

Landesgütegemeinschaft für Bauwerks- und Betonerhaltung Rheinland-Pfalz/Saarland e.V.

Auftraggeber- und Bieterpflichten bei der Ausschreibung von betonerhaltenden Maßnahmen

Kapellmann
Rechtsanwälte



- _____ Berlin
- _____ Brüssel
- _____ Düsseldorf
- _____ Frankfurt / Main
- _____ Hamburg
- _____ Mönchengladbach
- _____ München

Rechtsanwalt Dr. Markus Planker
Frankfurt am Main

Die Klägerin, ein Straßenbauunternehmen, macht gegen das beklagte Land Ansprüche auf restlichen Werklohn geltend, weil während der Ausführung (Teilausbau einer Kreisstraße) belasteter Boden (Zuordnungsklasse Z 1.1) angetroffen wurde, der in der Ausschreibung (Einheitspreis-LV) nicht erwähnt war.

Die Klägerin verlangt daraufhin Mehrvergütung. Sie habe aufgrund der fehlenden Beschreibung nicht damit gerechnet und auch nicht damit rechnen müssen, belasteten Boden anzutreffen. Im übrigen liege auch ein Verstoß gegen § 9 VOB/A (a.F.) vor.

Das Land meint, die Klägerin habe mit der „üblichen Belastung“ im Bereich von alten Asphaltdecken rechnen müssen, die sogar zu einer Belastung nach Z 2 hätte führen können; sie hätte zumindest nachfragen müssen. Wie entscheidet das Gericht?



Lösung: BGH IBR 2012, 65 – „LAGA Z 1.1“

Das **Landgericht** hat die Klage ganz überwiegend abgewiesen. Die Klägerin habe mit dem Zuordnungswert Z 1.1 rechnen müssen. Sie trage das alleinige Risiko, wenn eine erkennbar lückenhafte Ausschreibung vorliege und sie keine weitere Aufklärung vom Auftraggeber verlange.

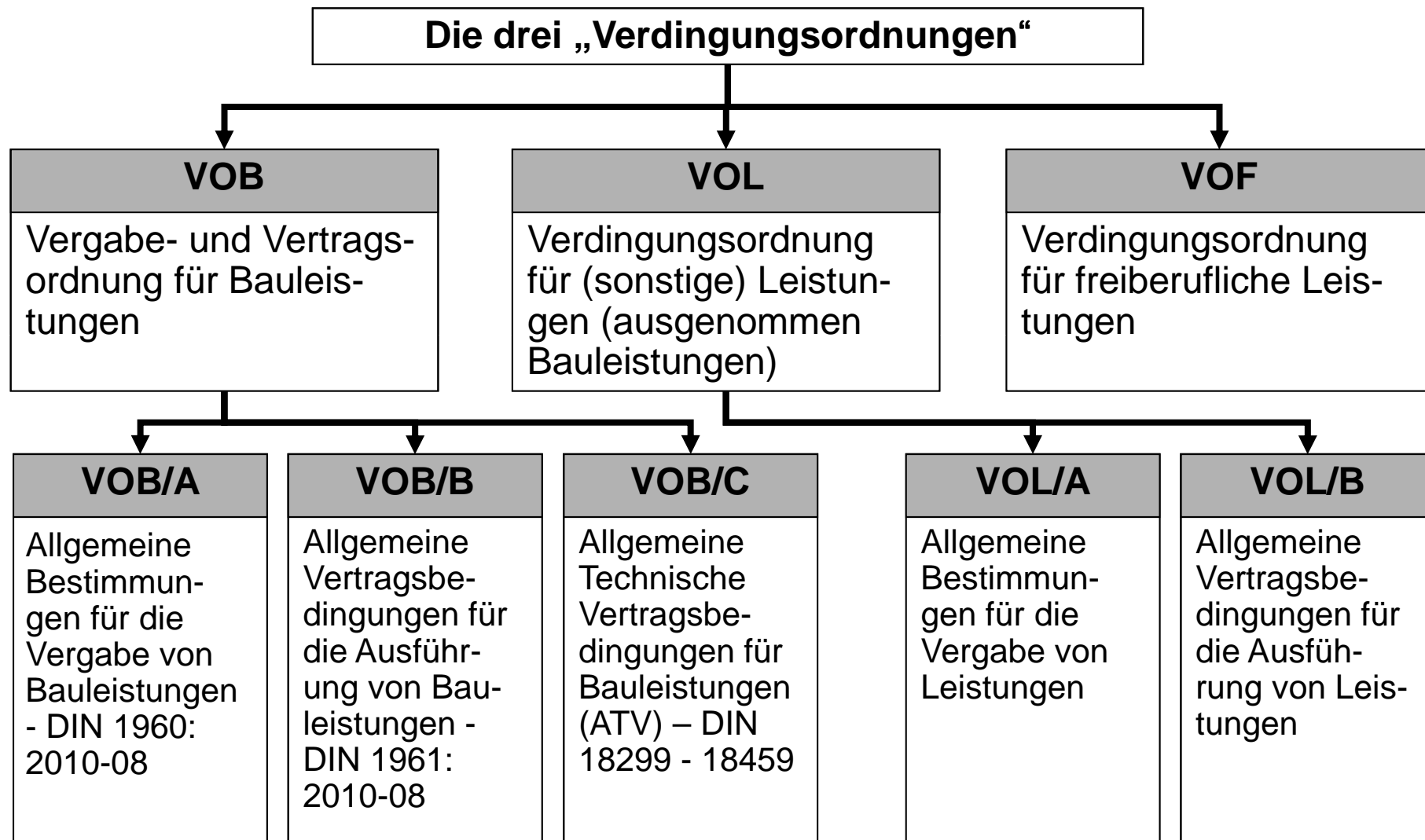
Das **Oberlandesgericht** hat die Klägerin dem Grunde nach Recht gegeben, weil die Schadstoffbelastung aus dem LV nicht ersichtlich gewesen sei. Da das Land trotzdem auf der Ausführung nach Vertrag bestanden habe, liege eine Leistungsänderung vor, die zu bezahlen sei.

Der **Bundesgerichtshof** schließlich hat die Klage neuerlich abgewiesen. Der Boden sei in der Leistungsbeschreibung schlechterdings nicht beschrieben. Deshalb komme eine „Vollständigkeitsvermutung“ nicht in Betracht. Zwar sei die Angabe von Kontaminationen regelmäßig erforderlich. Dies sei jedoch dann nicht zwingend, wenn es sich – wie hier – schon aus den Umständen ergebe.

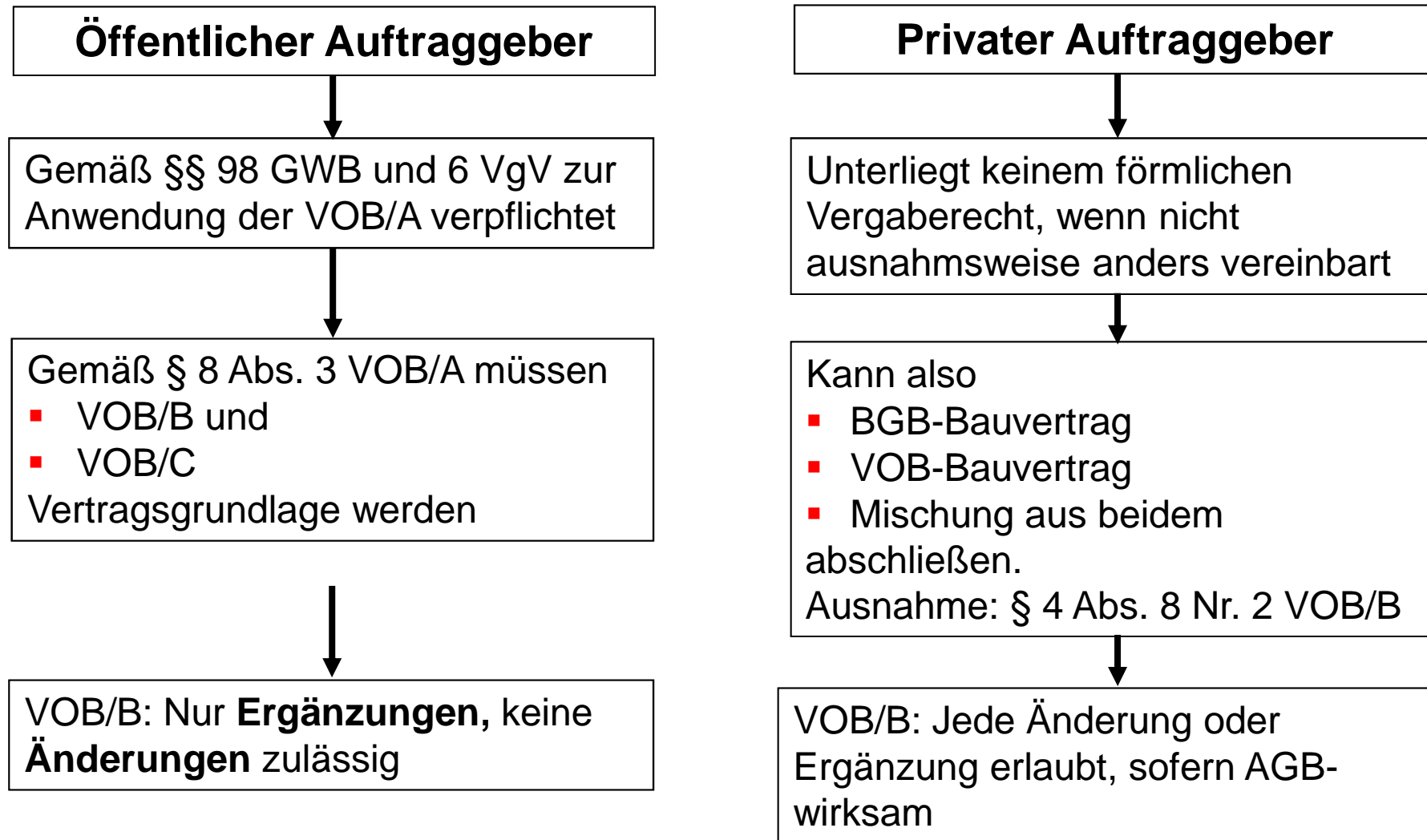


Unterscheidung zwischen Öffentlichem und privatem Auftraggeber - Bedeutung der VOB/A

Rechtscharakter und Bedeutung der VOB/A - C



Rechtscharakter und Bedeutung der VOB/A – C Vereinbarung der VOB/B



Rechtscharakter und Bedeutung der VOB/A – C VOB/B und AGB-Recht

- VOB/B liegt Vertrag „**als Ganzes**“ zugrunde: §§ 305 ff. BGB (früher: AGB-Gesetz) nicht anwendbar (VOB/B-Privilegierung)
 - Früher: Nur Eingriffe in den „Kernbereich“ der VOB/B schädlich.
 - Heute: **Jeder Eingriff** führt dazu, dass die VOB/B dem Vertrag nicht mehr „als Ganzes“ zugrunde liegt.

- VOB/B liegt Vertrag **nicht „als Ganzes“** zugrunde: Soweit VOB-Bestimmungen vereinbart, unterliegen sie „isoliert“ der AGB-Kontrolle, können also AGB-unwirksam sein (z.B. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B)



Rechtscharakter und Bedeutung der VOB/A – C Bedeutung und Inhalt der VOB/C

- Abschnitt 0 - Hinweise für das Aufstellen einer ordnungsgemäßen LB (ggf. Auslegungshilfe bei Unklarheiten)
- Abschnitt 1 - Geltungsbereich der jeweiligen Norm (positiv wie negativ)
- Abschnitt 2 - Stoffe und Bauteile
- Abschnitt 3 - Ausführung (auch z. B. Regelung der Bedenkenhinweispflicht)
- Abschnitt 4 - Nebenleistungen, Besondere Leistungen
- Abschnitt 5 - Abrechnung (z. B. Übermessen, Verschnitt, Böschungswinkel)
- Die VOB/C ist beim VOB/B-Vertrag automatisch vereinbart, § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B

Beispiel: OLG Hamm IBR 2011, 689 – „Besondere Leistungen nach VOB/C“

Ein öffentlicher Auftraggeber vergibt u.a. Arbeiten zur Bodenbefestigung. Das LV enthält teilweise funktionale Beschreibungen. Die Angebotssummen schwanken zwischen 286.250,-€ und 1.106.200,-€. Den Auftrag erhält Bieter B zu einer Auftragssumme von 303.000,-€.

Während der Ausführung ergibt sich, dass zusätzliche HDI-Maßnahmen erforderlich sind. B stellt hierüber einen Nachtrag, den der Auftraggeber ablehnt. Im Zuge der damit entstehenden Diskussionen kündigt der Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund und verlangt Schadensersatz. Jetzt klagt B den Nachtrag ein. Zu Recht?



Lösung: OLG Hamm IBR 2011, 689 – „Besondere Leistungen nach VOB/C“

Das Gericht stellt zunächst fest, dass die Leistungsbeschreibung ambivalent formuliert ist. So sei einerseits auf den funktionalen Leistungserfolg abgestellt, andererseits nur von „HDD“- und nicht von „HDI“-Verfahren die Rede.

Im Ergebnis gehe dies hier jedoch zu Lasten der Klägerin als Auftraggeberin. Zwar sei sie nicht zur Plausibilitätsprüfung der Angebote verpflichtet gewesen, habe jedoch schon aufgrund der weiten Preisspanne erkennen können, dass ihre Ausschreibung offenbar nicht den Anforderungen von § 9 VOB/A (a.F.) entspreche. Sie sei es deshalb gewesen, die zur Nachfrage und Aufklärung verpflichtet war. Weil sie dies unterlassen habe, könne eine ausdrückliche Risikoübernahme durch den Auftragnehmer nicht festgestellt werden; das Risiko der Bodenbeschaffenheit sei damit bei der Klägerin verblieben und der Nachtrag sei begründet.



Vergabevorbereitung und Vertragsunterlagen



Vergabevorbereitung und Vertragsunterlagen

1. Alternative: Detailbeschreibung

- Idealfall: nach Fertigstellung der Ausführungsplanung, Lph. 5 HOAI

- Normalfall: vor Fertigstellung der Ausführungsplanung, Lph. 3/4 HOAI

- Vertragstypus
 - EP-Vertrag
 - Detail-Pauschalvertrag
 - Einfacher Global-Pauschalvertrag

Ausgeschrieben sind Pflasterarbeiten nach DIN 18 318 (VOB 2002).

Die maßgebliche Grundposition lautet u.a. „Betonsteinpflaster (einschließlich Passstücke) liefern und verlegen...“.

Die Zulageposition lautet u.a. „Betonverbundsteinpflaster im Kurvenbereich der Fahrbahnen in Keilen liefern und verlegen. Um den Pflasterverband einzuhalten (Reihe, Halbverband) einzuhalten, in den Kurvenbereichen Keile mit dem angebotenen Pflaster verlegen...“

Der AN meint, er könne die gesamte Bogenfläche über die Zulageposition abrechnen. Der AG erkennt jedoch nur die (Teil-)Flächen an, die ersichtlich in Keilform verlegt sind und will Flächen ohne Keile ausschließlich über die Grundposition vergüten.

Wer hat Recht?



Lösung: VOB-Stelle Niedersachsen Fall 1421 (zitiert nach IBR-online)

Die VOB-Stelle versteht die Ausschreibung so, dass die Grundposition die Herstellung der Pflasterfläche als solcher und die Zulageposition die Erschwernisse für den Kurvenbereich durch das Einbringen von Keilen beschreibt.

Der Auftraggeber habe aber nicht hinreichend deutlich gemacht, dass unter der Zulageposition lediglich die keilförmig geschnittenen Pflastersteine abgerechnet werden sollten. Der Begriff „Betonverbundsteinpflaster“ suggeriere dem Bieter, es handele sich um Flächen und nicht um einzelne Pflastersteine. Einzelne Keile oder keilförmig geschnittene Steine waren weder ausgeschrieben noch sei dies in der Praxis üblich. Die Vordersätze seien für die Positionsauslegung nicht relevant. Es hätten auch keine Unklarheiten auffallen müssen; solche fielen im übrigen schon aufgrund der Verwendung des Begriffes „Zulage“ dem Verfasser des LV zur Last. Die Abrechnung des AN ist richtig.

2. Alternative: Globalbeschreibung

- Idealfall gemäß § 7 Abs. 13 – 15 VOB/A:
 - Planungsentwurf Bieter (Lph. 2 HOAI)
 - als Grundlage eines Komplettangebots

- Normalfall:
 - Entwurf AG (Lph. 3 HOAI)
 - Globale LB mit teilw. Detaillierung
 - durch LV's (z. B. TGA)
 - Leitdetails (Lph. 5 HOAI)

- Vertragstypus
Komplexer Global-Pauschalvertrag
(z. B. SF-Vertrag)

Die Klägerin hat als Generalunternehmerin u.a. ein Küchengebäude in einer US-Kaserne saniert. Streitig ist, ob sie auch die Herstellung eines Wetterschutzdaches im Auftrag hatte. Diese Herstellung ist in der Leistungsbeschreibung lediglich in einer nachrangigen „Unterbeschreibung“ erwähnt. In vorangegangenen Positionen ist hiervon nur „mittelbar“ die Rede („Gerüste ... für Wetterschutzdach geeignet“). Die Klägerin meint deshalb, sie könne hierfür eine zusätzliche Vergütung beanspruchen.

Die Beklagte meint, auch eine solche „verdeckte“ Erwähnung reiche aus, um das Leistungssoll der Klägerin festzulegen. Die Klägerin hätte eben gründlich lesen müssen. Die Leistungsbeschreibung sei im übrigen aus dem Standardleistungsbuch entwickelt und könne deshalb so schlecht nicht sein.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wie entscheidet das OLG?



Lösung: OLG Koblenz, IBR 2011, 250 – „Wetterschutzdach“

Das OLG stellt zunächst fest, dass die Leistungsbeschreibung sprachlich unklar und *„gemessen an der Absicht, auch die Errichtung des Wetterschutzdaches in den Leistungsumfang einzubeziehen, unübersichtlich strukturiert“* gewesen sei. Wörtlich: *„Wird ein LV als Instrument verstanden, jedem fachkundigen Leser eine leicht nachvollziehbare Darstellung der nachgefragten Leistung zur Verfügung zu stellen, so genügt der hier vorliegende Ausschreibungstext diesen Anforderungen nur mit nicht unerheblichen Einschränkungen.“*

Trotz dieser zu bemängelnden sprachlichen und strukturellen Qualität des LV wäre die Klägerin gleichwohl verpflichtet gewesen, jeden Punkt und Unterpunkt des LV sorgfältig zu lesen und inhaltlich zu erfassen. Die mangelnde Übersichtlichkeit und schlechte sprachliche Formulierung allein gäben auch noch nichts für ein „Mitverschulden“ der Beklagten her. Die Klage bleibt unbegründet.



Beispiel: OLG Koblenz, IBR 2007, 414 – „Auflockerungsfaktor II“

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt den Rückbau einer Deponie aus. Die maßgebliche Transportposition spricht von „abgegrabenem Material“. Der Auftragnehmer kalkuliert daraufhin mit 9.000 Transportfahrten, benötigt aufgrund der während der Abgrabung eintretenden Auflockerung des Materials und der damit verbundenen Volumenerhöhung jedoch 13.000 Fahrten und macht die damit verbundenen Mehrkosten geltend. Zur Begründung führt er an, er habe von losem, bereits rückgebautem Material ausgehen dürfen. Anderenfalls habe der AG die Formulierung „abzugrabenden Materials“ verwenden müssen. Ihm sei damit unzulässig ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet worden.

Der Auftraggeber meint, der AN habe falsch kalkuliert. Die Vorgabe eines Auflockerungsfaktors sei weder üblich noch möglich, da entscheidende Parameter zum Zeitpunkt der Ausschreibung (z.B. Größe der Baggerschaufel) nicht bekannt seien. Das Landgericht gibt dem Auftraggeber Recht. Wie entscheidet das OLG?



Lösung: OLG Koblenz, IBR 2007, 414 – „Auflockerungsfaktor II“

Für das Oberlandesgericht kommt es bei der Vertragsauslegung darauf an, wie ein objektiver Dritter die Formulierung des „abgegrabenen Materials“ verstehen durfte. Insofern spreche zwar der isolierte Wortlaut für loses Material. Auch dann wäre aber die Bezeichnung „abzugrabenden Materials“ ebenso fehlerhaft, da sich festes Material (noch) nicht transportieren lasse.

Es sei deshalb eine Gesamtschau aller in diesem Zusammenhang relevanter Positionen vorzunehmen. Deren Vordersätze seien identisch. Auch führe die Auslegung des Auftragnehmers zu einer Lücke bzw. Unklarheit im LV. Dies wiederum hätte er durch Rückfrage ansprechen müssen, was nicht erfolgt sei. Im Ergebnis spreche daher mehr für eine einheitliche Abrechnung, und zwar nach fester Abfallmenge. Der Nachtrag ist danach unbegründet.

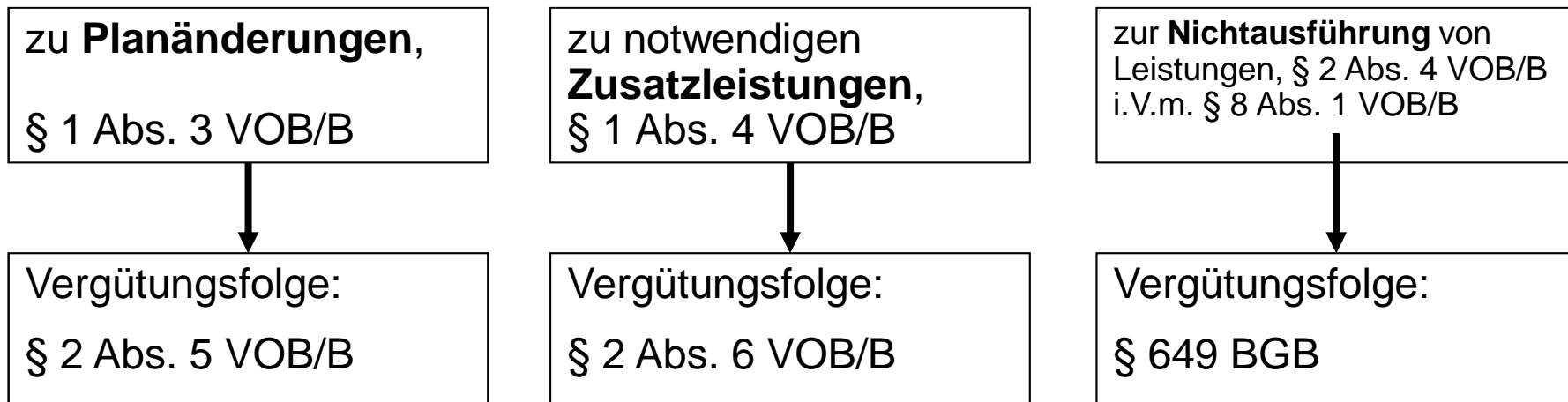
■ Bausollbestimmung

Ausführung der geschuldeten Leistung nach

- Quantität
- Qualität
- Baumständen

durch vereinbarte Vergütung abgegolten, § 2 Abs. 1 VOB/B

■ Anordnungsbefugnisse des AG





Beispiel: BGH NZBau 2009, 707 – „Schleuse Uelzen“

Ausgeschrieben ist eine Unterwasserbetonsohle mit Rückverankerung durch GEWI-Pfähle. Das Baugrundgutachten geht davon aus, dass der Boden „sehr dicht gelagert ist“. Tatsächlich weist der Boden jedoch eine „extrem schwankende Lagerungsdichte“ und eine „extrem hohe Dichte der unteren Sande“ auf. Der Auftragnehmer bietet daraufhin wegen der Änderung der Bodenverhältnisse anstelle der Unterwasserbetonsohle eine HDI-Sohle mit Rückverankerung durch JET-GEWI-Pfähle an, die auch beauftragt wird.

Der Auftragnehmer klagt 9,56 Mio.€ ein für „mehr Zement“ und „mehr Suspensionsrückfluss“ und kündigt an, ihm stünden aus der Änderung des Bauentwurfs noch mehr als 50 Mio. € zu.



1. Der Auftraggeber trägt nicht generell das „Baugrundrisiko“. ... Ist ein Baugrundgutachten beigefügt und ist es für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich, wird regelmäßig davon auszugehen sein, dass die beschriebenen Bodenverhältnisse zum Leistungsinhalt erhoben worden sind. Weichen dann die Bodenverhältnisse von diesem so beschriebenen Leistungsinhalt ab, trägt der Auftraggeber die Mehrkosten aus dieser Beschaffenheit des Baugrundes.
2. In diesen Fällen kommt ein Ausgleichsanspruch nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B in Betracht, wenn sich eine deutliche Mengensteigerung ergibt. Wirken sich die von den irreführenden Angaben des Auftraggebers im Vertrag abweichenden Mengen derart auf die Vergütung aus, dass das finanzielle Gesamtergebnis des Vertrages nicht nur den zu erwartenden Gewinn des Auftragnehmers aufzehrt, sondern auch zu Verlusten führt, ist das Festhalten an der Preisvereinbarung häufig nicht mehr zumutbar. Auf eine starre Risikogrenze von 20% der Gesamtvergütung kann nicht abgestellt werden.

Entwurfs- und Komplettheitsrisiken bei Bauverträgen

Grundsatz 1: Jeder Vertragspartner ist für **seine Leistung** selbst verantwortlich
Normalfall: AG → Planung,
AN → Ausführung

Grundsatz 2: Der Erbringung der nachfolgenden Leistung muss die Vorhergehende prüfen
Beispiele: ■ AN muss LB und Ausführungsplanung prüfen (§ 4 Abs. 3 VOB/B)
■ GU muss Entwurfsplanung, Baugenehmigung und LB prüfen, wenn er die Ausführungspläne erstellt und SF-Leistung erbringt.

Grundsatz 3: Hiervon abweichende Risikovereinbarungen sind zulässig, aber **nur** als individuelle Vereinbarung, nicht als AGB-Vereinbarung!



Beispiel „SPCC-Mörtel“

Ausgeschrieben und beauftragt sind Brückensanierungsarbeiten.

Nach dem vom AG vorgegebenen Bauablauf soll u.a. auf bestimmte Bauteile eine vollflächige SPCC-Mörtelschicht aufgebracht werden (70.000,000 kg). Daneben sind Spritzbetonflächen herzustellen (3,000 m²).

Nach den Vorbemerkungen sollen von den zu betonierenden Flächen die oberen Flächen durch Abreiben geglättet werden. In der Spritzbeton-Position für den Überbau ist das Glätten erwähnt. In der SPCC-Position ist Glätten und/oder Filzen nicht erwähnt. In dem vom AG vorgegebenen Ablauf der Instandsetzungsarbeiten im Ausschreibungsplan ist das Glätten für die SPCC-Flächen ebenfalls nicht erwähnt. Es wird allerdings in einem Regelquerschnitt bei der Pfeileransicht mit dem Vermerk „... cm SPCC, glätten & filzen“ eingeblendet.

Ist Glätten und Filzen (auch) für die SPCC-Positionen vertraglicher Leistungsinhalt?

Noch Fragen?

_____ Berlin
_____ Brüssel
_____ Düsseldorf
_____ Frankfurt / Main
_____ Hamburg
_____ Mönchengladbach
_____ München

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

_____ Berlin
_____ Brüssel
_____ Düsseldorf
_____ Frankfurt / Main
_____ Hamburg
_____ Mönchengladbach
_____ München