

EDITORIAL



VON RECHTSANWALT
DR. ULRICH DIECKERT

In unserem vorliegenden Newsletter kommentieren wir wieder die aus unserer Sicht wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals. Dabei haben wir einen Schwerpunkt auf das zivile Baurecht gelegt. Es geht u. a. um die Prüfbarkeit einer VOB-Schlussrechnung, um die Übersicherung im Gewährleistungsfall und um die Unverhältnismäßigkeit von Mangelbeseitigungskosten. Zwei Entscheidungen zum Vertragsrecht (Wegfall der Geschäftsgrundlage, Verbindlichkeit eines Angebotes) runden die Besprechungen ab.

Unter der Rubrik „Aktuelles“ berichten wir u. a. über die Vergaberechtsreform, die nur in kleinen Schritten vorankommt. Wie beim letzten Mal nehmen die CRP Bauingenieure sodann zu bautechnischen Fragen Stellung. Diesmal geht es um die „weiße Wanne“, deren Qualifizierung als Stand der Technik bei gehobener Nutzung vom LG Berlin in einer jüngsten Entscheidung bezweifelt wurde.

Wir dürfen schließlich auf unser nächstes Unternehmegerspräch verweisen, bei dem es um Nachträge und deren kalkulatorische Ermittlung geht. Eine Einladung hierzu ergeht gesondert.

Berlin, im April 2006
Dr. Ulrich Dieckert

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Die Prüfbarkeit einer VOB-Schlussrechnung muss binnen zwei Monaten gerügt werden. Die verspätete Rüge der Prüfbarkeit führt zur Fälligkeit der Schlussrechnung!

1. Hat der Auftraggeber eines VOB/B-Vertrages nicht binnen zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung Einwendungen gegen deren Prüfbarkeit erhoben, wird der Werklohn auch dann fällig, wenn die Rechnung objektiv nicht prüfbar ist. Es findet dann eine Sachprüfung darüber statt, ob die Forderung inhaltlich berechtigt ist. Bei ausreichender Grundlage kann der Werklohn auch geschätzt werden (§ 287 ZPO).

2. Die Frist von zwei Monaten gilt auch dann, wenn eine Schlussrechnung erst während eines laufenden Gerichtsverfahrens eingereicht wird.

BGH, Urteile vom 08.12. und 22.12.2005 – VII ZR 50/04 und VII ZR 316/03

Worum geht es?

Beiden Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, in denen die Auftragnehmer (AN) mit der Ausführung von Bauarbeiten unter Einbeziehung der VOB/B beauftragt

worden sind. In beiden Fällen haben die Auftraggeber (AG) die Nichtprüfbarkeit der Schlussrechnung nicht innerhalb der von der VOB/B vorgesehenen Frist von zwei Monaten gerügt. Dennoch

haben die Instanzgerichte die Werklohnklagen „als derzeit unbegründet“ abgewiesen, weil sie der Auffassung waren, die Schlussrechnungen seien tatsächlich nicht prüfbar aufgestellt worden.

Die Entscheidungen des Gerichts:

Der BGH hat in beiden Fällen den Einwand der fehlenden Prüfbarkeit als verspätet zurückgewiesen. Der AG kann sich dann nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit einer Schlussrechnung berufen, wenn er dies nicht innerhalb der von der VOB/B vorgesehenen Frist von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung gerügt hat (§ 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B). Die Schlussrechnungsforderung wird

damit fällig. Dem AG war es nach Fristablauf auch verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der AN in der Schlussrechnung eine andere Reihenfolge und Beschreibung der Positionen vorgenommen hat als in den Vertragsbestandteil gewordenen Unterlagen (§ 14 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Der AG verliert damit aber nicht seine inhaltlichen Einwendungen gegen die Schlussrechnungsforderung selbst. Vielmehr muss eine Sachprüfung stattfinden, ob und in wel-

chem Umfang dem AN die geltend gemachten Vergütungsansprüche zustehen. Ist dem AN aufgrund der mit dem Zeitablauf verbundenen Schwierigkeiten, die Vorlage einer prüfaren Abrechnung nicht mehr möglich, kann er seine Forderung auch anderweitig begründen. Das Gericht darf ihm selbst dann eine Vergütung zusprechen, wenn der AN ausreichende Grundlagen für eine Schätzung nach § 287 ZPO vorträgt.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung ist auf den ersten Blick ausschließlich auftragnehmerfreundlich. Vergütungsklagen auf der Grundlage von VOB/B-Verträgen können nicht mehr als derzeit unbegründet abgewiesen werden, falls der AG die Prüfungsfrist von zwei Monaten missachtet bzw. innerhalb dieser Frist keine Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung vorgebracht hat. Die Entscheidung hat für den AN aber auch einen

Nachteil: Selbst eine Forderung aus einer eigentlich nicht prüfaren Rechnung kann danach verjähren, und zwar ab dem Ende des Jahres, in dem die Voraussetzungen für eine prüfbare Rechnungsaufstellung vorlagen. Die Verjährungsfrist beträgt ab diesem Zeitpunkt einheitlich drei Jahre (§ 195 BGB).

Auftraggeber sollten durch ein Fristenkontrollsystem sicherstellen, dass die Prüfbarkeit von Schlussrechnungen spätestens innerhalb von zwei

Monaten geprüft wird. Fehlt es an der Prüfbarkeit ist es nicht notwendig, die Schlussrechnung zurückzusenden. Vielmehr sollte dem AN mit einer nachvollziehbaren Begründung mitgeteilt werden, weshalb die Rechnung nicht geprüft werden kann (beispielsweise: fehlende Aufmassskizzen, Nichtbeachtung der Abrechnungsregeln der VOB/C, dort jeweils Ziffern 5 bzw. Nichteinhaltung der LV-Positionen).

Aktuelles

Neues zur Vergaberechtsreform

Wir hatten in unserem vorletzten Baurecht-Newsletter über die ins Stocken geratene Vergaberechtsreform berichtet. Danach konnten zwar einige Bestimmungen der Richtlinie 18/2004/EG durch das ÖPP Beschleunigungsgesetz in das nationale Recht umgesetzt werden. Eine förmliche Inkraftsetzung der übrigen Vorschriften dieser Richtlinie konnte jedoch nicht fristgerecht bis zum 31.01.2006 realisiert werden. Stattdessen hat das federführende Bundesministerium für Wirtschaft sämtliche öffentlichen Dienststellen mit Minister-schreiben vom 26.01.2006 angewiesen, genau bezeichnete Regelungen dieser Richtlinie ab dem 01.02.2006 direkt anzuwenden. Dieses Rundschreiben kann bei Interesse auf der Website des Bundeswirtschaftsministeriums oder auf der Informationsplattform www.ibr-online.de eingesehen werden.

Weitere Umsetzungsschritte

Nach Verlautbarungen aus den Ministerien ist davon auszugehen, dass die durch die Richtlinie notwendig gewordenen Änderungen ab Mai diesen Jahres im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in der Vergabeverordnung (VgV), den Verdingungsordnungen für Leistungen und freiberuflichen Leistungen (VOL/A, VOF) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung (VOB/A) umgesetzt werden. 1

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Stahlpreiserhöhung auf dem Weltmarkt führt nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage!

Der Auftragnehmer kann einen Anspruch auf Anpassung der Preise aufgrund von Stahlpreiserhöhungen auf dem Weltmarkt nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB n. F.) stützen.

OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005 – 14 U 124/05

Worum geht es?

Ein Auftragnehmer (AN) unterbreitet Ende März 2004 ein Angebot zur Erbringung von Stahlbauleistungen. Seine Stahlpreise kalkulierte er auf der Grundlage eines nicht bindenden Angebotes seines Lieferanten. Eine Woche nach Angebotsabgabe erteilt der Auftraggeber (AG) den Zuschlag. Aufgrund der stark gestiegenen Stahlpreise sowohl

vor als auch nach Auftragserteilung beruft sich der AN auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage und verlangt eine neue Preisvereinbarung. Als der AG dieses Verlangen zurückweist, verweigert der AN zunächst die Leistung.

Um einen längeren Stillstand des Bauvorhabens zu vermeiden, treffen die Parteien eine vorläufige Vereinbarung, wonach der AG zunächst

Zahlungen unter Berücksichtigung der Materialpreiserhöhungen leistet, sich aber ausdrücklich vorbehält, deren Rückforderung nach Durchführung der beauftragten Arbeiten zu verlangen. Nach Abschluss des Bauvorhabens macht der AG die Rückzahlung der zunächst gezahlten Materialpreiserhöhung geltend und klagt den entsprechenden Betrag ein.

Die Entscheidung des Gerichts:

Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht Hamburg geben dem AG Recht. Die Geschäftsgrundlage sei nicht weggefallen. Die eingetretene Preiserhöhung falle vielmehr in den alleinigen Risikobereich des AN. Dieser habe gegenüber dem AG nicht deutlich gemacht, dass er die Stahlpreise auf der Basis des

von ihm eingeholten Angebots seines Lieferanten kalkuliert habe. Stattdessen handelte es sich nur um die einseitige Erwartung des AN, sich auf dem Stahlmarkt zu entsprechenden Preisen eindecken zu können. Die Einholung eines – nicht bindenden Angebots – sei deshalb keine verlässliche Kalkulationsgrundlage, die Vertragsbestandteil geworden

ist. Dass die Erwartung des AN, der Stahllieferant werde zu den nur freibleibend angebotenen Preisen auch tatsächlich liefern, nicht eingetreten ist, sei ausschließlich das Problem des AN, der das daraus resultierende Risiko allein tragen müsse.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung des OLG Hamburg sollte Auftragnehmer dringend veranlassen, Materialgleitklauseln zu vereinbaren. Ansonsten laufen sie Gefahr, auf den teureren Einkaufspreisen sitzen zu bleiben.

Das Urteil des OLG Hamburg lässt jedoch auch bei einer fehlender Materialgleitklausel einen Ausweg offen: Wenn der AN seine Kalkulationsgrundlage, also beispielsweise seine Einkaufspreise für Stahl, bereits in der Angebotsphase offengelegt und ausdrücklich zum Gegenstand der

Vertragsverhandlungen gemacht hätte, könnte die Urteilsbegründung des OLG Hamburg Raum für die Annahme lassen, dass die Einkaufspreise des AN zumindest in solchen Fällen Geschäftsgrundlage des Werkvertrages geworden sind.

Daran wäre noch weniger zu zweifeln, wenn das Angebot des Stahllieferanten ausdrücklich in den Vertragsbestandteilen des Werkvertrages genannt worden ist und der Werkvertrag keine Regelung enthält, wonach der Auftragnehmer das Risiko einer Materialpreiserhöhung allein zu

tragen hat. Ob sich ein AG darauf einlässt, erscheint aber zumindest zweifelhaft.

Dann bleibt als Ausweg nur übrig, mit dem Stahllieferanten verbindliche Preisabsprachen zu treffen, also rechtzeitig ein bindendes Angebot einzuholen.

1 Fortsetzung von S. 2

Aktuelles:

Erst dann wird auch die Bauwirtschaft in der Lage sein, das neue Recht „schwarz auf weiß“ nachvollziehen zu können. Unabhängig davon wollen die Ministerien an der seit Jahren geplanten Vergaberechtsreform weiterarbeiten. Einer großer Wurf ist allerdings nicht mehr zu erwarten. Denn die jetzige Bundesregierung hat sich bereits im letzten Jahr darauf verständigt, das bisherige „Kaskadenprinzip“ im Vergaberecht aufrecht zu erhalten. Es ist daher davon ausgehen, dass weiterhin vom GWB auf die VgV und von dort auf die Verdingungs- bzw. Vertragsordnungen verwiesen wird. Die Schaffung eines einheitlichen Vergabegesetzes, wie von der vorherigen Bundesregierung angestrebt, ist daher in weite Ferne gerückt.

Aktuelles

Sind GmbH-Geschäftsführer rentenversicherungspflichtig?

GmbH-Geschäftsführer können sowohl in einem abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen, als auch selbstständig tätig sein und damit (nach bisherigem Verständnis) nicht der gesetzlichen Sozialversicherungspflicht unterliegen. Bisher konnten Gesellschaftergeschäftsführer von GmbH bei den Sozialversicherungsträgern im Rahmen eines so genannten Statusfeststellungsverfahrens prüfen lassen, ob sie der Sozialversicherungspflicht unterliegen. 1

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Ein übersicherter Auftraggeber kann alle Sicherheiten verlieren!

Behält der Auftraggeber eine Gewährleistungssicherheit in bar ein und nimmt er gleichzeitig eine ihm vom Auftragnehmer gestellte Bürgschaft entgegen, ohne den Sicherheitseinbehalt innerhalb einer ihm gesetzten Frist auszuzahlen, muss er neben der Auszahlung des Bareinbehalts auch die Bürgschaft herausgeben.

BGH, Beschluss vom 10.11.2005 – VII ZR 11/04

Worum geht es?

Nach der VOB/B hat der Auftragnehmer (AN) grundsätzlich die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung (§ 17 Nr. 3 VOB/B).

Im vorliegenden Fall hat der AN über den einbehaltenen

Betrag eine ordnungsgemäße Gewährleistungsbürgschaft über ca. € 61.000,00 gestellt. Gleichwohl zahlte der Auftraggeber (AG) den Einbehalt nicht aus.

Nachdem der AN den AG mehrfach zur Auszahlung aufgefordert hatte, klagte er

sowohl auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde als auch auf Auszahlung des Bareinbehalts.

Die Entscheidung des Gerichts:

Zu Recht: Weil der AG die ihm gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen ließ, verlor er das Recht auf jede Sicherheit.

Nach der Systematik der VOB/B-Regelungen in § 17 soll der Sicherheitseinbehalt vor dem Zugriff anderer Gläubiger und insbesondere

vor dem Insolvenzrisiko des AG geschützt werden.

Ein AG, der die Bürgschaft als Austauschsicherheit entgegennimmt, aber den Sicherheitseinbehalt weiter in bar bei seinem Vermögen belässt, verhält sich vertragswidrig und verschafft sich dadurch eine doppelte Sicherung. Es ist

deshalb angemessen, dem vertragsuntreuen AG nicht nur das Recht auf den Bareinbehalt zu versagen, sondern ihn darüber hinaus zu verpflichten, die ihm bereits gestellte Bürgschaft herauszugeben.

Hinweis für die Praxis:

Auftraggeber übersehen immer wieder, dass es sich bei einem Gewährleistungseinbehalt um das Geld des Auftragnehmers handelt, das dieser lediglich aufgrund der Sicherungsabrede im Bauvertrag erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist beanspruchen kann.

Da regelmäßig fünfjährige Gewährleistungsfristen vereinbart werden, besteht für den Auftragnehmer ein erhebliches Insolvenzfallrisiko. Deshalb ist die Rechtsprechung des BGH zur Ablösung von Sicherheitseinbehalten streng.

Wer eine Bürgschaft entgegennimmt, muss den Bareinbehalt auszahlen oder die Bürgschaft unter Verweis auf den bereits eingetretenen

Sicherungsfall (Mängel am Bauvorhaben) unverzüglich zurücksenden.

In der Praxis bietet sich auch folgender Weg für den Auftraggeber an: Nach § 17 Nr. 6 Abs. 3 Satz 1 VOB/B ist der Auftraggeber – ohne dass er zuvor dazu aufgefordert werden müsste – verpflichtet, einen Bareinbehalt binnen 18 Werktagen auf ein gemeinsames Sperrkonto einzuzahlen. Zahlt der Auftraggeber den einbehaltenen Betrag nicht rechtzeitig ein, kann ihm der Auftragnehmer hierfür **eine** angemessene Nachfrist setzen. Lässt der Auftraggeber auch diese verstreichen, kann der Auftragnehmer die sofortige Auszahlung des einbehaltenen Betrages verlangen und braucht dann keine Sicherheit mehr zu leisten (§ 17 Nr. 6

Abs. 3 VOB/B).

Aber Vorsicht: Nach einer Entscheidung des BGH vom 13.11.2003 (VII ZR 57/02) kann ein Auftraggeber – auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – die Ablösungsmöglichkeit durch Einzahlung auf ein gemeinsames Sperrkonto wirksam ausschließen. Dann hat der Auftragnehmer nur noch die Möglichkeit, den Bareinbehalt durch Übergabe einer Gewährleistungsbürgschaft abzulösen. Wenn der Auftraggeber dann aber sowohl die Bürgschaft behält als auch die Auszahlung des Bareinbehalts verweigert, gilt wiederum die hier besprochene Entscheidung des BGH. Der Auftraggeber verliert dann – nach einfacher Fristsetzung – alle Sicherheiten für den Gewährleistungszeitraum.

1 Fortsetzung von S. 3 Aktuelles:

Regelmäßig ergab die Prüfung, dass eine Sozialversicherungspflicht nicht bestand. Das Bundessozialgericht hat nunmehr in einem Aufsehen erregenden Urteil einen selbständigen GmbH-Geschäftsführer der Rentenversicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI (arbeitnehmerähnlicher Selbständiger) unterworfen. Zwar ist der Gesellschaftergeschäftsführer auch nach Auffassung des BSG als Selbständiger zu behandeln, doch gelten für ihn die besonderen Vorschriften zur Scheinselbständigkeit, die zur Sozialversicherungspflicht führen. Die beiden Voraussetzungen für eine Scheinselbständigkeit sind dabei: 1. Arbeiten für nur einen Auftraggeber (GmbH), 2. Erfüllung der Arbeiten ohne eigene angestellte Mitarbeiter. Beide Voraussetzungen seien erfüllt, da der einzige Auftraggeber des Geschäftsführers die GmbH selbst ist (und nicht deren Kunden) und der Geschäftsführer zur Wahrung seiner Geschäftsführerfunktion regelmäßig keine eigenen Mitarbeiter beschäftigt. Diese Voraussetzungen werden in nahezu allen Fällen der Gesellschaftergeschäftsführer vorliegen, so dass abzuwarten bleibt, inwieweit eine gesetzliche Klarstellung, die wie angekündigt durch das Bundesarbeitsministerium zu erfolgen hat, aussehen wird. Nach derzeitigen Verlautbarungen soll das Urteil des BSG von der Rentenversicherung nicht angewendet werden. Wir werden Sie hierüber auf dem Laufenden halten und stehen für die Klärung von Einzelfragen zur Verfügung.

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Bauunternehmer bleibt an sein Angebot gebunden!

1. Weigert sich der Bieter ernsthaft und endgültig, sich an einem bindenden Vertragsangebot festhalten zu lassen und bringt er damit zum Ausdruck, dass er nicht bereit ist, nach Annahme seines Angebots die Leistung vertragsgemäß zu erbringen, stellt dies eine Pflichtverletzung dar.

2. Wird der Angebotsempfänger dadurch veranlasst, das Angebot nicht anzunehmen, ist er berechtigt, den Schaden geltend zu machen, der ihm dadurch entstanden ist, dass der Vertrag mit diesem Bieter nicht zustande kam, sondern er einen anderen Bieter beauftragen musste.

BGH, Urteil vom 24.11.2005 – VII ZR 87/04

Worum geht es?

Ein Auftraggeber (AG) schreibt Sanierungsarbeiten aus. Die Ausschreibung enthält einen als „Vorbemerkungen/Baustelleneinrichtung“ bezeichneten Abschnitt, in dem ausgeführt ist, dass der Auftragnehmer (AN) auch verschiedene Ver- und Entsorgungsleistungen zu erbringen hat. Das eigentliche Leistungsverzeichnis (LV) enthält hierfür jedoch keine gesonder-

ten Positionen. Ein Bieter übersendet daraufhin sein Angebot, das lediglich aus dem ausgefüllten LV besteht, ohne dass auf die in den „Vorbemerkungen/Baustelleneinrichtung“ genannten Leistungen Bezug genommen wird. Im Vergabegespräch erklärt der Bieter, dass er die in den „Vorbemerkungen/Baustelleneinrichtung“ genannten Leistungen nicht kalkuliert habe und nur gegen eine zusätzliche Vergü-

tung bereit sei, diese Leistungen zu erbringen. Der AG lässt sich hierauf nicht ein und erteilt den Auftrag einem anderen Bieter, der ein Angebot zu einem wesentlich höheren Preis unterbreitet hatte. Der AG verklagt den ursprünglichen Bieter auf Ersatz der Mehrkosten, die durch die Beauftragung des teureren Bieters entstanden sind.

Die Entscheidung des Gerichts:

Der BGH weist den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurück, stellt aber fest, dass der beklagte Bieter ein ihn bindendes Angebot unterbreitet hat, von dem er sich nicht mehr lösen durfte.

Das Angebot des Bieters ist so auszulegen, dass die in den „Vorbemerkungen/Baustelleneinrichtung“ genannten Leistun-

gen ohne eine gesonderte Vergütung angeboten worden sind. Die spätere Weigerung des Bieters, sich hieran festhalten zu lassen sowie die Erklärung, die fraglichen Leistungen nur gegen eine gesonderte Vergütung auszuführen, stellen eine Pflichtverletzung dar. Durch sein Verhalten hat der Bieter also zum Ausdruck gebracht, nach Annahme

seines Angebotes die vertragsgemäße Leistung nicht vollständig erbringen zu wollen. Sofern ein AG hierdurch dazu veranlasst wird, das Angebot nicht anzunehmen und einen anderen Bieter zu beauftragen, können die hierdurch entstehenden Mehrkosten von dem ursprünglichen Bieter ersetzt verlangt werden.

Hinweis für die Praxis:

Die Aussage des beklagten Bieters, er habe die in den „Vorbemerkungen/Baustelleneinrichtung“ genannten Leistungen nicht in seinem Angebot einkalkuliert, hätte auch als Anfechtungserklärung ausgelegt werden können. Als Anfechtungsgrund kommt in Betracht, dass der Bieter sein Angebot so verstanden wissen wollte, dass es die in den „Vorbemerkungen/Baustelleneinrichtung“ genannten Leistungen gerade nicht umfassen sollte. Dies hatte die Vorinstanz nicht berücksichtigt, so dass der Rechtsstreit

erneut verhandelt werden muss.

Allerdings verdeutlicht die Entscheidung des BGH, dass ein ohne Bindefrist gestelltes Angebot für den Bieter folgenreich sein kann. Denn ein Bieter ist grundsätzlich an sein Angebot gebunden und kann es nicht jederzeit frei widerrufen (§ 145 BGB). Vielmehr kann der AG das Angebot so lange annehmen, wie es nach den regelmäßigen Umständen erwartet werden kann (§ 147 Abs. 2 BGB). Wann dies der Fall ist, lässt sich jedoch nicht immer eindeutig bestimmen. Daher empfiehlt es sich, in

dem Angebot ausdrücklich einen Zeitraum oder einen konkreten Stichtag zu benennen, bis zu welchem der Bieter sich an sein Angebot gebunden halten möchte. Der AG kann das Angebot in diesem Fall nur innerhalb dieser Frist annehmen (§ 148 BGB). Verspätete Annahmeerklärungen durch den AG führen grundsätzlich nicht zum Vertragsabschluss, sondern stellen ein neues Angebot dar, das erst noch von dem Bieter angenommen werden muss, bevor ein Vertrag zustande kommt (§ 150 Abs. 2 BGB).

Termine

Wir dürfen nachfolgend auf Veranstaltungen hinweisen, bei denen Rechtsanwälte unserer Kanzlei als Referenten auftreten:

Abnahme und Mängelmanagement

Referent:
RA Markus Fiedler

Ort/Termin:
VOB-Tag des WEKA Verlages
am 16.05.2006 in Leipzig

Anmeldung:
WEKA Media Verlag
Tel.: 08233 234001

Unternehmergespräch zum Nachtragsmanagement

Referenten:
RA Bernd Kimmich
Dipl.-Geol. G. Müller

Ort/Termin:
Residenzhotel Henriette
Neue Rosstraße 13
18.05.2006

Anmeldung:
Einladungen ergehen gesondert

Haftung des Ingenieurbüros bei Ausschreibung und Vergabe

Referent:
RA Dr. Ulrich Dieckert

Ort/Termin:
Kunden- und Planersymposium
der Bosch Sicherheitssysteme
GmbH am 31.05.2006 in Erfurt

Anmeldung:
Bosch ST GmbH
Herr Höhne
Tel.: 0361 65311-55

Abnahme und Mängelmanagement

Referent:
RA Markus Fiedler

Ort/Termin:
VOB-Tag des WEKA Verlages
am 06.06.2006 in Berlin

Anmeldung:
WEKA Media Verlag
Tel.: 08233 234001

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Wann ist eine Mängelbeseitigung unverhältnismäßig aufwendig?

Ein Nachbesserungsverlangen ist auch bei erheblichem Aufwand für die Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig, wenn ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung besteht.

BGH, Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 64/04

Worum geht es?

Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte sich in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage zu befassen, unter welchen Umständen der Einwand der Unverhältnismäßigkeit einer Nachbesserung gerechtfertigt ist.

In dem zu entscheidenden Fall war der beklagte Auftragnehmer (AN) mit der Ausführung von Fliesenarbeiten beauftragt. Der AN verlangt von dem Bauherren die Zah-

lung restlichen Werklohns. Der Bauherr wendet gegenüber dem Vergütungsanspruch Mängel derart ein, dass die Abdichtung der Bäder nicht fachgerecht erfolgt sei. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung und der wiederholten Aufforderung durch den Bauherrn hat es der AN unterlassen, beim Fliesen ein spezielles Abdichtungsverfahren durchzuführen. Dieses Verfahrens soll dauerhaft verhindern, dass Wasser in den

Estrich eindringen kann. Die Sanierung des Bodens wird vom Sachverständigen auf € 216.000,00 geschätzt. Der Bauherr ist daher nicht bereit, den noch ausstehenden Werklohn von € 43.000,00 zu bezahlen.

Der AN berief sich dagegen darauf, dass der Bauherr keinen Anspruch auf Nachbesserung habe, weil die Mängelbeseitigung unverhältnismäßig sei.

Die Entscheidung des Gerichts:

Der BGH gab dem beklagten Bauherrn Recht (Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 64/04). Aufgrund der Risikoverteilung des Werkvertrages trage der AN grundsätzlich das Erfüllungsrisiko für die versprochene Leistung, unabhängig von dem dafür erforderlichen Aufwand. Diese Risikoverteilung gelte auch für die Pflicht des AN zur Nachbesserung einer mangelhaften Leistung. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Nachbesserung sei nur dann gerechtfertigt, wenn einem objektiv geringem Interesse des Auftraggebers (AG) an einer mangelfreien Vertragsleistung unter Abwägung aller Umstände ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenüberstehe, so dass die Forderung auf ordnungsge-

mäßige Vertragserfüllung ein Verstoß gegen Treu und Glauben sei. Hat der AG dagegen objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages, könne ihm der AN regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern.

Der Maßstab für das objektiv berechtigte Interesse des AG an einer ordnungsgemäßen Erfüllung, auch durch eine Nachbesserung einer mangelhaft erbrachten Leistung, sei der vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch des Werkes. Ohne Bedeutung für die erforderliche Abwägung sei das Preis-/Leistungsverhältnis und das Verhältnis des Nachbesserungsaufwandes zu den zugehörigen Vertragspreisen. Von Bedeutung sei auch, ob und in

welchem Ausmaß der AN den Mangel verschuldet hat.

Demzufolge ist nicht auf den Sanierungsaufwand abzustellen. Maßgeblich ist allein, ob der AG ein objektiv berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung hatte. Im vorliegenden Fall war die Funktionstauglichkeit der Werkleistung in erheblichem Maße beeinträchtigt. Der AG hat hier ein objektives Interesse an einer vertragsgerechten Leistung – dem vereinbarten Abdichtungssystem, dass der ausgeführten Abdichtung technisch überlegen war – gehabt. Ferner hat der AN den Abdichtungsmangel verschuldet und sich bewusst über die vertragliche Vereinbarung hinweggesetzt. Ein Verschulden des AN für den Mangel muss daher zu dessen Lasten gewertet werden.

Hinweis für die Praxis:

Der BGH bekräftigt mit dieser Entscheidung seine ständige Rechtsprechung zur Frage der Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung. Der Ein-

wand der Unverhältnismäßigkeit hat mithin nur in Ausnahmefällen Erfolg, nämlich dann, wenn eine Mängelbeseitigung dem AG keine Vorteile bringt, für den AN aber ganz

erheblichen Aufwand bedeutet.

Impressum

Herausgeber:

RA Dr. Ulrich Dieckert
ROGGELIN WITT WURM
DIECKERT
Wirtschaftsprüfer, Steuer-
berater, Rechtsanwälte

R.W.W.D. Berlin

Wallstraße 27
10179 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
E-Mail: berlin@roggelin.de

Redaktion / Beiträge:

RA Dr. Ulrich Dieckert
RA Bernd Kimmich
RA Markus Fiedler
RA Martin Hintze
StB in Dr. Annette Funk

Weitere Niederlassungen RWW:

R.W.W.D. Hamburg

Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
Telefon: 040 53028-0
Telefax: 040 53028-150
E-Mail: hamburg@roggelin.de
RA Dr. Jörn Kreuzfeld
RA Nicolaus Wurm

R.W.W.D. Schwerin

Alexandrinstraße 2
19055 Schwerin
Telefon: 0385 59003-0
Telefax: 0385 59003-33
E-Mail: schwerin@roggelin.de
RA Wolfgang Leibing
RA Christoph Schütz

R.W.W.D. Dresden

Königsstraße 4
01097 Dresden
Telefon: 0351 21117-60
Telefax: 0351 21117-77
E-Mail: dresden@roggelin.de
RA in Corinne Ruser

www.roggelin.de

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

Nachprüfungsantrag trotz Ausschlussgrund?

1. Ist ein Bieter wegen nicht vorgelegter Unterlagen zwingend von der Angebotswertung auszuschließen, kann er die Vergabeentscheidung zugunsten eines anderen Bieters gleichwohl durch die Vergabekammer nachprüfen lassen, wenn auch dessen Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.12.2005

2. Ein zwingend auszuschließender Bieter kann in seinem subjektiven Rechten nicht verletzt sein. Deshalb hat er auch bei gleichartigen Mängeln der im Wettbewerb verbliebende Angebote keinen Anspruch auf Aufhebung des Vergabeverfahrens.

VK Bund, Beschluss vom 07.12.2005

Worum geht es?

In dem vom OLG Frankfurt zu entscheidenden Fall wurde das Angebot der antragstellenden Bieterin u. a. wegen fehlender Unterlagen von der Angebotswertung ausgeschlossen. Das für den Zuschlag vorgesehene Angebot einer Konkurrentin wies einen

anderen Formmangel auf, der ebenfalls zum Ausschluss hätte führen müssen. Gleichwohl wies die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der antragstellenden Bieterin zurück, weil diese nicht in ihren Rechten verletzt sei. Die Vergabekammer des Bundes hatte über eine ähnliche Kons-

tellation zu entscheiden. In diesem Fall litten die Angebote der Antragstellerin und der bevorzugten Bieterin sogar unter dem gleichen Mangel. Die ausgeschlossene Bieterin stellte daraufhin ebenfalls einen Nachprüfungsantrag.

Die Entscheidung des Gerichts/der Vergabekammer:

Das OLG Frankfurt entschied, dass sich die Vergabekammer auch mit dem mangelbehafteten Angebot der bevorzugten Bieterin zu befassen habe. Es würde gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, Angebote unterschiedlich zu behandeln, wenn beide Mängel aufweisen, die zum Ausschluss führen müssen.

Die Vergabekammer des Bundes sah die Sache ganz anders und wies den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurück. Denn durch den Ausschluss ihres Angebotes sei die Antragstellerin auch aus dem Vergabeverfahren insgesamt ausgeschieden. Ihr stünden daher in Bezug auf den Fortgang des Verfahrens keinerlei subjektiven Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften mehr zu. Insbesondere könne

sie nicht verlangen, dass das Verfahren aufgehoben würde, weil andere Angebote an gleichartigen Mängeln leiden. Dem stünde auch nicht der Gleichbehandlungsgrundsatz entgegen, weil die Antragstellerin durch den zwingenden Ausschluss ihres Angebotes im Vergabeverfahren nicht mehr teilnimmt und insofern auch keine Gleichbehandlung beanspruchen kann.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung des OLG Frankfurt weicht von vorangegangenen Entscheidungen des OLG Jena, OLG Naumburg und OLG Koblenz ab. Deshalb wird die Sache wohl dem Bundesgerichtshof zur abschließenden Entscheidung vorgelegt werden müssen. Dieser hatte allerdings schon in einer früheren Entscheidung grundsätzlich festgehalten, dass der Nachprüfungsantrag eines zwingend auszu-

schließenden Bieters auch dann keinen Erfolg haben kann, wenn die anderen Angebote den Anforderungen des Auftraggebers nicht genügen. Bevor man als Bieter daher mit dem Finger auf andere zeigt, soll man nach der derzeit herrschenden Rechtsprechung wohl zunächst vor der eigenen Haustür kehren. Dies bedeutet, dass die Anforderungen an die formale Korrektheit von Angeboten ernst zu nehmen sind.

Zwar können in einem Nachprüfungsverfahren auch später erkannte Vergabeverstöße von der Vergabekammer selbständig geprüft werden. Nach einer jüngsten Entscheidung des OLG Brandenburg ist es jedoch wettbewerbsbeschränkend und unlauter, wenn ein Antragsteller ihm zugespielte Teile des Angebotes anderer Bieter in das Nachprüfungsverfahren einführt. Derartige Erkenntnisse dürfen nicht berücksichtigt werden.



DR. ING. RALF RUHNAU

Die Ingenieurgesellschaft Cziesielski, Ruhнау + Partner GmbH, im Folgenden CRP genannt, wurde 1984 gegründet. CRP ist heute mit 52 fest angestellten Mitarbeitern und insgesamt sieben öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen in vier Niederlassungen in Berlin, München, Hamburg und Hannover deutschlandweit tätig.

Die fachübergreifende Tätigkeit unseres Büros ist auf die ganzheitliche Lösung bautechnischer Fragestellungen ausgerichtet. Beginnend mit der Erarbeitung der Machbarkeitsstudie und der Planung über die technische Objektüberwachung und die Begutachtung von Schäden und Mängeln sowie die Bausubstanzuntersuchung und die Bestandsdokumentation bis hin zur Planung des Abrisses und der Entsorgung der Baustoffe umfasst unser Leistungsbild alle bautechnischen Aufgabenstellungen im gesamten Lebenszyklus eines Bauwerks. . 1

CRP Bauingenieure

- Beratung
- Planung
- Gutachten

Mängelmanagement im Bauwesen

Weißer Wanne - Stand der Technik auch bei hochwertiger Nutzung?!

Veranlasst durch das Urteil des LG Berlin (29.07.2005 – 34 O 200/05) ist erneut die Diskussion darüber entstanden, ob Keller in Einfamilienhäusern, deren erdberührte Bauteile aus wasserundurchlässigem Beton ohne zusätzliche Abdichtungen gegen aufsteigende Feuchte hergestellt werden, fachgerecht sind. Laut Urteilsbegründung stützte sich das Gericht bei seiner Entscheidung auf die Feststellungen eines Sachverständigen, dass stets Feuchte in Dampfform über den WU-Beton an die Raumluft abgegeben wird. *Dies sei aber nur bei "stark belüfteten Räumen untergeordneter Nutzungsart, z. B. einer offenen Tiefgarage unschädlich [...] Bei einer anspruchsvollen Nutzung der Kellerräume muss Feuchte durch zusätzliche Abdichtungsmaßnahmen abgehalten werden."*

Diese Interpretation geht an den tatsächlichen Erfordernissen bei Konstruktionen aus wasserundurchlässigem Beton weit vorbei und darf daher nicht unwidersprochen bleiben.

Unter einer Konstruktion aus wasserundurchlässigem Beton (WU-Beton = „weiße Wanne“) versteht man eine Betonkonstruktion, die ohne den Einsatz zusätzlicher Flächenabdichtungen einen ausreichenden Schutz gegen von außen einwirkendes Wasser darstellt. Deshalb ist die Forderung „weiße Wannen“ zusätzlich mit Abdichtungen, zum Beispiel nach DIN 18195 zu versehen, technisch unsinnig. Wenn man sich dazu entscheidet, eine Abdichtung mit hautförmigen Materialien wie Bitumenbahnen herzustellen, ist die Errichtung einer „weißen Wanne“ nicht not-

wendig. Diese erfordert eine besondere Betonzusammensetzung und je nach Wasserbeanspruchung auch einen erhöhten Bewehrungsgrad gegenüber „normalen“ Betonkonstruktionen und ist damit teurer. Vielmehr müsste ein Planer, der doppelt abdichtet ohne den Bauherrn auf die wirtschaftlichen Folgen seines Handelns hinzuweisen, sich den Vorwurf gefallen lassen, dass er nicht nach Wirtschaftlichkeitsgrundsätzen plant. Eine derartige Verfahrensweise ist unseres Erachtens nach nur in begründeten Ausnahmefällen, wie bei erhöhtem Schutzbedürfnis, vertretbar.

Da WU-Beton aufgrund seiner materialbedingten Eigenschaften wasserundurchlässig aber nicht wasserdicht ist, entsprach es über Jahrzehnte dem Stand der Technik, ihn lediglich für Bauwerke und Räumlichkeiten von untergeordneter Nutzung wie beispielsweise Tiefgaragen, Tunnel, Lagerräume für feuchteunempfindliche Güter und Ähnliches anzuwenden. Unter Berücksichtigung der gesammelten Erfahrungen und der aktuellen Erkenntnisse über die Wassertransportmechanismen im Beton entspricht es heute dem Stand der Technik, Konstruktionen aus WU-Beton auch bei höherwertigeren Nutzungen einzusetzen.

Feuchte kann über den WU-Beton immer transportiert und an die Raumluft abgegeben werden. Wie groß diese Feuchtemengen tatsächlich sind, hängt dabei wesentlich vom Alter des Betons und den thermischen und hygrischen Randbedingungen im Raum ab. Wird der Beton

außenseitig mit Wasser beaufschlagt, bilden sich nach derzeitigem Erkenntnisstand im Bauteilquerschnitt zwei Bereiche aus. An der Außenseite stellt sich ein sehr hoher Wassergehalt ein, so dass ein kapillarer Wassertransport stattfindet. Nach Beddoe/Springenschmid ist dieser Bereich auf den äußeren Betonquerschnitt von ca. 7 cm begrenzt. Auf der Raumseite erfolgt der Wassertransport unter der Voraussetzung einer fachgerechten Herstellung nur noch auf dem Diffusionsweg. Eine Austrocknung im oberflächennahen Bereich kann dann stattfinden, wenn unter üblichen Raumkonditionen mehr Wasser an der Oberfläche verdunstet kann, als nachtransportiert wird.

Die an die Raumluft abgegebene Wassermenge ist abhängig vom Feuchtegehalt des Betons. Dieser ist auch oberflächennah in den ersten zwei Jahren nach der Erstellung des Bauwerks um ein vielfaches höher als später, sofern die Austrocknung ermöglicht wird. Nach Klopfer beträgt im baufeuchten Zustand die Feuchteabgabe an die Raumluft bis zu 10 g/m²d. Nach Abgabe der Baufeuchte im oberflächennahen Bereich wurden unter üblichen Raumklimaten auf dem Wege der Dampfdiffusion transportierte Feuchtemenge zwischen 0,2 und 1,0 g/m²d ermittelt. Dies macht deutlich, dass bei einer hochwertigen Nutzung und einem feuchteempfindlichen Ausbau die Abgabe der Baufeuchte von besonderer Bedeutung ist. 1

1 Fortsetzung von S. 9

Unser hochqualifiziertes Team entwickelt durch unsere langjährige Erfahrung innovative Lösungen für sämtliche Fragestellungen im Bereich der Bautechnik. Diese fachübergreifende Bearbeitungsstruktur garantiert auch die Berücksichtigung aller bautechnischen Aspekte im Sinne eines „nachhaltigen Bauens“. Unsere ziel- und terminorientierte Arbeitsweise spiegelt sich nicht zuletzt in der seit Jahren vorhandenen Zertifizierung gemäß DIN EN ISO 9001 wider.

Die langjährige Erfahrung unserer Mitarbeiter und unser hoher Wissensstand, der auch in der Vielzahl unserer Fachveröffentlichungen erkennbar ist, wird in der Projektabwicklung durch moderne technische Ausrüstung unterstützt. Für Schlichtungs- und Schiedsverfahren ebenso wie für gerichtliche Beweisverfahren und Gutachten im Rahmen von Verfahren vor Amts-, Land- und Kammer- bzw. Oberlandesgerichten stehen unsere öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen nicht nur allgemein für „Schäden an Gebäuden“, sondern insbesondere auch für Fragen des Feuchte-, Wärme-, Schall- und Brandschutzes, der Baustatik sowie betontechnologische Problemstellungen zur Verfügung.

CRP Ingenieurgesellschaft
Cziesielski, Ruhnau
+ Partner GmbH
Max-Dohrn-Straße 10
10589 Berlin
Tel.: 030/349906-0
Fax: 030/349906-999
E-Mail: crp@crp-berlin.de
www.crp-bauingenieure.de

Mängelmanagement im Bauwesen

1 Fortsetzung von S. 7

Ob die Feuchtemengen nutzungskritisch sind, also zu Tauwasserniederschlägen oder Schimmelpilzbildungen führen können, ist im Zuge der Planung durch Bilanzierung von anfallender Wassermenge und möglicher Verdunstungsmenge zu prüfen. An dieser Stelle sei jedoch insbesondere darauf hingewiesen, dass die Problematik der verstärkten Abgabe von Baufeuchte keine spezielle Problematik von WU-Betonkonstruktionen ist, sondern alle hydraulisch abbindenden Baustoffe betrifft. Auch Wände und Decken in den Obergeschossen, Estriche oder Putzschichten geben Baufeuchte ab, die durch Lüftung abgeführt werden muss, um Feuchteschäden im Gebäudeinneren zu verhindern.

Fachgerechte WU-Betonkonstruktionen sind nach den Maßgaben der „WU-Richtlinie“ des Deutschen Ausschusses für Stahlbeton zu planen und auszuführen. Diese Richtlinie enthält konkrete Hinweise nur zum Umgang mit dem systembedingten Feuchtetransport in flüssiger Form. Es werden abhängig von der Nutzung Anforderungen an die Wasserundurchlässigkeit der Betonbauteile gestellt, wobei auch erkennbar feuchte Stellen, zum Beispiel im Bereich von Rissen, Arbeitsfugen etc., bei untergeordneten Bauteilen zulässig sein können. Bei hochwertigen Nutzungen sind zusätzliche Maßnahmen notwendig. Die Richtlinie weist im weiteren daraufhin, dass für den Fall weitergehender Anforderungen hinsichtlich der Vermeidung von Tauwasserniederschlägen an Bauteiloberflächen

oder die Gewährleistung eines trockenen Raumklimas in der Planung entsprechende raumklimatische (z. B. Heizung, Lüftung) oder bauphysikalische Maßnahmen (z. B. Wärmedämmung) festzulegen sind. Konkrete Festlegungen gibt die Richtlinie hier nicht vor, da diese Maßnahmen nicht direkt mit der Errichtung der „weißen Wanne“ in Verbindung stehen, sondern allgemein dem Bereich der Objektplanung zuzuordnen sind.

Zusätzliche Maßnahmen, die die Abgabe der diffusionsbedingten Feuchte an die Raumluft oder deren Zutritt an feuchteempfindliche Baustoffe wie Gips oder Holz verhindern und so auch die Verwendung derartiger Materialien bei Ausführung von WU-Betonkonstruktionen schadensfrei ermöglichen, sind:

- Einbau von Dampfsperren auf der raumseitigen Oberfläche. Diese können je nach Lage des Bauteils im Erdreich und der anstehenden Wasserbeanspruchung mittels kunstharzgebundener Reaktionsharzbeschichtungen, die starr oder Riss überbrückend ausgelegt werden, Bitumenbahnen oder PE-Folien hergestellt werden.
- Raumseitige Anordnung von belüfteten oder unbelüfteten Vorsatzschalen bzw. aufgeständerten Fußbodenkonstruktionen.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass in der Urteilsbegründung des Landgerichts weiter ausgeführt wird, dass Tauwasserniederschläge vor allem im Sommer bemängelt wurden und der Keller nachträglich mit Innendämmungen und in nicht belüfteten Räumen ausgebaut

wurde. Diese Ausführungen lassen vermuten, dass im konkreten Fall die tatsächlichen Ursachen der Feuchteschäden eher in Versäumnissen im Ausbau und in der Nutzung zu suchen sind, als in Mängeln der weißen Wanne, deren fachgerechte Herstellung vom Sachverständigen wohl grundsätzlich auch bestätigt wurde. Werden Keller in den Sommermonaten regelmäßig gelüftet, erreicht man tatsächlich das Gegenteil von dem, was man beabsichtigt hat. Anstatt Feuchte abzuführen, wird gegenüber dem Kellerklima warme und noch feuchtere Außenluft zusätzlich eingetragen. Diese muss sich zwangsläufig an den kühleren Bauteiloberflächen niederschlagen. Wenn durch den Einbau von Innendämmungen und dampfdichten Oberbelägen, wie Fliesen, Puffer zur vorübergehenden Feuchtespeicherung nicht oder nur sehr eingeschränkt zur Verfügung stehen, folgen Tauwasserniederschläge und Schimmelpilzbildungen fast zwangsläufig. Auch diese physikalischen Zusammenhänge sind im Übrigen völlig unabhängig von einer „weißen Wanne“ und treten unter gleichen Randbedingungen auch bei „schwarzen Wannen“ oder im Mauerwerksbau auf.

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass man „weiße Wannen“ auch ohne zusätzliche Abdichtungen für höherwertige Nutzungen verwenden kann, sofern raumklimatische und bauphysikalische Planungen fachgerecht durchgeführt werden. Also: „Weiße Wanne“ – Stand der Technik auch bei höherwertiger Nutzung!

