

BAURECHTS-REPORT 10/2016

Aktuelle Baurechtsinformationen für die Praktiker am Bau

Wichtige Urteile

**Zuschlag auf ein unterkalkuliertes Angebot:
Wann ist die Vertragsdurchführung für den
Auftragnehmer unzumutbar?**

Das Problem

Kalkulationsfehler des Auftragnehmers gehen grundsätzlich zu seinen Lasten. Ist allerdings der Kalkulationsfehler so gravierend, dass man von einer „Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung“ ausgehen muss, kann sich aus dem „Rücksichtnahmegebot“ des § 241 Abs. 2 BGB ergeben, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer nicht an sein Angebot binden darf. Die Rechtsprechung beschäftigt sich derzeit wiederholt mit der Frage, wann eine „Unzumutbarkeit der Vertragsdurchführung“ anzunehmen ist.

Fall:

Bei einer öffentlichen Ausschreibung für Zimmererarbeiten liegt das Angebot des Bieters A mit 284.494,31 Euro um 7,3 % unter dem Zweitangebot (305.298,39 Euro). Sofort nach Durchführung des Eröffnungstermins legt A seine Kalkulation offen, die zeigt, dass er insbesondere bei zwei Positionen ein deutlich unterkalkuliertes Angebot abgegeben hat. Auch der Architekt des Auftraggebers bewertet vor Zuschlagerteilung das Angebot von A als „nicht auskömmlich“. Obwohl A die Vertragsdurchführung schriftlich „ernsthaft und endgültig verweigert“, erteilt der Auftraggeber den Zuschlag auf dessen Angebot. Weil A die Ausführung verweigert, vergibt der Auftraggeber nach der Kündigung des Vertrags die Leistung an den Zweitbietenden und verlangt von A den Ersatz der hierdurch bedingten Mehrkosten. Mit Erfolg?

Die Entscheidung

Das OLG Brandenburg hat dies mit Urteil vom 17. 03. 2016 – Az.: 12 U 76/15 – **verneint**.

„Es kann eine unzulässige Rechtsausübung gem. § 241 Abs. 2 BGB darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt und auf Durchführung des Vertrags besteht, obwohl er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wusste oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzogen hat, dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht“ und die Vertragsdurchführung für diesen unzumutbar ist. Dabei ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, wobei insbesondere folgende Kriterien maßgeblich sind:

- Die „**Massivität des Irrtums**“. Hierbei ist nicht nur der Preisabstand zum Zweitbieter und den Nächstbietenden, sondern auch der – hier doch sehr deutliche – Abstand zu der Kostenschätzung des Auftraggebers für dieses Gewerk zu berücksichtigen.
- Die Frage, **ob dem Auftraggeber vor Zuschlagerteilung der Kalkulationsirrtum** in der angegebenen Größenordnung **offen gelegt** worden ist.
- Für die Annahme der „Unzumutbarkeit“ der Vertragsdurchführung“ ist nicht entscheidend, ob dem betroffenen Bieter bei Durchführung des Auftrags in absehbarer Zeit die Insolvenz oder ein vergleichbar schwerwiegender wirtschaftlicher Einschnitt droht.

Nach Ansicht des Gerichts ergibt hier die „Gesamtschau“ aller Umstände, dass der Auftragnehmer die Vertragsdurchführung zu Recht verweigert hat und somit **nicht schadensersatzpflichtig** ist.

Baurechts-Report-Seminare
jetzt auch im Internet unter
www.baurechts-seminare.de

**§ 241 Abs. 2 BGB
Kalkulationsirrtum
– Bindung an Angebot**

Es kann eine unzulässige Rechtsausübung gem. § 241 Abs. 2 BGB darstellen, wenn der Empfänger ein Vertragsangebot annimmt und auf Durchführung des Vertrags besteht, obwohl er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wusste oder sich treuwidrig der Kenntnisnahme entzogen hat, dass das Angebot auf einem Kalkulationsirrtum des Erklärenden beruht und die Vertragsdurchführung für diesen unzumutbar ist.

Ein Mangel ist ausreichend bezeichnet, wenn der Auftraggeber Symptome des Mangels benennt und zwar auch dann, wenn die Symptome nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während die Ursache des Mangels in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Nach unserer Wertung ist die Entscheidung als „auftragnehmerfreundlich“ einzuordnen. Wie eng die Grenze zwischen Annahme oder Ablehnung einer Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers ist, zeigt ein anderes Urteil desselben Gerichts (siehe hierzu Baurechts-Report 2016, S. 2).
- ▶ In jedem Fall ist dem Auftragnehmer in einem solchen Fall zu empfehlen, dem Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Kalkulation offen zu legen und den Irrtum ausführlich zu begründen.

– Rechtsanwalt Dr. Hofmann, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

Wann umfasst eine Mängelrüge auch nicht erwähnte Mängel?

Das Problem

Der Auftragnehmer ist dazu verpflichtet, dem Auftraggeber die vereinbarte Leistung frei von Sachmängeln zu verschaffen. Er muss deshalb für alle Mängel seiner Leistung einstehen, die der Auftraggeber innerhalb der Gewährleistungsfrist rügt.

Stellt sich allerdings erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist heraus, dass Mängel aufgetreten sind, die in einer rechtzeitig erhobenen Mängelrüge unerwähnt geblieben sind, ist zu prüfen, ob auch diese Mängel möglicherweise von dieser Rüge erfasst werden.

Fall:

Nach Errichtung des Rohbaus für ein Alten- und Pflegeheim rügt der Auftraggeber im Bereich der Tiefgaragen I und II und bei den Aufzugsschächten Mängel aufgrund eindringender Nässe. Erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zeigt sich auch an anderen Stellen im Kellergeschoss des Gebäudes Feuchtigkeit. Auch die neu aufgetretene Feuchtigkeit ist darauf zurückzuführen, dass die Dehn- und Arbeitsfugen im Rahmen der für das gesamte Bauwerk geschuldeten „Weißen Wanne“ fehlerhaft ausgeführt worden sind. Der Auftraggeber fordert Schadensersatz für sämtliche aufgetretenen Feuchtigkeitsmängel. Der Auftragnehmer beruft sich jedoch teilweise auf Verjährung und erkennt nur die Mängel in dem Bereich an, den der Auftraggeber in der vor Ablauf der Verjährung erhobenen Mängelrüge ausdrücklich genannt hat.

Die Entscheidung

Der BGH – Az.: VII ZR 41/14 – erklärt mit Beschluss vom 24. 08. 2016, dass der Auftragnehmer hier für **sämtliche aufgetretenen Feuchtigkeitsmängel haftet**.

Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist „ein Mangel ausreichend bezeichnet, wenn der Auftraggeber Symptome des Mangel benennt. In diesem Fall sind **immer alle Ursachen für die bezeichneten Symptome von der Mängelrüge erfasst**.“

Das **gilt auch**, wenn die angegebenen Symptome des Mangels **nur an einigen Stellen aufgetreten** sind, während die Ursache und damit der Mangel des Werkes in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst.“

Da die Nässe im gesamten Gebäude auf die gleichen Ursachen, nämlich mangelhafte Fugen, zurückzuführen ist, erfasst die rechtzeitig erhobene Mängelrüge auch die erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist aufgetretenen Mangelerscheinungen.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Es sind auch Fälle denkbar, bei denen die Mangelursache in einem ganz anderen Bereich liegt, als sich das aus der Mängelrüge entnehmen lässt.

Beispiel: Der Auftraggeber rügt gegenüber dem Generalunternehmer „mangelhafte Heizleistung“. Später stellt sich heraus, dass die Heizung mangelfrei ist, jedoch eine fehlerhafte Isolierung des Bauwerks für die mangelhafte Heizleistung ursächlich ist. Hier wird die mangelhafte Isolierung von der auf die Heizleistung gerichteten Mängelrüge des Auftraggebers mit erfasst (siehe hierzu BGH vom 03. 07. 1997, Baurechts-Report 1998, S. 2).

– Rechtsanwalt Eckhard Frikell, Lehrbeauftragter für Baurecht, München –

VOB-Vertrag: Was bewirkt ein „einseitiges Aufmaß“ des Auftragnehmers?

§ 14 Abs. 2 VOB/B
Aufmaß
– einseitiges

Das Problem

Nach § 14 Abs. 2 VOB/B sind die „für die Abrechnung notwendigen Feststellungen dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam“ vorzunehmen. Fraglich ist, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn ein solches „gemeinsames Aufmaß“ unterbleibt.

Fall:

Nach Durchführung des VOB-Einheitspreisvertrages stellt der Auftragnehmer die Schlussrechnung auf der Grundlage der von ihm zu den einzelnen Positionen ermittelten Mengen. Der Auftraggeber verweigert die Bezahlung mit der Behauptung, der Auftragnehmer habe die von ihm angesetzten Massen fehlerhaft berechnet. Eine Begründung für diese Behauptung liefert er nicht.

Der Auftragnehmer hält dies für „willkürlich“ und verlangt vom Auftraggeber, ein eigenes Aufmaß vorzulegen oder zumindest zu erläutern, weshalb die Berechnungen des Auftragnehmers falsch seien.

Hat der Auftragnehmer hierauf einen Anspruch?

Die Entscheidung

Das OLG Bamberg hat dies mit Beschluss vom 11. 04. 2016 – Az.: 4 U 196/15 – **verneint**. Zwar ist die Schlussrechnung des Auftragnehmers auch ohne ein gemeinsames Aufmaß prüffähig.

Allerdings „begibt sich der Auftragnehmer hierdurch der Vorteile eines vom beiderseitigen Einverständnis getragenen Aufmaßes und hat in diesem Fall vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind“.

Der Auftraggeber hat somit in diesem Fall das Recht, die Richtigkeit des Aufmaßes zu bestreiten und ist nicht dazu verpflichtet, diese Behauptung zu begründen. Nach Ansicht des Gerichts ist dieses Ergebnis auch sachgerecht, weil es der Auftragnehmer „in der Hand hat, den Auftraggeber rechtzeitig über den geplanten Aufmaßtermin zu informieren und so ein gemeinsames Aufmaß herbeizuführen. Verweigert der Auftraggeber eine Teilnahme unberechtigt, so trägt er in der Folge das Risiko der Nichterweislichkeit des Leistungsumfanges“. ¹⁾

Hinweise für die Praxis

- ▶ Die Ausführungen des OLG Bamberg entsprechen wohl der überwiegenden Meinung²⁾, sind aber nicht unbestritten. So ist nach Ansicht des KG Berlin³⁾ bei einem fehlenden gemeinsamen Aufmaß der Auftraggeber dazu verpflichtet, wenigstens zu erläutern, warum er das Aufmaß für falsch hält.
- ▶ In jedem Fall ist dem Auftragnehmer dringend zu empfehlen, den Auftraggeber unter Setzen einer angemessenen Frist zum gemeinsamen Aufmaß aufzufordern. Kommt der Auftraggeber dieser Aufforderung ohne sachgerechten Grund nicht nach und ist später nicht mehr nachprüfbar, ob die vom Auftragnehmer einseitig festgestellten Mengen richtig sind, geht dies zu Lasten des Auftraggebers. Er muss das Aufmaß des Auftragnehmers akzeptieren.

– HO –

Geänderte Leistung: Kann der Auftragnehmer die neue Vergütung anhand des erforderlichen Stunden-Mehraufwands berechnen?

§ 2 Abs. 5 VOB/B
Vertragsänderung
– Berechnungsmethode

Das Problem

Ordnet der Auftraggeber die Änderung einer vereinbarten Leistung an, ist beim VOB-Vertrag ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu ver-

¹⁾ So BGH vom 24. 07. 2003 – Az.: VII ZR 79/02.

²⁾ Siehe Beck'scher VOB-Kommentar, 3. Auflage, § 14 VOB/B Rdn. 36.

³⁾ Urteil vom 01. 06. 2007, Baurecht 2007,1752

einbaren (§ 2 Abs. 5 VOB/B). Als Grundlage hierfür muss der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber den entsprechenden Nachweis erbringen.

Fall:

Im Rahmen eines Einheitspreisvertrags über die Ausführung von Heizungs- und Lüftungsarbeiten sind vom Auftragnehmer Kabel zu verlegen und zwar statt in der im LV angegebenen Höhe von 4,5 m teilweise in einer Höhe von bis zu 6 m. Der Auftragnehmer fordert hierfür eine Mehrvergütung, die er mit 3 Minuten/lfdm bei einem Stundenverrechnungssatz von 46,80 Euro ansetzt, was eine Mehrvergütung von 2,34 Euro/lfdm ergibt. Der Auftraggeber verweigert die Zahlung und verlangt die Vorlage einer Nachtragskalkulation anhand der Urkalkulation.

Kann der Auftragnehmer die geforderte Mehrvergütung ohne den geforderten Nachweis durchsetzen?

Die Entscheidung

Das OLG Köln – Az.: 3 U 115/15 – hat mit Beschluss vom 26. 01. 2016 festgestellt, dass die vom Auftragnehmer vorgelegte Berechnung nicht dazu geeignet ist, den Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers durchzusetzen.

Der Auftragnehmer muss hierzu vielmehr eine „nachvollziehbare Darlegung der Preisgrundlagen aufgrund der vorzulegenden Auftrags-/Urkalkulation bzw. einer plausiblen (Nach-)Kalkulation“ vorlegen.

Hierbei muss er u. a. im Detail auch vortragen, „wo genau er welche Kabelmenge in anderer als der im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Höhe verlegt hat.“

Solange er eine solche nachvollziehbare Aufstellung nicht vorlegt, braucht der Auftraggeber die verlangte Mehrvergütung nicht zu bezahlen.

Hinweise für die Praxis

- Da die Vorlage der Nachkalkulation auf Grundlage der Urkalkulation einen nicht unerheblichen Aufwand für den Auftragnehmer bedeuten kann, kann er versuchen, sich mit dem Auftraggeber einvernehmlich auf eine weniger aufwendige Berechnungsmethode zu verständigen, beispielsweise so wie dies im obigen Beispiel dargestellt ist. Kommt insoweit eine Einigung zustande, sollte dies in einer von beiden Parteien unterschriebenen Erklärung oder per Bestätigungsschreiben festgehalten werden.

– FRI –

Der wichtige Hinweis

Keine Vergütung bei Wegfall von Bedarfspositionen

Das Kammergericht hat mit Urteil vom 05. 12. 2013 – Az.: 27 U 30/12 – (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH am 29. 06. 2016 – Az.: VII ZR 20/14 – zurückgewiesen) festgestellt, dass Bedarfspositionen, die nicht zur Ausführung kommen, weder Ansprüche wegen einer Teilkündigung, noch Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der Abrechnung von „Nullmengen“ begründen. Der Auftragnehmer bleibt also insoweit ohne Vergütungsanspruch.

In Bedarfspositionen sollten daher keine Gemeinkosten eingerechnet werden. Die VOB/A Ausgabe 2016 bestimmt für öffentliche Auftraggeber in § 7 Abs. 1 Nr. 4, dass „Bedarfspositionen grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen sind“. Dieses grundsätzliche Verbot wird deshalb ausgesprochen, weil man Manipulationen bei der Vergabe, die durch Bedarfspositionen denkbar sind, vermeiden möchte. Vom grundsätzlichen Verbot wird man dann eine Ausnahme machen müssen, wenn zum Zeitpunkt der Ausschreibung auch bei Ausschöpfung aller örtlichen und technischen Erkenntnismöglichkeiten objektiv noch nicht feststellbar ist, ob eine Position zur Ausführung kommt.

– HO –

Zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Mehrvergütung bei geänderter Leistung muss der Auftragnehmer eine detaillierte und nachvollziehbare Nachkalkulation auf der Grundlage seiner Auftrags- bzw. Urkalkulation vorlegen.

BAURECHTS-REPORT

Druck+Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466)9400-0 · Fax (09466)1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Verantwortlich für den Inhalt:
RA Eckhard Frikell und Dr. Olaf Hofmann
Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 29,90 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge kann keine Haftung für deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1433-4127

© VOB-Verlag Ernst Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2016