



Editorial

Die Masche mit dem Widerruf ...

... hat sich in Verbraucherkreisen mittlerweile herumgesprochen. Denn was kann es besseres geben, als Handwerkerleistungen umsonst zu bekommen? Aus unserer Sicht ist es deshalb höchste Zeit, dass sich die Baubranche schlau macht und private Auftraggeber beim Abschluss von Verträgen über deren gesetzliches Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt.

Aus diesem Grunde haben wir die gesetzlichen Voraussetzungen und praktischen Konsequenzen des Verbraucher Widerrufs in unserem ersten Beitrag noch einmal ausführlich dargelegt. Darüber hinaus werden wir auf unterschiedlichen Online-Veranstaltungen dazu Stellung nehmen (siehe Übersicht).

In einem weiteren Schwerpunkt unseres Newsletters befassen wir uns mit den Rechten und Pflichten von Architekten im Baugeschehen. So treffen einen Architekten gegenüber seinem Auftraggeber besondere Aufklärungspflichten, wenn es um Gewerke geht, deren Konstruktion kritisch oder schadensanfällig sein kann (vgl. Urteil OLG Stuttgart vom 28.03.2023). Haben sich im Bauwerk aufgrund unzureichender Planung bzw. Aufklärung Mängel realisiert, muss der Bauherr den Planer nicht bei der Mangelbeseitigung mitwirken lassen. Vielmehr kann er die Kosten für die Mangelbeseitigung und deren Beaufsichtigung als Teil seines Schadensersatzanspruches geltend machen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.07.2022). Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt ist verpflichtet, Abschlagsrechnungen von Bauunternehmen daraufhin zu überprüfen, ob sie fachtechnisch und rechnerisch richtig sind und ob sie der vertraglichen Vereinbarung entsprechen. Erfasst der Architekt im Rahmen dieser Tätigkeit eine schwierige Rechtsfrage nur unzureichend oder nicht richtig, liegt nach der Auffassung des OLG Köln keine schuldhaftige Pflichtverletzung vor (Urteil vom 16.04.2021, jetzt erst veröffentlicht).

Planungsleistungen sind auch Gegenstand einer ab Oktober geltenden Änderung in § 3 Abs. 7 der Vergabeverordnung. Denn solche sind nunmehr ihrem voraussichtlichen Wert nach bei der Schwellenwertberechnung zusammenzurechnen, auch wenn sie inhaltlich nicht vergleichbar sind. Das wird zur Folge haben, dass Leistungen von Planern und Architekten viel häufiger als bisher europaweit ausgeschrieben werden müssen.

Schließlich weisen wir darauf hin, dass die Erlasse zur Anwendung von Stoffpreisgleitklauseln aufgrund des Ukraine-Krieges seit Mitte dieses Jahres nicht mehr gelten. Gleichwohl sollen sich nach dem Willen des Bauministeriums die Vergabestellen weiterhin an deren Grundsätzen orientieren, wenn bei den ausgeschriebenen Leistungen mit Preisveränderungen im besonderen Maße zu rechnen ist.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt



Die wichtigsten Entscheidungen

Verbraucher-Widerruf: das EuGH-Urteil vom 17.05.2023 und seine Folgen für Handwerksbetriebe

Kaum ein Thema wird derzeit so häufig und kontrovers diskutiert, wie das Recht von Verbrauchern, abgeschlossene Verträge einseitig zu widerrufen. Ausgangspunkt der Diskussion war das EuGH-Urteil vom 17.05.2023, Rs. C-97/22. Dort ging es um Folgendes:

1. Der Fall des EuGH

Ein privater Auftraggeber (AG) und ein Handwerker als Auftragnehmer (AN) hatten einen Bauvertrag geschlossen. Der AN hatte nach der vollständigen Erbringung der beauftragten Leistungen seine Schlussrechnung gelegt. Statt diese zu begleichen, widerrief der AG den Bauvertrag. Das war auch noch nach Leistungserbringung möglich, da der AN es versäumt hatte, den AG über das ihm zustehende Widerrufsrecht zu belehren. Allerdings stritten die Parteien gar nicht über die Zulässigkeit des Widerrufs. Diesen hatte der AN akzeptiert. Der AN hatte auch akzeptiert, dass ihm infolge des Widerrufs die vereinbarte Vergütung nicht zusteht. Der AN war aber der Ansicht, dass ihm nach dem Widerruf zumindest ein Wertersatz für die erbrachten Leistungen zustehen müsse, da sonst der Auftraggeber grundlos bereichert sei.

In dem folgenden Gerichtsverfahren vor dem Landgericht Essen ging es deshalb um die Frage, ob der AN nach einem zulässigen Widerruf zumindest einen Wertersatz für die erbrachten Leistungen verlangen könne. Das Landgericht legte diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vor, da es letztlich um die Auslegung der europäischen Verbraucherrechte-Richtlinie ging.

Der EuGH entschied: Der Verbraucher (AG) kann nach der Verbraucherrechte-Richtlinie bei Ausübung seines Widerrufsrechts überhaupt nicht in Anspruch genommen werden. Hat der AN den Verbraucher nicht über das Widerrufsrecht belehrt, so steht dem AN überhaupt kein Anspruch (also noch nicht einmal Wertersatz) für die während der Widerrufsfrist ganz oder teilweise erbrachten Leistungen zu (EuGH, Urteil vom 17.05.2023, C-97/22). Vielmehr ist der „Verbraucher von jeglicher Verpflichtung befreit, dem Unternehmer den Preis für die von ihm während der Widerrufsfrist erbrachten Leistungen zu zahlen“.

Der AN ging also in diesem Fall komplett leer aus und erhielt noch nicht einmal Wertersatz für die eingebauten Materialien oder die sonst erbrachten Leistungen.

Dieses Urteil hat verständlicherweise Aufsehen erregt. Dabei zeigen die zuletzt geführten Diskussionen, dass auf Seiten vieler Bauunternehmer und Handwerker gefährliche Unwissenheit über das Verbrauchern zustehende Widerrufsrecht vorherrscht. Diese Unwissenheit kann (wie im dargestellten EuGH-Fall) zu erheblichen finanziellen Nachteilen führen.

Im vorliegenden Beitrag wollen wir uns deshalb mit der ganz grundsätzlichen Frage beschäftigen, wann das Gesetz dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zugesteht. Dieser Leitfaden erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und kann keine anwaltliche Beratung im Einzelfall ersetzen. Er soll lediglich dazu dienen, für dieses Thema zu sensibilisieren, um Fehler in der Praxis zu vermeiden.

Welche Verträge sind also widerruflich?

2. Verbrauchervertrag (allgemein), § 310 Abs. 3 BGB

Beispiel 1: Sie betreiben ein Handwerk mit einem Ladengeschäft oder einem sonstigen Firmensitz. Kunde K betritt Ihren Firmensitz und beauftragt Sie mit einer Handwerkerleistung in seinem privat genutzten Eigenheim.

Besteht hier ein Widerrufsrecht? Nach dem Gesetz setzt dies voraus, dass:

- a) der Vertragspartner ein Verbraucher ist,
- b) ein Verbrauchervertrag abgeschlossen wird und
- c) dem Verbraucher ein gesetzliches Widerrufsrecht eingeräumt ist

Im obigen Beispiel kommt es also darauf an, ob K als Verbraucher gehandelt hat.

a) Wer ist Verbraucher?

Verbraucher ist jede natürliche Person (also jeder Mensch), die einen Vertrag zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können (§ 13 BGB). Das ist (vereinfacht ausgedrückt) insbesondere der „private Häuslebauer“; aber auch der Auftraggeber, der Arbeiten in seinem privat genutzten Eigenheim beauftragt. Im Beispielfall 1 handelt es sich also um einen Verbraucher.

b) Wann liegt ein Verbrauchervertrag vor?

Ein Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) liegt vor, wenn ein Verbraucher mit einem Unternehmer (§ 14 BGB) einen Vertrag schließt. Der Begriff ist also sehr weit auszulegen. Das Verbraucherrücktrittsrecht ist durch europäische Richtlinien geprägt. Das Europarecht spricht hier von „Dienstleistungen“. Darunter fallen auch alle Werk- und Werklieferverträge. Deshalb handelt es sich bei den beauftragten Handwerkerleistungen um einen Verbrauchervertrag.

c) Wann besteht ein gesetzliches Widerrufsrecht?

Aber: Nicht jeder Verbrauchervertrag kann einfach so widerrufen werden. Für den Verbraucher muss sich zusätzlich ein Widerrufsrecht (§§ 355, 356 BGB) aus dem Gesetz ergeben.

Ein Widerrufsrecht steht dem Verbraucher nur zu, bei

einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag (§ 312b BGB),

einem Fernabsatzvertrag (§ 312c BGB) oder

einem Verbraucherbaupvertrag (§ 650i BGB) (siehe unten) und

wenn keine gesetzliche Ausnahme vorliegt (§ 312g BGB).

Liegt keiner dieser drei Vertragstypen vor oder eine der gesetzlich normierten Ausnahmen, so steht dem Verbraucher kein Widerrufsrecht zu.

3. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§ 312b BGB)

Bei „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“ besteht ein Widerrufsrecht. Dabei handelt es sich um Verträge, die beispielsweise beim Verbraucher zu Hause, in einem Café oder Restaurant unter **gleichzeitiger Anwesenheit** des Verbrauchers und des Unternehmers (oder

deren Vertreter) geschlossen werden. Der Vertragsschluss muss in Räumen zustande kommen, die eben kein Geschäftsraum des Unternehmers sind.

Beispiel 2: Der AN verkauft gewerblich Photovoltaikanlagen. Ihm ist bekannt, dass sich Verbraucher V für solche Anlagen interessiert. Der AN besucht den V in dessen Eigenheim und unterbreitet ihm dort ein Angebot über die Errichtung einer Photovoltaikanlage. V nimmt das Angebot unmittelbar an.

Besteht hier ein Widerrufsrecht?

V ist Verbraucher, der AN ist Unternehmer. Hier handelt es sich um einen Kaufvertrag/Werkvertrag. Die Voraussetzungen eines Verbrauchervertrages liegen vor. Entscheidend kommt es also darauf an, ob die weiteren Voraussetzungen für das Widerrufsrecht gegeben sind.

Da es sich bei dem Eigenheim des V nicht um einen Geschäftsraum des AN handelt und der Vertrag durch Angebot und Annahme dort zustande kommt, steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach §§ 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 312g Abs. 1, 355 BGB zu.

Beispiel 3: Wie Beispielfall 2, aber der V nimmt das Angebot erst am Folgetag an.

Es besteht kein Widerrufsrecht, (BGH, Urteil vom 06.07.2023 – VII ZR 151/22), weil der Vertrag nicht unter „gleichzeitiger Anwesenheit“ des Verbrauchers geschlossen wurde. Ein Widerrufsrecht besteht nicht, wenn der Verbraucher ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen annimmt.

Achtung: Etwas anderes gilt, wenn der Verbraucher das Angebot entsprechend des Beispiels 3 außerhalb von Geschäftsräumen abgibt und der Unternehmer es erst am Folgetag bspw. in seinen eigenen Geschäftsräumen annimmt. Hier liegt ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag und zwar im Sinne von § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB vor. Nach dieser Vorschrift sind außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge solche, für die der Verbraucher unter den in § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB genannten Umständen ein Angebot abgegeben hat. Darauf, dass auch der Unternehmer die Annahme außerhalb von Geschäftsräumen erklärt, kommt es bei dieser Variante nicht an.

4. Fernabsatzverträge (§ 312c BGB)

Fernabsatzverträge sind solche, bei denen der Unternehmer und der Verbraucher (oder deren Vertreter) für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden. Darunter fallen alle Verträge, die ausschließlich über Telefon, Internet, E-Mail, Briefe etc. geschlossen werden, soweit der Betrieb des Unternehmers auf diese Form der Vertragsabschlüsse eingerichtet ist.

Beispiel 4: Der AN übersendet ein Angebot an den Verbraucher V per E-Mail. Dieser nimmt das Angebot an, indem er die E-Mail mit den Worten „Auftrag erteilt“ zurücksendet. Der AN hat für diese Form der Vertragsabschlüsse entsprechende Angebots- und Annahmeverlagen, die regelmäßig von den zuständigen Mitarbeitern über das eingerichtete E-Mail-System versandt und empfangen werden.

Es besteht ein Widerrufsrecht, da der Vertrag ausschließlich unter Verwendung von Fernkommunikationsmittel geschlossen wurde und der AN durch die Vorhaltung der technischen Voraussetzung und der geeigneten Mitarbeiter einen für die Fernkommunikation eingerichteten Betrieb hat.

Beispiel 5: Verbraucher V ruft beim AN an und bittet diesen, zwingend erforderliche Reparaturen aufgrund eines akuten Wasserrohrbruchs schnellst möglichst durchzuführen.

Hier besteht ausnahmsweise kein Widerrufsrecht. Fordert der Verbraucher den AN auf, ihn aufzusuchen, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen (vergleichbar mit Havarieeinsätzen), so ist dieser Auftrag nicht widerruflich (§ 312g Abs. 2 Nr. 11 BGB).

Achtung: Allein der Umstand, dass eine gesetzliche Ausnahme vorliegt, die gemäß § 312 Abs.2 Nr.11 BGB dazu führt, dass dem Verbraucher kein Widerrufsrecht zusteht, bedeutet noch nicht, dass der AN den Verbraucher hierüber nicht zu belehren braucht. Vielmehr sieht der Gesetzgeber in Art. 246a 3 Nr.1 EGBGB auch dann eine Informationspflicht des AN vor, wenn dem Verbraucher im Sinne des § 312g Abs. 1, 2, 5 und 7 bis 13 BGB kein Widerrufsrecht zusteht. und zwar diesbezüglich, dass der Verbraucher seine Willenserklärung nicht widerrufen kann!

Beispiel 6: Verbraucher V ruft beim AN an und fordert diesen ausdrücklich auf, ihn aufzusuchen, um Reparaturarbeiten an seiner Heizungsanlage auszuführen.

Hier, anders als im Beispiel 5, hat der Gesetzgeber nicht von vornherein auf die Einräumung eines Widerrufsrechts verzichtet, sondern das Widerrufsrecht erlischt mit der vollständigen Erbringung der Leistung (Reparatur der Heizungsanlage). ABER: Das Widerrufsrecht erlischt auch nur dann, wenn der Verbraucher ausdrücklich seine Zustimmung zur Erbringung der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist erteilt hat und der AN ihn über den Verlust des Widerrufsrechts informiert hat.

5. Verbraucherbauverträge, § 650i BGB

Verbraucherbauverträge sind Verträge, in denen der Unternehmer von einem Verbraucher

- entweder zum Bau eines (kompletten) neuen Gebäudes oder
- zu – dem Neubau vergleichbaren – Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.

Der Regelfall ist hier der Bau eines klassischen Einfamilienhauses als Komplettleistung („Schlüssel-fertigbau“). Um einen Verbraucherbauvertrag handelt es sich auch, wenn zwar kein Neubau errichtet wird, aber ein Bestandsbau so umgestaltet wird, dass er einem Neubau gleichkommt (Beispiel: Entkernung).

Ein Verbraucherbauvertrag liegt aber nach einer klarstellenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs niemals vor, wenn nicht das Gebäude als Komplettleistung beauftragt wird, sondern nur ein oder mehrere Einzelgewerke. Ein Vertrag über die Herstellung einer Heizungsanlage, über Elektroleistungen oder auch über den bloßen Rohbau ist also niemals ein Verbraucherbauvertrag. Ein Verbraucherbauvertrag setzt immer die Komplettleistung „Gebäude“ voraus.

6. Was muss der AN bei einem widerruflichen Vertrag beachten?

Wie dargestellt, besteht für Verbraucher ein Widerrufsrecht bei

- einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag (§ 312b BGB),
- einem Fernabsatzvertrag (§ 312c BGB) oder
- einem Verbraucherbauvertrag (§ 650i BGB).

Liegen die oben genannten Voraussetzungen vor, dann kann der vom Verbraucher geschlossene Vertrag innerhalb von 14 Tagen widerrufen werden, und zwar ohne Angabe von Gründen.

Der AN muss den Verbraucher über dieses Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehren. Das schließt mit ein:

- Angabe der ladungsfähigen Anschrift des AN sowie dessen korrekte Firmenbezeichnung
- Hinweis auf die Widerrufsfrist (14 Tage) und deren Beginn
- Hinweis darauf, dass für den Widerruf keine Gründe angegeben werden müssen
- Hinweis darauf, dass der Widerruf in Textform, z.B. als Brief, Fax oder E-Mail oder durch die rechtzeitige Rücksendung der Sache erfolgen muss
- ein Widerrufsformular, das der Verbraucher für den Widerruf nutzen kann.

Soll der AN mit der Leistungsausführung schon vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnen, so bedarf es dazu der ausdrücklichen Zustimmung des Verbrauchers und einer noch weitergehenden Belehrung. Dann muss der AN auch darauf hinweisen, dass er mit der Leistungserbringung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt, der Verbraucher bei vollständiger Leistungserbringung sein Widerrufsrecht verliert und der Verbraucher ansonsten (bei nicht vollständiger Leistung) Wertersatz zu leisten hat.

Unterlässt der Auftragnehmer die Widerrufsbelehrung, so hat der Verbraucher sogar das Recht, den Widerruf noch innerhalb von 1 Jahr und 14 Tagen nach Vertragsabschluss zu erklären.

Beachte: Das Widerrufsrecht besteht für jeden eigenständigen Vertrag.

Beispiel 6: Der AN soll für den Verbraucher V ein Fundament für eine neue Garage gießen. V bietet den AN bei Ausführung der Leistung, zusätzlich auch noch ein Fundament für eine neue Terrasse zu gießen. Der AN ist einverstanden.

Bei der Beauftragung des Fundamentes für die Terrasse handelt es sich um einen neuen, eigenständigen Auftrag. Dieser wurde außerhalb der Geschäftsräume des AN geschlossen und ist deshalb ebenfalls widerruflich. Der AN wäre zur Widerrufsbelehrung verpflichtet gewesen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.04.2023 – 8 U 17/23).

Hinweis für die Praxis (Bauunternehmer): Wenn sie (widerrufliche) Verträge mit Verbrauchern abschließen, dann müssen Sie im eigenen Interesse die rechtzeitige und ordnungsgemäße Belehrung der Verbraucher über das Widerrufsrecht sicherstellen.

Das bedeutet insbesondere: Sie müssen die Durchführung und den Inhalt der Widerrufsbelehrung später auch beweisen können. Am besten eignen sich hierfür natürlich schriftliche Widerrufsbelehrungen mit einem Widerrufsformular. Den Empfang sollte der Kunde unbedingt durch seine

Unterschrift bestätigen.

Insgesamt dürfte es unverzichtbar sein, dass Sie in Ihrem Unternehmen organisatorisch sicherstellen, dass die unterschriebene Widerrufsbelehrung unterschrieben vorliegt, bevor ein Vertrag mit einem Verbraucher geschlossen wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn eine der hier behandelten drei Vertragstypen (außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag, Fernabsatzvertrag oder Verbraucher Bauvertrag) vorliegt. Im Falle des Widerrufs durch den Verbraucher sollten Sie das unterschriebene Widerrufsformular ebenfalls zu Beweis Zwecken mit Eingangstempel aufbewahren.

7. Folgen des Widerrufs

Macht ein Verbraucher von seinem bestehenden Widerrufsrecht Gebrauch, wird der Vertrag mit Wirkung für die Vergangenheit beendet, d.h. der Verbraucher und der Unternehmer sind an ihre auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärungen nicht mehr gebunden, was den Vertrag als von Beginn an nicht geschlossen gelten lässt. (§ 355 Abs. 1 BGB). Sämtliche empfangenen Leistungen sind nach erfolgtem Widerruf unverzüglich zurückzugewähren (§ 355 Abs. 3 S. 1 BGB). Sollte eine Rückgabe nicht möglich sein, hat der Verbraucher Wertersatz zu leisten.

Beachte: Widerrufsrecht der Verbraucher den Vertrag, bedeutet dies nicht gezwungenermaßen, dass der AN „leer ausgeht“. Belehrt der AN den Verbraucher ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht, so steht ihm im Falle des Widerrufs zumindest ein Wertersatz für die erbrachten Leistungen zu. Die Besonderheit des eingangs geschilderten EuGH-Falls lag darin, dass der AN dort über das Widerrufsrecht überhaupt nicht belehrt hatte. Dennoch ist bei Belehrung über das Widerrufsrecht zu beachten, dass diese entsprechend des gesetzlichen Musters ordnungsgemäß erfolgt, damit sich der AN im Falle eines Widerrufs, bezogen auf die Ordnungsgemäßheit der Belehrung, auf die Schutzwirkung dieser Musterwiderrufsbelehrung berufen kann. Weisen Ihre Widerrufsbelehrungen allerdings Abweichungen vom gesetzlichen Muster auf, besteht immer das Risiko, dass die vom Gesetz vorgesehene Schutzwirkung entfällt. Das hat zur Folge, dass ein Widerruf wiederum noch 1 Jahr und 14 Tage nach Vertragsabschluss möglich ist und ggf. auch kein Anspruch auf Wertersatz besteht, da die Voraussetzungen des § 357a Abs.2 BGB – „ordnungsgemäße“ Information über das bestehende Widerrufsrecht – nicht vorliegen.

8. Fazit

Verbraucher sind nicht immer, aber häufig zum Widerruf von Verträgen berechtigt. Das muss der Auftragnehmer, der für Verbraucher arbeitet, beachten. Unterlässt er trotz Widerrufsrecht die entsprechende Belehrung, so kann dies für ihn nachteilig werden. Im Zweifel gilt: Lieber einmal zu viel über das Widerrufsrecht belehrt, als einmal zu wenig.

Markus Fiedler
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Ansprüche gegen den Architekten bei Undichtigkeit des Daches

Ein sog. "Warmdach" mit einer Dicht-Dicht-Konstruktion war nach der DIN 4108-3 zwar bis zum Erscheinen ihrer Neufassung im Jahr 2014 grundsätzlich möglich, jedoch entsprach diese DIN-Norm schon Jahre zuvor aufgrund einer Vielzahl von bekannten Schadensfällen nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik.

Eine vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber setzt voraus, dass der Auftrag-

geber Bedeutung und Tragweite des in der Abänderung der Planung liegenden Risikos erkannt hat (BGH, IBR 2013, 154), was grundsätzlich eine entsprechende Aufklärung durch den Architekten voraussetzt. Hierfür genügt ein Hinweis, dass diese Konstruktion kritisch oder schadensanfällig ist, nicht.

(OLG Stuttgart, Urteil vom 28.03.2023 – 10 U 29/22)

Die Bauherren eines Doppelhauses verklagen den Architekten und den beauftragten Bauphysiker auf Schadenersatz, nachdem es an den (Grün)Dächern der Doppelhäuser in Teilbereichen zu Schäden gekommen war. Die Bauherren machen als Schadenersatz die Kosten für eine komplette Neuherstellung aller acht Dächer der Reihenhäuser geltend und argumentieren, dass auch die Dächer, wo bisher keine Schäden aufgetreten sind, erneuert werden müssen, weil die gesamte Konstruktion schadensträchtig sei und nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen würde.

Der Architekt verteidigt sich gegen die Schadenersatzforderung mit dem Argument, er habe auf die Aussage des mitverklagten Bauphysikers vertrauen dürfen, dass die Konstruktion funktioniert. Der Bauphysiker macht geltend, dass nicht belüftete Dächer (mit einer Dampfsperre) bis zur Neufassung der DIN 4108-3 im November 2014 zulässig gewesen seien. Zu berücksichtigen sei die Vermutung, dass die DIN-Norm den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspreche. Das OLG Hamm sei in der Entscheidung 24 U 14/20 davon ausgegangen, dass ein solches Warmdach bei Einhaltung handwerklicher und planerischer Sorgfalt noch 2015 zulässig gewesen sei, ebenso das Landgericht Würzburg in einer in IBR 2018, 1053 veröffentlichten Entscheidung.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen. Der Architekt habe ausreichend auf die Risiken der Warmdachkonstruktion hingewiesen, und sich auf die Aussage des Bauphysikers verlassen können. Der Bauphysiker allerdings sei nicht von den Klägern, sondern einem Baubetreuer beauftragt worden, so dass keine vertraglichen Ansprüche der Kläger bestehen würden.

Die Entscheidung des Gerichts

Das Gericht hebt das Urteil des Landgerichts teilweise auf und verurteilt den Architekten zur Zahlung von insgesamt rund 138.000 € an die einzelnen Eigentümer. Das sind 75 % des geltend gemachten Schadensbetrages. Die Klageabweisung gegen den Bauphysiker bestätigt das OLG.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat keine Zweifel an den vom Landgericht eingeholten Gutachten. Der Gutachter hatte umfangreich aus der Fachliteratur zitiert erklärt, dass bereits bei einer Fachtagung Holzbau im Jahr 2011 erklärt wurde, dass der Einbau von Dampfsperren (sd – 100 m) in außenseitig dampfdichten Holzkonstruktionen nicht mehr den Regeln der Technik entspreche. Sie unterbinden die sommerliche Umkehrdiffusion, die zur Trocknung des winterlichen Feuchteintrags aus Dampftransport per Luftströmung (Konvektion) durch unvermeidliche Restleckagen erforderlich ist.

Die raumseitig oberhalb der Gipskarton- Bepunktung eingebaute Dampfsperre weise einen ähnlich hohen Diffusionswiderstand auf (der genaue Wert wird im Urteil nicht genannt), so dass in den Dachraum eingedrungene Feuchtigkeit nicht mehr entweichen könne. In der Folge würde sich die eingedrungene Feuchtigkeit in den Holzbauteilen anreichern und es kann zum Wachstum von holzerstörenden Pilzen kommen.

Dem Architekten hilft nicht, dass der Baubetreuer aufgrund eines entsprechenden Hinweises des Architekten die Stellungnahme des Bauphysikers eingeholt hatte. Dort war als Frage formuliert, ob "eher eine diffusionsoffene Dampfbremse [...] oder eine Dampfsperre an der Sparrenunterseite angebracht werden soll". Diese Frage wurde dahin beantwortet, dass "in jedem Fall eine Dampfsperre [...] eingebaut werden" solle, allerdings unter der Voraussetzung, dass der Dachaufbau vor dem Anbringen der Dampfsperre trocken sei und die Holzbauteile keine erhöhten Feuchtwerte aufweisen, die Dampfsperre sei allseitig dauerhaft anzuschließen, Durchdringungen seien zu vermeiden.

Diese Aussage des Bauphysikers war falsch. Tatsächlich wäre eine Dampfbremse richtig gewesen, vorzugsweise eine variable Dampfbremse, bei der im Sommer etwa eingedrungene Feuchtigkeit in den Raum zurücktrocknen kann. Was dann tatsächlich geplant und eingebaut wurde, lässt sich dem Urteil allerdings nicht entnehmen. Eine Folie mit einem s_d -Wert von 100 m wäre nach der technischen Definition eine Dampfbremse und keine Dampfsperre. Die Ausführungen des Oberlandesgerichtes zu diesem Thema sind teilweise etwas verwirrend.

Das Gericht ist nach den Ausführungen des Sachverständigen jedenfalls davon überzeugt, dass nicht nur ein Fachplaner, sondern auch jeder ein Gebäude planende Architekt spätestens ab dem Jahr 2011 wissen musste, dass der geplante und realisierte Dachaufbau nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprach. Der Gutachter hatte hierzu unter anderem auf einen Artikel von Oswald in der „Deutschen Bauzeitung“ 2009 verwiesen.

Allerdings müssten sich die Eigentümer 25 % des Schadensbetrages wegen Mitverschuldens abziehen lassen, weil der von ihnen eingesetzte Baubetreuer eine falsche Auskunft des Bauphysikers eingeholt und dem Architekten übergeben habe. Wenn ein Bauherr auf Nachfrage seines Architekten fachliche Hinweise und Auskünfte erteilt, müssten diese schon im eigenen Interesse des Bauherrn zutreffend sein.

Hinsichtlich des Bauphysikers schließt sich das OLG der Auffassung des Landgerichts an, dass der Baubetreuer die Anfrage gemacht habe, ohne dabei zu erwähnen, für welches Projekt und für welche Bauherren er diese Anfrage stellt. Deshalb sei kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Bauherren zustande gekommen, und deshalb gebe es keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch.

Praxishinweis

Die Entscheidung ist möglicherweise im Ergebnis richtig, auch wenn dies mangels Nennung technischer Details zur tatsächlich ausgeführten Leistung nicht beurteilt werden kann. Sehr problematisch sind die technischen Ausführungen in dem Urteil deshalb, weil das Gericht den Anschein erweckt, dass Warmdächer mit Zwischensparrendämmung generell risikoanfällig wären, und ihre Planung und Ausführung nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen würde. Es wird mit Sicherheit Bauherren geben, die das aus dem Urteil herauslesen.

Allerdings ist das in einer solchen Verallgemeinerung nach unserer Einschätzung falsch. Laut Angaben des Zentralverbandes des Deutschen Dachdeckerhandwerks gibt es in Deutschland 1,2 Milliarden m^2 Flachdachflächen, davon rund 130 Millionen m^2 Gründächer. Jährlich kommen rund 10 Millionen m^2 Gründächer dazu. Dabei wird der überwiegende Teil aller Flachdächer als Warmdächer ausgeführt. Manche Dachformen wie etwa Tonnendächer lassen sich anders auch nur schwer realisieren. Auch bei geneigten Dächern mit vielen Dachfenstern ist eine Hinterlüftung oft

schwierig zu realisieren und führt zu zahlreichen Durchdringungen. Deshalb wäre es wichtig gewesen, dass das OLG Stuttgart präzise beschreibt, wann genau die Planung und Ausführung eines Warmdaches nicht den allgemein anerkannten Regeln entspricht, anstatt unpräzise von einer „Dicht-Dicht-Konstruktion“ zu sprechen, und die Begriffe Dampfsperre und Dampfbremse nicht sauber auseinanderzuhalten.

Unabhängig davon gibt das Urteil Anlass noch einmal darauf hinzuweisen, dass ein Warmdach sehr sorgfältig zu planen ist. Die Einschaltung eines Bauphysikers ist zwingend. Die ganze Planung muss darauf ausgerichtet sein, die möglichen Risiken der Konstruktion zu minimieren. Außerdem muss der Bauherr über die Vor- und Nachteile umfassend informiert werden, und zwar auch darüber, dass bei Fehlern in der Ausführung oder nachträglich herbeigeführten Undichtigkeiten der äußeren Abdichtung oder der inneren Dampfbremse massive Schäden an der Dachkonstruktion entstehen können.

Bauherr muss Planer nicht bei Mangelbeseitigung mitwirken lassen

Bei im Bauwerk realisierten Mängeln besteht kein Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers gegen den planenden Architekten, sondern ein Schadensersatzanspruch. Teil dieses (einheitlichen) Schadensersatzanspruchs sind die Kosten für Planung und Beaufsichtigung der Mängelbeseitigungsarbeiten.

Der Auftraggeber ist nicht gehalten, den Architekten für die Beaufsichtigung von Mängelbeseitigungsarbeiten "heranzuziehen". Er muss nämlich befürchten, dass der für den Mangel verantwortliche Architekt die Mängel lediglich kaschiert oder in sonstiger Weise dafür Sorge trägt, dass die "Mängelbeseitigung" möglichst günstig ausfällt.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.07.2022 – 22 U 67/21, erst jetzt veröffentlicht)

Ein Architekt erstellt eine fehlerhafte Treppenplanung. Nachdem dies zu einem relativ späten Zeitpunkt der Ausführung von elf mehrgeschossigen Häusern entdeckt wird, fallen Sanierungskosten in Höhe von rund 350.000 € an. Dazu gehören auch Nebenkosten.

Der Auftraggeber hatte den Architekten (erfolgreich) aufgefordert, eine Sanierungsplanung zu erstellen, ihn aber nicht mit der Ausschreibung, Vergabe und Überwachung der Sanierungsarbeiten betraut. Der Architekt wendet ein, er hätte Gelegenheit erhalten müssen, sich an der Schadensbehebung zu beteiligen, indem er die Bauleitung übernimmt.

Außerdem meint der Architekt, die Baufirma hätte den Planungsfehler vor dem Einbau der Treppen entdecken müssen, und der Bauherr selbst hätte – nachdem die ersten Treppen eingebaut waren – ebenfalls eine Überprüfung vornehmen müssen. Dies müsse dazu führen, dass der Schadensersatzanspruch des Bauherrn zu kürzen sei.

Die Entscheidung des Gerichts

Das Oberlandesgericht weist alle Argumente des Architekten zurück. Die ausführende Firma sei zwar gegenüber dem Bauherrn verpflichtet gewesen, Bedenken anzumelden. Es sei aber nicht vom Bauherrn zu vertreten, wenn dies nicht geschehe. Das ist richtig, weil den Bauherrn gegenüber dem Architekten eben keine Prüfungs- und Bedenkenpflicht trifft.

Der Bauherr sei auch nicht verpflichtet, nach jedem Arbeitsschritt vor Ort Kontrollen durchzuführen, um Planungsfehler möglichst schnell zu entdecken.

Ebenso wenig müsse der Bauherr dem Architekten Gelegenheit geben, an der Sanierungsplanung sowie an der Ausschreibung, Vergabe und Überwachung der Sanierungsarbeiten mitzuwirken. Das Gericht begründet das damit, dass in dem Augenblick, wo aufgrund eines Planungsfehlers am Bauwerk ein Mangel entstanden ist, ein Schadensersatzanspruch bestehe. Hierbei handele es sich um einen Geldanspruch, und der Auftraggeber sei nicht verpflichtet, den Architekten an der Schadensbehebung zu beteiligen.

Praxishinweis

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf entspricht der herrschenden Meinung. Trotzdem bestehen bei vielen Planern hierüber immer noch falsche Vorstellungen. Ebenso wie der Geschädigte bei einem Verkehrsunfall dem Schadensverursacher nicht die Möglichkeit geben muss, den Schaden selbst reparieren, muss ganz allgemein ein Geschädigter nicht dem Schadensverursacher die Chance geben, durch eigene Beiträge die Kosten möglichst gering zu halten. Das ist manchmal ärgerlich, aber die geltende Rechtslage.

Auch wenn der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, dem Architekten die Mitwirkung zu gestatten, ist dies aus Gründen der Kostenminderung häufig sinnvoll. Der Architekt muss sich mit seiner Pflichtversicherung absprechen, und dafür sorgen, dass seine Mitwirkung nicht als Anerkenntnis des Planungsmangels interpretiert wird.

Architekt muss im Rahmen der Bauüberwachung keine komplizierten Rechtsfragen klären

Ein Schaden des Auftraggebers entsteht bei einem Fehler des Architekten bei der Rechnungsprüfung nicht erst wenn feststeht, dass das Rückzahlungsbegehren gegenüber dem Unternehmer scheitert.

Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt ist verpflichtet, Abschlagsrechnungen von Bauunternehmern daraufhin zu überprüfen, ob sie fachtechnisch und rechnerisch richtig, ob die zugrunde gelegten Leistungen erbracht sind und ob sie der vertraglichen Vereinbarung entsprechen.

Erfasst der Architekt im Rahmen der Rechnungsprüfung in einer komplexeren Konstellation eine schwierige Rechtsfrage nur unzureichend oder nicht richtig, liegt keine schuldhaft Pflichtenverletzung vor.

(OLG Köln, Urteil vom 16.04.2021 – 19 U 56/20; erst jetzt veröffentlicht, nachdem der BGH die Zulassung der Revision abgelehnt hat)

Der Bauherr macht gegenüber einer Metallbaufirma die Erstattung von seiner Ansicht nach zu viel geleisteten Abschlagszahlungen geltend. Der Unternehmer habe bei einzelnen Positionen zu große Mengen abgerechnet. Außerdem sei für die Positionen mit Mehrmengen eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B vorzunehmen gewesen. Auch habe der Unternehmer entgegen der Planung und ohne Notwendigkeit kleinere Stahlträger verwendet und diese sodann nicht verschweißt, sondern mittels Schraubverbindungen zusammengefügt, wodurch sich sein Arbeitsaufwand verringert habe, aber erhebliche Mehrmengen bei den Verschraubungspositionen entstanden seien. Diese Mehrkosten seien nicht zu vergüten gewesen. Die Metallbaufirma argumentiert, die Schraubverbindungen seien in der freigegebenen Werk- und Montageplanung enthalten gewesen.

Der Bauherr nimmt neben der Metallbaufirma auch den bauleitenden Architekten, der die Abschlagsrechnungen freigegeben hatte, auf Schadenersatz in Anspruch. Der Architekt wendet unter anderem ein, ein Schadensersatzanspruch würde nur dann in Betracht kommen, wenn feststehe, dass die Metallbaufirma die Überzahlung nicht zurückerstattet.

Der Klage gegen den Bauunternehmer wird vom Landgericht nach Einholung eines Gutachtens nur zu einem relativ geringen Teil stattgegeben, die Klage gegen den Architekten wird abgewiesen.

Die Entscheidung des Gerichts

Das Oberlandesgericht hebt die Klageabweisung gegenüber dem Bauunternehmer bis auf einen Teilbetrag auf, und verweist den Rechtsstreit zurück an das Landgericht. Das Landgericht sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass in der Freigabe der Werk- und Montageplanung die Anordnung einer Leistungsänderung liege. Wenn der Bauunternehmer im Zuge seiner konkreteren Planung zu Materialmengen komme, die bedeutend größer sind als diejenigen, die auf Grundlage der Tragwerksplanung als Massenschätzung im Leistungsverzeichnis angegeben wurden, hätte ihm klar werden müssen, dass er hier etwas anderes plant als die im Leistungsverzeichnis nebst Plänen vorgesehene Ausführung. Hierzu hätte er eine Entscheidung des Auftraggebers einholen müssen. Allerdings könnte ein Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 8 VOB/B bestehen (Leistungen ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag), wenn die Leistungsänderung erforderlich war und dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprochen hätte. Hierzu habe das Landgericht bisher keine Feststellungen getroffen.

Bezüglich des Architekten bestätigt das OLG die Klageabweisung. Das Gericht stellt zunächst klar, dass der Architekt unmittelbar auf Schadenersatz haftet, wenn eine Pflichtverletzung vorliegt. Der Schaden entsteht bereits mit der Überzahlung, nicht erst mit dem Scheitern des Rückzahlungsanspruches. Der Architekt kann also vom Auftraggeber unmittelbar in Anspruch genommen werden, allerdings nur Zug um Zug gegen Abtretung des Herausgabeanspruchs gegenüber dem Bauunternehmer. Wenn nämlich der Architekt (bzw. seine Haftpflichtversicherung) den Schaden bezahlt, muss er die Möglichkeit haben, seinerseits vom Bauunternehmer Zahlung zu verlangen.

Im Ergebnis weist das Gericht die Klage gegen den Architekten aber ab, und zwar deshalb, weil der Auftraggeber keine für die Überzahlung kausal gewordenen Pflichtverletzungen des Architekten schlüssig dargelegt habe.

Dabei stellt das Gericht zunächst klar, dass alleine die Tatsache einer im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung festgestellten Überzahlung nicht die Vermutung begründet, dass der Architekt bei der Prüfung der Abschlagsrechnungen vorwerfbare Fehler gemacht habe. Vielmehr müsse der Auftraggeber zu jeder einzelnen Position begründen, dass und warum der Architekt bei der Prüfung der Abschlagsrechnung hätte erkennen können und müssen, dass hier eine fehlerhafte Abrechnung vorliegt. Diesen konkreten Vortrag habe der Auftraggeber nicht geleistet. Zwar sei es grundsätzlich so, dass ein Werkunternehmer (so auch ein Architekt) bis zur Abnahme beweispflichtig sei, dass er die vertraglich vereinbarte Leistung erbracht habe. Vorliegend mache der Auftraggeber keinen Anspruch auf Minderung des Architektenhonorars geltend (hier müsste der Architekt vor Abnahme beweisen, dass er die Leistung „Rechnungsprüfung“ ordnungsgemäß er-

bracht hat), sondern der Auftraggeber mache einen Schadensersatzanspruch geltend, und hierfür sei der Auftraggeber nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet.

Außerdem stellt das Oberlandesgericht klar, dass es nicht Aufgabe des Architekten sei, komplizierte Rechtsfragen bei der Prüfung von Abschlagsrechnungen zu entscheiden. Die Frage der Abgrenzung zwischen einer Mengenabweichung nach § 2 Abs. 3 VOB/B und einer Ausführungsabweichung nach § 2 Abs. 8 VOB/B hingen von einer Vertragsauslegung ab. Es würde die Anforderungen an das Maß der im Rahmen eines Architektenvertrages bei der Abschlagsrechnungsprüfung anzuwendenden Sorgfalt erheblich überspannen, wollte man dem Architekten einen Sorgfaltspflichtverstoß vorwerfen, wenn er in einer komplexeren Konstellation wie der vorliegenden eine der vorstehend dargestellten Rechtsfragen unzureichend erfasst und/oder unrichtig beantwortet habe.

Praxishinweis

Es kommt sehr häufig vor, dass sich bei der Rechnungsprüfung (oder der Prüfung von Nachtragsangeboten) rechtliche Fragen der Vertragsauslegung stellen (Widersprüche zwischen Baubeschreibung, LV und Plänen, Unklarheiten, was ist die mit der vereinbarten Vergütung abgegoltene Leistung).

Das Gleiche gilt, wenn es darum geht, ob Nachträge kalkulatorisch zu berechnen sind oder anhand tatsächlich erforderlicher Kosten, ob eine Leistungsänderung vom Auftraggeber angeordnet wurde oder eine eigenmächtige Abweichung vorliegt usw.

Der Bauherr kann nicht verlangen, dass der Architekt bei der Prüfung von Nachträgen oder seiner Rechnungsprüfung juristische Bewertungen vornimmt. Der Architekt wiederum sollte den Bauherrn in solchen Fällen darauf hinweisen, dass die Bewertung bestimmter Nachtrags- oder Abrechnungspositionen von der Beantwortung rechtlicher Fragen abhängt, und er nicht in der Lage ist, diese Fragen zu beantworten.

Aktuelles

Neuregelung für die Schwellenwertberechnung bei der Ausschreibung von Planungsleistungen

Der Gesetzgeber hat mit der „Verordnung zur Anpassung des Vergaberechtes an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare („eForms“) für EU- Bekanntmachungen gewissermaßen „nebenbei“ eine kleine aber folgenreiche Änderung in § 3 Abs. 7 der Vergabeverordnung (VgV) vorgenommen.

Diese Vorschrift befasst sich mit der Ermittlung der europäischen Schwellenwerte, bei deren Überschreitung die jeweilige Leistung europaweit auszuschreiben ist. Nach dem Satz 1 der Vorschrift ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zu Grunde zu legen, wenn das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führt, der in mehreren Losen vergeben wird. Satz 2 dieser Vorschrift lautete bisher: "Bei Planungsleistungen

gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen“.

Dies hatte zur Folge, dass Planungsleistungen häufig nach dem nationalen Vergaberecht vergeben werden konnten, weil eine Zusammenrechnung des Wertes nur dann erforderlich war, wenn die Leistungen inhaltlich vergleichbar waren. Da beispielsweise eine TGA-Planung mit der Ausführungsplanung für den Hochbau und diese wiederum mit der Planung für die Außenanlagen inhaltlich nichts zu tun haben, fand eine Zusammenrechnung in der bisherigen Praxis der Vergabestellen nur sehr selten statt.

Dieser zweite Satz wurde nunmehr mit der o. a. Verordnung aufgehoben. Damit gab der Gesetzgeber dem Druck der europäischen Kommission nach, welche diese Sonderregelung von Anfang an für europarechtswidrig gehalten hat, da es hierfür keine Entsprechung in den einschlägigen EU-Richtlinien gibt. Die Streichung hat zur Folge, dass bei der Ausschreibung von Planungsleistungen künftig die Werte aller Lose zusammenzurechnen sind, auch wenn es sich dabei um unterschiedliche Leistungen handelt. In Anbetracht der Tatsache, dass der europäische Schwellenwert für derartige Dienstleistungen bei € 215.000,00 liegt, ist dieser Wert bei schon bei mittleren Projekten schnell überschritten. Hierauf werden sich die Vergabestellen künftig einstellen müssen.

Um die Vergabestellen für ihre künftige Praxis zu unterstützen, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) mit Schreiben vom 23.08.2023 sogenannte „klarstellende Erläuterungen zur Auftragswertberechnung vor der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen nach der Streichung von § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV“ herausgegeben. Diese Erläuterungen sollen einer rechtssicheren, unionsrechtskonformen Anwendung der maßgeblichen Normen dienen, sollen aber einer Prüfung im Einzelfall und einer etwaigen Auslegung durch die Vergabekammern und der Oberlandesgerichte nicht vorgreifen. Das BMWK nimmt zu folgenden Punkten Stellung:

1.

Zunächst weist das BMWK auf den bereits in § 3 Abs. 2 VgV verankerten Grundsatz hin, wonach die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes nicht in der Absicht erfolgen darf, die Anwendung des Europarechtes zu umgehen. So dürfen die Vergabestellen die Auftragsvergabe von Planungsleistungen nicht so unterteilen, dass eine Zusammenrechnung unterbleibt und folglich die Schwellenwerte nicht überschritten werden, es sei denn, es liegen objektive Gründe dafür vor. Eine solche willkürliche Aufteilung ist beispielsweise gegeben, wenn die zu einem Projekt gehörenden Leistungen in größeren zeitlichen Abständen (z. B. unterschiedlichen Haushaltsjahren) voneinander ausgeschrieben werden, um den Eindruck zu erwecken, es handle sich um mehrere Projekte.

2.

Das BMWK liefert sodann eine Auslegungshilfe, wonach bei der Bestimmung eines einheitlichen Auftrages eine „funktionale Betrachtung“ heranzuziehen sei. Ein einheitlicher Gesamtauftrag liegt demnach vor, sofern dessen Teilleistungen in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen. Ob Planungsleistungen, die in ihrer Art auf unterschiedliche Weise erbracht werden, im Zusammenhang stehen und mithin zusammenzurechnen sind, ist im Einzelfall von der jeweiligen Vergabestelle zu prüfen und zu dokumentieren. So sind gegebenenfalls auch Bodengutachten oder Machbarkeitsstudien aus einer frühen Vorplanungsphase mit den anschließenden Planungsleistungen zusammenzurechnen.

3.

Das BMWK weist sodann darauf hin, dass öffentliche Auftraggeber nach den Erwägungsgründen

der einschlägigen EU-Richtlinien Planungsaufträge und Bauaufträge grundsätzlich sowohl getrennt als auch gemeinsam vergeben können. Wie dies in der Praxis anzuwenden ist, wird in den Erläuterungen jedoch nicht weiter ausgeführt. Liest man dies jedoch im Zusammenhang mit der Begründung der o. a. Verordnung, so scheint der Gesetzgeber den Vergabestellungen völlig neue Ausschreibungsmöglichkeiten eröffnen zu wollen. Denn dort heißt es wörtlich: „Für die gemeinsame Vergabe von Ausführung und Planung der Bauleistungen bzw. Bauvorhaben als ein Bauauftrag gilt der jeweils aktuelle EU-Schwellenwert für Bauaufträge. Für die Schätzung, ob der Auftragswert über oder unter dem EU-Schwellenwert liegt, sind alle vorgesehenen Leistungen zu addieren. Neben allen Bauleistungen umfasst dies auch alle Liefer- und Dienstleistungen, bei gemeinsamer Vergabe also auch die Planungsleistungen, auch wenn sie in verschiedenen Losen vergeben werden. Lose eines Bauauftrages müssen nicht im selben Zeitpunkt ausgeschrieben werden; insbesondere bei Baulosen ist dies auch nicht üblich. Erreicht oder überschreitet der Gesamtwert des Bauauftrages nicht den EU-Schwellenwert, ist das Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte anzuwenden.“

Diese Vorgaben werfen jedoch mehr Fragen auf, als nützliche Antworten zu geben. Insbesondere stehen sie im Konflikt mit anderen vergaberechtlichen Grundsätzen.

- a) Zum einen kollidiert die angeblich freie Wahl bei der gemeinsamen oder getrennten Ausschreibung von Bau- und Planungsleistungen mit den Vorgaben aus § 97 Abs. 4 GWB (analog § 5 EU VOB/A). Danach sind Leistungen in der Menge geteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen nur zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Sogenannte „Generalübernehmer-Vergaben“, bei denen der Auftragnehmer nicht nur die gesamten Bauleistungen, sondern auch die dazu gehörigen Planungsleistungen zu erbringen hat, sind danach grundsätzlich unzulässig. Denn nur selten liegen technische oder wirtschaftliche Gründe vor, die eine solche einheitliche Ausführung erfordern.
- b) Es dürfte daher also auch in Zukunft nur in Ausnahmefällen möglich sein, Planungs- und Bauleistungen gemeinsam auszuschreiben und zu vergeben. Außerdem ist der angebliche Vorteil, wonach die Ausschreibung nach den europäischen Regeln (also nach Abschnitt 2 der VOB/A) von dem höheren Schwellenwert für Bauleistungen (derzeit € 5.382.000 netto) abhängt, kritisch zu betrachten. Denn das hieße im Klartext, dass einzelne Planungsleistungen selbst dann, wenn sie für sich gesehen über dem Schwellenwert von € 215.000 liegen, nicht europaweit ausgeschrieben werden müssten, weil in diesem Fall der höhere Schwellenwert der Gesamtbaumaßnahme maßgeblich wäre. Das kann nicht richtig sein, weil damit die gemäß § 106 GWB zu beachtenden europäischen Schwellenwerte für die Vergabe von Planungsleistungen unterlaufen würden.
- c) Schließlich stellt sich ganz praktisch die Frage, wie man bei einer gemeinsamen losweisen Vergabe von Bau- und Planungsleistungen den Wert der Bauleistungen schätzen soll, wenn man weder eine Planung noch eine Leistungsbeschreibung und damit auch keinerlei Kostenschätzung hat, die bekanntlich auf diesen Grundlagen beruhen. Auch diese Frage muss entweder von den zuständigen Ministerien oder spätestens durch die Vergabekammern/Oberlandesgerichte beantwortet werden.

4.

Das BMWK weist schließlich zutreffender Weise darauf hin, dass eine Vergabestelle selbst bei Überschreitung des Schwellenwertes nicht alle Lose europaweit ausschreiben muss, wenn der geschätzte Wert des betreffenden Loses im Falle von Planungen unter € 80.000 netto liegt (vgl. § 3 Abs. 9 VgV). Allerdings darf der kumulierte Wert der in Abweichung von dieser Richtlinie verge-

benen Lose 20 Prozent sämtlicher Planungslose nicht überschreiten. Liegen beispielsweise zwei kleinere Planungslose bei einem geschätzten Auftragswert von insgesamt € 70.000, können diese nur dann von einer EU-weiten Ausschreibung befreit werden, wenn der Gesamtwert aller Planungslose einen Betrag von € 350.000 netto überschreitet. Von dieser Ausnahme wird also auch in Zukunft nur relativ selten Gebrauch gemacht werden können.

Es bleibt abzuwarten, wie die Vergabestellen mit der Neufassung von § 3 Abs. 7 VgV künftig umgehen werden. Den zuständigen Ministerien ist zu raten, die von ihnen abgegebenen Erläuterungen nachzuschärfen, damit sich in der Praxis der Vergabestellen keine Fehlinterpretationen einbürgern.

Stoffpreisgleitklauseln

Der Bund steht trotz nach wie vor hoher Inflation auf dem Standpunkt, dass sich die Baupreise seit Mitte 2023 wieder stabilisiert haben. Aus diesem Grund hat das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) entschieden, dass die entsprechenden Erlasse zur regelmäßigen Anwendung von Stoffpreisgleitklauseln in Ausschreibungsverfahren für Bund und Bundesbehörden nicht verlängert werden.

Ab dem 01.07.2023 gelten nunmehr wieder die allgemeinen Bestimmungen der Richtlinie 225 des VHB zur Vereinbarung von Stoffpreisgleitklauseln. Hierfür gibt es seit dem 01.07.2023 das neue Formblatt VHB 225 a. Die öffentliche Hand muss bei der Vorbereitung der Vergabe nach wie vor von Amts wegen überprüfen, ob mit Preisveränderungen im besonderen Maße zu rechnen ist, ein langer Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Einbau besteht sowie Stoffkosten in Höhe von mindestens einem Prozent der geschätzten Auftragssumme betroffen sein können.

Wir empfehlen allen Mandanten, bei größeren und länger dauernden Aufträgen die Vergabeunterlagen diesbezüglich zu prüfen, und rechtzeitig im Rahmen einer Bieteranfrage darauf zu drängen, dass eine Stoffpreisgleitklausel für wichtige Produkte/Baustoffe vereinbart wird. Ein besonderes Risiko sehen wir auch bei elektronischen Bauteilen. Sollten sich die Handelsbeziehungen zu China erheblich verschlechtern, könnten in diesem Bereich erhebliche Lieferengpässe und Preissteigerungen eintreten.

Denn grundsätzlich darf einem Bieter nach § 7 Abs. 1 VOB/A kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Daraus kann nach der Rechtsprechung ein Anspruch auf die Vereinbarung auf Preisgleitklauseln resultieren, wie zuletzt von der VK Lüneburg am 01.02.2023 entschieden (VgK-27/2022).