Auch wenn keine Gesundheitsgefährdung zu befürchten ist, muss bei Schimmelpilzbefall der Dachstuhl ggf. abgerissen und neu errichtet werden**

BGH, Urteil vom 29.06.2006 - VII ZR 274/04  
Fundstelle: IBR 2006, 487

Im Rahmen der Neuerrichtung eines Einfamilienhauses stellte der Bauherr Schimmelbefall am Holzgebälk des Dachstuhls fest. Er forderte die Bauunternehmung auf, den Dachstuhl zu beseitigen und neu herzustellen. Der Unternehmer wollte den Dachstuhl lediglich sanieren. Der in einem gerichtlichen Beweisverfahren eingeschaltete Sachverständige stellte fest, dass ein Restrisiko von 10 % verbleiben würde, dass es noch zu einer Gesundheitsgefährdung hätte kommen können. Der Bundesgerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass die Frage der Gesundheitsgefährdung dahinstehen könne, sie sei unbeachtlich. Der Dachstuhl sei mangelhaft, weil er von Schimmelpilz befallen sei. Dies entspreche nicht dem vertraglich geschuldeten Werk. Eine ordnungsgemäße Mangelbeseitigung kann nur darin bestehen, den Schimmelpilz vollständig und endgültig zu beseitigen.

## **9) Mangelhafte Nachbesserung: Erneute Fristsetzung notwendig!**

**Erfüllt der Auftragnehmer eine Vereinbarung über die Nachbesserung nicht oder nur teilweise, muss ihm erneut eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt werden, damit die Ersatzvornahmenvoraussetzungen geschaffen werden. Die noch nicht beseitigten Mängelserscheinungen sind dem Auftragnehmer unter genauer Bezeichnung des Schadensortes anzuzeigen.**

LG Wiesbaden, Urteil vom 23.03.2005 Az.: 11 O 62/02  
Fundstelle: IBR 2006, 490

*Im vorliegenden Fall hat der Generalunternehmer ein Bauwerk errichtet. Die Abnahme des Gewerkes mit Abnahmeprotokoll war erfolgt.*

*Später wurden Baumängel festgestellt. Es wurde das Bauwerk von einem Privatgutachter begutachtet. Anschließend wurde der Generalunternehmer unter Bezugnahme auf dieses Privatgutachten unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Anschließend erfolgte die Mängelbeseitigung durch seinen Generalunternehmer.*

*Im Anschluss daran stellte sich heraus, dass einige Mängel nicht beseitigt worden waren sowie weitere neue Mängel bestanden.*



*Der Bauherr forderte daraufhin einen Kostenvorschuss vom Generalunternehmer zur Mängelbeseitigung an, hilfsweise will der Bauherr die bereits angefallenen Kosten der Ersatzvornahme erstattet bekommen.*

Das Gericht hat diese Klage abgewiesen. Das Gericht ist der Ansicht, der Bauherr hätte nochmals die neu aufgetretenen Mängel bzw. die mangelhaft beseitigten Mängel anzeigen müssen und wiederum eine Frist zur Beseitigung dieser neuen Mängel setzen müssen.

## **10) Prüfpflichten des Tragwerksplaners**

**Ein Tragwerksplaner muss die Haftzugsfestigkeit des Betons prüfen, bevor er ein bestimmtes System zur Erhöhung der Tragfähigkeit von Decken empfiehlt (hier: CFK-Lamellensystem).**

*Ein Tragwerksplaner soll die Tragfähigkeit der Decken erhöhen. Der Tragwerksplaner empfiehlt unter mehreren Alternativen den Einbau von einem besonderen System, CFK-Lamellen. CFK-Lamellen sind Lamellen aus kohlenstofffaserverstärktem Kunststoff, sie werden als geklebte Bewehrung für das wirtschaftliche Verstärken von Tragwerken aus Stahlbeton eingesetzt. Der kohlenstofffaserverstärkte Kunststoff wird auf die Oberfläche von Bauteilen mit speziellen Klebern aufgeklebt. Der Architekt entnimmt Bohrkerne und berechnet daraus eine Bugfestigkeit. Die Haftzugsfestigkeit der Bodenoberfläche hat er jedoch nicht überprüft. Er weist aber darauf hin, dass vor der Ausführung der Baumaßnahme die erforderliche Haftzugsfestigkeit zu prüfen sei.*

*Als sich anschließend herausstellt, dass der Beton nicht über die notwendige Haftzugsfestigkeit verfügt, wird der Tragwerksplaner vom Auftraggeber auf Schadensersatz in Anspruch genommen.*

Das Gericht gibt der Klage statt. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Werkvertragsrechts schuldet der Unternehmer die Herstellung eines für den konkreten Verwendungszweck geeigneten und funktionsfähigen Werkes. Der Tragwerksplaner schulde den Beitrag zur Schaffung einer dauerhaft genehmigungsfähigen Planung, er habe ein mangelfreies Bauwerk mit herbeizuführen. Außerdem habe der Tragwerksplaner seine Arbeitsgrundlagen festzustellen.

Daher liege in der Favorisierung des Lamellensystems im Rahmen der Vorplanung ohne verifizierte Zugfestigkeit ein Mangel. Die grundlegenden Voraussetzungen nicht selbst festzustellen oder dies zu veranlassen und lediglich darauf hinzuweisen, dass man von bestimmten Werten ausgehe, reiche nicht, da die Statikplanung vollumfänglich beauftragt gewesen sei.

Das Gericht stellt im Übrigen klar, dass die Zugfestigkeit bereits im Rahmen der Vorplanung zu prüfen gewesen sei. Würde nämlich erstmals im Rahmen der Bauausführung die Grundlage der Planung überprüft, so liefe der Auftraggeber Gefahr, die Planung bezahlen zu müssen, das Werk aber mangels vorliegender Voraussetzungen nicht erstellen zu können.

Dem Planer wird also insbesondere auch vorgeworfen, dass der Bauherr darauf vertrauen durfte, daß die vorgeschlagene Lösung funktioniere, und in diesem Vertrauen bereits Aufwendungen gemacht habe.

## 11) Zugriff auf Baugeld

**Der Bauträger darf zur Bezahlung von Werklohn für Arbeiten, die sich auf unwesentliche Bestandteile des Gebäudes beziehen, erst dann auf Baugeld zurückgreifen, nachdem die Forderungen der Baugläubiger im Sinne von § 1 Abs. 1 GSB erfüllt worden sind.**

OLG Celle, Urteil vom 05.07.2006, Az.: 7 U 260/05

*Eine Bauträgersgesellschaft hat Baugeld im Sinne des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (GSB) erhalten. Dieser Bauträger GmbH fällt in Insolvenz. Ein nachgeschalteter Bauunternehmer fällt daraufhin mit seiner Werklohnforderung aus. Er verlangt nun vom Geschäftsführer des Bauträgers persönlich einen Teilbetrag. Dieser habe das Baugeld zweckwidrig verwendet, zumindest könne er keine ordnungsgemäße Baugeldausgabe nachweisen.*

Das Gericht gibt der Klage des Bauunternehmers statt. Baugeldempfänger sei zwar nicht der Geschäftsführer gewesen, sondern die Bauträger GmbH. Über das Vermögen der Bauträger GmbH sei aber das Insolvenzverfahren eröffnet worden, so dass der Geschäftsführer für eine Zweckentfremdung von Baugeld gem. § 14 StGB, § 5 GSB strafrechtlich verantwortlich und gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 GSB persönlich schadensersatzpflichtig sei.

Hier liege ein Verstoß gegen die Verwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB vor. Zwar habe der Kläger als Baugläubiger einen Verstoß gegen § 1 GSB darzulegen und zu beweisen. Ausreichend sei aber, dass der Verwendungspflichtige (also der Geschäftsführer) Baugeld in mindestens der Höhe der Forderung des Gläubigers empfangen habe und von diesem Geld nichts mehr vorhanden sei, ohne das eine fällige Forderung des Baugläubigers befriedigt worden wäre. Es sei dann Sache des Baugeldempfängers (Geschäftsführers) die ordnungsgemäße Verwendung des Baugeldes, d. h. eine Auszahlung an andere Baugläubiger darzulegen. Der Geschäftsführer könne hier nicht den Nachweis erbringen, dass er das Baugeld ordnungsgemäß ausgegeben habe.

Der Geschäftsführer legte dazu eine Aufstellung vor, aus der zu entnehmen war, welche Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben er getätigt haben will. Das Gericht sieht dies aber nicht ausreichend an. Unter den Schutz des § 1 Abs. 1 GSB fielen nur solche Gläubiger, deren Leistungen einen unmittelbaren Beitrag zur Herstellung des Baues bildeten, was sich in der Schaffung von Mehrwert äußere. Der „Herstellung des Baus“ dienten aber nur solche Leistungen, die sich auf wesentliche Bestandteile des Gebäudes im Sinne der §§ 93, 94 bezögen. Die Herstellung von Außenbereich und Außenanlagen falle daher nicht darunter. Der Geschäftsführer hätte also vorrangig die Forderungen der Baugläubiger erfüllen müssen, erst anschließend hätte er die Außenanlagen bezahlen dürfen.

## 12) Abnahme unter Vorbehalt

**Eine Abnahme kann auch vorliegen, wenn die Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln erfolgt. Dann muss jedoch zweifelsfrei deutlich werden, ob der Auftraggeber abnehmen will oder die Abnahme verweigern will.**

OLG Rostock, Urteil vom 31.08.2006, Az.: 7 U 2/06

*In einem Schriftstück wurde der Vorbehalt für mehrere Mängel des Bauvorhabens erklärt. Das Wort „Abnahme“ findet keine Erwähnung.*

*Der Auftraggeber nimmt nun den Bürgen aus einer Gewährleistungsbürgschaft in Anspruch. Der Bürge verteidigt sich damit, dass noch gar keine Abnahme erfolgt sei.*

Das Gericht gibt dem Bürgen Recht. Zwar könne grundsätzlich eine Abnahme unter Vorbehalt von Mängeln auch einmal als Abnahme gewertet werden. Jedoch werde hier nicht zweifelsfrei deutlich, dass der Auftraggeber abnehmen oder die Abnahme wegen Mängeln verweigern will. Das Wort „Abnahme“ finde keine Erwähnung. Vielmehr spreche der Umstand, dass in der abschließenden Vereinbarung von einer noch zu leistenden Abschlagszahlung die Rede sei, gegen eine Abnahme, weil in diesem Falle eine Abschlagszahlung nicht mehr ohne Weiteres Sinn mache.

Der Auftraggeber habe auch keine sonstigen Begleitumstände vorgetragen, die eine förmliche Abnahme belegen könnten.

## 13) Abnahme bei Gewährleistungsbürgschaft

**Liegt einem Gewährleistungsbürgschaftsvertrag ein Bauvertrag zugrunde, der eine förmliche Abnahme vorsieht, so können nicht nachträglich die Parteien des Bauvertrags die Abnahmemodalitäten ändern.**

OLG Rostock, Urteil vom 31.08.2006, Az.: 7 U 2/06

*Die Parteien eines Bauvertrags vereinbaren, dass eine Gewährleistungsbürgschaft gestellt werden muss. Im Bauvertrag ist eine förmliche Abnahme vorgesehen.*

*Nach Bürgschaftsunterzeichnung kommt es zwischen dem Auftraggeber und dem Bürgen zum Streit, ob ein Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag gegeben ist. Wichtigster Streitpunkt ist, ob bereits eine Abnahme stattgefunden hat. Nachdem das Gericht eine förmliche Abnahme verneint hat, geht es nun um die Frage, ob nicht die beiden Parteien des Bauvertrags auf eine förmliche Abnahme verzichten können. Dies behauptet nämlich der Auftraggeber.*

Das Gericht gibt dem Auftraggeber nicht Recht. Zwar könne mit dem zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer die Abrede über eine förmliche Abnahme modifiziert werden. Eine solche Modifizierung muss jedoch der Bürge nicht gegen sich gelten lassen. Bei der gebotenen Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange des Bürgen muss man davon ausgehen, dass es den Parteien der Hauptschuld nicht überlassen sein soll, die Modalitäten der Abnahme nachträglich anders zu regeln, als dies in dem der Bürgschaft zugrunde gelegten Werkvertrag vereinbart war.

#### **14) Doppelsicherung: keine Sicherung?**

**Zahlt der Auftraggeber, der eine Gewährleistungssicherheit bar einbehält und eine vom Auftragnehmer gestellt Bürgschaft als Austauschsicherheit entgegennimmt, den Sicherheitseinbehalt entgegen einer vom Auftragnehmer gesetzten Nachfrist nicht auf ein Sperrkonto ein, muss er nicht nur den Sicherheitseinbehalt auszahlen, sondern auch die Bürgschaft herausgeben.**

BGH, Beschluss vom 10.11.2005 - VII ZR 11/04  
Fundstelle: BauR 2006, 154

*Zwischen den Parteien war ein VOB-Werkvertrag vereinbart. Es war außerdem vereinbart, dass der Bauherr 5 % der Schlussrechnungssumme bis zum Ende der Gewährleistungsfrist einbehalten kann.*

*Nach Beendigung der Arbeiten behält der Bauherr eine entsprechende Summe ein. Der Unternehmer stellt seinerseits eine Bürgschaft. Dennoch zahlt der Unternehmer den Einbehalt nicht aus. Auch eine Fristsetzung durch den Unternehmer auf Herausgabe der Bürgschaft und Einzahlung des Einhalts auf ein Sperrkonto nach § 17 Nr. 6 VOB/B ist fristlos verstrichen. Auch eine Nachfristsetzung verstrich fruchtlos. Einige Monate später zahlt der Bauherr den Einbehalt an den Unternehmer aus. Der Unternehmer erhebt nun Klage auf Herausgabe der Bürgschaft.*

Der BGH gibt dem Bauunternehmer Recht. Gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B war der Bauunternehmer verpflichtet, den als Sicherheit einbehaltenen Betrag binnen 18 Tagen ab Mitteilung des Einhalts an die Klägerin auf ein Sperrkonto einzuzahlen. Hieran

habe sich auch nichts daran geändert, dass der Bauunternehmer zur Ablösung des Sicherheitseinbehalts eine vertragsgemäße Bankbürgschaft gestellt habe. Allerdings sei der Bauherr nun vorrangig verpflichtet gewesen, den Sicherheitseinbehalt unverzüglich an den Unternehmer auszuzahlen. Unabhängig davon sei der Bauunternehmer verpflichtet gewesen, den Einbehalt auf ein Sperrkonto einzubezahlen. Denn bis zur Auszahlung sei das einbehaltene Geld zu Unrecht im Vermögen des Bauherrn geblieben, der Bauunternehmer war weder vor dem Zugriff anderer Gläubiger noch vor der Insolvenz des Bauherrn geschützt.

Der BGH stellt im Übrigen klar, dass § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B nicht nur für den berechtigten, sondern auch für den unberechtigten Sicherheitseinbehalt gelte.

Da hier der Bauherr jede vom Unternehmer gesetzte Nachfrist verstreichen hat lassen, habe er das Recht auf jede Sicherheit verloren und müsse nun auch die Bürgschaft zurückgeben. Soweit die Vorinstanz die Meinung vertreten hat, § 17 Nr. 6 Abs. 3 S. 2 VOB/B sei nur dann anwendbar, wenn der Unternehmer noch keine Sicherheit geleistet habe, tritt dem der BGH entgegen. Die Formulierung, dass der Auftragnehmer „dann keine Sicherheit mehr zu leisten“ habe, lasse sich zwanglos dahingehend verstehen, dass der Unternehmer auch eine bereits gestellte Sicherheit müsse, sondern sie zurückfordern könne. Die Bestimmung diene dem Interesse des Unternehmers. Denn der Sicherheitseinbehalt soll vor dem Zugriff anderer Gläubiger und vor der Insolvenz des Auftraggebers geschützt werden. Der Auftraggeber, der beides behält, verschaffe sich eine Doppelsicherung. Dieses grobe vertragswidrige Verhalten rechtfertige es, den vertragsuntreuen Auftraggeber das Recht nicht nur auf eine zukünftige, sondern auf jede Sicherheit zu versagen.

Also: Eine doppelte Sicherung kann schnell zu gar keiner Sicherung führen.

### **III) Vergaberecht**

#### **1) Übertriebener Formalismus**

**Bei der Angebotswertung ist nicht ausschließlich auf vormalige Gesichtspunkte, sondern auf die Gesamtheit der abgegebenen Erklärungen abzustellen.**

VK Köln, Beschluß vom 30.08.2006 – VK VOB 27/06

*Bei der Ausschreibung von Trockenbauarbeiten wurde von der Vergabestelle das Angebotsformblatt „EVM (B) Ang EG 213 EG“ beigelegt. Auf der ersten Seite waren durch Ankreuzen die Vertragsbestandteile aufzulisten. Bei der preisgünstigsten Bieterin fehlte jedoch diese erste Seite. Die Vergabestelle schloß die Bieterin wegen Unvollständigkeit der Unterlagen aus.*

Von der Vergabekammer wurde die Vergabestelle jedoch dann verpflichtet, das Angebot zu werten. Auf Grund der Tatsache, dass Blatt 1 des Angebots fehlt, kann das Angebot nicht zwingend als unvollständig im Sinne der Rechtsprechung des BGH angesehen werden und deswegen von der Wertung ausgeschlossen werden. Sämtliche von der Vergabestelle vorgegebenen Anlagen und Unterlagen seien beigelegt gewesen, die Unterschrift umfasste alle Teile des Angebots, auch die Anlagen. Die Vergabekammer hat es als Förmerei angesehen, dass das Angebot der Bieterin auszuschließen sei, obwohl Sie die Erklärung abgegeben hat, dass die Unterschrift für alle Teile des Angebots gilt und das Angebot der Bieter ansonsten vollständig ist, wenn lediglich die Liste fehlt, in der die Vertragsbestandteile nochmal aufgelistet sind.

## **2) Ist ein Ausschluss wegen ungeklärter Null-Euro-Positionen möglich?**

**Wenn Null-Euro-Positionen im Aufklärungsgespräch durch den Bieter nur mit Gründen erklärt werden können, die den Ausschluss des Angebots indizieren (Angabe vergessen oder andernorts eingepreist), muss der Bieter (im Nachgang) auf Grund seiner Mitwirkungspflicht zur Vermeidung eines Ausschlusses seines Angebots eine Stellungnahme abgeben, aus der sich das Vorliegen eines vergaberechtskonformen Grundes für diese Preisangaben ergibt.**

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.07.2006 – VK – SH 18/06, 580  
Fundstelle: IBR 2006, 580

*Es wird ein Oberflächenabdichtungssystem zum Zwecke der Stilllegung einer Deponie ausgeschrieben. Der günstigste Bieter hat drei Positionen mit 0,00 Euro angeboten. In einem danach geführten Aufklärungsgespräch können die Mitarbeiter des Bieters sich hierzu nicht erklären und mutmaßen, dass die Angabe hier vergessen wurde oder in anderen Positionen enthalten sein könnte. Diese Aussage wird im Protokoll festgehalten, welches der Bieter unterschrieben zurücksendet. Wegen fehlender Preisangaben wird der Bieter ausgeschlossen.*

Nach Ansicht der Vergabekammer zu Recht. Das Nachprüfungsverfahren des Bieters bleibt ohne Erfolg. Eine Bepreisung mit 0,00 Euro ist zwar nicht unzulässig, der Bieter ist auch nicht deswegen auszuschließen, weil im Aufklärungsgespräch nur Vermutungen angestellt worden waren. Aus diesen dürfte der Auftraggeber noch nicht auf eine Mischkalkulation schließen. Allerdings hat der Bieter seine Mitwirkungspflicht an der Aufklärung verletzt, weil er keine verbindliche Erklärung abgegeben hat. Weil der Bieter sich nicht ausreichend erklärt hat und dies auch nicht nachgeholt hat, fehlt seine nachvollziehbare Erklärung für die Null-Euro-Positionen. Es bedarf hier auch keiner Fristsetzung mit einem Hinweis auf den sogenannten Ausschluss, da es eine Obliegenheit des Bieters ist, ein vollständiges und sofort verwertbares Angebot einzureichen..

### **3) Problem: Alter des Gewerbezentralregisterauszugs**

**Um sicherzustellen, dass die Vergabestelle vergleichbare Angebote wertet, muss auf einen einheitlichen Zeitpunkt für die Bewertung der Aktualität (z.B. „nicht älter als 3 Monate“) der Gewerbezentralregisterauszüge abgestellt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt, zu dem die Gültigkeitsdauer des Gewerbezentralregisterauszuges bei Vergaben nach der VOL/A (noch) bestehen muss, ist daher weder der Zeitpunkt der Abgabe des Angebots noch der Submissionstermin, sondern das Ende der Angebotsfrist.**

VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 27.07.2006 – VK-SH 17/06  
Fundstelle: IBR 2006, 581

*Ausgeschrieben wurde die Strassenreinigung und der Winterdienst für die Dauer von 10 Jahren. Es wurde verlangt, dass ein Gewerbezentralregisterauszug beizufügen ist, der höchstens 3 Jahre alt ist. Die Bieterin reichte mit 26.04.2006 ein Angebot ein. Diesem war ein Gewerbezentralregisterauszug vom 26.01.2006 beigelegt. Die Vergabestelle schloss die Bieterin jedoch wegen des veralteten Auszugs vom weiteren Verfahren aus.*

Das eingeleitete Nachprüfungsverfahren der Bieterin blieb ohne Erfolg. Die Bieterin hat angegeben, dass die zuständige Behörde für die Erteilung eines Auszugs bestreikt wurde und die Wartezeiten zu lang waren. Zudem sei die Bieterin umgezogen und es hätte erst nach dem Umzug ein aktueller Auszug eingeholt werden können. Die Vergabekammer war allerdings der Auffassung, dass die Vergabestelle Angaben zum Alter der Gewerbezentralregisterauszüge verlangt, diese auch von allen Bietern einzuhalten sind. Hierbei sei auf das Ende der Angebotsfrist abzustellen. Wenn ein Auszug zu diesem Zeitpunkt bereits veraltet ist, gilt er als nicht vorgelegt. Ein Ermessen steht der Vergabestelle diesbezüglich nicht zu bzw. ist dieses auf Null reduziert. Auch ist der Einwand nicht anzuerkennen, dass auf Grund des Streiks der Auszug nicht oder nur mit extremen Schwierigkeiten eingeholt werden konnte. Der Zeitpunkt für die Bewertung der Aktualität muss für jeden Bieter einheitlich sein.

### **4) Wertung von Alternativpositionen**

**1.) Bei der Angebotswertung dürfen nur solche Kriterien berücksichtigt werden, die in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen genannt sind. Umgekehrt bedeutet dies, dass der Auftraggeber auch verpflichtet ist, alle bekannt gemachten Zuschlagskriterien auf die Angebote anzuwenden.**

**2.) Berücksichtigt der Auftraggeber bei der Wertung nicht alle bekannt gegebenen Kriterien, ist der Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 1, 2 GWB verletzt.**

*Ausgeschrieben sind Rohbauarbeiten. Im Leistungsverzeichnis ist eine Grundposition für Schalung Deckenplatten enthalten. Weiter ist enthalten eine Alternativposition für Schalung Deckenplatten tapezierfähig. Bieter 1 soll den Auftrag erhalten. Er ist nach Wertung unter Berücksichtigung der Alternativposition an erster Stelle. Vorteil der Alternativposition ist es, dass diese günstiger ist, weil Putzarbeiten eingespart werden können, die anderenfalls bei der Ausführung der Grundposition erforderlich sind. Bieter 2 liegt allerdings bei der Wertung der Grundposition vorne und wehrt sich gegen Vergabe an Bieter 1. Er begründet dies damit, dass die Alternativposition bei der Wertung nicht berücksichtigt werden darf, weil in den Ausschreibungsunterlagen Angaben fehlen, wann eine Entscheidung zu Gunsten der Alternativposition erfolgen würde. Die Wertung der Alternativposition könne mit der Begründung der Mehrkosten für Verputzarbeit schon deshalb nicht begründet werden, weil die Kosten hierfür wegen einer bislang fehlenden Ausschreibung noch nicht vorliegen.*

Der Bieter 2 erhält vor der Vergabekammer Recht. Die Ausschreibungsstelle hat zur gewährleisten, dass sämtliche Kriterien bei der Beurteilung des wirtschaftlichen Angebots berücksichtigt werden. Vorliegend wurden die Kriterien für die Wertung wie folgt benannt: Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität oder technischer Wert, rationaler Baubetrieb und sparsame Wirtschaftsführung. Diese Kriterien sind auch hinsichtlich der Art der Deckenschalung heranzuziehen. Vorliegend war die Vergabekammer jedoch der Auffassung, dass die Wirtschaftlichkeit der Angebote lediglich anhand des Preises beurteilt wurde, denn im Vergabevorschlag ist nur ausgeführt, dass die Firma 2 die preisgünstigste Bieterin sei. Die Vergabestelle hat hier zutreffend den Preis für die Alternativposition berücksichtigt. Wenn die Vergabestelle sich für die ausgeschriebene Alternativposition entscheidet, ist der Preis dieser entscheidend und nicht der Preis für die Grundposition und der ist in die Wertung einzustellen. Allerdings fehlt im Vergabevermerk jedwede Abwägung der Angebote hinsichtlich der übrigen Kriterien, so dass die Vergabekammer der Vergabestelle auferlegt hat, den Wertungsausfall zu beheben und das wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung dieser Vorgaben zu ermitteln.

## **5) Zwingender Ausschluss bei abweichenden Angaben zur Umsatzsteuer**

**Sofern ein Bieter gegen den Ausschreibungstext in seinem Angebot angibt, dass sich seine Preise jeweils zuzüglich der am Tag der Abrechnung gültigen Mehrwertsteuer verstehen, ändert er damit in unzulässiger Weise die Verdingungsunterlagen; sein Angebot ist zwingend auszuschließen.**



*Ausgeschrieben werden Bauleistungen für Natursandsteinarbeiten. Als Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis angegeben. Weiter heißt es in den Ausschreibungsunterlagen unter Ziffer 17.3: „Die Rechnungen sind mit den Vertragspreisen ohne Umsatzsteuer (Nettopreise) aufzustellen; der Umsatzsteuerbetrag ist am Schluss der Rechnung mit dem Steuersatz einzusetzen, der zum Zeitpunkt des Entstehens der Steuer, bei Schlussrechnungen zum Zeitpunkt des Bewirkens der Leistung gilt. Bei Überschreiten von Vertragsfristen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, gilt der bei Fristablauf maßgebliche Steuersatz“.* Eine Bieterin fügt ihrem Angebot ein Begleitschreiben bei, auf dem neben der Preisangabe steht: „zzgl. der am Tage der Abrechnung gültigen Mehrwertsteuer“. Die Vergabestelle schließt sie von der Wertung aus.

Nach Ansicht der Vergabekammer erfolgt der Ausschluss zu Recht. Dadurch, dass die Bieterin in ihrem Begleitschreiben verwendet „zzgl. der am Tage der Abrechnung gültigen Mehrwertsteuer“, sieht die Vergabekammer eine Veränderung der Verdingungsunterlagen. Damit sei unklar, was gemeint sei. Es könne der Zeitpunkt der Erstellung einer prüfaren Aufstellung, der erbrachten Leistung für die Abschlagszahlung oder die Vorlage der Schlussrechnung sein. Eine steuerrechtskonforme Auslegung ist nicht möglich. Entscheidend ist allein die Möglichkeit der Wettbewerbsbeinträchtigung.

## **6) Bindung an Angebot**

**Weigert sich der Bieter ernsthaft und endgültig, sich an einem bindenden Vertragsangebot festhalten zu lassen und bringt er damit zum Ausdruck, dass er nicht bereit ist, nach Annahme seines Angebots die Leistung vertragsgemäß zu erbringen, stellt dies eine Pflichtverletzung dar. Wird der Angebotsempfänger dadurch veranlasst, das Angebot nicht anzunehmen, ist er berechtigt, den Schaden geltend zu machen, der ihm dadurch entstanden ist, dass der Vertrag mit diesem Bieter nicht zu Stande kam, sondern er einen anderen Bieter beauftragen musste.**

BGH, Urteil vom 24.11.2005 – VII ZR 87/04

*Der Bauunternehmer hat nach Aufforderung ein Angebot für Sanierungsarbeiten abgegeben. In der Ausschreibung waren verschiedene Positionen aufgeführt, die Ver- und Entsorgungsleistungen betrafen. Das vom Bauunternehmer abgegebene Leistungsverzeichnis enthielt diese Positionen nicht. Daraufhin wurde ein Vergabegespräch durchgeführt. Hier erklärte der Bauunternehmer, dass eine Kalkulation dieser Ver- und Entsorgungsleistungen nicht erfolgt sei und er diese nur gegen zusätzliche Vergütung erbringen wolle. Eine zusätzliche Vergütung wollte der Auftraggeber jedoch nicht bezahlen. Daher wurde der Auftrag einem anderen Bieter erteilt. Der Auftraggeber verlangt nunmehr Mehrkosten, die aufgrund der Beauftragung des teureren Bieters entstanden sind.*

Der BGH hat entschieden, dass der Bieter an das Angebot gebunden ist. Allerdings wurde der Fall wieder zurückverwiesen an das zuständige Oberlandesgericht, da dieses sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt hatte, ob die Erklärung des Bauunternehmers, dass er die Erbringung der Leistung von einer zusätzlichen Vergütung abhängig mache, nicht als Anfechtungserklärung zu sehen ist. Das Oberlandesgericht hat daher noch einmal eine Auslegung dieser Erklärung vorzunehmen. Wenn das Oberlandesgericht dann zur Auffassung gelangen sollte, dass hier eine Anfechtung vorläge, so ist zu beachten, dass dann nur der Vertrauensschaden geltend gemacht werden kann, d. h. nur dass der Anspruchsberechtigte so zu stellen ist, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit des Geschäfts vertraut hätte. Anders wäre es beim sogenannten Nichterfüllungsschaden, hier ist der Anspruchsberechtigte so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte.

## **7) Zuschlagskriterien bei Übergang ins Verhandlungsverfahren**

**Hebt die Vergabestelle das Offene Verfahren mangels wertbarer Angebote auf, geht ins Verhandlungsverfahren über und beteiligt in diesem dieselben Bieter, so sind die im Offenen Verfahren angegebenen Zuschlagskriterien zu Grunde zu legen, auch wenn keine erneute Bekanntgabe von Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren erfolgte.**

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.02.2005 – Verg W 11/04  
Fundstelle: IBR 2006, 110

*Der Auftraggeber schreibt im Offenen Verfahren aus. In der Bekanntmachung gibt er neben dem Preis 16 weitere Zuschlagskriterien an. Keines der Angebote entspricht diesen Ausschreibungsbedingungen. Daraufhin wird das Vergabeverfahren aufgehoben und man geht in das Verhandlungsverfahren über. Es werden dieselben Unternehmen wie zuvor beteiligt. Eine erneute Bekanntmachung gibt es allerdings nicht. Die Wertung wird jedoch dahingehend geändert, dass nunmehr beabsichtigt ist, den Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Hiergegen wendet sich ein Bieter mit einem Nachprüfungsverfahren.*

Das entscheidende Gericht gibt ihm Recht. Der Auftraggeber dürfe danach nicht allein auf den Preis als entscheidendes und ausschlaggebendes Kriterium abstellen. Für die Wertung sind auch zuvor die im Offenen Verfahren angegebenen Zuschlagskriterien zu Grunde zu legen. Dies gilt auch dann, wenn vorher keine öffentliche Bekanntmachung stattgefunden hat und dadurch keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben wurden. Dennoch ist der Auftraggeber an die zuvor bekannt gegebenen Zuschlagskriterien gebunden. Begründet wird dies damit, dass auch wenn es sich formell um zwei eigenständige Verfahren handelt (Offenes Verfahren / Verhandlungsverfahren) sich dies für den Bieter als ein einheitliches Verfahren darstellt. Die einmal festgelegten und nicht mehr abgeänderten Kriterien müssen daher gelten. Eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien ist unzulässig. Denn nach

§ 3a Nr. 2 a VOL/A dürfen die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden.

## **8) Unterschreitung der Mindestsätze**

**Die Vergabestelle trifft bei angenommener Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI eine Aufklärungspflicht; diese gilt nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber allen Bietern.**

VK Hessen, Beschluss vom 08.11.2005 – 69d-VK-67/2005  
Fundstelle: IBR 2006, 112

*Der Auftraggeber hat Planungsleistungen für den Neubau einer Werkstatt für elektrische Triebwagen ausgeschrieben. Die Angebote der beiden besten Bieter unterschreiten dabei die Mindestsätze. Ein Bieter wird daraufhin ohne nähere Aufklärung wegen einer verbotenen Mischkalkulation vom Verfahren ausgeschlossen. Andererseits räumt der Auftraggeber dem anderen Bieter die Möglichkeit ein, sein Angebot zu korrigieren. Nunmehr stellt der übergangene Bieter einen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer.*

Der übergangene Bieter erhält Recht.

Die angerufene Vergabekammer stellt fest, dass der Auftraggeber verpflichtet ist aufzuklären, warum die Angebote die Mindestsätze unterschreiten. Der Auftraggeber kann sich dabei jedoch nicht damit begnügen, ein Angebot eines Bieters aufzuklären, nicht jedoch das des anderen Bieters. Zu beachten ist hierbei, dass bei einer Unterschreitung der Mindestsätze § 16 Abs. 2 Satz 2 VOF keinen automatischen Ausschluss gebietet, sondern dass dann der Preis in dem von der HOAI vorgegebenen Rahmen zu tragen kommt. Es dürfte dann so zu verfahren sein, dass der Auftraggeber das Honorar auf die Mindestsätze anhebt, jedenfalls solange man davon ausgehen kann, dass die Mindestsatzunterschreitung unbewusst erfolgt.

## **9) Einschränkung des Nachverhandlungsverbotes bei funktionaler Leistungsbeschreibung**

**1. Zwischen § 25 Nr. 1 Abs. 1, § 21 Nr. 1 Abs. 1, und § 24 VOB/A besteht eine Wechselwirkung. Kann der Auftraggeber mit einem Bieter zulässigerweise nachverhandeln, fehlt regelmäßig ein zwingender Grund für den Ausschluss. Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ermöglicht § 24 Nr. 3 VOB/A unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs.**

**2. Geringfügig unvollständige Angebote sind in die Wertung aufzunehmen, wenn die Unvollständigkeit des Angebots die Beurteilung seiner Funktionalität durch die Vergabestelle nicht beeinträchtigt, seine sachlichen oder preislichen Lücken**

**lediglich verhältnismäßig geringfügige Details betreffen, die die Wettbewerbsstellung des Bieters nicht relevant ändern, und wenn die Zulassung darüber hinaus keinen Manipulationen Vorschub leistet.**

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.11.2005 – 1 Verg 3/05  
Fundstelle: IBR 2006, 160

*In einem nichtoffenen Verfahren wird mit funktionaler Leistungsbeschreibung die Planung und der Neubau einer Kläranlage ausgeschrieben. Die Leistungsbeschreibung ist umfangreich (ca. 400 Seiten); sie enthält Elemente eines Leistungsverzeichnisses. Die Angebote werden von einem Projektsteuerungsbüro geprüft. Es kommt zu dem Ergebnis, dass sämtliche Angebote sachliche Lücken enthalten, was aufgrund der Umfanglichkeit des Vorhabens jedoch kaum vermeidbar sei. Mit zwei Anbietern werden Aufklärungsgespräche zur Nachbesserung der Angebote hinsichtlich der Defizite geführt. Nachdem feststeht, dass der Zuschlag an eine der beiden Bieterinnen erteilt werden soll, wendet sich die übergangene Bieterin an die Vergabekammer. Diese verpflichtet den Auftraggeber die Angebote nochmals zu bewerten und dabei die unzulässigerweise nachverhandelten Positionen der bevorzugten Bieterin und im Nachprüfungsverfahren Beigeladenen nicht zu berücksichtigen. Die bevorzugte Bieterin und Beigeladene wendet sich mit sofortiger Beschwerde dagegen.*

Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen hat Erfolg. Auch wenn das Angebot der Beigeladenen den Vorgaben des Leistungsprogramms nicht in jeder Einzelheit entspricht, führt dies jedoch nicht seinem zwingenden Angebotsausschluss. Die Defizite können durch Aufklärungsgespräche beseitigt werden. Das OLG war der Auffassung, dass die Unvollständigkeiten zu geringfügig waren, dass der Wettbewerb nicht beeinträchtigt war. Auch sei die Eindeutigkeit des Angebotsinhalts nicht tangiert. Funktionale Leistungsbeschreibungen benötigen bei hoher Komplexität auch einen flexiblen Prüfungsrahmen.

## **10) VOF-Vergabe bei Umbaufschlag**

**1. Dem Auftraggeber kann es nicht verwehrt werden, hinsichtlich des von ihm als Zuschlagskriterium benannten Honorars nicht ausschließlich auf ein noch nicht endgültig feststehendes Gesamthonorar abzustellen. Es muss ihm vielmehr möglich sein, diesen Wertungsbereich auszudifferenzieren und somit die bei VOF/Verfahren ohnehin engen Verhandlungsspielräumen beim Honorar entsprechend zu bepunkten.**

**2. Ein grundsätzliches Abweichen vom Rahmen des § 66 Abs. 5 Satz 2 HOAI (20-50 von 100) ist selbst bei Annahme eines durchschnittlichen Schwierigkeitsgrades der Umbauleistung möglich. Zwar ist die Angabe einer Untergrenze von 20% in Verbindung mit einer Kann-Bestimmung zunächst Indiz zu einem Mindestsatz.**

**Andererseits hat der Gesetzgeber auch nicht festgelegt, dass sich der Umbauschlag ausschließlich in diesem Rahmen bewegen muss (im Sinne einer „kann nur“-Bestimmung).**

VK Bund, Beschluss vom 10.11.2005 – 2 VK-132/05

Fundstelle: IBR 2006, 163

*Der Auftraggeber schreibt die Tragwerksplanung für den Umbau eines Dienstgebäudes aus. Gefordert wird von den Bewerbern, dass diese den Umbauschlag angeben. Diesen bewertet der Auftraggeber mit 40 % für auf das Kriterium „Honorar“ zu erzielenden Punkte. Der Umbau weist einen überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Zwei Bewerber liegen eng beieinander. Zu Gunsten eines Bewerbers wird jedoch berücksichtigt, dass er den Umbauschlag mit lediglich 10 % angeboten hat. Der zweite Bewerber gibt dem Umbauschlag mit 30% an. Der zweite Bewerber wird daher nicht berücksichtigt und wendet sich an die Vergabekammer mit einem Nachprüfungsantrag. Er begründet diesen damit, dass der Umbauschlag nur 7,5 % des Gesamthonorars ausmache und es daher vergaberechtswidrig sei, hierfür 40 % der Punkte für das Kriterium „Honorar“ zu vergeben. Zudem vertritt er die Auffassung, dass das Angebot des bevorzugten Bewerbers auszuschließen sei, weil der Schwierigkeitsgrad der zu erbringenden Leistungen sehr hoch sei und daher der Mindestzuschlag von 20 % (§ 66 Abs. 5 HOAI) nicht unterschritten werden dürfe.*

Der Nachprüfungsantrag bleibt ohne Erfolg. Der Auftraggeber hat bei der Bewertung des Honorars nach der HOAI nur einen eng umgrenzten Spielraum. Er ist daher berechtigt, Kriterien wie den Umbauschlag überproportional zu bewerten. Es gäbe auch keine Bedenken dass der Umbauschlag nur 10 % betrage, denn die in § 66 Abs. 5 HOAI genannten 20 % werden von der Mindestsatzregelung des § 4 HOAI nicht erfasst.

Letzteres dürfte jedoch nicht der herrschenden Meinung entsprechen, die nämlich durchaus davon ausgeht, dass der Mindestzuschlag bei durchschnittlichen Fällen nur dann wirksam unterschritten werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 HOAI vorliegen.

Prof. Dr. Bernhard Rauch  
Rechtsanwalt, Regensburg

## **Intensivseminare zum Architekten- und Baurecht in Regensburg** (begrenzt auf 12 Teilnehmer)

Referent: Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernhard Rauch

Teilnahmegebühr  
je Veranstaltung: 340,00 € zzgl. Mehrwertsteuer

- 23.02.2007:** **VOB für Architekten und Ingenieure**  
Was Architekten und Ingenieure für ihre tägliche Praxis wissen müssen  
(Grundlagen und Details)
- 16.03.2007:** **Haftung am Bau**  
Haftung der Architekten, Ingenieure, Projektsteuerer und Unternehmer  
für Mängel und Schäden am Bau
- 30.03.2007:** **Welchen Erfolg schuldet der Architekt?**  
Das Urteil vom 24.06.2004 – Was ein Architekt wissen muss, um  
Honorarverluste zu vermeiden
- 27.04.2007:** **Urheberrecht für Architekten und Ingenieure**  
Wie Architekten und Ingenieure ihre Rechte schützen und durchsetzen  
können
- 11.05.2007:** **Wirksame und unwirksame AGB in Bau- und  
Architektenverträgen**  
Nur wirksame Vertragsklauseln führen zum Erfolg
- 15.06.2007:** **Baurecht für Bauleiter**  
Rechtssicherheit in der täglichen Praxis für Bauleiter der Auftraggeber  
und Auftragnehmer
- 13.07.2007:** **Architekten- und Ingenieurverträge**  
Richtige Vertragsgestaltung – vom Standardvertrag bis zum  
Generalplaner-, ARGE- und Subplaner-Vertrag
- 27.07.2007:** **Der gestörte Planungs- und Bauablauf**  
Ansprüche der Planer und Unternehmer richtig geltend gemacht und  
durchgesetzt
- Veranstaltungsort:** Seminarraum unserer Kanzlei (Hoppestraße 7, Regensburg)

**Sonderveranstaltung: Baurecht 2006 - Zusammenfassung und Ausblick**  
Universität Regensburg, Hörsaal H 15  
**Freitag, 02. März 2007, 10:00 Uhr bis 17:00 Uhr**

Teilnahmegebühr: 100,00 € zzgl. Mehrwertsteuer

Im Rahmen einer Ganztagesveranstaltung fassen wir das Baurecht 2006 für Sie zusammen. Sie erfahren die wichtigsten Urteile auf den Gebieten des **Werkvertragsrechts**, der **VOB**, des **Architekten- und Ingenieurrechts**, des **öffentlichen Baurechts**, **Miet-, Makler- und Bauträgerrechts**. Wir stellen Ihnen die **VOB 2006** vor, wir berichten von Rechtsentwicklungen im Vergaberecht, Tendenzen in Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung, die für ein aus baurechtlicher Sicht erfolgreiches Jahr 2007 von Bedeutung sein werden.

**Referenten:** Die Rechtsanwälte der Kanzlei Prof. Dr. Rauch & Partner:

Frau Dr. Annette Birke-Rauch,  
Frau Claudia Fuchs,  
Herr Florian Schrems,  
Herr Klaus Bloch,  
Herr Agilolf Babl,  
Herr Prof. Dr. Bernhard Rauch.

---

Weitere Hinweise zu den Seminarinhalten unter [www.prof-rauch-baurecht.de](http://www.prof-rauch-baurecht.de)  
Anmeldung per Telefax (0941 / 297 34-11) oder über [www.prof-rauch-baurecht.de](http://www.prof-rauch-baurecht.de)

Anmeldeformular per Telefax: 0941 / 297 34-11

## Anmeldung

Seminar:

---

---

Teilnehmer:

---

---

---

---

---

---

---

\_\_\_\_\_, den \_\_\_\_\_  
(Ort/Datum)

\_\_\_\_\_  
(Stempel/Unterschrift)



v.i.S.d.P:

---

Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernhard Rauch  
Gesellschaft für Fortbildung im Bau- und Architektenrecht  
Hoppestr. 7, 93049 Regensburg  
Tel.: 09 41/2 97 34-0  
Fax: 09 41/2 97 34-11  
e-Mail: [r@prof-rauch-baurecht.de](mailto:r@prof-rauch-baurecht.de)

### **Wichtige Hinweise:**

- alle Angaben **ohne Gewähr**, kein Anspruch auf Vollständigkeit
- Der Newsletter „Neueste Entscheidungen im Bau- und Architektenrecht“ ist ein kostenloser Service der Gesellschaft für Fortbildung im Bau- und Architektenrecht. Ein Nachdruck oder eine Übernahme in Online-Angebote oder auf andere elektronische Medien ist ohne unsere Genehmigung nicht erlaubt. Wir freuen uns über Ihr Feedback, Vorschläge, Kritik und Kommentare. Sollte Ihnen unser kostenloser Newsletter „Neueste Entscheidungen im Bau- und Architektenrecht“ nicht mehr gefallen, können Sie uns eine email senden an [r@prof-rauch-baurecht.de](mailto:r@prof-rauch-baurecht.de).