

Planerverträge, Haftung der Planer und Mitverantwortung der Besteller

14. Weimarer Baurechtstage

Bearbeitet von
Evangelischen Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis

BGH Urt. v. 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, BauR 2014, 1295: Lieferung von marktgängigen Baumaterialien – hier: beschichtete Alu-Profileisten – ist ein reiner Kaufvertrag, der nur auf die Lieferung, nicht auf die Herstellung gerichtet ist. Der Hersteller ist daher nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.

- der Vertrag über die Herstellung und Lieferung ggf. auch die Montage **herzustellender** Bauteile (Betonfertigteile, Markisen).

Diese Verträge erlangen am Bau eine immer größere Bedeutung. Ihre **rechtliche Einordnung** als Kaufvertrag, Kaufvertrag mit Montageverpflichtung, „Werklieferungsvertrag“ oder Werkvertrag ist nicht immer ganz einfach. Davon hängt rechtlich aber sehr viel ab, weil die Rechtsfolgen sehr unterschiedlich geregelt sind:

- Während das Werkvertragsrecht eine sehr weitgehende Mängelbeseitigungspflicht kennt (Aus- und Wiedereinbau einschl. aller anfallenden Nebenarbeiten) ist die kaufvertragliche Mängelhaftung deutlich enger, dazu mehr unter III.
- Die Fälligkeit der Zahlungsansprüche ist unterschiedlich geregelt, auch die Verjährung,
- Ob die VOB/B auch in Kaufverträge einbezogen werden kann, ist unklar (OLG Rostock BauR 2010, 1233: gegenstandslos),
- Das Leitbild für die Klauselkontrolle hängt von der rechtlichen Einordnung des Vertrages ab.
- Wenn Kaufrecht anwendbar ist und die Voraussetzungen des Handelskaufs vorliegen, gilt § 377 HGB.

Diese Frage muss daher genauer erörtert werden.

b) Rechtliche Einordnung der Bauteillieferungsverträge

Früher galt für Verträge über die Herstellung und Lieferung von beweglichen Sachen, die zum Einbau in ein bestimmtes Bauvorhaben vorgesehen waren, Werkvertragsrecht. Zum 1.1.2002 trat dann die Schuldrechtsreform in Kraft. Dadurch änderte sich auch die Rechtslage, was aber zunächst niemand bemerkte.

Das änderte sich dann aber schlagartig durch:

BGH Urt. v. 23.7.2009 – VII ZR 151/08

„Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.

Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile voranzugehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.“

Das bedeutet: Alle Verträge über die Lieferung herzustellender Bauteile unterliegen dem Kaufrecht, sofern nicht ausnahmsweise Planungs- und Montageleistungen dem Vertrag sein besonderes Gepräge geben. Seine entgegenstehende frühere Rechtsprechung gibt der BGH in dieser Entscheidung ausdrücklich auf.

Damit war klar: „Bauteillieferungsverträge“ sind im Regelfall Kaufverträge.

Dazu weiter:

OLG Düsseldorf BauR 2013, 259

„Planungsleistungen, die als Vorstufe zu der im Mittelpunkt des Vertrages stehenden Lieferung herzustellender Anlagenteile anzusehen sind, qualifizieren die Leistung nicht als Werkvertrag. Vielmehr liegt der Schwerpunkt des Vertrages in der Lieferung beweglicher Sachen und qualifiziert den Vertrag als Werklieferungsvertrag.“

Anders liegt es aber, wenn der Vertrag nicht auf die Lieferung von einzelnen herzustellenden Bauteilen, sondern auf die Herstellung eines darüber hinaus gehenden Werkes gerichtet ist:

OLG Bremen IBR 2011, 406

„Nimmt der Unternehmer die Herstellung und den Einbau von beweglichen Teilen vor, liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn nach dem Vertrag die Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen zu übertragen, im Vordergrund steht; dagegen gilt Werkvertragsrecht, wenn das Interesse des Bestellers an der Erstellung eines funktionsfähigen Werkes überwiegt. Dabei kommt es weder auf den Umfang eventueller Eigenleistungen des Bestellers noch darauf an, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beansprucht.“

Das setzt aber voraus, dass ein über die Herstellung und Lieferung hinausgehender Erfolg geschuldet ist.

Die Einordnung kann auch Schwierigkeiten bereiten, wenn umfangreiche Montageverpflichtungen übernommen worden sind:

BGH Beschl. v. 16.4.2013 – VIII ZR 375/11

„Für die Einordnung eines Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag kommt es darauf an, auf welcher der beiden Leistungen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt liegt.“

Ergebnis: Die rechtliche Einordnung eines solchen „Bauteillieferungsvertrages“ kann Schwierigkeiten bereiten. Im Regelfall ist ein solcher Vertrag aber als Kaufvertrag einzuordnen. Anders dann, wenn erhebliche Planungs- oder Montageleistungen dem Vertrag das Gepräge geben. Anders auch dann, wenn ein über die Herstellung und Lieferung hinausgehender Werkerfolg geschuldet ist = Werkvertrag

c) Problemfälle:

aa) Türen und Fenster

Ob – so Leidig/Hürter, Handbuch Kauf- und Lieferverträge am Bau, Kap. 1 Rn. 31 – der BGH Verträge über die Lieferung und den Einbau von Fenstern und Türen generell als Werkverträge einordnen will (so beiläufig BGH VIII ZR 46/13 Rz. 37) bleibt abzuwarten (dazu auch OLG Nürnberg BauR 2007, 122; Meier IBR 2012, 1000).

bb) Parkett

Verträge über die Lieferung und den Einbau von Parkett sind als Werkverträge einzuordnen (BGH Beschl. v. 16.4.2013 – VIII ZR 375/11).

cc) Photovoltaik-Anlage

Die rechtliche Einordnung von Verträgen, die auf die Lieferung und den Einbau derartiger Anlagen gerichtet sind, kann erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Hier spielen die Umstände des Einzelfalles eine große Rolle.

Beispiele:

- **Der GU soll eine Produktionshalle errichten. Auf dem Dach soll eine Photovoltaik-Anlage installiert werden, die der Versorgung der Halle mit Strom dienen soll. Nach 3 ½ Jahren fällt die Anlage wegen eines Produktionsfehlers der Module aus.**

Bei dem Vertrag handelt es sich insgesamt um einen Werkvertrag. Mängelrechte richten sich nach § 634 BGB. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 634a I Nr. 2 BGB 5 Jahre.

- **Wie eben, die Anlage soll aber nicht der Stromversorgung der Halle dienen, sondern der Erzielung der Einspeisevergütung nach dem EEG.**

Es handelt sich gleichwohl insgesamt um einen Werkvertrag. Mängelrechte richten sich nach § 638 BGB, Verjährungsfrist nach § 638a BGB 5 Jahre.

- **Der GU soll eine Lagerhalle errichten. Der AG entschließt sich nachträglich zum Einbau einer Photovoltaik-Anlage, die auch der Versorgung der Halle mit Strom dienen soll. Die Befestigungspunkte lässt er noch durch den GU einbauen. Mit der Lieferung und Montage einer marktgängigen Anlage beauftragt er den L. Der elektrische Anschluss wird durch den Elektriker E hergestellt. Nach 3 ½ Jahren kommt es zu einem Totalausfall.**

Der Schwerpunkt des Vertrages mit L liegt im Warenaustausch. Es handelt sich also um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung (BGH VIII ZR 76/03). Mängelrechte der AG richten sich nach § 437 BGB. Da die Anlage der Versorgung der Halle mit Strom dienen soll, ist sie für deren Benutzung von Bedeutung. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 438 I 2 b) BGB 5 Jahre.

- **Wie eben, die Anlage soll allerdings nicht der Stromversorgung der Halle dienen, sondern lediglich der Erzielung der Einspeisevergütung nach dem EEG.**

Es bleibt ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung. Mängelrechte richten sich nach § 437 BGB. Die Anlage ist aber kein Gegenstand von Erneuerungs- oder Umbauarbeiten an der Halle und ist auch nicht für deren Konstruktion, Erhaltung oder Nutzbarkeit von Bedeutung. Sie dient vielmehr eigenen Zwecken und hätte auch auf jedem anderen Gebäude angebracht werden können. Also kein Baustoff im Sinne von § 438 I Nr. 2 b) BGB. Die Verjährungsfrist beträgt nach § 438 I Nr. 3 BGB 2 Jahre (BGH VIII ZR 318/12).

- **Der GU soll eine Produktionshalle errichten einschließlich Photovoltaikanlage, der allein der Erzielung der Einspeisevergütung dienen soll. Er lässt die Befestigungspunkte vom Dachdecker anbringen und eine marktgängige Anlage von L liefern und montieren. Nach einem Jahr fällt die Anlage aus. L lehnt die Mängelbeseitigung ab. Der GU lässt die defekten Teile durch einen Dritten austauschen und verlangt von L auch die Aus- und Einbaukosten ersetzt.**

Zwischen GU und L ist ein Kaufvertrag mit Montageverpflichtung zustande gekommen. L schuldet die Nachlieferung mangelfreier Module, § 439 I BGB. Erstattung der Ein- und Ausbaukosten gibt es verschuldensunabhängig nur beim Verbrauchsgüterkauf (BGH VIII ZR 226/11). Ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch ist darüber hinaus denkbar, hier aber zu verneinen, da der Mangel nicht erkennbar war und dem L ein etwaiges Verschulden des Herstellers nicht zurechnet werden kann (BGH VIII ZR 46/13).

Damit sind wir beim nächsten Thema:

4. „Kaufrecht am Bau“ – Besonderheiten

Die rechtliche Einordnung dieser Verträge ist wichtig, weil das Kaufrecht – wie oben bereits erwähnt – gegenüber dem Werkvertragsrecht eine Reihe von Besonderheiten aufweist:

a) Die kaufrechtliche Mängelhaftung nach § 439 BGB

ist wesentlich enger als die sehr umfassende werkvertragliche Mängelhaftung. Schon deshalb ist die Abgrenzung so wichtig.

Ursprünglich galt insoweit

BGH Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07 (Parkettstäbeentscheidung)

„Eine Haftung des Verkäufers mangelhafter Parkettstäbe, die der Käufer vor der Entdeckung des Mangels auf seine Kosten hat verlegen lassen, für die Kosten der Neuverlegung mangelfreier Parkettstäbe kommt nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung (BGB § 280 Abs. 1, 3, §§ 281 ff., 437 Nr. 3) in Betracht. Der Verkäufer haftet nicht, wenn er die in der mangelhaften Lieferung liegende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“

Also insoweit keine verschuldensunabhängige Mängelhaftung. Ein Verschulden war aber sehr häufig nicht festzustellen. Der Verkäufer schuldete dann nur die Nachlieferung einer mangelfreien Sache.

Das änderte sich durch die

Urteile des EuGH vom 16.6.2011 – Rechtssachen C-65/09 und C-87/09, NJW 2011, 2269 und die nachfolgende Entscheidung

BGH Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08

„§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasst.“

Offen blieb zunächst, ob das nur für Verbraucherverträge gelten sollte oder auch für Verträge zwischen Unternehmern bzw. zwischen Verbrauchern. Diese Frage hat der BGH geklärt durch

BGH Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, IBR 2013, 176

„§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst.“

Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.“

Wir haben also seitdem eine „gespaltene Auslegung“ des § 439 I BGB. Die vom EuGH vorgeschriebene und vom BGH übernommene weitreichende kaufrechtliche Mängelhaftung gilt nur für Verbraucherverträge, nicht für Verträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern.

Diese Auffassung hat der BGH noch einmal bestätigt durch Urteil vom 2.4.2014 – VIII ZR 46/13, BauR 2014, 1295 (Beim „Unternehmervertrag“ kein Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten, auch nicht als „Folgeanspruch“ nach verweigerter oder fehlgeschlagener Nacherfüllung (so noch OLG Frankfurt)).

Das alles gilt allerdings nicht, wenn die Mängelbeseitigungskosten unverhältnismäßig hoch sind. Dazu

BGH Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12

„Stellen sich die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten als unverhältnismäßig dar, so kann der Käufer von dem Verkäufer nur Ersatz des mangelbedingten Minderwerts der Sache verlangen.

Ob die Kosten unverhältnismäßig sind, ist aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der in § 439 Abs. 3 BGB genannten Kriterien festzustellen.

Bei Grundstückskaufverträgen kann als erster Anhaltspunkt davon ausgegangen werden, dass die Kosten der Mängelbeseitigung unverhältnismäßig sind, wenn sie entweder den Verkehrswert des Grundstücks in mangelfreiem Zustand oder 200% des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.

Für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit der Kosten kommt es auf den Beginn der Mängelbeseitigung durch den Käufer an. Stellt sich während deren Ausführung heraus, dass die Kosten höher als erwartet sind, steht dies einer Ersatzpflicht nur entgegen, wenn ein wirtschaftlich denkender Käufer die Arbeiten auch unter Berücksichtigung der bereits angefallenen Kosten nicht fortführen würde bzw. fortgeführt hätte.“

b) Besonderheiten des Handelskaufs

Wenn Kaufrecht anwendbar ist und die Voraussetzungen des Handelskaufs vorliegen, gilt auch § 377 HGB, ein ganz scharfes Schwert.

OLG Brandenburg Urt. v. 22.2.2012 – 4 U 69/11

„Bei einem Handelskauf (hier: Lieferung von Betonfertigteilen) muss der Käufer die gelieferten Waren gemäß § 377 HGB unverzüglich untersuchen, was auch bei Sukzessivlieferungen grundsätzlich eine zumindest stichprobenweise Untersuchung jeder Lieferung beinhaltet, und einen Mangel unverzüglich anzeigen.

Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt und der Käufer muss trotz etwaiger Mängel die vereinbarte Vergütung zahlen, es sei denn, es handelt sich um einen Mangel, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

OLG Düsseldorf BauR 2013, 259

„Bei Anlagenteilen, die noch zu montieren sind, ist hinsichtlich der Überprüfungspflicht des § 377 HGB nicht auf die Anlieferung jedes einzelnen Teils abzustellen. Vielmehr ist die erste Inbetriebnahme maßgeblich. Erst zu diesem Zeitpunkt kann die Anlage geprüft und festgestellt werden, ob sie den vertraglich vereinbarten Anforderungen entspricht.

Erfolgt die Inbetriebnahme am 13.4. eines Jahres ist eine Mängelrüge am 2.5. nicht unverzüglich im Sinne des § 377 HGB.“

Anders aber, wenn der Vertrag auf einen weiter gehenden Erfolg gerichtet und deshalb als Werkvertrag einzuordnen ist (s.o.):

OLG Bremen IBR 2011, 406

„Nimmt der Unternehmer die Herstellung und den Einbau von beweglichen Teilen vor, liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn nach dem Vertrag die Verpflichtung, Eigentum und Besitz an den Einzelteilen zu übertragen, im Vordergrund steht. Dagegen gilt Werkvertragsrecht, wenn das Interesse des Bestellers an der Erstellung eines funktionsfähigen Werkes überwiegt. Dabei kommt es weder auf den Umfang eventueller Eigenleistungen des Bestellers noch darauf an, ob die Montage der Bauteile insgesamt nur wenig Zeit beansprucht.“

Der Vertrag über Lieferung und Einbau von Kühlzellen und Kühlräumen ist ein Werkvertrag, so dass die handelsrechtliche Rügepflicht gem. §§ 377, 381 HGB nicht gilt.“

Auch hier kommt es also auf die Umstände des Einzelfalles an. Der Anwalt muss sehr genau prüfen, was die geschuldete Leistung ist.

Eine bislang ungeklärte Frage ist, ob – liegt ein Handelskauf vor – die rechtzeitige Prüfung und Rüge zum Pflichtenkreis des Architekten gehören kann.

5. Schwarzarbeit

Hierzu gibt es neue Rechtsprechung:

a) Mängelansprüche des Bestellers

BGH Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13

„§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich auf Grund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.“

Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.

Mängelansprüche des Bestellers bestehen in diesem Fall grundsätzlich nicht.“

Bei einer o.-R.-Abrede wird man diese Voraussetzungen in aller Regel bejahen können.

Eine andere Frage ist natürlich, ob und in welchem Umfang der Bauherr in diesen Fällen wegen der erkennbaren Mängel den objektüberwachenden Architekten in Anspruch nehmen kann. Hier wird man an die Grundsätze zum gestörten Gesamtschuldnerausgleich denken müssen.

b) Zahlungsansprüche des Unternehmers

BGH Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13

„Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23. Juli 2004 nichtig, steht dem Unternehmer für erbrachte Bauleistungen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz gegen den Besteller nicht zu.“

Der BGH hat damit seine frühere Rechtsprechung – Urt. v. 31.5.1990 VII ZR 336/89, BGHZ 111, 308 –, nach der in solchen Fällen Bereicherungsansprüche in Betracht kamen, aufgegeben. Dem Auftragnehmer stehen in diesen Fällen keinerlei Zahlungsansprüche zu.

6. Vergütungsrecht

Auch hier gibt es neue Rechtsprechung:

a) „Vorkalkulatorische“ Preisfortschreibung

BGH Urt. v. 14.3.2013 – VII ZR 142/12

„Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.

Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass – soweit wie möglich – an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position.

Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.“

Eine hochinteressante Entscheidung!

Zum Fall:

AN sollte eine Bundesstraße sanieren. Teilweise war ein Neubau vereinbart, teilweise nur eine Deckenerneuerung. AN hatte für die Deckenerneuerung wesentlich höhere EP kalkuliert als für den Neubau, obwohl die Leistungen vergleichbar waren. AG ordnete nachträglich für eine weitere Teilstrecke statt der ursprünglich vorgesehenen Deckenerneuerung den Neubau an. AN schrieb dafür die deutlich höheren Preise der Pos. „Deckenerneuerung“ fort. Dem widersprach AG.

Der BGH gab AN Recht. Fortzuschreiben sei die ursprüngliche Position „Deckenerneuerung“. Bei Leistungsänderungen sei nämlich grundsätzlich an die geänderte Position anzuknüpfen. Anders nur dann, wenn das nicht möglich sei, etwa weil die tatsächlich ausgeführte Leistung nicht vergleichbar ist. Das war hier aber nicht der Fall.

Die Entscheidung ist richtig, weil anderenfalls dem AN durch eine Änderungsanordnung die Vorteile aus der Vereinbarung eines „fetten Preises“ wieder entzogen werden könnten.

Der BGH stützt im Übrigen die Anwendung der Grundsätze zur „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ nicht auf grundsätzliche Erwägungen zur Preisfortschreibung nach § 2 V VOB/B, sondern auf die Annahme, dass das prozessuale Verhalten der Parteien zu erkennen gebe, dass sie sich über diese Art der Preisfortschreibung einig seien.

Das kann im nächsten Fall aber schon ganz anders sein. Dann könnte sich wirklich die Frage stellen, ob die Kalkulation des AN überhaupt zur Grundlage der Preisfortschreibung gemacht werden kann.

b) Abgrenzung der geschuldeten Leistung von der Zusatzleistung

BGH Urt. v. 12.9.2013 – VII ZR 227/11

„Kann ein Bieter der Ausschreibung entnehmen, dass eine für den verkehrsüblichen Einsatz eines Kranes hinderliche Hochspannungsleitung vom Auftraggeber wegen der vorgesehenen Bohrpfahlarbeiten ohnehin zum Beginn der Arbeiten abgebaut werden muss, so muss er ohne einen entsprechenden Hinweis in der Ausschreibung nicht annehmen, dass die Hochspannungsleitung nur für die Dauer der Bohrpfahlarbeiten entfernt bleibt. Ein solcher Hinweis wäre nach § 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A a.F. geboten gewesen.

Das Ergebnis der Auslegung eines Bauvertrages aufgrund öffentlicher Ausschreibung wird nicht dadurch beeinflusst, dass der Auftragnehmer etwaige Unklarheiten in der Ausschreibung nicht aufgeklärt hat (Bestätigung von BGH Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06, BGHZ 176, 23 Rn. 38).“

Zum Fall: Das beklagte Land schrieb Brückenbauarbeiten aus. Inhalt der Ausschreibung war auch ein Lageplan. Dort war im Baubereich eine Hochspannungsfreileitung verzeichnet, die den Einsatz eines Kranes unmöglich machte. Gegenstand der Ausschreibung war aber auch die Erstellung einer Bohrpfahlwand, die wiederum nur errichtet werden konnte, wenn die Hochspannungsleitung beseitigt wurde. Nach Abschluss des Vertrages wurde festgestellt, dass die Leitung die Arbeit behinderte. Die Beklagte ließ sie wegen der damit verbundenen hohen Kosten aber nicht entfernen, sondern ordnete an, dass anstelle der Bohrpfahlwand eine Stützwand mit Fuß errichtet werden sollte, die die Entfernung der Hochspannungsleitung nicht erforderlich machte. Die mit der Errichtung dieser Stützwand unmittelbar verbundenen Mehrkosten sind abgerechnet und nicht im Streit.

Die Klägerin macht nunmehr eine weitere Mehrforderung in Höhe von etwa 100 000 € geltend, weil die Beklagte die Durchführung der Baumaßnahme ohne Entfernung der Hochspannungsleitung angeordnet habe. Sie habe nach der Ausschreibung davon ausgehen dürfen, dass die Bauarbeiten durch diese Leitung nicht behindert würden, weil sie ohnehin entfernt werden müssen. Sie habe deshalb mit dem Einsatz eines Kranes kalkuliert. Da dieser nicht eingesetzt werden können, seien ihr die jetzt geltend gemachten Mehraufwendungen entstanden.

LG und OLG haben die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Klägerin stehe der geltend gemachte Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B a.F. nicht zu. Zwar habe jeder Bieter davon ausgehen dürfen, dass das beklagte Land die erforderliche luftseitige Baufreiheit des Baufeldes für die Bohrpfahlarbeiten herstellen würde. Die Klägerin habe aber nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen, dass die Hochspannungsleitungen auch während der gesamten Dauer der Bauarbeiten entfernt blieben. Das habe sich aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ergeben.

Der BGH hat das Urteil aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Richtig sei, dass die Bieter die Ausschreibungsunterlagen hätten so verstehen dürfen, dass die Beklagte die luftseitige Baufreiheit für die Dauer der Bohrpfahlarbeiten herstellen würde, da die auszuführende Leistung anderenfalls gar nicht durchführbar gewesen wäre. Rechtsfehlerhaft sei aber die Annahme, die Bieter hätten daraus nicht schließen dürfen, dass die Leitung während der gesamten Bauzeit entfernt bliebe. Es sei vielmehr zu berücksichtigen, dass der öffentliche Auftraggeber so auszuschreiben habe, dass der Bieter die Preise sicher kalkulieren könne (BGH Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11 – und Urt. v. 21.3.2013 – VII ZR 122/11). Das sei hier aber nur möglich gewesen, wenn man die Ausschreibungsunterlagen so verstehe, dass die ausgeschriebenen Leistungen unter der Voraussetzung angeboten würden, dass die Leitung während der gesamten Bauphase entfernt und der Einsatz eines Kranes möglich sei. Anderenfalls sei eine sichere Kalkulation überhaupt nicht möglich gewesen. Dass die Ausschreibung insofern keine Angaben enthalte, gehe nicht zu Lasten der Klägerin. Es sei vielmehr Sache der Beklagten gewesen, ihre Ausschreibung zu präzisieren, wenn sie dieses Ergebnis hätte vermeiden wollen. Dass die Klägerin sich nicht bemüht habe, die Unklarheiten der Ausschreibung aufzuklären, sei unerheblich. Dieser Umstand könne das Ergebnis einer objektiven Auslegung der Ausschreibung nicht beeinflussen (BGH Urt. v. 13.3.2008 – VII ZR 194/06).