

DAS AKTUELLE INTERVIEW

Umbau der historischen Mitte Berlins

Interview mit Herrn Hilmar von Lojewski, Abteilungsleiter Städtebau und Projekte der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung

NEWSLETTER: *Herr von Lojewski, wenn man sich die historische Mitte Berlins, insbesondere den Kernbereich Alt-Berlin, Alt-Cölln und südliche Friedrichswerder anschaut, so wurde zu DDR-Zeiten wesentlich mehr historische Bausubstanz vernichtet, als in den Bereichen der Friedrichstadt und Dorotheenstadt. Wie wollen Sie die historische Mitte im Rahmen der so genannten „kritischen Rekonstruktion“ gleichwohl wiederherstellen?*

VON LOJEWSKI: Der Stadtumbau kann hier nur im so genannten „Triolog“ stattfinden. Die zu Zeiten der DDR geschaffenen Baukörper und Strukturen lassen sich nicht ignorieren. Dort, wo es möglich ist, soll jedoch an den historischen Stadtgrundriss wieder angeknüpft werden, wobei auch der modernen Architektur Entfaltungsmöglichkeiten zu verschaffen sind. Im Ergebnis soll ein städtebaulich ansprechender Stadtraum entstehen, der ein Gefühl von Altstadt und ihren Maßstäben vermittelt.

NEWSLETTER: *Konkrete Projekte gibt es offensichtlich für den Bereich des Spittelmarktes, des Molkenmarktes und Klosterviertels sowie der Wohnbebauung am Friedrichswerder.*

VON LOJEWSKI: In der Tat bemühen wir uns in all diesen Bereichen um eine Neufassung des Stadt- und Straßenbildes, die die historischen Grundrisse im heutigen Kontext interpretiert oder wo möglich wieder aufnimmt. Hierzu bedarf es einer stadtvträglicheren Verkehrsführung. So soll beispielsweise am Spittelmarkt in mehreren Teilabschnitten die Axel-Springer-Straße durchgebunden und die bauliche Kontur des Platzes wiederhergestellt werden. Geplant ist auch der Abriss und Neubau der derzeit überdimensionierten Gertraudenbrücke im Verlauf der noch bestehenden alten Brücke.

NEWSLETTER: *Aber dieser Umbau führt doch sicherlich zu einer Beeinträchtigung des Durchgangsverkehrs. So sollen im Klosterviertel die*

überdimensionierten Straßen Mühlendamm und Grunerstraße ebenfalls rückgebaut und verlegt werden, damit ein neues Viertel für innerstädtisches Wohnen, Tourismus, Büros und Einzelhandel entsteht.

VON LOJEWSKI: Die Auswirkungen auf den innerstädtischen Verkehr sind untersucht und in der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung gewissenhaft geprüft und abgewogen worden. Auch wenn der Straßenverkehr ein sichtbares Zeichen von Urbanität ist, wünschen wir uns eine Innenstadt mit weniger Durchgangsverkehr. Andere europäische Großstädte haben uns dies vorgemacht. Im Übrigen stellen wir bereits jetzt einen Rückgang des Verkehrsaufkommens in diesem Bereich fest.



NEWSLETTER: *Hat denn die Stadt in Anbetracht leerer Kassen überhaupt genug Geld für einen solch weitreichenden Umbau?*

VON LOJEWSKI: Erfreulicherweise finanziert sich dieser Umbau gewissermaßen von selbst. Denn die Einnahmen der Stadt aus dem Verkauf frei gewordener Bauflächen übersteigen die Kosten der notwendigen Infrastrukturmaßnahmen beträchtlich. Beim Spittelmarkt stehen beispielsweise den Investitionen von ca. 22 Mio. für Straßenumbau und Neubau der Brücke bis zu 35. Mio. an Einnahmen durch Grundstücksverkäufe gegenüber. Am Molkenmarkt und im Klosterviertel trägt sich der Umbau ebenfalls selbst.

NEWSLETTER: *Die Tiefbauunternehmen dieser Region dürfen sich also über großvolumige Aufträge freuen?*

VON LOJEWSKI: In der Tat sind mit dem geplanten Umbau der historischen Mitte auch öffentliche Investitionen in Größenordnungen verbunden, die den wirtschaftlichen Aufschwung in der Stadt weiter unterstützen werden. Auf die Akzeptanz durch die örtliche Bauwirtschaft sowohl im Bereich des Tiefbaus als auch des Hochbaus können wir zählen.

NEWSLETTER: *Werden Ihre Pläne denn auch von den betroffenen Bürgern akzeptiert? Auf welche Weise findet überhaupt eine Kommunikation dieser nicht unerheblichen Vorhaben statt?*

VON LOJEWSKI: Nicht immer können wir es allen Recht machen. Neben den üblichen Informationsveranstaltungen bieten wir – je nach Planungsstand – jedoch ein breites Diskussionsforum im Internet und Architekturgepräche vor Ort an, um eben nicht nur die Meinungsäußerungen der „üblichen Betroffenen“ einzuholen, sondern auch andere Bevölkerungsgruppen und Schichten zu Wort kommen zu lassen. Die Bebauungspläne sind schon weit fortgeschritten und dürften nach dem jetzigen Stand der Dinge auch alle verabschiedet werden.

NEWSLETTER: *Auch wenn dies nicht mehr die historische Mitte von Berlin betrifft, wüssten wir aufgrund unseres neuen Bürostandortes am Leipziger Platz gerne, wann sich hier die letzten Baulücken schließen werden.*

VON LOJEWSKI: Nach den mir vorliegenden Informationen wird mit der Bebauung des ehemaligen Wertheim-Areals relativ bald begonnen werden. Von Seiten der Senatsverwaltung sind jedenfalls alle Voraussetzungen dafür erfüllt. Im Übrigen rechnen wir damit, dass auch die weiteren Projekte in der Stadt (z. B. das Viertel um den neuen Hauptbahnhof etc.) in der nächsten Zeit an Fahrt aufnehmen werden.

NEWSLETTER: *Herr von Lojewski, wir danken für das Gespräch und sind auf Ihre Ausführungen in unserem nächsten Unternehmergespräch sehr gespannt!* ■

Neuigkeiten für die Bauwirtschaft

Nummer 2 | April 2007

EDITORIAL

Pfusch am Bau?

Dass beim Bauen Mängel auftreten, dürfte allgemein bekannt sein. Dies ist jedoch noch lange kein Grund, die Bauwirtschaft deshalb in Misskredit zu bringen. Unser RA Bach setzt sich in seinem Kommentar auf Seite 3 mit dieser Problematik sowie dem neuen Mangelbegriff des BGB auseinander. Im Übrigen lässt sich



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

das Mangelrisiko durch entsprechende Bürgschaften absichern; welche Voraussetzungen diese erfüllen müssen, entnehmen Sie unseren Besprechungen zu jüngsten Entscheidungen des OLG Bamberg und OLG Frankfurt. Um Mängel und die Verteilung der Beweislast geht es auch in der neben stehenden Entscheidung des OLG Zweibrücken. Des Weiteren besprechen wir ein Urteil des OLG Hamm, wonach Auftragnehmer öffentlicher Bauaufträge Ansprüche auf Preisanpassung nach Verlängerung der Zuschlagsfrist geltend machen können (S. 2). Schließlich stellen wir in dieser Ausgabe unseren Kollegen Rechtsanwalt Markus Fiedler vor, der in unserer Kanzlei vornehmlich bauprozessual tätig ist.

AUS DEM INHALT:

Interview mit dem Abteilungsleiter Städtebau und Projekte der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung zum Umbau der historischen Mitte Berlins **Seite 8**

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Beweislast für Mängel bei Kündigung des Bauvertrages

Kündigt der Auftraggeber einen VOB/B-Vertrag vor Abnahme wegen eines Mangels, hat der Auftragnehmer zu beweisen, dass der Mangel nicht vorliegt.

OLG Zweibrücken,
Urteil vom 30.01.2006 - 7 U 74/05
BGH, Beschluss vom 25.01.2007
- VII ZR 52/06 - (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Der Auftraggeber (AG) beauftragte einen Nachunternehmer (NU) mit der Abdichtung einer Baugrubensohle gegen Wassereintritt mittels Zementinjektion. Die Geltung der VOB/B wurde vereinbart. Während der Injektionsarbeiten drang Wasser in die Baugrube ein. Daraufhin forderte der AG unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Nachdem es zu weiteren Wassereintrüben kam, lehnte der NU seine Verantwortlichkeit ab und weigerte sich, ohne einen Nachtragsauftrag die Baugrube abzudichten. Daraufhin kündigte der AG den Vertrag und verlangte die Kosten der Ersatzvornahme sowie Schadensersatz. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der AG habe den Beweis einer Mangelhaftigkeit der Werkleistung nicht geführt.

DIE ENTSCHEIDUNG DES RICHTS

Die Berufung des AG hatte Erfolg. Denn das OLG Zweibrücken vertrat zur Beweislastverteilung eine andere Auffassung. Da der NU für die Mangelfreiheit seiner Bauleistung vor Abnahme beweiselastet sei, hätte er beweisen müssen, dass der Kündigungsgrund, also der Mangel, nicht vorlag. Weil die Leistungen des NU zum Zeitpunkt des Prozesses aber nicht mehr sichtbar waren, hätte dieser Beweis allein mit den vom NU angefertigten Protokollen über die Ausführung der Arbeiten geführt werden können. Diese waren nach Auffassung des Sach-

verständigen aber so unzureichend, dass er die Beweisfrage der Mangelhaftigkeit nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit beurteilen konnte.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

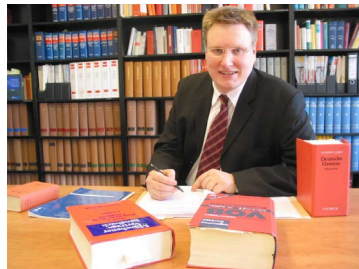
Die Entscheidung hat gravierende Konsequenzen für die Praxis. Vielen Auftragnehmern ist nicht deutlich, dass ein VOB/B-Vertrag nach den §§ 4 Nr. 7 i. V. m. 8 Nr. 3 Schadensersatzbegründend gekündigt werden kann, wenn Mängel vor der Abnahme – trotz einer entsprechenden Fristsetzung mit Kündigungsandrohung – nicht beseitigt werden. Nach einer Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahr 2004 kennt die Vorschrift auch keine Erheblichkeitsschwelle, wonach etwa geringfügige Mängel bis zur Abnahme hinzunehmen wären. Wenn der Auftragnehmer vor der Abnahme für die Mangelfreiheit seiner Leistungen jedoch beweiselastet ist, muss er Arbeitsvorgänge oder Produktionsprozesse, deren Mangelfrei-

Vorsicht bei Kündigungen wegen Mängeln: Rechtzeitig Beweise sichern!

heit später nur mit Hilfe von Protokollen nachzuweisen ist, genauestens dokumentieren. Dies gilt insbesondere, wenn entsprechende Dokumentationspflichten bereits nach den einschlägigen DIN-Vorschriften vorgeschrieben sind. Der Auftragnehmer muss ferner daran denken, dass er auch im Falle einer Kündigung des Werkvertrages zur Abnahme der bis zum Kündigungszeitpunkt erbrachten Leistungen innerhalb angemessener Frist – regelmäßig 12 Werktage – auffordert. Ansonsten wird sein Werklohnanspruch nicht fällig bzw. kann die Verjährungsfrist für Mängelansprüche nicht in Lauf gesetzt werden. Droht ein Auftraggeber die Kündigung wegen streitiger Mängeln vor Abnahme an, kommt auch in Betracht, dass sich die Parteien auf einen gemeinsam zu beauftragenden Sachverständigen einigen, der die Streitfrage verbindlich klärt. ■

DAS RWWD-TEAM

Rechtsanwalt
Markus Fiedler



Im Baurechts-Team unserer Kanzlei stellt RA Markus Fiedler eine besondere Stütze dar. Denn der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Vertretung der von uns betreuten Bauunternehmen vor Gericht, was nicht nur profunde baurechtliche Kenntnisse, sondern auch eine gewisse prozessuale Hartnäckigkeit voraussetzt. Über beides verfügt Herr Fiedler aufgrund seiner langjährigen Erfahrung in Bausachen in erforderlichem Maße.

RA Fiedler tritt darüber hinaus auch als Autor und Referent in Erscheinung. So kommentiert er für den WEKA-Verlag ausgesuchte VOB/B-Vorschriften und bestreitet das Seminarprogramm des Verlages zur neuen VOB 2006. Darüber hinaus führt Herr Fiedler zusammen mit unseren Kollegen Kimmich und Bach Bauleiter-Schulungen durch. Schließlich ist RA Fiedler auch an den baurechtlichen Publikationen von RWWD beteiligt.

INFOKASTEN

Kimmich/Bach
VOB für Bauleiter
2. Auflage erscheint in Kürze!
Unser Handbuch wurde grundlegend überarbeitet und erweitert. Es erscheint in der IBR-Schriftenreihe im Juni.

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Preisanpassung nach Verlängerung der Zuschlagsfrist

Zu den Voraussetzungen eines Mehrvergütungsanspruches nach Verlängerung der Zuschlagsfrist aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat.

OLG Hamm vom 05.12.2006

Eine Stadt wird von einem Bauunternehmen auf Mehrvergütung wegen geänderter Stahlpreise in Anspruch genommen. Der Zuschlag war erst nach mehrfacher Bindefristverlängerung erteilt worden, weil sich die Stadt zunächst gegen einen Nachprüfungsantrag eines unterlegenden Bieters wehren musste. Die Stadt meint, dem Anspruch stehe entgegen, dass sich das Bauunternehmen zweimal vorbehaltlos mit einer Verlängerung der Bindefrist einverstanden erklärt habe, obwohl die Entwicklung der Stahlpreise bekannt gewesen sei. Der Vertrag sei aufgrund des Zuschlagschreibens zustande gekommen; § 2 Nr. 5 VOB/B, in dem Mehrvergütungsansprüche geregelt sind, sei weder direkt noch analog anwendbar, weil die geänderten Umstände bereits vor Vertragsschluss eingetreten seien.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das angerufene OLG bestätigt den Mehrvergütungsanspruch des Bauunternehmens dem Grunde nach. Denn mit dem Zuschlagsschreiben der Stadt sei der Vertrag aufgrund der ersichtlich geänderten Terminlage noch nicht zustande gekommen, sondern erst durch die Annahmeerklärung des Bauunternehmens. Diese sei jedoch mit einer Forderung nach Mehrvergütung aufgrund zwischenzeitlich gestiegener Stahlpreise verknüpft gewesen. Auch wenn die Parteien sich in der Folgezeit über diesen Punkt nicht einigen konnten, besteht nach Auffassung des Gerichtes ein Recht des Bauunternehmens, einen an die Stahlpreiserhöhung angepassten, nach den Grundsätzen des § 2 Nr. 5 VOB/B ermittelten Preis verlangen zu können. Die Stadt sei nach Treu und Glauben verpflichtet, einem solchen – angemessenen –

Preisanpassungsverlangen nachzukommen, wenn es keinen triftigen Ablehnungsgrund gäbe; dies sei beispielsweise dann der Fall, wenn die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ausschreibung vorliegen, weil das Bauvorhaben wegen der preislichen Veränderungen für die Stadt nicht mehr tragbar erscheint.

Durch die Zustimmung zur Verlängerung der Bindefrist hat das Bauunternehmen aus Sicht des Gerichtes keinesfalls auf seine Rechte nach Preisanpassung verzichtet. Zum einen sei es einem Bieter nicht zumutbar, ein Angebot bei jeder Bindefristverlängerung auf seine kalkulative Wirtschaftlichkeit zu überprüfen. Zum anderen verbietet es bereits § 24 Nr. 3 VOB/A, in dieser Phase Nachverhandlungen über Preise

zu führen. Dem Bieter darf es jedoch nicht zum Nachteil gereichen, wenn sich die Grundlagen seiner Preisermittlung aufgrund von Verzögerungen im Ausschreibungsverfahren, welche er nicht zu vertreten hat, ändern.

Kein Verzicht auf Ansprüche bei Zustimmung zur Fristverlängerung

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Nach der o. a. Rechtsprechung hat der Bieter die Wahl, das mit dem Zuschlagsschreiben veränderte „Angebot“ des Auftraggebers vorbehaltlos anzunehmen (dann bestehen keine Mehrvergütungsansprüche), das Angebot abzulehnen (dann kommt überhaupt kein Vertrag zustande) oder das in Bezug auf die Termine geänderte Angebot hinsichtlich der Vergütung aufgrund zwischenzeitlicher Preisänderungen zu modifizieren. Lehnt dies der öffentliche Auftraggeber ab oder erhebt er aufgrund dessen die Ausschreibung auf, können die Parteien allenfalls über Schadensersatzansprüche streiten. Lässt sich der Auftraggeber hingegen auf eine Diskussion über die Preisanpassung ein oder nimmt er die Leistungen des Auftragnehmers entgegen, dann soll dieser das o. a. Preisanpassungsrecht haben. Dies setzt allerdings voraus, dass die eingetretene Verzögerung der Risikosphäre des Auftraggebers zuzurechnen ist. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Abweichung vom Leistungsverzeichnis als „Änderung“

Für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages muss es als ausreichend angesehen werden, wenn der Bieter die von ihm vermuteten Vergabeverstöße konkret benennt und er darlegt, auf welche Umstände er seine Vermutung stützt.

Eine zum Ausschluss des Angebotes führende Änderung der Verdingungsunterlagen ist immer auch dann gegeben, wenn die angebotene Leistung nicht der Leistungsbeschreibung des öffentlichen Auftraggebers entspricht, also eine andere Leistung darstellt.

VK Detmold vom 27.03.2007

Die Vergabestelle hatte eine flächendeckende Brandmeldeanlage mit Sprachdurchsage für ein Universitätsgebäude im offenen Verfahren ausgeschrieben. Gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung beantragt die unterlegene Bieterin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie begründet ihren Antrag mit der Vermutung, dass die bevorzugte Bieterin mit ihren hauseigenen Produkten (insbesondere Brandmelder und Melderzentralen) nicht die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses erfüllt. Die Vergabestelle hält den Antrag bereits für unzulässig, weil die Bieterin in Bezug auf angebliche Vergaberechtsverstöße lediglich spekulieren würde. Im Übrigen würden die von der bevorzugten Bieterin angebotenen Produkte den ausgeschriebenen Zweck erfüllen, auch wenn sie nicht in jedem Punkt mit den Spezifikationen des Leistungsverzeichnisses konform gingen.

DIE ENTSCHEIDUNG DER VK

Die Vergabekammer lässt den Antrag der unterlegenen Bieterin nicht nur zu, sondern gibt der Vergabestelle auf, das Angebot der bevorzugten Bieterin vom weiteren Verfahren auszuschließen. Der Antrag sei keinesfalls „spekultativ“. Denn einem Bieter könne naturgemäß nicht abverlangt werden, unter Vorlage von Beweismitteln konkrete Behauptungen zu Vorgängen

aufzustellen, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen. Vorliegend habe die unterlegene Bieterin detailliert dargelegt, aufgrund welcher Anhaltspunkte sie zu der Auffassung gelangt sei, dass dem Angebot der bevorzugten Bieterin gravierende Mängel anhaften. Das reicht aus. Die VK stellt sodann nach Sichtung des Angebotes der bevorzugten Bieterin fest, dass dieses in der Tat an Mängeln leidet. So sind die angebotenen Brandmelder z. B. nicht nach einer bestimmten DIN klassifiziert, wie im LV gefordert. Es könne dahinstehen, ob der Melder – wie behauptet – die in der DIN verlangten Eigenschaften besitze, da die geforderte Klassifizierung eine von allen Bieterin einzuhaltende Vorgabe des Leistungsverzeichnisses sei. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren sei nur zu erreichen, wenn in jeglicher Hinsicht vergleichbare Angebote abgegeben werden. Die bevorzugte Bieterin habe sich rü-

Vorgaben des Leistungsverzeichnisses sind einzuhalten

gelos auf diese Anforderungen eingelassen und müsse diese daher in ihrem Angebot auch getreu dem LV erfüllen. Nach Ansicht der Vergabekammer stellen die Abweichungen im Angebot eine „Änderung der Verdingungsunterlagen“ im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A dar, die zu einem Ausschluss des Angebotes gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 b VOB/A führen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die ausgeschlossene Bieterin hätte im vorliegenden Fall die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses rügen können. Auch hätte sie die eigenen Produkte gemäß § 21 Nr. 2 VOB/A anbieten können, indem sie die Abweichung von den vorgegebenen Spezifikationen im Angebot eindeutig bezeichnet und die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachweist. Beides war vorliegend nicht erfolgt. Insofern musste sich die von der Vergabestelle bevorzugte Bieterin an den – nicht erfüllten – Anforderungen des Leistungsverzeichnisses messen lassen. ■

IMPRESSUM

Herausgeber:
RA Dr. Ulrich Dieckert
ROGGELIN WITT WURM DIECKERT
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
Rechtsanwälte

R.W.W.D. Berlin
Leipziger Platz 15
10117 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
E-Mail: berlin@rwwd.de

Redaktion / Beiträge:
RA Dr. Ulrich Dieckert
RA Bernd Kimmich
RA Hendrik Bach
RA Markus Fiedler
RA Martin Hintze
RA Thorsten Krull
StBin Dr. Annette Funk

Niederlassungen RWWD:
R.W.W.D. Hamburg
Alte Rabenstraße 32
20148 Hamburg
Telefon: 040 53028-0
Telefax: 040 53028-150
E-Mail: hamburg@rwwd.de

R.W.W.D. Schwerin
Alexandrinestraße 2
19055 Schwerin
Telefon: 0385 59003-0
Telefax: 0385 59003-33
E-Mail: schwerin@rwwd.de

R.W.W.D. Dresden
Königstraße 4
01097 Dresden
Telefon: 0351 21117-60
Telefax: 0351 21117-77
E-Mail: dresden@rwwd.de

R.W.W.D. Frankfurt a. M.
Friedrich-Ebert-Anlage 56
60325 Frankfurt am Main
Telefon: 069 75699-0
Telefax: 069 75699-105

www.rwwd.de

TERMINE

Wir weisen nachfolgend auf Veranstaltungen hin, bei denen Rechtsanwälte unserer Kanzlei als Referenten auftreten:

Rechtliche Zulässigkeit und Gerichtsverwertbarkeit von Videoüberwachungsanlagen BHE-Fachseminar

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 24.05.2007 in Fulda
Anmeldung: BHE-Geschäftstelle
Tel.: 06386 9214-14

VOB-Tag zur VOB 2006

Referent: RA Markus Fiedler
Termin/Ort: 11.05.2007 in Berlin
Anmeldung: WEKA-Media Verlag, Kundenservice
Tel.: 08233 234001

Die Haftung des Architektens bei Ausschreibung und Vergabe

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 29.05.2007, 10:00 Uhr - 18:00 Uhr, TU-Berlin
Anmeldung: BHE-Geschäftstelle
Tel.: 06386 9214-14

Umbau der historischen Mitte Berlins Unternehmernessprach

Referent: Hilmar von Lojewski, Abteilungsleiter Städtebau und Projekte der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung
Termin/Ort: 31.05.2007, Konferenzraum des BVMW im Mosse Palais, Leipziger Platz 15
Einladung erfolgt gesondert

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Angebotsbegleitschreiben kann entscheidend sein!

Das Angebotsbegleitschreiben legt den Vertragsinhalt (das „Bausoll“) fest, wenn der Auftraggeber das Angebot annimmt.

BGH, Beschluss vom 09.11.2006

Der spätere Auftragnehmer wird zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert, dessen Inhalt er in seinem Angebotsbegleitschreiben erläutert. Dort heißt es u. a., er gehe von hindernis- und medienfreien Böden der Klasse 3 bis 5 aus, zudem sei der im Leistungsverzeichnis vorgesehene 2-Schicht-Betrieb aus seiner Sicht nicht zweckmäßig und deshalb von ihm nicht kalkuliert worden. Der Auftraggeber nimmt das Angebot an. Im Rahmen der Bauarbeiten stellt sich heraus, dass die Bodenverhältnisse schwieriger sind als angenommen, insbesondere aufgrund einer erheblichen Anzahl von Findlingen. Aus diesen, aber auch aus anderen Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, kommt es zu erheblichen Verzögerungen beim Bauablauf. Der Auftraggeber ordnet deshalb an, zukünftig im 2-Schicht-Betrieb zu arbeiten. Der Auftragnehmer fordert sowohl wegen der schlechteren Bodenplatten als auch des 2-Schicht-Betriebes eine zuzusatliche Vergütung, welche vom Auftraggeber abgelehnt wird. Der Auftragnehmer klagt.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der Auftragnehmer siegt in zwei Instanzen, der BGH nimmt die Nichtzulassungsbeschwerde des Auftraggebers nicht an. LG und OLG sind der Ansicht, der Inhalt des Angebotsbegleitschreibens sei Vertragsinhalt geworden, so dass die Parteien einen hindernis- und medienfreien Baugrund der Klassen 3 bis 5 und 1-Schicht-Betrieb vereinbart hätten. Aufgrund der schlechteren Bodenklassen und der unstrittigen Anordnung des 2-Schicht-Betriebes stünden dem Auftragnehmer also Nachtragsanspruche gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B zu.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Der Auftragnehmer hat im vorliegenden Fall al-

les richtig gemacht. Es steht ihm (jedenfalls bei privater Auftragsvergabe) frei, von den Ausschreibungsbedingungen abzuweichen, sofern er dies nur dem Ausschreibenden deutlich macht. Das kann vor allem durch das Angebotsbegleitschreiben geschehen. Denn Angebot und Begleitschreiben sind als sinnvolles Ganzes auszulegen. Das Begleitschreiben kann insbesondere das Angebot konkretisieren, wie dies hier hinsichtlich der Bodenklasse sowie des Schichtbetriebes der Fall war.

Die Entscheidung ist auf öffentliche Ausschreibungen nicht anwendbar

Auftragnehmer sollten sicherstellen, dass ein erläuterndes Angebotsbegleitschreiben in jedem Fall ausdrücklich Vertragsgrundlage wird. Das war hier der Fall, weil das Angebotsbegleitschreiben im Bauvertrag ausdrücklich in den Vertragsgrundlagen genannt wurde.

Wird das Begleitschreiben nicht ausdrücklich in den Vertrag einbezogen, sondern ist dort generell nur von „dem Angebot“ die Rede, dann wird man auch hier im Zweifel Angebot und Angebotsbegleitschreiben als Einheit auszulegen haben. Der Inhalt des Angebotsbegleitschreibens darf dann nicht auer Betracht gelassen werden. Anders nur, wenn die Parteien das Angebotsbegleitschreiben vom Vertrag ausdrücklich ausschließen.

Bei öffentlichen Ausschreibungen ist Vorsicht geboten. Hier dürfen die Ausschreibungsbedingungen durch den Bieter nicht abgeändert werden, auch nicht im Begleitschreiben. Ansonsten droht der Ausschluss. So ist etwa ein Bieter auszuschließen, der im Begleitschreiben anmerkt, seinem Angebot lägen die „Normalarbeitszeiten wochentags“ zugrunde. Damit ist der Bieter von der – der Ausschreibung zugrunde liegenden – VOB/B abgewichen, denn danach sind auch Samstage Werktag.

Bei öffentlichen Ausschreibungen ist also von jeder Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen dringend abzuraten. Gibt es Unklarheiten, gilt: Besser beim Auftraggeber nachfragen, wie das Leistungsverzeichnis gemeint ist. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Zur Verjährung einer Bürgschaftsforderung

Die Verjährung eines Anspruches gegen den Gewahrleistungsburgen beginnt mit der Entstehung des Schadensersatzanspruches gegen den Auftragnehmer.

LG Regensburg, Urteil vom 21.09.2006

Bei Bürgschaften auf erstes Anfordern beginnt die Verjährung erst mit der Inanspruchnahme der Bürgschaft.

OLG Bamberg, Beschluss vom 01.08.2006

Im Fall des LG Regensburg hatte der Auftragnehmer (AN) dem Auftraggeber (AG) 1995 eine Gewährleistungsbürgschaft übergeben. Als sich 1999 Mängel zeigen, lehnte der AN die Mangelbeseitigung ab. Der Bauherr leitete gegen den AG eines selbstständiges Beweisverfahren ein, in dem dem AN der Streit verkündet wurde. Erst im Jahre 2005 verlangte der AG vom Bürgen Zahlung aus der Bürgschaft. Dieser beruft sich auf die Verjährung. Der Fall des OLG Bamberg liegt ähnlich, hier stellte der AN allerdings aufgrund einer entsprechenden (wirksamen) Verpflichtung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Landgericht Regensburg weist die Klage des AG ab, da Ansprüche aus der Bürgschaft verjährt seien. Das OLG Bamberg gibt dagegen der Klage statt. Warum?

Zum Verständnis der Entscheidung ist es unerlässlich, zwischen zwei Rechtsverhältnissen zu unterscheiden: Die Gewährleistungsansprüche des AG gegen den AN resultieren aus dem Bauvertrag und verjähren nach Ablauf der vereinbarten Frist (regelmäßig fünf Jahre). Ansprüche gegen den Gewahrleistungsburgen (also die Bank oder die Versicherung) resultieren aus dem Burgschaftsverhaltnis und verjähren innerhalb von drei Jahren (§ 195 BGB). Aufgrund der kürzeren Verjährungsfrist ist es also unter Umständen denkbar, dass Ansprüche aus der Bürgschaft noch vor Ablauf der Gewährleistungsfrist verjähren. Entscheidend ist insoweit, wann die Verjährungsfrist für Ansprüche aus

der Bürgschaft beginnt. Nach einer Ansicht ist dies der Fall, sobald der AG gegen den AN einen Zahlungsanspruch wegen Mängeln hat. Nach anderer Ansicht soll die Verjährung nicht beginnen, bevor der AG den Zahlungsanspruch konkret beziffert oder die Bürgschaft in Anspruch nimmt. Das LG Regensburg schließt sich der ersten Meinung an, danach begann die Verjährung der Ansprüche aus der Bürgschaft Ende 1999, also dem Jahr, in dem der Schadensersatzanspruch gegen den AN entstand, weil dieser die Mangelbeseitigung ablehnte.

Das OLG Bamberg folgt – jedenfalls für den Fall einer Bürgschaft auf erstes Anfordern – der Gegenmeinung. Das Gericht weist darauf hin, dass bei einer solchen Bürgschaft der Bürgen erst „auf schriftliches Anfordern“ des AG zahlen müsse und deshalb sein Anspruch nicht vor der Anforderung fällig werden könne.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Der Streit, wann die Verjährung der Ansprüche aus einer Bürgschaft beginnt, ist bislang nicht abschließend entschieden. Für die Ansicht des LG Regensburg spricht der Wortlaut des Gesetzes. Dagegen spricht jedoch, dass der AG gezwungen sein kann, die Bürgschaft noch vor Ablauf der Gewährleistungsfrist (und damit gegebenenfalls vor Kenntnis aller Mängel) in Anspruch zu nehmen.

Eine abschließende Entscheidung des BGH liegt zu diesem Problemfeld noch nicht vor. Auftraggeber müssen daher durch entsprechende vertragliche Gestaltung vorsorgen. Es muss vereinbart werden, dass der AN den Sicherheitseinbehalt nur durch eine Bürgschaft ablösen darf, bei der Ansprüche aus der Bürgschaft nicht vor Ablauf der Gewährleistungsfrist verjähren. In der Praxis bereitet dies keine weiteren Probleme. Sowohl Banken als auch den Versicherungen ist das Verjahrungsproblem mittlerweile bekannt, sie haben ihre Burgschaftsformulare oft bereits um eine entsprechende Klausel ergänzt. ■

AKTUELLES

Rechtsschutz im Vergaberecht

Wie im letzten Newsletter berichtet, hat das Bundesverfassungsgericht im letzten Jahr die unterschiedliche Ausprägung des Rechtsschutzes oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte als verfassungsgemäß bezeichnet. Die baujuristische Fachwelt ging seitdem davon aus, dass sich damit die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte erledigt habe, wonach bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte der einstweilige Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zulässig sei. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat jedoch mit einer aktuellen Entscheidung Anfang dieses Jahres in Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung den einstweiligen Rechtsschutz im unterschwelligen Bereich weiterhin bestätigt. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes stehe dem nicht entgegen, weil dort nicht über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges entschieden worden sei.

In Nordrhein-Westfalen ist daher – bis auf Weiteres – bei nationalen Vergabeverfahren der einstweilige Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten möglich. Weil das OVG in dem entschiedenen Fall die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen hat, wird man allerdings abwarten müssen, wie hoherenorts entschieden wird. Auch folgen längst nicht alle Oberverwaltungsgerichte in Deutschland dieser Linie. So hat der VGH Baden-Württemberg in einem jüngsten Beschluss die Streitigkeiten unterhalb der Schwellenwerte als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ eingestuft, die vor den Verwaltungsgerichten nicht angegriffen werden könnten. Der Erfolg hängt daher immer noch davon ab, in welchem Bundesland der Rechtsstreit anhängig ist.

AKTUELLES

Verträge zwischen nahen Angehörigen

Der BFH hat mit Urteil vom 07.06.2006 - IX R 4/04 entschieden, dass bei der steuerlichen Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen der zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Vertragsabschlusses nur indizielle Bedeutung beizumessen sei. Allerdings hat das Bundesfinanzministerium beschlossen, dieses Urteil über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht anzuwenden (BMF-Schreiben vom 02.04.2007).

Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen Angehörigen ist, dass diese Verträge bürgerlich-rechtlich wirksam geschlossen wurden und tatsächlich wie vereinbart durchgeführt werden; dabei müssen Vertragsinhalt und Durchführung dem zwischen Fremden Üblichen entsprechen (Fremdvergleich). Die nachträglich herbeigeführte zivilrechtliche Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts entfaltet grundsätzlich keine Rückwirkung; die steuerlichen Folgen sind erst ab dem Zeitpunkt zu ziehen, zu dem die schwebende Unwirksamkeit entfallen ist (BFH-Urteil vom 31.10.1989 - IX R 216/84, BStBl. II 1992 S. 506).

Ausnahmsweise sind tatsächlich durchgeführte Verträge zwischen Angehörigen von Anfang an steuerlich zu berücksichtigen, wenn den Vertragspartnern die Nichtbeachtung der sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Erfordernissen und Formvorschriften nicht angelastet werden kann und sie zeitnah nach Erkennen der Unwirksamkeit oder Auftauchen von Zweifeln an der Wirksamkeit des Vertrags die erforderlichen Maßnahmen eingeleitet haben, um die Wirksamkeit herbeizuführen oder klarzustellen (BFH-Urteil vom 13.07.1999 - VIII R 29/97, BStBl. II 2000, S. 386).

Die WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Gewährleistungsbürgschaft mit Einschränkungen

Sichert eine Gewährleistungsbürgschaft nur Mangelansprüche „für bereits fertig gestellte und ohne Beanstandungen und Auflagen abgenommene Leistungen“, liegt darin eine wirksame Einschränkung der Bürgschaftspflichtung.

OLG Frankfurt, Urteil vom 30.11.2006 – 4 U 140/06

Der Auftraggeber beauftragt einen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen. Im Bauvertrag ist eine förmliche Abnahme vereinbart. Der Auftragnehmer stellt seine Leistungen fertig und übersendet dem Auftraggeber eine Gewährleistungsbürgschaft die den Passus enthält: „verbürgen wir uns für Gewährleistungsansprüche für bereits fertig gestellte und ohne Beanstandungen und Auflagen abgenommene Arbeiten“.

Danach findet lediglich eine Mängelbegehung durch den Auftraggeber statt, aber keine förmliche Abnahme. Anschließend wird der Sicherheitseinbehalt ausgezahlt, zu dessen Ablösung die Gewährleistungsbürgschaft übersandt worden war. Jahre später werden Mängel festgestellt. Nachdem der Auftragnehmer die Beseitigung verweigert, verklagt der Auftraggeber den Bürgen.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Landgericht und Oberlandesgericht weisen die Klage gegen den Bürgen ab. Aus dem klaren Wortlaut der Bürgschaft ergebe sich, dass die Bürgschaftspflichtung von zwei Voraussetzungen abhängen soll, nämlich einmal der vertragsgemäßen Fertigstellung und zweitens von einer Abnahme, die ohne Beanstandungen und Vorbehalte erklärt sein muss. Die Klausel in der Bürgschaft bezwecke damit erkennbar eine Begrenzung des Risikos des Bürgen. Dieser wolle nicht für bereits bei der Abnahme festgestellte Mängel haften und er wolle auch nicht für Mängel haften, wenn gar keine Abnahme erfolgt ist (die nach dem Bauvertrag zudem als förmliche Abnahme, also mit schriftlichem Abnahmeprotokoll und Unterzeichnung durch

beide Parteien hätte erfolgen müssen).

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Das OLG Frankfurt setzt mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung fort, die darüber hinaus auch von den OLG Hamm, Köln und Hamburg geteilt wird. Danach ist es einem Bürgen möglich, seine Bürgschaftspflichtung zu beschränken. Die Gerichte sehen solche Klauseln nicht als überraschend ein. Der Auftraggeber, der eine solche Gewährleistungsbürgschaft bekommt, muss sich darüber im Klaren sein, dass die Bürgschaftspflichtung weder Gewährleistungsansprüche für die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel umfasst, noch für bereits vor der Abnahme fest-

gestellte, aber versehentlich nicht im Abnahmeprotokoll enthaltene Mängel. Darüber hinaus haftet der Bürge auch dann nicht, wenn keine Abnahme stattfindet und möglicherweise auch dann nicht, wenn die Abnahme erst stattfindet, nachdem der Bürge seine Bürgschaftsver-

pflichtung bereits abgegeben hat. All diese Unsicherheiten führen dazu, dass eine solche Bürgschaft als nicht vertragsgemäß anzusehen ist.

Gemäß § 17 Nr. 4 ist die Bürgschaftserklärung nach der Vorschrift des Auftraggebers auszustellen. Der Auftraggeber kann erwarten, dass er zur Ablösung eines Sicherheitseinbehaltes eine vollwertige Bürgschaft erhält, die den gleichen Sicherungsumfang aufweist, wie der vorher bei ihm vorhandene Bareinbehalt. Der BGH hat bereits im Jahr 1998 entschieden, dass eine Gewährleistungsbürgschaft ohne ausdrückliche Einschränkungen auch Mangelansprüche wegen schon vor oder bei der Abnahme erkannter Mängel absichert (BGH, IBR 1998, 106). Der Auftraggeber sollte also eine solche Gewährleistungsbürgschaft unverzüglich zurückschicken, wenn noch unerledigte Abnahmemängel vorhanden sind. Nur dann, wenn vor Übersendung der Bürgschaft bereits eine mangelfreie Abnahme stattgefunden hat, ist insoweit kein Risiko gegeben. ■

**Achtung:
VHV und R+V
schränken Ge-
währleistungs-
bürgschaften ein**

KOMMENTAR

Die Bauwirtschaft in der Öffentlichkeit

In der Öffentlichkeit wird die Bauwirtschaft allzu häufig mit „Pfusch am Bau“ und Schwarzarbeit in Verbindung gebracht. Weithin unbeachtet bleibt dabei, dass zwischen der öffentlichen Wahrnehmung dieser Probleme und der Realität am Bau nach unserer Beobachtung ein ganz erheblicher Unterschied besteht. So findet der weitaus größte Anteil der Schwarzarbeit keineswegs auf dem Bau statt. Trotzdem werden in jedem Fernsehbeitrag zum Thema Bilder von Baustellen gezeigt, als ob dort Schwarzarbeit den Alltag prägen würde.

Kürzlich veröffentlichte die Dekra eine Studie, nach der jedes Jahr Milliarden Schäden durch Pfusch am Bau entstehen. Den Untersuchungen der Dekra zufolge verursachen Mängel an neu errichteten Wohnbauten jährlich Kosten in Höhe von rund 1,4 Mrd. €. Nach der Studie weisen Neubauten pro Wohnung im Durchschnitt 21 Mängel auf, deren Behebung Kosten in Höhe von rund € 9.000,00 verursacht. Aus diesen Mängeln entstehen dann allerdings pro Wohnung Folgekosten von bis zu € 27.000,00 in Gestalt von Gutachterkosten, Gerichtsgebühren und Anwaltskosten. Hinzu kämen eventuell noch Kosten für Mietaufschläge sowie Kostenerhöhungen für den Fall, dass Drittunternehmer die Mängel beseitigen müssten.

In den Tageszeitungen wird über diese Dekra-Studie in einer Weise berichtet, die bei den Lesern den Eindruck aufkommen lässt, bei jedem neu errichteten Bauvorhaben werde „gepfuscht“. Tatsächlich dürfte es so sein, dass heute errichtete Gebäude im Durchschnitt eine wesentlich höhere Qualität aufweisen als etwa in den 60er oder 70er Jahren errichtete Objekte. Es ergeht der Bauwirtschaft hierbei ähnlich wie beispielsweise der Lebensmittelindustrie. Obgleich die durchschnittliche Lebenserwartung alle vier Jahre um ein Jahr zunimmt und nach Expertenmeinung die Qualität der heutigen Lebensmittel weitaus besser ist als vor einigen Jahrzehnten, werden die Schlagzeilen in den Medien durch Skandale über Pestizidrückstände, verdorbenes Fleisch und dergleichen beherrscht. Zwischen der tatsächlichen Qualität der Nahrungsmittel und der gefühlten

Qualität seitens der Verbraucher besteht eine enorme Divergenz.

Die Bauwirtschaft muss sich darauf einstellen, dass diese Negativberichterstattung das Bild des Verbrauchers prägt. Gerade die Dekra profitiert durch Gutachteraufträge für die Bauüberwachung von der „Mängelhysterie“. Für Bauträger, Baubetriebe und Architekten gilt es darüber hinaus zu berücksichtigen, dass sich die Haftung für Baumängel aufgrund gesetzlicher Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch in den letzten Jahren verschärft hat. Bis zum Jahr 2002 galt, dass der Unternehmer verpflichtet ist, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen

**Pfusch am Bau:
Realität oder
Übertreibung
in der Bericht-
erstattung**

oder nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Hierbei galt, dass eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit außer Betracht blieb, also nicht zu einem Gewährleistungsanspruch führte. Mit der Reform des Schuldrechtes wur-

de die Regelung in § 633 BGB dahingehend geändert, dass das Werk nunmehr die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen muss und sich ansonsten, soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder sonst für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen muss, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Eine gesetzliche Einschränkung dahingehend, dass unerhebliche Minderungen des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit außer Betracht bleiben, gibt es nun nicht mehr. Außerdem wurde der Begriff der „zugesicherten Eigenschaft“ durch den der „vereinbarten Beschaffenheit“ ersetzt. Damit ist jedwede Abweichung von Angaben in der Leistungsbeschreibung oder den für das Gewerk geltenden Normen ein Mangel, egal wie geringfügig sie ist. Das hat dazu geführt, dass der BGH eine

Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung nur noch in ganz seltenen Ausnahmefällen bejaht.

Gleichzeitig werden in technischen Regelwerken wie DIN/EN-Normen immer häufiger nicht mehr Mindestanforderungen an Baustoffe und Herstellungsverfahren definiert, sondern das heute technisch Machbare wird zur allgemein verbindlichen Norm erhoben.

**Verschärfung
der Mangelhaf-
tung durch
BGB-Reform
im Jahr 2002**

Alle diese Umstände führen dazu, dass heute Dinge als Mangel gerügt werden, die vor 20 Jahren nicht als mangelhaft empfunden worden sind. Die

gestiegene Anzahl von Mängelrügen bedeutet also in den meisten Fällen keineswegs eine geringere Qualität der Bauleistung als in früherer Zeit, sondern spiegelt die höheren Erwartungen der Besteller und die strengere Gesetzeslage wider. Alle Baubeteiligten sind gut beraten, sich hierauf einzustellen und sowohl in der Planung als auch in der Bauausführung darauf zu achten, dass keinerlei Abweichungen von den technischen Regelwerken und den sonstigen vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen vorkommen. Dies ist gerade mit Blick auf die oben geschilderten Folgekosten unumgänglich, weil vermeintlich „kleine Ursachen“ finanziell erhebliche Auswirkungen haben können.

Unabhängig hiervon wäre es nach unserer Auffassung auch Sache der Verbände der Bauwirtschaft, in der Öffentlichkeitsarbeit verstärkt die Leistungen und den Qualitätsstandard der deutschen Bauwirtschaft herauszustellen, um dem negativen Image des „Pfusch am Bau“ entgegen zu wirken. ■

AUTOR DES KOMMENTARS:



**Hendrik Bach
Rechtsanwalt**

Bau- und
Architektenrecht