



Editorial

„Wird der beschlossene Bauturbo auch wirklich zünden ...

... fragen sich nicht nur die vielen Bauwilligen im Lande, sondern auch die Bauwirtschaft. Auf den ersten Blick versprechen die zur Vereinfachung von Planungs- und Genehmigungsverfahren vom Bundeskabinett beschlossenen Änderungen in der Tat eine Beschleunigung. Der Teufel steckt aber – wie so häufig – im Detail. Lesen Sie im ersten Artikel dieses Newsletters die Kurzanalyse unseres Experten für das öffentliche Baurecht, Herrn RA Thorsten Krull. Dieser setzt sich im Anschluss daran mit der jüngsten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Berliner Sanierungsausgleichs-abgabe auseinander, die leider (noch) nicht die erhoffte Rechtssicherheit gebracht hat. Des Weiteren besprechen wir in diesem Newsletter wieder aktuelle obergerichtliche Entscheidungen zum privaten Baurecht. So haben sich der BGH und das OLG Celle in jüngsten Urteilen zur Anwendung des § 650d (Voraussetzungen der Einstweiligen Verfügung) und § 650f BGB (Kündigungsfolgen) geäußert. Das OLG Düsseldorf lässt in einem Urteil vom 27.03.2025 auch bei der kalkulatorischen Preisfortschreibung eine Schätzung der Nachtragsvergütung zu. Nach einer Entscheidung des OLG Schleswig kann die Verjährung erst dann neu beginnen, wenn Mangelbeseitigungsarbeiten abgenommen worden sind. Aus dem Bauvergaberecht besprechen wir zwei interessante VK-Entscheidungen zum Thema Mischkalkulation und zur Frage, welche Arten der Präqualifikation vom Auftraggeber anzuerkennen sind.

Für die Bauwirtschaft von Interesse dürfte auch die Einrichtung sog. „Commercial Courts“ bei den Oberlandesgerichten sein, die von den Parteien einer baurechtlichen Streitigkeit direkt angerufen werden können, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Lesen Sie dazu unseren Beitrag am Ende des Newsletters, der die Vorteile dieses neuen Rechtszuges beschreibt. Wer als Errichter von sicherheitstechnischen Anlagen tätig ist, den dürfte schließlich der Beitrag unserer Expertin, Frau RA'in Chantal Hasselbach, interessieren, die sich mit der Haftung im Falle von Täuschungsalarmen bei Brandmeldeanlagen auseinandersetzt, die durch Insektenbefall ausgelöst werden.

Wer sich im zweiten Halbjahr 2025 im Baurecht weiterbilden möchte, dem sei ein Blick in unseren Seminarkalender geraten, den wir diesem Newsletter beigelegt haben.

Wir wünschen eine nutzbringende Lektüre!

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt



Aktuelles

Bau-Turbo beschlossen!

Bundesregierung bringt Gesetz zu Beschleunigung von Baugenehmigungsverfahren auf den Weg

Die Bundesregierung hat am 19.06.2025 einen Gesetzentwurf zur Beschleunigung von Bauvorhaben auf den Weg gebracht. Damit sollen zentrale Vorschriften im Baugesetzbuch (BauGB) reformiert werden. Ziel ist es, Planungs- und Genehmigungsverfahren zu vereinfachen und deutlich zu verkürzen. Die Neuregelungen sollen ausschließlich zugunsten von Wohnungsbauten gelten. Erleichterungen für Gewerbebebauungen sind nicht vorgesehen.

Folgendes ist geplant:

- Die Befreiungs- und Abweichungsmöglichkeiten nach § 31 Abs. 3 BauGB (für Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes) und § 34 Abs. 3a BauGB (im unbeplanten Innenbereich) sollen erweitert werden. Die Entscheidung darüber wird jeweils unter den Vorbehalt der Zustimmung der Gemeinde gestellt. Diese soll die Befreiung oder Abweichung erteilen können, wenn das Vorhaben mit nachbarlichen Interessen und öffentlichen Belangen vereinbar ist. In diesem Zusammenhang wird für die Zustimmung der Gemeinde in einem neuen § 36a BauGB eine Genehmigungsfiktion eingeführt: Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn sie nicht nach zwei Monaten verweigert worden ist.
- Zudem soll die Gemeinde die Zustimmung erteilen, wenn das Vorhaben mit ihren Vorstellungen von der städtebaulichen Ordnung vereinbar ist. Die Gemeinde erhält in § 36a BauGB die Möglichkeit, ihre Zustimmung unter der Bedingung zu erteilen, dass der Vorhabenträger sich verpflichtet, bestimmte städtebaulichen Anforderungen einzuhalten.
- Der Gesetzesentwurf sieht des Weiteren – und zunächst befristet bis zum 31.12.2030 – die Einführung eines neuen § 246e BauGB vor, wonach Gemeinden künftig in bestimmten Fällen zugunsten der Schaffung von Wohnraum von bestehenden Bebauungsplänen und den Vorschriften des BauGB abweichen dürfen, um etwa Nachverdichtungen, Aufstockungen oder Nutzungsänderungen zügiger zu ermöglichen. Diese Erleichterungen sollen bei der Errichtung eines Wohngebäudes gelten, wenn mindestens sechs Wohnungen neu geschaffen werden. Bei Erweiterung, Änderung oder Erneuerung eines zulässigerweise errichteten Gebäudes wird vorausgesetzt, dass dadurch neue Wohnungen entstehen oder vorhandener Wohnraum wieder nutzbar gemacht wird.
- Auch für Vorhaben im Außenbereich sind vorsichtige Erleichterungen geplant: Die Neuregelungen des § 246e BauGB sollen auch auf Vorhaben im Außenbereich anwendbar sein, die im räumlichen Zusammenhang mit Flächen stehen, die im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes oder im Innenbereich liegen.

Ob der Gesetzesentwurf, der im Herbst dieses Jahres im Bundestag beschlossen werden soll, die erhoffte Beschleunigung bringt, bleibt abzuwarten. Zwar wird im Rahmen des neuen § 34 Abs. 3a BauGB die Möglichkeit eingeführt, von dem Erfordernis des Einfügens in die Eigenart der näheren Umgebung abweichen zu können, also von einer zentralen Regelung, deren Anwendung und Auslegung für viele Rechtsstreitigkeiten und damit für Verzögerungen im Genehmigungsverfahren sorgt. Allerdings wird mit dem Vorbehalt der Würdigung nachbarlicher Interessen und öffentlicher Belange wiederum auf unbestimmte Rechtsbegriffe Bezug genommen, was neues Streitpotenzial befürchten lässt und die Frage aufwirft, ob, wie und wann Nachbarn und Träger öffentlicher

Belange zu beteiligen sind. Was soll bspw. gelten, wenn umfangreiche umweltrechtliche Gutachten erforderlich sind, deren Erstellung mehrere Monaten dauert? Wann stehen Flächen im Außenbereich mit denen im Innenbereich in einem räumlichen Zusammenhang?

Ähnliches gilt auch für die Option der Gemeinde, ihre Zustimmung unter Bedingungen zu stellen. Hier ist fraglich, welcher Gestaltungsspielraum der Gemeinde in welchem Ausmaß und auf welcher rechtlichen Grundlage außerhalb von Bebauungsplanverfahren und den Regelungen der §§ 31, 34, 35 BauGB überhaupt noch zugestanden wird und wie dies verfahrensrechtlich umgesetzt werden soll. Werden Auflagen in der Baugenehmigung erteilt? Sollen städtebauliche Verträge abgeschlossen werden?

Dies alles ist noch unklar, sodass momentan Zweifel daran erlaubt sein dürfen, ob der gewünschte Beschleunigungseffekt tatsächlich eintreten wird; es bleibt zu hoffen, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren diesbezüglich Konkretisierungen erfolgen.

Thorsten Krull
Rechtsanwalt

Commercial Courts gestartet – neue Perspektiven in Berlin für Bauprozesse

Seit April 2025 werden in Deutschland sog. Commercial Courts an den Oberlandesgerichten eingeführt, bislang in Berlin, Stuttgart, Hamburg, Düsseldorf, Bremen und Frankfurt. Weitere Standorte in Bayern, Niedersachsen und Sachsen sollen folgen.

Es handelt sich dabei um Zivilsenate, die insbesondere komplexe wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten schneller und effizienter durchführen sollen, auch zu internationalen Sachverhalten. Die Verfahren können – auf Wunsch der Parteien – vollständig in englischer Sprache geführt werden. Besetzt werden die Senate von spezialisierten Richterinnen und Richtern. Am Kammergericht in Berlin ist die Zuständigkeit sachlich beschränkt auf bau- und architektenrechtliche Streitigkeiten. Aus diesem Grund wird der Berliner Commercial Court von Björn Retzlaff geleitet, einem im Bau- und Architektenrecht seit 20 Jahren tätigen Richter, der zugleich Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs Berlin ist.

Verfahren vor den Commercial Courts können ab einem Streitwert von 500.000,00 EUR direkt als erste Instanz eingeleitet werden. Die Zuständigkeit des Gerichts hängt dabei nicht von dem Sitz der Parteien oder der Lage des Bauvorhabens ab. Voraussetzung ist eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien, die bestenfalls schon vor der Klageeinreichung getroffen wird. Denkbar ist aber auch eine spätere, mit Zustimmung der Parteien erfolgende Verweisung an den Commercial Court, bspw. infolge eines Antrages in der Klageerwiderung. Die Möglichkeit, Revision zum BGH einzulegen, ist gesetzlich vorgesehen und muss daher nicht erst zugelassen werden.

Ziel ist es, den Parteien eine Alternative zu den klassischen Gerichtsprozessen, aber auch zu Schieds- und Mediationsverfahren zu bieten, die durch Spezialisierung der Richter/Richterinnen und effiziente Verfahrensschritte zu schnelleren Ergebnissen führen soll – bei gleichzeitiger Rechtssicherheit eines öffentlichen Gerichtsverfahrens. Zu diesem Zweck wurde in die Zivilprozessordnung (ZPO) eingeführt, dass so früh wie möglich ein Organisationstermin anzuberaumen ist, in dem der Ablauf des Verfahrens durch das Gericht in Abstimmung mit den Parteien strukturiert festgelegt werden soll (§ 612 ZPO).

Noch gibt es naturgemäß keine belastbaren Erfahrungen mit der tatsächlichen Effizienz und Schnelligkeit dieser Verfahren. Bauträger und -unternehmen sollten dennoch bei großvolumigen Vorhaben künftig bereits bei der Vertragsgestaltung oder sich anbahnenden Streitigkeiten daran denken, ob ein Verfahren vor einem Commercial Court in Betracht kommt und rechtzeitig entsprechende Gerichtsstandvereinbarungen schließen.

Sanierungsausgleichsabgabe: Noch immer keine Rechtssicherheit in Sicht

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) verweist Musterverfahren an das OVG-Berlin-Brandenburg zurück.

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 25.03.2015 in einer seit langem erwarteten Entscheidung ein Urteil des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Berlin-Brandenburg aufgehoben und den Fall zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen. Im Zentrum des Verfahrens steht die Frage, ob der sogenannte Sanierungsausgleichsbetrag nach § 154 BauGB für ein Grundstück im ehemaligen Sanierungsgebiet Prenzlauer Berg-Winsstraße rechtmäßig erhoben wurde. Der Fall galt als Musterverfahren für eine Vielzahl weiterer, noch immer seit vielen Jahren beim Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg auch zu weiteren Sanierungsgebieten anhängiger Klagen, die im Hinblick auf eine klarstellende Entscheidung des BVerwG ausgesetzt worden sind.

Hintergrund der Entscheidung

Die Klägerin, Eigentümerin eines rund 341 m² großen Grundstücks in Berlin-Pankow, auf dem ein fünfgeschossiges Wohngebäude steht, wurde von dem zuständigen Bezirksamt zur Zahlung eines sanierungsrechtlichen Ausgleichsbetrags in Höhe von 26.257,00 EUR herangezogen. Grundlage dafür war eine behauptete Bodenwertsteigerung von 77 €/m², die angeblich ursächlich ausschließlich auf die vom Bezirk veranlassten Sanierungsmaßnahmen zurückzuführen seien. Widerspruch und Klage des Eigentümers hiergegen blieben erfolglos. Der für Pankow zuständige 10. Senat des OVG bestätigte seiner bisherigen Rechtsprechung folgend die Rechtmäßigkeit der Heranziehung und sah insbesondere keine Fehler in der Wertermittlung des Bezirksamtes. Damit wich der 10. Senat des OVG von der Rechtsprechung des 2. Senates ab, der für andere Berliner Bezirke zuständig ist und die dort angewandte Berliner Wertermittlungspraxis für überwiegend unzulässig erachtet. Von der Entscheidung des BVerwG wurde nun Klarheit in dem Meinungsstreit der beiden Senate erwartet.

Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Das BVerwG hat das Urteil des 10. Senates des OVG korrigiert und folgt damit überwiegend der Ansicht des 2. Senates. Zwar bestätigte es die grundsätzliche Vereinbarkeit der Berliner Sanierungsverordnungen mit dem Baugesetzbuch (§ 246 Abs. 2 BauGB) und dem Grundgesetz (Art. 28 GG) als Ermächtigungsgrundlagen, monierte aber mehrere rechtliche und methodische Mängel in der Entscheidung der Vorinstanz:

Das OVG habe versäumt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Sanierung im Sinne der städtebaulichen Zielsetzung tatsächlich vorlagen sowie, ob die Sanierung vollständig durchgeführt ist – und zwar mit Blick auf das bei Aufhebung der Sanierungssatzung maßgebliche Sanierungskonzept. Die Annahme des OVG, es gäbe eine tatsächliche Vermutung, dass die Bodenwertsteigerung auf

der Sanierung beruhe, sei unzulässig. Es sei stattdessen eine differenzierte Prüfung erforderlich, um auszuschließen, dass auch nicht sanierungsbedingte Wertsteigerungen abgeschöpft werden. Die eingesetzte Methode zur Bestimmung des Lagewerts sei schließlich nicht ausreichend auf ihre Aktualität überprüft worden.

Hinweise für die Praxis:

Das BVerwG hat damit vorerst den Streit zwischen den beiden Senaten des OVG Berlin-Brandenburg entschieden und ist den wesentlichsten Argumenten des 2. Senates gefolgt. Damit wären eine Vielzahl noch nicht bestandskräftiger Bescheide rechtswidrig. Die Sanierungsausgleichsabgabe müsste neu ermittelt und zu viel erhobene Beträge an die betroffenen Eigentümer zurückgezahlt werden. Dennoch bleibt abzuwarten, wie der 10. Senat des OVG Berlin-Brandenburg nun mit der Entscheidung des BVerwG umgeht. Denkbar ist, dass das OVG eine eigene Berechnung der Bodenwertsteigerung durchführt oder auch die Bezirksämter ihre Wertermittlungsmethode ändern und den Eigentümern Vergleiche anbieten. Noch ist daher keine einheitliche Leitlinie in der Berliner Rechtsprechung zu erwarten. Betroffenen Eigentümern ist nach wie vor zu empfehlen, laufende Gerichtsverfahren fortzusetzen bzw. neue Bescheide durch Einlegung von Rechtsmitteln nicht bestandskräftig werden zu lassen.

Wichtige Entscheidungen

Verweise auf online abrufbare Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen eindeutig die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültigen AGB bezeichnen

- 1. Eine Klausel, wonach für den Vertrag die unter einer Internetadresse abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten sollen, kann wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam sein.**
- 2. Das ist der Fall, wenn sie bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung eine dynamische Verweisung darstellt, mit der nicht nur die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unter der Internetadresse hinterlegten Vertragsbedingungen in den Vertrag einbezogen werden sollen, sondern auch alle etwaig geänderten Fassungen, die zukünftig vom Verwender unter der Adresse in das Internet eingestellt werden.**

BGH, Urteil vom 10.07.2025 – III ZR 59/24

Sachverhalt

In der Entscheidung des 3. Senates des BGH ging es nicht um Baurecht, sondern um einen DSL-Vertrag.

In dem Angebot auf Abschluss des DSL-Vertrages hieß es: „Es gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (abrufbar über www.1n.de/agb).“

Kläger war ein Verbraucherverband, der mit der Klage erreichen wollte, dass das Telekommunikationsunternehmen diese Klausel (und noch weitere Klauseln aus den AGB) so nicht weiterverwenden darf. Das Oberlandesgericht hatte der Klage bezüglich dieses Punktes stattgegeben. Der BGH wies die Revision hiergegen zurück.

Der Verbraucherverband hatte zunächst argumentiert, dass es bei der Übersendung von Angeboten per Briefpost, die auch per Brief zurückgeschickt werden sollten überhaupt nicht zulässig sei, auf im Internet hinterlegte Geschäftsbedingungen zu verweisen. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme sei für den Verbraucher unzumutbar erschwert.

Entscheidung des Gerichts

Soweit aus dem Urteil ersichtlich, hat der BGH sich mit diesem Argument nicht beschäftigt, sondern darauf abgestellt, dass sich der Hinweis auf die im Internet abrufbaren AGB entweder auf die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden AGB beziehen könnte, oder aber auch auf in Zukunft unter dem angegebenen Link abrufbare geänderte AGB.

Eine verwerderfeindliche Auslegung führe im vorliegenden Fall zu der Auslegung, dass die Klausel es der Beklagten ermöglicht, Änderungen ihrer Vertragsbedingungen – seien sie noch so umfangreich – allein durch die Einstellung in das Internet in bereits bestehende Verträge einzubeziehen. Zwar ließe sich die Klausel auch in der Weise verstehen, dass ausschließlich die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unter der angegebenen Internetadresse hinterlegte Fassung der Vertragsbedingungen in den Vertrag einbezogen werden soll. Mangels Herstellung des Bezugs zu einer bestimmten Fassung der Vertragsbedingungen sei ein solches Verständnis aber nicht zwingend.

Damit verstoße die Vertragsklausel gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 2 BGB.

Hinweis für die Praxis

Der Verweis auf im Internet hinterlegte AGB muss sich auf eine bestimmte Fassung dieser AGB beziehen (z. B. "unsere AGB Stand Juli 2025" sind unter folgendem Link abrufbar").

Ferner muss darauf geachtet werden, dass auf der Internetseite nicht nur die aktuellen AGB hinterlegt werden, sondern auch frühere Fassungen, damit ein Kunde, wenn er 2 Jahre oder 5 Jahre später nachschauen will, was z. B. für eine Kündigungsfrist gilt, diese damals im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden AGB auf der Internetseite finden kann. Der BGH äußert sich zwar zu dieser Frage nicht, aber man wird davon ausgehen können, dass die in den Vertrag einzubeziehenden allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nur im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abrufbar sein müssen, sondern auch zu einem späteren Zeitpunkt, jedenfalls wenn es um Dauerschuldverhältnisse oder längerfristige vertragliche Beziehungen geht, so wie dies im Baurecht regelmäßig der Fall ist.

Kündigung nach § 650f BGB: Was sind die Folgen?

Nach der Kündigung eines Bauvertrages durch den Auftragnehmer wegen Nichtleistung einer Bauhandwerkersicherung gemäß § 650 f BGB hat der Auftragnehmer das Recht, etwaige Mängel der bis zur Kündigung erbrachten Leistung zu beseitigen, oder aber auch die Beseitigung der Mängel abzulehnen, weil keine Sicherheit geleistet wurde. Einer erneuten Fristsetzung („Kündigung der Mangelbeseitigung“) bedarf es nicht.

Lehnt der Auftragnehmer die Mangelbeseitigung ab, ist die Vergütung ausgehend von der vereinbarten Vergütung anhand der Anteile zu kürzen, die auf die mangelhafte Leistung entfallen. Auf die tatsächlich erforderlichen Kosten der Mangelbeseitigung kommt es hingegen nicht an (Änderung der Rechtsprechung).

BGH, Urteil vom 16.04.2025 – VII ZR 236/23

Sachverhalt

Ein Unternehmer war mit der Herstellung eines WDVS beauftragt. Der Auftragnehmer war bis auf einige Restleistungen mit den Arbeiten fertig, als der Auftraggeber die letzte Rechnung nicht mehr zahlte. Eine verlangte Sicherheit nach § 650f OLG wurde nicht geleistet. Daraufhin kündigte der Unternehmer zunächst den Bauvertrag und anschließend auch noch „die Mangelbeseitigung“. Er verlangte eine Vergütung in Höhe von rund € 7.900,00, von denen er € 6.200,00 zugesprochen bekam. Rund € 1.700,00 wurden vom Landgericht wegen der vorhandenen Mängel abgezogen. Den Abzugsbetrag hat das OLG anhand der voraussichtlich für die Beseitigung der Mängel erforderlichen Kosten geschätzt.

Der Unternehmer war mit dem Abzug nicht einverstanden, und legte die vom OLG zugelassene Revision ein. Scheinbar war die Argumentation, dass der Unternehmer durch die nicht erfolgte Mangelbeseitigung keine Kosten erspart habe, und ihm deshalb der volle Werklohn zustehen müsse. Im Kern ging es also um die Frage, ob trotz der Tatsache, dass der Unternehmer aufgrund der nicht geleisteten Sicherheit zur Verweigerung der Mangelbeseitigung berechtigt war trotzdem ein Abzug zulässig ist, und wenn ja in welcher Höhe.

Der OLG erklärt zunächst, dass es einer weiteren „Kündigung der Mangelbeseitigung“ nicht bedarf. Hierzu hatte etwa das OLG Karlsruhe eine andere Auffassung vertreten.

Der OLG bestätigt, dass dem Auftragnehmer in Falle von Mängeln nicht die volle Vergütung zustehe. Vielmehr müsse der „mangelbedingte Minderwert“ abgezogen werden.

Der OLG hatte in früheren Entscheidungen erklärt, dass die Vergütung in solchen Fällen regelmäßig um diejenigen Kosten zu kürzen sei, die notwendig sind, um die Mängel beseitigen zu lassen. Genau das hatte das OLG Düsseldorf gemacht. Jetzt schreibt der OLG, dass hieran nicht festgehalten werde.

Richtig sei es vielmehr, den Vergütungsanspruch „um den auf den Mangel entfallenden Wertanteil der Vergütung zu kürzen“. Eine Schätzung des Kürzungsbetrags anhand der voraussichtlich erforderlichen Mangelbeseitigungskosten komme nur dann in Betracht, wenn es überwiegend wahrscheinlich ist, dass diese den auf die mangelhafte Leistung entfallenden Vergütungsanteilen im Wesentlichen entsprechen.

Wie diese Ermittlung des mangelbedingten Minderwertes im Verhältnis zur vereinbarten Vergütung genau erfolgen soll, schreibt der OLG nicht. Klar scheint jedenfalls, dass wenn eine relativ geringe Vergütung vereinbart worden ist, der Anteil der vorhandenen Mängel entsprechend geringer zu bewerten sein dürfte, als die tatsächlich erforderlichen Kosten der Mangelbeseitigung. Ebenso bleiben bei diesem Ansatz zwischenzeitlich erfolgte Preissteigerungen unberücksichtigt, weil auf die damals vereinbarte Vergütung abgestellt wird.

Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil des OLG Düsseldorf aufgehoben, und den Rechtsstreit zurückverwiesen. Es müsse festgestellt werden, wie hoch der „mangelbedingte Minderwert“ der ausgeführten Leistung sei.

Hinweis für die Praxis

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes berücksichtigt angemessen die Interessen von Auftragnehmern und Auftraggebern. Für eine mangelhafte Leistung kann nicht die volle Vergütung verlangt werden, andererseits kann ein Auftraggeber, der die geschuldete Sicherheit nicht leistet, nicht erwarten, dass er die Vergütung des Unternehmers um die tatsächlichen Kosten der Mangelbeseitigung kürzen darf. Tendenziell ist diese Änderung der Rechtsprechung für den Auftragnehmer günstig. Allerdings dürfte die Ermittlung des mangelbedingten Minderwertes die Sachverständigen vor Probleme stellen. Möglicherweise kann die Zielbaumethode angewandt werden, wobei deren Ergebnisse stark von subjektiven Einschätzungen, die in die Bewertungsmatrix einfließen, abhängen.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Nachtragsangebot zu spät: Keine einstweilige Verfügung nach § 650d BGB!

- 1. Das Nachtragsangebot nach § 650 b Abs. 1 Satz 2 BGB muss den Besteller in die Lage versetzen, die auf ihn im Falle einer Beauftragung zukommenden Zusatzkosten wenigstens annähernd abzuschätzen.**
- 2. Das Nachtragsangebot muss zeitlich vor der Anordnung des Auftraggebers vorliegen, wenn der Auftragnehmer beabsichtigt, nach Ausführung der Leistung 80 Prozent der Vergütung aus dem Nachtragsangebot als vorläufige Zahlung geltend zu machen.**
- 3. Die gesetzlich vermutete Eilbedürftigkeit entfällt, wenn der Antragsteller unangemessen lange keinen Gebrauch von dem Recht macht, eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Wie lange ein Antragsteller mit dem Verfügungsantrag zuwarten darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.**

OLG Celle, Urteil vom 14.05.2025 – 14 U 238/24

Sachverhalt:

Ein Auftragnehmer macht über ein Nachtragsangebot Mehrkosten für die Entsorgung von Bohrwasser geltend. Dabei steht in seinem Nachtragsangebot nur ein Preis pro cbm Bohrwasser, aber keine vorläufige Abrechnungsmenge.

Der Auftraggeber lehnt das Nachtragsangebot ab, weil er der Auffassung ist, die Leistung sei bereits mit den Vertragspreisen vergütet. Daraufhin macht der Auftragnehmer nach Ausführung der Leistungen 80 Prozent der Vergütung geltend. Nachdem der Auftraggeber nicht bezahlt, beantragt der Auftragnehmer den Erlass einer einstweiligen Zahlungsverfügung gemäß § 650 d BGB.

Entscheidung des Gerichts:

Das Landgericht wie auch das Oberlandgericht lehnen den Antrag des Auftragnehmers ab. Die Begründung lautet zunächst, dass die Nachtragsangebote erst vorgelegt worden sind, als mit der Entsorgung des Bohrwassers bereits begonnen worden war. Unabhängig von der Problematik, dass

eine explizite Anordnung des Auftraggebers nicht vorlag, weil dieser ja davon ausging, dass die Leistung sowie schon nach dem Vertrag geschuldet war, war jedenfalls das Nachtragsangebot erst während oder sogar nach Erbringung der Arbeiten eingereicht worden. Zudem wies dieses keine Endsumme aus.

Das OLG Celle schließt sich damit dem OLG München an, allerdings mit etwas anderer Begründung.

Das OLG München war der Meinung, die Nachtragsvorschriften im BGB würden ein „einheitliches System“ darstellen, deshalb müssten bei einem Vorgehen des Unternehmers im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB auch die Voraussetzungen von § 650b BGB vorliegen, also erst das Nachtragsangebot und dann die Anordnung (OLG München, Beschluss vom 12.03.2024 – 9 U 3791/23).

Das OLG Celle stellt in seiner Argumentation stärker darauf ab, dass der Auftraggeber vor der Erteilung der Anordnung wissen müsse, was der Unternehmer für eine Vergütung verlangt. Das sei jedenfalls das Regelungskonzept des Gesetzgebers: Erst der Änderungswunsch, dann das Nachtragsangebot, dann gegebenenfalls Verhandlungen und dann die Anordnung.

Wenn der Unternehmer das Nachtragsangebot erst während oder nach Ausführung der Leistungen legt, könne er de facto einseitig bestimmen, in welcher Höhe er über die 80 Prozent-Regelung Geld verlangen könne. Das sei nicht richtig. Außerdem stört sich das Gericht daran, dass keine vorläufige Menge angegeben war, sondern nur ein Einheitspreis.

Hinweis für die Praxis

Das, was sich der Gesetzgeber als Regelablauf vorstellt, mag für Einfamilienhäuser gelten, auf größeren Baustellen ist der Ablauf aber ein anderer. Meistens geht die Initiative vom Auftragnehmer aus, der dem Auftraggeber mitteilt, dass diese oder jene Zusatzleistung oder Leistungsänderung erforderlich sei. Das macht erst einmal gar nichts, aber der Auftragnehmer muss, wenn er später die 80-Prozent-Regelung in Anspruch nehmen will, erst ein Nachtragsangebot einreichen, und dann eine Anordnung des Auftraggebers erwirken. Man kann das auch anders machen, aber wenn es erst die Anordnung gibt und später das Nachtragsangebot, dann kann man sich eben nicht auf die 80-Prozent-Regelung berufen und keine vorläufige Vergütung im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzen.

Das Gericht hat allerdings nicht dabei bedacht, dass es damit der Auftraggeber in der Hand hat, die 80-Prozent-Regelung auszuhebeln, indem er sofort die Leistung anordnet. Was soll der Unternehmer dann machen? Soll der AN sagen, „ich muss erst das Nachtragsangebot legen, und dann müssen Sie nochmals anordnen“? Es wird abzuwarten sein, wie die Rechtsprechung sich dazu entwickelt.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Auch bei kalkulatorischer Preisfortschreibung ist Schätzung der Nachtragsvergütung möglich

- 1. Die Bezugnahme auf ein Sicherungskonzept mit konkreten Vorgaben in einer Leistungsposition ist vorrangig vor der allgemeinen Vorgabe, alle erforderlichen Sicherungsleistungen seien durch den AN zu planen, kalkulieren und in die Leistungspositionen einzurechnen.**
- 2. Auch wenn die Parteien eines VOB/B-Vertrags eine sog. Vorkalkulatorische Preisfortschreibung bei geänderten Leistungen vereinbart haben, kann die Höhe des Mehrvergütungsanspruchs des Auftragnehmers auf der Grundlage tatsächlich erforderlicher Kosten vom Gericht geschätzt werden, wenn sich die Parteien nicht auf einen neuen Preis für die geänderte Leistung einigen können und der neue Preis nicht aus der Urkalkulation hergeleitet werden kann.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2025 – 5 U 148/23 (Leitsätze vom Verfasser)

Sachverhalt

Die DB Netz, heute DB InfraGo beauftragte nach europaweiter Ausschreibung ein Bahntechnikunternehmen mit der Gleiswechselung einschließlich Planumsverbesserung im Bereich zweier Bahnhöfe der Erneuerung einer Weiche.

Die Abrechnung der Klägerin stellt sich nach Fertigstellung der Arbeiten wie folgt dar:

- Vertragsleistungen: 1.870.951,15 Euro
- Nachtrag 1: 2.586.706,28 Euro
- Nachtrag 2: 765.467,61 Euro
- Schlussrechnung: 5.223.125,04 Euro
- Abschlagszahlungen: 1.870.736,65 Euro
- Klageforderung: 3.352.388,39 Euro.

Das LG Duisburg hatte die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 226.429,83 Euro nebst Zinsen zu zahlen und in Höhe von rund 3,1 Mio. Euro die Klage abgewiesen. In Höhe von rund 500.000 Euro akzeptierte die Klägerin die Abweisung, und verfolgt in Höhe von rund 2,6 Mio. Euro die abgewiesenen Positionen weiter. Dies betraf im Wesentlichen den NT1, mit dem Mehrkosten für den Schienentransport von Material geltend gemacht wurden, und Teile des NT2.

Entscheidung des Gerichts

Erfolg hat die Klägerin nur mit einer einzigen Teilforderung wegen einer Änderung der Sicherungsart.

Die Sicherung der Baustelle gegen Gefahren aus dem Bahnbetrieb war im LV in gesonderten Leistungspositionen 10.70 und 15.70 beschrieben. Unstreitig war hierfür eine feste Sicherung vorgesehen. Es ist im Verlauf des Prozesses unstreitig geworden, dass bei den zwei Losen eine feste Sicherung nicht durchgehend möglich bzw. nicht zulässig war.

Die DB Netz berief sich darauf, dass nach den damaligen ZVB Ziffer 1.1.8 (aktuell ist Zif.1 frei) Sicherungsmaßnahmen Nebenleistungen wären und nicht gesondert zu vergüten seien. Außerdem seien nach der Baubeschreibung Teil C. 9.1 „alle erforderlichen Sicherungsleistungen durch den AN zu planen, kalkulieren und in die Leistungspositionen einzurechnen“.

Gleichzeitig aber findet sich in der Baubeschreibung der Hinweis, die Sicherungsplanung erfolge auf der "Grundlage für die Sicherungsplanung gemäß Anlage 3.8". Das Gericht entscheidet, dass wenn der Auftraggeber die Grundlage für die Sicherungsplanung vorgibt, bestimmt er damit auch das von der Vergütung gedeckte Bausoll. Daran ändern die allgemeinen Vorgaben in den ZVB nichts (wobei sich diese Vorgaben offensichtlich auf den Fall beziehen, dass Sicherungsmaßnahmen nicht in gesonderten Positionen mit einem bestimmten Leistungsinhalt ausgeschrieben sind).

Ein zweites Problem was in diesem Urteil behandelt wird ist die Frage, wie mit der Situation umgegangen wird, dass die Kalkulation des Auftragnehmers für die Preisfortschreibung bei einer geänderten Leistung nichts hergibt. Die Bahn vertritt in solchen Fällen den Standpunkt, dass wenn der Unternehmer den neuen Preis für die geänderte Teilleistung nicht kalkulatorisch schlüssig herleiten kann, er eben kein Geld bekommt. Das sieht das Gericht anders.

Der Unternehmer hatte 64.819,63 Euro (netto) dafür abgerechnet, nämlich die ihr durch den Einsatz des Nachunternehmers entstandenen Mehrkosten in Höhe von 52.095,34 Euro (netto) plus des vertraglich vereinbarten Zuschlages von 24,425% auf die NU-Leistung. Die Bahn vertrat den Standpunkt, der Unternehmer könne nicht einfach beliebige Nachunternehmernkosten plus Zuschlag weiterberechnen, sondern er müsse auch die Nachunternehmern Kosten kalkulatorisch begründen.

Der Sachverständige hat ausgeführt, dass die Herleitung eines neuen Preises mit der vorliegenden Urkalkulation nicht möglich sei. Dies überzeugt. Denn die Urkalkulation gibt zu den Positionen 10.70 und 15.70 für die Ermittlung des neuen Preises letztlich wenig her. Eine Aufteilung in Personalkosten und Vorhaltekosten bspw. erfolgt nicht. Zudem waren die bei der Ausschreibung vorgesehenen Sicherungsarbeiten anders gelagert. Hier war vorrangig Material einzubringen, wohingegen bei dem AWS-System ein mehrmaliger Auf/Abbau und ein Betrieb mit Personaleinsatz in Nachtschicht zu erfolgen hatte. Zudem hat die Klägerin für die Sicherung der einzelnen Lose jeweils denselben Betrag angesetzt, unabhängig von der Länge der zu sichernden Bereiche. Mithin wurde offenbar die gesamte Sicherungsvergütung gleichmäßig auf die Bauabschnitte verteilt. Die Urkalkulation hat auch daher wenig Aussagekraft für die Entwicklung neuer Preise.

Das Gericht teilt nicht die Auffassung der Bahn, dass wenn keine kalkulatorische Herleitung der Kosten erfolgt, nichts zu bezahlen wäre. Vielmehr sei in solchen Fällen unter Heranziehung von § 287 ZPO der neue Preis auf Basis der angefallenen Mehrkosten im Wege der Schätzung ermitteln.

Wörtlich schreibt das Gericht dazu:

Die Urkalkulation ist kein Selbstzweck, sondern soll im Interesse des Auftraggebers gewährleisten soll, dass eine Nachtragsforderung auf das Preisniveau des Ausgangsvertrages begrenzt bleibt (vgl. Jansen/Seibel/Funke, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 1 Rn. 134, 135, beck-online). (...) Überdies hat der BGH verschiedentlich erklärt, eine Nachkalkulation sei nicht Schlüssigkeitsvoraussetzung (vgl. BGH ZfBR 2004, 687, beck-online). Auch in Fällen nicht prüfbarer Schlussrechnung soll die Werklohnklage nicht von vornherein unschlüssig sein. Bei ausreichender Grundlage könne der Werklohn vielmehr gemäß § 287 ZPO geschätzt werden (vgl. BGH NZBau 2006, 179, beck-online). Dem schließt sich der Senat für die hiesige Konstellation an. Eine ausreichende Schätzgrundlage besteht.

Hinweis für die Praxis

Das Gericht bestätigt den Grundsatz der Vertragsauslegung, dass speziellere Regelungen, hier die Beschreibung der Sicherungsmaßnahmen in 2 Positionen und in einem Sicherungskonzept

allgemeinen Vorgaben vorgehen. Durch die spezielleren Regelungen wird das Bausoll was für die vereinbarte Vergütung geschuldet ist konkretisiert.

Das Gericht stellt außerdem klar, dass auch dann wenn vertraglich eine kalkulatorische Preisfortschreibung vereinbart ist, wie das bei den Verträgen der Deutschen Bahn der Fall ist, trotzdem eine Schätzung der zusätzlichen Vergütung auf der Basis tatsächlich erforderlicher Kosten erfolgen kann, wenn der geänderte Preis kalkulatorisch nicht ermittelt werden kann. Da dies bei der Kalkulation mit Nachunternehmerkosten plus Zuschläge häufig der Fall ist, hat das Urteil diesbezüglich eine große Bedeutung.

Das Urteil zeigt aber auch, dass sich der Auftragnehmer vorliegend "verzockt" hat. Man kann aus dem Sachverhalt entnehmen, dass die Bahn vor Beginn des Rechtsstreites durchaus bereit gewesen wäre, auf den Nachtrag¹ etwas zu bezahlen. Man konnte sich aber über die Höhe nicht einigen. Am Ende kam das Gericht nach Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen zu dem Ergebnis, dass keine Änderung des Transportkonzeptes vorgelegen hat, und der Auftragnehmer bekam gar nichts.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Eine Mischkalkulation ist kein zwingender Ausschlussgrund!

Auch unterhalb der üblichen Aufgreifschwelle von 10 % zum nächsthöheren Angebot kann der öffentliche Auftraggeber eine Preisprüfung nach § 16d EU Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 VOB/A durchführen, wenn andere Anhaltspunkte für ein unangemessen niedriges (Gesamt-) Angebot vorliegen.

VK Südbayern, Beschluss vom 06.02.2024 – 3194.23-3_01-23-58

Auch ungewöhnlich niedrige Einzelpreise können nach § 15 EU Abs. 1 VOB/A aufgeklärt werden, wenn Anhaltspunkte für eine Mischkalkulation, ein Spekulationsangebot oder eine Abweichung von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses vorliegen. Es ist für das Vorliegen einer Mischkalkulation zwar nicht zwingend notwendig, dass der öffentliche Auftraggeber eine Konnexität zwischen ab- und aufgepreisten Preispositionen nachweist, allerdings muss für den Eintritt der Indizwirkung, die eine Beweislastumkehr zur Folge hat, wenigstens ein logischer Zusammenhang zwischen den Positionen bestehen, der über eine reine Zufälligkeit hinausgeht.

Das bepreiste Leistungsverzeichnis ist laut amtlicher Begründung der HOAI ein Element der Kostenermittlung sowie der Kostenkontrolle. Das bepreiste Leistungsverzeichnis beinhaltet auf Grund der sorgfältig zu ermittelnden Einheitspreise durchaus auch neben der reinen Kostenermittlung und Kostenkontrolle eine Möglichkeit, die Angemessenheit von einzelnen Preispositionen in Angeboten von Bietern zu überprüfen. Fehlerhafte Kalkulationen bei geringfügigen Missverständnissen über in eine Position einzukalkulierende Kosten führen bei Bagatellsummen nicht zu einer fehlerhaften Kalkulation im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A. Es besteht, insbesondere bei umfassenden Leistungsverzeichnissen, eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass in jedem Angebot kleinste Unstimmigkeiten bestehen. Wenn diese aber gerade nicht bei allen Bietern gleich detailliert überprüft werden, erhielte der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, jeden missliebigen Bieter nach intensiver Angebotsaufklärung auszuschließen (so schon OLG München, 24. Mai 2006, Verg 10/06).

Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schrieb Bauleistungen mit einem Volumen von rund 3,5 Millionen Euro netto aus. Das Leistungsverzeichnis umfasste mehrere hundert Positionen. Nach der Angebotsprüfung stellte der Auftraggeber fest, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot des Bieters B in zahlreichen Positionen Abweichungen bei der Preisbildung aufwies. Insbesondere ergab die Prüfung, dass einige Positionen mit sehr niedrigen Preisen angeboten wurden. Dahingegen waren andere Positionen überdurchschnittlich hoch bepreist. Bei mehreren Positionen, bei denen keine Korrelation zwischen den ab- und aufgepreisten Positionen festgestellt werden konnte, vermutete der AG eine drohende erhebliche Übervorteilung bei der Abrechnung. Er schloss das Angebot des B daraufhin aus und begründete dies mit einer unzulässigen Mischkalkulation. Daraufhin sollte der zweitbeste Bieter, der Bieter A, den Zuschlag erhalten. Eine vertiefte Prüfung des Angebots des A unterblieb, obwohl sich auch in dessen Angebot Auffälligkeiten bei der Preisgestaltung zeigten. Der B war mit dieser Vorgehensweise des AG nicht einverstanden und hat daraufhin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Südbayern gestellt. Nach seiner Ansicht verstößt sein Angebot nicht gegen vergaberechtliche Grundsätze. Die von ihm vorgenommenen Preisgestaltungen seien schließlich wirtschaftlich begründet. Außerdem sei der Ausschluss seines Angebots unverhältnismäßig, da sich die beanstandeten Positionen auf Bagatellbeträge bezögen.

Die Entscheidung der Vergabekammer:

Die Vergabekammer Südbayern entschied, dass der Ausschluss des Angebots des B unverhältnismäßig war. Zunächst stellte die VK klar, dass die Entscheidung eines AG, eine vertiefte Preisprüfung durchzuführen, nur eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann. Der AG habe insoweit einen Ermessensspielraum bei der Prüfung von Preisen. Allerdings müsse er objektive Maßstäbe anlegen und dürfe keine sachfremden Erwägungen in seine Entscheidung einfließen lassen. Andernfalls würde der AG gegen das gerichtlich überprüfbare Willkürverbot verstoßen. Die VK betonte, dass es einem Bieter grundsätzlich erlaubt ist, einzelne Positionen unter seinen Kosten anzubieten, solange er dies wirtschaftlich rechtfertigen kann. Gleichzeitig dürften Gemeinkosten nicht willkürlich auf bestimmte Positionen umgelegt werden. Eine unzulässige Mischkalkulation könne vorliegen, wenn ein Bieter bewusst einige Positionen künstlich niedrig und andere unangemessen hoch bepreist, um sich einen Vorteil bei der Abrechnung zu verschaffen. Allerdings dürfe ein Angebot nicht allein deshalb ausgeschlossen werden, weil eine gewisse Preisverlagerung erkennbar ist. Entscheidend sei, ob ein logischer Zusammenhang zwischen den betroffenen Positionen besteht. Eine Mischkalkulation könne nur dann einen Ausschluss rechtfertigen, wenn sich eine übermäßige Quersubventionierung nachweisen lässt und hierdurch ein Wettbewerbsverstoß entsteht. Die VK bestätigte den Hinweis des B, wonach die vom AG beanstandeten Positionen lediglich Bagatellwerte betrafen. Da der Einfluss dieser Preisabweichungen auf das Gesamtangebot minimal gewesen sei, sei der Ausschluss des Bieters unverhältnismäßig. Das Vergaberecht solle schließlich wirtschaftliche Ausschreibungen sicherstellen. Ein Ausschluss dürfe daher nicht allein auf formale Erwägungen gestützt werden, wenn das Angebot insgesamt wirtschaftlich sinnvoll erscheint. Des Weiteren beschäftigte sich die VK mit der ungleichen Behandlung der Bieter B und A. Während das Angebot des B einer intensiven Prüfung unterzogen wurde, wurden die Preisgestaltungen des A, der den Zuschlag erhalten sollte, kaum hinterfragt. Dies verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung und mache die Entscheidung des Auftraggebers angreifbar. Vergabekammer Südbayern hob vor diesem Hintergrund die Entscheidung des AG auf und verpflichtete ihn, das Angebot des B wieder in die Wertung aufzunehmen.

Hinweis für die Praxis

In ihrer Entscheidung hat die Vergabekammer Südbayern sich mit der Prüfung von Mischkalkulationen durch die Auftraggeber beschäftigt und festgestellt, dass eine Mischkalkulation allein kein zwingender Ausschlussgrund ist. Entscheidend ist vielmehr, ob eine unangemessene Preisverschiebung tatsächlich vorliegt und ob sich hierdurch eine Wettbewerbsverzerrung ergibt. Auch das Gleichbehandlungsgebot war Gegenstand dieser Entscheidung: Auftraggeber müssen alle Angebote mit gleichem Maßstab prüfen müssen. Eine selektive Tiefenprüfung bei nur einem Bieter kann als Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gewertet werden. Wenn Auftraggeber eine Mischkalkulation prüfen, sollten sie die Vorgaben der Vergabekammer Südbayern im Hinterkopf haben: Es kommt auf das tatsächliche Vorliegen einer unangemessenen Preisverschiebung und eine mögliche Wettbewerbsverzerrung hierdurch an. Des Weiteren sollten Auftraggeber das Gleichbehandlungsgebot berücksichtigen und die Angebote der Bieter in gleichem Umfang prüfen. Die Ausnutzung kalkulativer Spielräume ist auch nach dieser Entscheidung möglich. Bieter dürfen dabei allerdings die Preise nicht unangemessen verschieben. Es darf also durch die Mischkalkulation keine Wettbewerbsverzerrung eintreten. Außerdem sollten diese darauf achten, wie intensiv der Auftraggeber Ihr Angebot und andere Angebote prüft. Kommt es hier zu Unterschieden, liegt wahrscheinlich ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot vor.

AG erkennt Präqualifikation nicht an: Ist der Ausschluss des Bieters rechtmäßig?

Im Hinblick auf § 122 Abs. 3 GWB ist ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich dazu verpflichtet, die durch eine Präqualifikation erbrachten Eignungsnachweise zu akzeptieren. Das Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen und das AVPQ IHK sind amtliche Präqualifikationssysteme im Sinne des § 122 Abs. 3 GWB sind.

VK Rheinland, Beschluss vom 02.04.2024 – Az. VK 2/24

Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schrieb Arbeiten zur Wartung und Instandsetzung als Bauauftrag europaweit im offenen Verfahren aus. Der Nachweis der Eignung konnte entweder durch einen Eintrag in der Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (Präqualifikationsverzeichnis) oder durch eine Eigenerklärung gemäß Formblatt 124 des Vergabehandbuchs Bund erbracht werden. Bei einem Einsatz von Nachunternehmern mussten Bieter für diese ebenfalls entsprechende Eignungsnachweise vorlegen. Im Falle einer Präqualifikation der Nachunternehmer sollte die Angabe der Nummer, unter der dieses im Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen geführt wurde, ausreichen. Der Bieter B war selbst nicht präqualifiziert und reichte daher das Formblatt 124 als Eigenerklärung ein. Für seinen Nachunternehmer legte er jedoch nicht das vom Auftraggeber ausdrücklich verlangte Präqualifikationszertifikat aus dem Verzeichnis des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen vor, sondern eine Präqualifikation aus dem amtlichen Verzeichnis präqualifizierter Unternehmen der Industrie- und Handelskammer (AVPQ IHK). Der Auftraggeber schloss daraufhin das Angebot von B aus. Der Eintrag im AVPQ IHK beziehe sich schließlich nur auf Liefer- und Dienstleistungen und nicht auf Bauleistungen. Das AVPQ sei insofern nicht als Nachweis der Eignung für Bauunternehmen anerkannt. Der Nachunternehmer erfülle daher nicht die Anforderungen der Ausschreibung und das Angebot des B müsse ausgeschlossen werden. Der B ist mit dem Ausschluss seines Angebots nicht einverstanden. Die Präqualifikation im AVPQ ist nach seiner Ansicht ebenso als amtliches Präqualifikationssystem anzusehen. Sie sei daher gleichwertig mit dem Eintrag im

Präqualifikationsverzeichnis für Bauunternehmen. Zudem sei in der Ausschreibung nicht eindeutig festgelegt worden, dass nur das Bauverzeichnis als Nachweis anerkannt werde. Vor diesem Hintergrund legte der B Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland ein.

Gründe

Die Vergabekammer Rheinland entschied, dass der Ausschluss des Angebots von B nicht rechtmäßig war, da die Präqualifikation im AVPQ als gleichwertig mit der Präqualifikation im Bauverzeichnis anzusehen sei. Nach § 122 Abs. 3 GWB könne der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden. Ein öffentlicher Auftraggeber sei grundsätzlich dazu verpflichtet, die durch eine Präqualifikation erbrachten Eignungsnachweise zu akzeptieren. Diese dürfe er nur in begründeten Fällen anzweifeln. Die Vergabekammer stellte dazu fest, dass sowohl das Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen als auch das AVPQ IHK amtliche Präqualifikationssysteme im Sinne des § 122 Abs. 3 GWB sind. Die Eintragung im AVPQ könne daher nicht ohne weiteres als ungeeignet abgelehnt werden. Des Weiteren wies die VK darauf hin, dass der ausgeschriebene Auftrag nicht nur Bauleistungen, sondern auch einen erheblichen Anteil an Dienstleistungen umfasste. Für diese Dienstleistungen sei eine Präqualifikation im AVPQ zulässig. Insoweit komme es auf den konkreten Auftrag an und nicht auf eine pauschale Einstufung eines Präqualifikationssystems. Dabei gelten die Eignungsanforderungen an Nachunternehmer nur für den Teil der Leistung, den sie tatsächlich ausführen. Der AG dürfe also nicht automatisch verlangen, dass ein Nachunternehmer sämtliche Anforderungen erfüllt, die für den Hauptauftragnehmer gelten. Insgesamt stellte die VK fest, dass der AG keine sachlichen Gründe für die Ablehnung der Präqualifikation im AVPQ IHK vorlegen konnte. Somit erklärte sie den Ausschluss des Angebots von B für rechtswidrig.

Hinweis für die Praxis

Die Vergabekammer Rheinland hat mit dieser Entscheidung klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber die durch eine Präqualifikation erbrachten Eignungsnachweise grundsätzlich akzeptieren müssen. Eine Ablehnung ist in diesem Zusammenhang nur möglich, wenn sachliche oder nachvollziehbare Gründe vorliegen. Zwar kann eine Ablehnung sachlich gerechtfertigt sein, wenn sich der konkrete Nachweis nicht für das konkrete Vorhaben eignet (Dienstleistung vs. Bauauftrag). Entscheidend ist dabei stets die konkrete Tätigkeit. Auftraggeber sollten bei der Festlegung der Eignungsanforderungen genau definieren, welche Präqualifikationssysteme sie anerkennen. Sollte ein bestimmtes Verzeichnis nicht ausreichend sein, müsste dies bereits in den Vergabeunterlagen eindeutig festgelegt und sachlich begründet werden. Bietern gibt diese Entscheidung Rückendeckung: Werden sie in Zusammenhang mit der Eintragung in einem nicht anerkannten Präqualifikationssystem von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen, könnte der Ausschluss unwirksam sein. Hier sollten Bieter genau prüfen, ob die fehlende Anerkennung des Präqualifikationssystems ausreichend sachlich gerechtfertigt werden kann. Ist das nicht der Fall, liegt wahrscheinlich ein Vergabefehler vor.

BAG: Kein Anscheinsbeweis für Zugang eines Kündigungsschreibens per Einwurf-Einschreiben

Damit der Zugang eines Schriftstücks nachgewiesen werden kann, reicht der Einlieferungsbeleg eines Einwurf-Einschreibens nebst Sendungsverlauf nicht aus. Vielmehr bedarf es auch der Vorlage des Auslieferungsbelegs.

(BAG, Urt. v. 30.01.2025 – Az.: 2 AZR 68/24)

Einer Arbeitnehmerin wurde von ihrem Arbeitgeber gekündigt. Der Arbeitgeber behauptete, die Kündigung sei per Einwurfeinschreiben versandt und kurze Zeit später zugestellt worden.

Die Arbeitnehmerin bestritt jedoch den Zugang der Kündigung.

Der Arbeitgeber konnte keinen Einlieferungsbeleg vorlegen, sondern berief sich lediglich auf den Einlieferungsbeleg und den Sendungsverlauf.

Das BAG hielt die Kündigung für unwirksam, da der Zugang nicht bewiesen sei.

Die Beweislast für den Zugang einer Kündigung trage der Arbeitgeber.

Ein Einwurfeinschreiben allein reiche nicht aus, um einen Anscheinsbeweis für den Zugang zu führen. Auch der Einlieferungsbeleg und der online abrufbare Sendungsstatus der Post bewiesen nicht, dass das Kündigungsschreiben tatsächlich in den Briefkasten der Arbeitnehmerin gelangt sei.

Vielmehr hätte der Arbeitgeber den Einlieferungsbeleg vorlegen müssen, was ihm nicht mehr möglich war.

Es fehlten konkrete Beweise für den tatsächlichen Einwurf, z. B. durch Zeugen oder eine dokumentierte Zustellung.

„Die Vorlage des Einlieferungsbelegs eines Einwurf-Einschreibens und die Darstellung seines Sendungsverlaufs begründen ohne die Vorlage einer Reproduktion des Auslieferungsbelegs keinen Anscheinsbeweis für den Zugang beim Empfänger (...).

Es fehlt an Angaben über die Person des den Einwurf bewirkenden Postbediensteten sowie über weitere Einzelheiten der Zustellung. (...)

Die Vorlage des Einlieferungsbelegs begründet keine gegenüber einfachen Briefen – bei denen kein Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung besteht (...) – signifikant erhöhte Wahrscheinlichkeit für den Zugang der Sendung beim gewollten Empfänger des Einwurf-Einschreibens. Da durch die Absendung eines Schreibens nicht der Nachweis seines Zugangs erbracht werden kann, ist der Einlieferungsbeleg für die Frage des Zugangs ohne Bedeutung.“

Und weiter:

„Der Ausdruck des Sendungsstatus, auf dem dieselbe Sendungsnummer wie auf dem Einlieferungsbeleg sowie das Zustelldatum vermerkt sind, bietet ebenfalls keine ausreichende Gewähr für einen Zugang.“

In diesem Fall lässt sich weder feststellen, wer die Sendung zugestellt hat noch gibt es ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass das vom Bundesgerichtshof beschriebene oder das jeweils gültige Verfahren der Deutschen Post AG für die Zustellung der eingelieferten Postsendung tatsächlich eingehalten wurde. Der Sendungsstatus ist kein Ersatz für den Auslieferungsbeleg. Er sagt nichts darüber aus, ob der Zusteller tatsächlich eine besondere Aufmerksamkeit auf die konkrete Zustellung gerichtet hat, die den Schluss rechtfertigen würde, dass die eingelieferte Sendung in den Briefkasten des Empfängers gelangt ist.“

Hohes Risiko für Empfänger von Fördermitteln

- 1. Sind die Fördervoraussetzungen zulässigerweise in Förderrichtlinien geregelt, hat sich das Verwaltungsgericht bei der Rechtmäßigkeitsprüfung darauf zu beschränken, ob bei der Anwendung einer solchen Richtlinie im Einzelfall der Gleichheitssatz verletzt worden ist oder gegebenenfalls ein sonstiger Verstoß gegen einschlägige materielle Rechtsvorschriften vorliegt.**
- 2. Der öffentliche Auftraggeber verstößt gegen die Zuwendungsbedingungen, wenn er auch Angebote solcher Bieter wertet, die nicht sämtliche der geforderten Umsatzzahlen mitgeteilt oder keine vollständige Verpflichtungserklärung zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen abgegeben haben. Selbiges gilt für denjenigen, der sich nach Vorlage einer abgelaufenen Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft unter Verstoß gegen das Nachforderungsverbot eine aktuelle Bescheinigung nachreichen lässt.**
- 3. Das bestehende Ermessen kann mit Rücksicht auf die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung in der Regel nur durch die (teilweise) Aufhebung des Zuwendungsbescheids fehlerfrei ausgeübt werden kann (sog. intendiertes Ermessen).**

(VG Magdeburg, Urteil vom 09.07.2024 – 3 A 159/22)

Der Träger einer Gemeinschaftsschule will eine energetische Sanierung durchführen, und beantragt hierfür Fördermittel. Das Bundesland bewilligt einen Zuschuss in Höhe von insgesamt 2,28 Millionen Euro und verpflichtet den Träger in dem Bescheid zur Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen gemäß Nr.3 ANBest-Gk (Anwendung des vierten Teils des GWB).

Nach Durchführung der Baumaßnahme prüfte die Zuwendungsbehörde die Vergabeunterlagen, und beanstandete in mehreren Losen die Vergabepaxis.

Bei einem L eros hatte der Bieter den Zuschlag erhalten hatte statt der geforderten Umsatzangaben für die Jahre 2014-2016 (letzte 3 Jahre) Umsatzangaben für 2013-2015 gemacht. In einem anderen Los hatte der beauftragte Bieter eine abgelaufene Unbedenklichkeitsbescheinigung der Bau-berufsgenossenschaft vorgelegt und in einem weiteren Fall hatte der beauftragte Bieter auf dem Formblatt der Erklärung zur Einhaltung der ILO- Kernarbeitsnormen nicht angekreuzt, ob die von ihm zu verwendenden Produkte in Afrika, Asien oder Lateinamerika hergestellt oder bearbeitet werden.

Daraufhin kürzte die Behörde die zuvor bewilligte Zuwendung um rund 150.000 €. Hiergegen klagt der Schulträger.

Entscheidung des Gerichts

Das Verwaltungsgericht Magdeburg weist die Klage ab. Zur Begründung führt das Gericht aus, dass es nicht Aufgabe des Gerichtes wäre, die Sinnhaftigkeit der Förderrichtlinien zu überprüfen, sondern das Gericht sich darauf beschränken müsse, ob bei der Anwendung der Richtlinien im Einzelfall der Gleichheitsgrundsatz verletzt worden ist. Dabei komme es auf die ständige Verwaltungspraxis der Zuwendungsbehörde an. Das Gericht weist darauf hin, dass das bestehende Ermessen bei einer teilweisen Rückforderung einer Zuwendung beim Vorliegen von Verstößen gegen das Vergaberecht in der Regel dazu führen müsse, dass der Zuwendungsbescheid (teilweise) aufgehoben wird.

Das Gericht führt weiter aus, dass die Vergaberechtsverstöße vorgelegen haben, und daher die Rückforderung zulässig gewesen sei.

Hinweis für die Praxis

Jeder der eine Förderung beantragt sollte sich darüber im Klaren sein, dass der Förderbescheid bei Verstößen gegen die zahllosen Vorschriften des Vergaberechtes teilweise widerrufen werden kann. Die Gerichte überprüfen in diesem Zusammenhang nur, ob die Kürzung ermessensfehlerfrei begründet wurde. Das wird in den meisten Fällen der Fall sein.

So hat das VG München, Urteil vom 20.05.2020 – M 31 K 16.5186 entschieden, dass der freie Träger eines Kindergartens zu Recht rund 100.000 € Fördermittel weniger bekam, weil das Ingenieurbüro in dem Los „Holzbauarbeiten“ für den Träger nicht erkennbar ein bestimmtes Produkt der Ausschreibung zugrunde gelegt hatte. Der Zuschlag wurde einem Bieter erteilt, der seinem Produkt von der (unzulässigen) Spezifikation abgewichen war. Das wurde später im Rahmen der Überprüfung der Vergaben bekannt. Das VG München erklärte dazu, dass derartige Vergabeverstöße von den Bietern gerügt werden müssen, und eine vergaberechtswidrige produktspezifische Ausschreibung nicht dadurch „geheilt“ werden kann, dass man einem Bieter die produktspezifische Anforderung nicht erfüllt trotzdem den Zuschlag erteilt. Für eine rechtskonforme Vergabe der Leistungen habe die Ausschreibung nach Bekanntwerden des Problems aufgehoben und nach entsprechender Korrektur eine Neuvergabe durchgeführt werden müssen.

Es ist praktisch unmöglich, bei einer Vergabe von 30 oder 40 Einzelgewerken keine Fehler zu machen. Ganz davon abgesehen, dass viele der Vorgaben, wie etwa das Gebot der Fachlosvergabe, wirtschaftlich unsinnig sind, und zu massiven vermeidbaren Mehrkosten der öffentlichen Haushalte führen.

Ebenso abzulehnen ist die Überfrachtung des Vergaberechtes mit ökologischen oder sozialen Anforderungen. In einem abgegebenen Angebot fehlte ein Kreuz in der Rubrik, ob verwendete Produkte in Afrika, Asien oder Lateinamerika hergestellt oder bearbeitet wurden. Vielleicht handelte es sich um Verputzarbeiten, bei denen offensichtlich ist, dass der Mörtel nicht in Afrika hergestellt wurde.

Auch im Verlauf der Durchführung eines Projektes, etwa nach einer erforderlichen Kündigung eines Gewerkes erfolgen nicht selten Vergabeverstöße, weil Leistungen, die eigentlich neu auszuschreiben wären, freihändig als Nachträge an bereits tätige Firmen vergeben werden. Das ist zwar wirtschaftlich sinnvoll, denn die Stillstandszeiten und hieraus resultierenden Kosten bei einer Neuvergabe stehen in keinem Verhältnis zu der theoretisch denkbaren Einsparung bei einer neuen öffentlichen Ausschreibung, es ist aber ebenfalls ein Verstoß gegen Vergaberecht und damit gegen die Förderrichtlinien.

Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte können praktisch bei jedem geförderten Bauvorhaben in Deutschland Fördergelder zurückgefordert werden. Es gibt kein Projekt, bei dem sich nicht solche oder ähnliche Verstöße wie im vom VG Magdeburg entschiedenen Fall finden. Sie sollten sich daher gründlich überlegen, ob Sie für Ihr Projekt Fördergelder beantragen wollen, oder das Projekt lieber sein lassen.

Beiträge

Täuschungsalarme durch Insektenbefall: Wer haftet bei Falschalarmen von Brandmeldeanlagen?

Mit dem Beginn der Sommermonate rückt ein altbekanntes, aber rechtlich sensibles Thema wieder in den Fokus: Täuschungsalarme durch Insektenbefall in Brandmeldeanlagen (BMA). Besonders in sozialen Einrichtungen wie Pflegeheimen, Kliniken oder Kindergärten häufen sich in der warmen Jahreszeit Fehlalarme, weil kleinste Insekten in die Sensorkammern optischer Rauchmelder eindringen. Für Errichter, Wartungsunternehmen, Notruf- und Serviceleitstellen (NSL) sowie Vermieter solcher Anlagen stellt sich regelmäßig die Frage: Wer trägt im Schadenfall die Verantwortung – und wer haftet für die entstehenden Kosten?

Technisch unvermeidbar – aber rechtlich relevant

Gemäß DIN EN 54-7 sind optische Rauchmelder durch feinmaschige Gitter gegen das Eindringen von Fremdkörpern geschützt. Dennoch lässt sich ein vollständiger Schutz gegen Insekten technisch nicht gewährleisten, da die Zugangsöffnungen für Rauchpartikel nicht beliebig verengt werden dürfen. Die Norm selbst weist darauf hin, dass ein Restrisiko verbleibt. Täuschungsalarme dieser Art sind daher systemimmanente Phänomene – ein Aspekt, der in der vertraglichen Risikoverteilung mitgedacht werden muss.

Errichter: Keine Haftung bei normkonformer Ausführung

Eine Haftung des Errichters kommt nur in Betracht, wenn die Anlage nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht (z. B. ungeeigneter Meldertyp, falscher Montageort) oder wenn über das Risiko nicht ordnungsgemäß aufgeklärt, sprich eine technische Empfehlung unterlassen wurde (z. B. keine Aufklärung über Mehrsensoralternativen oder Zweimeldungsabhängigkeit nach DIN VDE 0833-2).

Ist die Installation fachgerecht erfolgt und wurde der Betreiber auf mögliche Falschalarmursachen hingewiesen, scheidet eine Verantwortlichkeit in aller Regel aus.

Betreiberpflichten: Reinigung, Insektenschutz, Umweltkontrolle

Der Betreiber ist für den ordnungsgemäßen Betrieb der Brandmeldeanlage verantwortlich – dies ergibt sich ausdrücklich aus DIN VDE 0833-1:2014-10, Abschnitt 5.1, sowie DIN VDE 0833-2:2022-06, Abschnitt 9.7. Zu dieser Verantwortung gehört insbesondere, vermeidbare äußere Einflüsse zu unterbinden, die zu Täuschungsalarmen führen können. Dazu zählen vor allem geeignete Schutzmaßnahmen gegen Insektenbefall, wie

- das Anbringen von Insektenschutzgittern an Fenstern,
- die regelmäßige Reinigung meldernaher Zonen,
- die Entfernung insektenfördernder Umgebungsbedingungen (z. B. Pflanzen, Speisereste, Abfall).

Diese Maßnahmen gelten als allgemein anerkannte Regeln der Technik, die zur Sicherstellung eines störungsfreien Anlagenbetriebs erforderlich sind. Werden sie unterlassen, kann dies als Verletzung der Betreiberpflichten gewertet werden – mit der Folge einer möglichen vollumfänglichen Haftung

für Täuschungsalarme durch Insekten, insbesondere wenn dadurch Folgekosten wie Feuerwehreinsätze oder Interventionsmaßnahmen ausgelöst werden. Ein Mitverschulden anderer Beteiligten – etwa von Errichtern, Instandhaltern oder der NSL – kommt nur dann in Betracht, wenn diese nachweislich gegen eigene vertragliche oder normative Pflichten verstoßen haben oder wenn ihnen die Wahrnehmung der o.a. Betreiberpflichten ausdrücklich vertraglich übertragen wurden (z.B. in Ergänzung eines Instandhaltungsvertrages).

NSL: Kein Einfluss, keine Haftung

Die NSL ist lediglich für die sachgerechte Bearbeitung eingehender Alarmer zuständig – nicht für deren technische Entstehung. Eine Haftung der NSL scheidet aus, solange die Alarmbearbeitung ordnungsgemäß nach Maßnahmenplan erfolgt. Eine vertragliche Freizeichnung für Täuschungsalarmer ist daher nicht nur entbehrlich, sondern könnte – im AGB-Kontext – sogar als intransparent oder überraschend gewertet werden.

Fazit: Die rechtliche Verantwortung für Täuschungsalarmer durch Insektenbefall liegt in aller Regel nicht bei der NSL oder dem Errichter, sondern – bei normgerechter Technik – im Einflussbereich des Betreibers. Um Haftungsrisiken zu minimieren, empfiehlt sich eine klare vertragliche Regelung zur Risikoordnung und Kostentragung. Bei Interesse stellen wir Ihnen gerne eine wirksame und praxiserprobte Vertragsklausel zur Verfügung.

Keine Verlängerung der Gewährleistung ohne Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten

Gemäß § 13 Abs. 5 beginnt nach Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist endet. Fraglich ist allerdings, was rechtlich passiert, wenn keine Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten stattfindet, wie dies weitaus überwiegend der Fall ist.

Das OLG Schleswig hat mit Urteil vom 12.02.2025 – 12 U 9/23 hierzu entschieden, dass wenn keine Abnahme der Mangelbeseitigungsarbeiten durchgeführt wird, auch keine neue Verjährungsfrist in Gang gesetzt wird. Es ist also nicht so, dass für diese Mangelbeseitigungsarbeiten aufgrund der fehlenden Abnahme eine unbegrenzte Verjährungsfrist gilt.

Zu beachten ist allerdings, dass ein Auftragnehmer, der Mangelbeseitigungsarbeiten von nicht unerheblichem Umfang ausführt, damit gegebenenfalls das Vorhandensein des Mangels anerkennt. Ein Anerkenntnis führt aber gemäß § 212 BGB dazu, dass die Verjährungsfrist für den beseitigten Mangel komplett neu beginnt (BGH, Urteil vom 18.01.1990 – VII ZR 260/88). Relevant ist das, wenn durch die durchgeführten Mangelbeseitigungsarbeiten die tatsächliche Ursache des Mangels nicht behoben wurde bzw. sich später die gleichen Mangelsymptome an anderer Stelle zeigen.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Aktuelle Entwicklungen und Praxishinweise

Die Frage, wann die Freigabe von Ausführungsplänen oder anderen auftragnehmerseitigen Unterlagen durch den Auftraggeber als konkludente Anordnung einer geänderten Leistung im Sinne des Bauvertragsrechts (insbesondere § 2 Abs. 5 VOB/B) zu werten ist, bleibt ein Dauerthema in der Baupraxis und Rechtsprechung. Die neuere Rechtsprechung bringt Bewegung in eine bislang uneinheitlich beurteilte Materie – mit unmittelbaren Konsequenzen für die Vergütungsansprüche von Auftragnehmern (AN) und die Prüfpflichten von Auftraggebern (AG).

1. Die OLG Frankfurt-Entscheidung vom 17.01.2022 (veröffentlicht erst nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH Ende 2024)

Das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. hat mit Urteil vom 17.01.2022 (Az. 29 U 30/21) klargestellt, dass die hausinterne Freigabe und anschließende Zuleitung einer vom AN gefertigten Ausführungsplanung an diesen eine konkludente Anordnung des AG begründen kann – selbst wenn dem AG die Abweichung von der ursprünglichen Planung nicht bewusst war.

Im konkreten Fall waren im Auftrags-LV Kabelkanäle aus Beton und aus GfK mit nahezu gleichem Anteil vorgesehen. Nach Beauftragung hatte der AN eine Trassenplanung vorgelegt, die eine Massenverschiebung von GfK-Kanälen zu Betonkabelkanälen vorsah. Nunmehr waren 95 % der Kanäle aus Beton. Das entsprach auch den Vorgaben in der Baubeschreibung, wonach aufgeständerte Kabelkanäle aus Kunststoff nur für einige Streckenabschnitte als Ausnahme vorgesehen waren. Nachdem was im Urteil steht waren im Grunde die Vordersätze im Leistungsverzeichnis falsch, und passen nicht zu der Baubeschreibung. Der AG hatte die Trassenplanung des AN intern freigegeben und dem AN die Freigabe mitgeteilt. Der AN durfte dies nach objektivem Empfängerhorizont so verstehen, dass der AG der geänderten Trassenplanung zustimmt und sich für die Betonkanal-Variante entschieden hat. Später erklärte der Auftraggeber, ihm sei nicht bewusst gewesen, dass er eine Änderung gegenüber dem Leistungsverzeichnis angeordnet habe.

Entscheidung des Gerichts

Entscheidend ist nicht der innere Wille oder das Wissen des AG, sondern wie sein Verhalten aus Sicht eines objektiven Empfängers (hier: des AN) zu verstehen ist. Selbst eine unwissentliche Freigabe kann daher vergütungspflichtige Änderungen auslösen.

Hinweis für die Praxis

Ein rein passives Verhalten des AG hat grundsätzlich keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert; Schweigen im Rechtsverkehr bedeutet grundsätzlich keine Anordnung einer Leistungsänderung oder Zustimmung dazu. Davon abzugrenzen ist jedoch eine stillschweigende Erklärung unter den Geschäftsleuten. Eine solche kann vorliegen, wenn sich die Vertragspartner stillschweigend auf eine tatsächlich veränderte Situation einstellen, beispielsweise durch das Ergebnis einer Abstimmung oder eines Schriftwechsels. Die Auslegung des Verhaltens einer Partei hat sich stets am objektiven Empfängerhorizont zu orientieren, d.h. wie durfte die Gegenseite das Verhalten oder die Erklärungen des Vertragspartners verstehen. Das Kooperationsgebot im Bauvertrag verlangt außerdem vom AG, sich zu erklären und sich nicht hinter einem Schweigen zu verschanzen.

Eine früher ergangene Entscheidung des OLG Dresden vom 31.08.2011 (Az. 1 U 1682/10) hatte die Freigabe einer von der bei Vertragsabschluss vorliegenden Fensterliste abweichenden Ausführungsplanung des Fensterbauers durch den AG nicht als Anordnung gewertet, da der AG keine Kenntnis von der Abweichung hatte und auch nicht bewusst eine vergütungspflichtige Mehrleistung beauftragen wollte.

Während das OLG Frankfurt a.M. auf den objektiven Empfängerhorizont abstellt, rückte das OLG Dresden den subjektiven Willen des AG in den Vordergrund. Allerdings hatte der Fall die Besonderheit, dass der Fensterbauer auf seinen Ausführungsplänen einen Stempel angebracht hatte mit dem Inhalt "Nachtragsangebote werden nachgereicht, falls sich gemäß der freigegebenen Detailplanung Mehr-oder/und Minderkosten gegenüber der jeweils ursprünglich beauftragten LV-Position ergeben oder/und die Ausführung zusätzlicher Leistungen angeordnet wird." In der Zeile darunter stand das Wort „Änderung:“, und dort waren keine Änderungen vermerkt.

Wenn der AN aber im Plankopf seiner Pläne vorsieht, dass Änderungen kenntlich gemacht werden, und dann steht dort nichts von Änderungen, dann darf der Auftraggeber wohl auch davon ausgehen, dass keine Änderungen enthalten sind. Damit ist die Entscheidung des OLG Dresden gut vertretbar.

Ein Jahr nach dem Urteil des OLG Dresden hatte das OLG Düsseldorf (Urteil vom 30.08.2012 – Az. 23 U 162/11) entschieden, dass eine Freigabe abweichender Fertigungsunterlagen (Montage von Sonnenschutzanlagen mittels Hubsteiger statt vom Gerüst aus) durch sachkundige Vertreter des AG eine Anordnung im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B darstellen kann, und zwar unabhängig davon, ob die Abweichung zum vertraglichen Leistungsoll erkannt wurde oder nicht. Diese Auffassung entsprach damit dem was nun auch vom OLG Frankfurt entschieden wurde.

Mit der Frankfurter Entscheidung aus dem Jahr 2022 ist klar:

Der Maßstab ist eine objektive Betrachtung. Es kommt nicht darauf an, ob der AG sich über die Änderung oder deren Kostenwirkung bewusst war – entscheidend ist, ob ein verständiger AN die Handlung des AG als Zustimmung zur geänderten Leistung deuten durfte.

Dabei wird auch berücksichtigt, ob der AG durch sachkundige Vertreter gehandelt hat und ob sich das Verhalten in einen kommunikativen Gesamtzusammenhang einfügt (z. B. Besprechungen, Protokolle, Rückläufe).

Unabhängig davon ist es für einen AN jedoch der sicherste Weg, auf Änderungen in der Ausführungsplanung oder Montageplanung gegenüber den vertraglichen Vorgaben hinzuweisen. Wer bewusst auf eine stillschweigende Zustimmung durch mangelnde Klarheit in den Unterlagen setzt, riskiert nicht nur vergütungsrechtliche Nachteile, sondern unter Umständen auch den Vorwurf eines treuwidrigen Verhaltens.

Der AG, der eine seitenlange Fensterliste oder hunderte Ausführungspläne erhält, kann aber auch von sich aus nachfragen, ob der AN irgendwo Änderungen gegenüber den vertraglichen Vorgaben vorgenommen hat.

Bei guter Kommunikation lassen sich viele Streitigkeiten vermeiden.

Nurcan Aymandir
Rechtsanwältin