

Bayerischer Kommunalen
Prüfungsverband

BKPV

BKPV-Mitteilungen

3/2002

Dezember 2002

Bayerischer Kommunalen Prüfungsverband
Renatastraße 73, 80639 München
Telefon: (089) 1272-0, Telefax: (089) 1688646
E-Mail: geschaeftsstelle@bkpv.de
Internet: www.bkpv.de

INHALTSVERZEICHNIS

RdNr.		Seite
-	Vorwort	2
	Die neuen Gebühren- und Beitragssätze des BKPV	4
16	Kartellrechtliche Zulässigkeit kommunaler Sammelbestellungen	7
Bau 7	Ausschluß neuer Unternehmen vom Vergabeverfahren wegen fehlender Sachkunde	9
Bau 8	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und VOB/B 2002	11
Bau 9	Umgang mit Angeboten, die Spekulationspreise enthalten	22

BKPV-Mitteilungen 3/2002

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

kurz vor den Weihnachtstagen erhalten Sie noch ein weiteres Heft der BKPV-Mitteilungen. Ich darf dies zum Anlaß nehmen, Ihnen für die gute Zusammenarbeit im zu Ende gehenden Jahr herzlich zu danken. Wir freuen uns, daß Sie uns mit vielen Beratungsaufträgen und Anfragen Ihr Vertrauen geschenkt haben. Ich hoffe, es ist uns weitgehend gelungen, Ihre berechtigten Erwartungen in eine objektive und verständnisvolle Prüfung und in eine neutrale und qualifizierte Beratung zu erfüllen, bitte aber um Verständnis, daß unsere Kapazität nicht immer ausreicht, allen Ihren Wünschen auch innerhalb Ihrer manchmal sehr knappen Terminvorstellungen zu entsprechen.

Im vorliegenden Heft geben wir Ihnen zunächst unsere neuen Gebührensätze bekannt. Es ist uns nicht ganz gelungen, diese Sätze stabil zu halten. Immerhin: die Gebühren für Beratungen im „hoheitlichen“ Bereich bleiben unverändert.

Ansonsten umfassen diese Mitteilungen nur vier Beiträge. Einer davon, nämlich der ausführliche Beitrag über den Umgang mit Spekulationspreisen, gibt mir Anlaß zu einigen Bemerkungen.

Das Überhandnehmen von Spekulationspreisen in den Angeboten von Baufirmen stimmt bedenklich. Diese Angebote haben oft das Ziel, Konkurrenten auf nicht ganz seriöse Weise Aufträge wegzunehmen und andererseits dem Unternehmer zu Lasten des Auftraggebers ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen. Mag dieses Verhalten teilweise auch eine Ursache in der schwierigen Lage der Bauwirtschaft haben, so kann man aus der Sicht des Auftraggebers kein Verständnis aufbringen, wenn derartige Spekulationsangebote mit weiteren Manipulationen einhergehen, etwa mit einem unlauteren Zusammenwirken von Baufirma und Vertretern des Auftraggebers oder mit bewußtem manipulativen Abweichen von den vertraglich vereinbarten Leistungen. Häufige Spekulationspreise, insbesondere erfolgreiche Spekulationen durch denselben Bieter, gelten auch als Indikatoren für mögliche Korruption (vgl. zuletzt die KGSt in ihrem Bericht Nr. 9/2002, „Praxis der kommunalen Rechnungsprüfung“, Anlage 4). Dies deckt sich mit unseren Erkenntnissen.

Es besteht eine weitgehende verbale Einigkeit darüber, daß nachdrücklich gegen Manipulation und Korruption im Baubereich vorzugehen ist. Leider müssen wir immer wieder feststellen, daß in der Praxis die hierfür gegebenen Möglichkeiten oft nicht genutzt werden. Selbst einfachste Vorsichtsmaßnahmen, wie etwa die Ausgabe der Angebotsunterlagen durch eine zentrale Stelle der Verwaltung, werden oft nicht beachtet. Immer wieder finden sich öffentliche Ausschreibungen, in denen die Angebotsunterlagen beim Ingenieurbüro anzufordern sind. Auch die Leistungsverzeichnisse werden

immer wieder in einer Weise erstellt, die Manipulationen bei der Abrechnung Tür und Tor öffnet. Festgestellte Verstöße gegen die Bestimmungen der VOB/A werden als Formalien und „Kavaliersdelikte“ angesehen und weder in den Gremien noch von der Rechtsaufsicht mit dem nötigen Nachdruck behandelt.

Nicht einfacher wird das Problem durch die häufige Auslagerung von Aufgaben auf Gesellschaften in privater Rechtsform. Diese unterliegen nur eingeschränkt der VOB/A und der externen Kontrolle durch die Rechnungsprüfung. Dies wird von Beratern manchmal sogar als besonderer Vorteil dieser Rechtsformen bezeichnet! Man mag über Einzelheiten der VOB durchaus unterschiedlicher Meinung sein. Sie bietet jedoch die einzige Möglichkeit, transparente Vergaben unter Gleichbehandlung aller Bieter sicherzustellen. Und nur wenn feste Vergaberegeln vorgeschrieben sind und ihre Anwendung überprüft wird, bestehen überhaupt Chancen, auf Anzeichen von Manipulationen und Korruption zu stoßen. Wer sich gegen die VOB ausspricht und ihr zu entgehen sucht, sollte sich klarmachen, daß er damit auch jegliche Kontrolle und Überprüfung von Vergabemanipulationen erschwert oder gar verhindert.

Jedem, der sich gegen Manipulation und Korruption schützen will, ist zu empfehlen, sich in den einschlägigen Veröffentlichungen etwa des DStGB (Pressemitteilung Nr. 74 vom 10.10.2002) oder verschiedener Landes- und Kommunalverwaltungen zu informieren und die Vorschläge umzusetzen. Bei Ausgliederungen in private Rechtsformen empfiehlt es sich - auch wenn dies angeblich nicht der „Flexibilität“ dient -, die Anwendung zumindest der VOB vorzuschreiben und zu überwachen und umfassende Prüfungsrechte für die örtliche und überörtliche Rechnungsprüfung vorzusehen.

Trotz des unangenehmen Themas, das aber mit den dabei angesprochenen „Zuwendungen“ vielleicht sogar irgendwie in die vorweihnachtliche Zeit paßt, darf ich Ihnen ruhige, besinnliche Festtage und viel Glück, Gesundheit und Erfolg im neuen Jahr wünschen.

Ihr

Wolfram Zwick

Die neuen Gebühren- und Beitragssätze des BKPV

Der Landesausschuß des Prüfungsverbandes hat für das Jahr 2003 eine maßvolle Erhöhung der Gebühren und Beiträge um durchschnittlich rd. 3 % beschlossen. Die Gebühren für die nicht umsatzsteuerpflichtigen Beratungen unserer Mitglieder bleiben unverändert.

Auszug aus der Haushaltssatzung für das Jahr 2003

§ 4

(1) Die Jahresbeiträge für das Jahr 2003 werden wie folgt festgesetzt:

	<i>je Einwohner nach dem Stand am 31.12.2001 Cent</i>	
a) Bezirke	1,76	
b) Landkreise	11,14	
c) kreisfreie Städte		
bis 100.000 Einwohner	29,38	Höchstbeitrag 23.410 €
von 100.001 bis 200.000 Einwohner	23,41	
über 200.000 Einwohner	17,71	Höchstbeitrag 117.850 €
d) kreisangehörige Gemeinden	31,04	
e) Die Beiträge für Schulverbände und für Zweckverbände aller Art werden auf der Grundlage des Volumens des Verwaltungshaushalts festgesetzt. Sie sind wie folgt gestaffelt:		
37,06 €	Beitrag je angefangene 50.000 € bis zu einem Haushaltsvolumen von 1 Mio €	
14,80 €	Beitrag je angefangene 50.000 € für die weiteren 5 Mio € Haushaltsvolumen	
7,40 €	Beitrag je angefangene 50.000 € für den Teil des Haushaltsvolumens, der über 6 Mio € liegt	

Der Mindestbeitrag beträgt 168 €.

Bei Zweckverbänden mit kaufmännischer Buchführung tritt an die Stelle des Volumens des Verwaltungshaushalts die Summe des Erfolgsplans.

Beginnt bei neugebildeten Zweckverbänden und sonstigen öffentlich-rechtlichen kommunalen Zusammenschlüssen die Mitgliedschaft nach dem 30. Juni, wird für das laufende Haushaltsjahr kein Beitrag erhoben.

- f) Für Verwaltungsgemeinschaften, deren sämtliche Mitgliedsgemeinden Mitglieder des Bayerischen Kommunalen Prüfungsverbandes sind, wird kein gesonderter Beitrag erhoben.
- g) Die Beiträge für sonstige Mitglieder werden vom Vorstand jeweils gesondert festgesetzt.
- (2) Der Jahresbeitrag entsteht zu Beginn des Haushaltsjahres bzw. nach Aufnahme als Mitglied und wird 14 Tage nach Zugang des Beitragsbescheids fällig.

§ 5

- (1) Für die Inanspruchnahme der Verbandseinrichtungen, insbesondere für Prüfungen, Beratungen und Gutachten, werden Gebühren und Auslagen nach Maßgabe der folgenden Absätze 2 bis 7 erhoben.
- (2) Die Höhe der Gebühr - ausgenommen für die Berichtsausfertigung - bemißt sich nach dem Zeitaufwand des Prüfers oder Gutachters einschließlich der Zeit für die Erstellung des Berichts- oder Gutachtensentwurfs. Reisezeiten bleiben bei der Ermittlung des Zeitaufwandes grundsätzlich unberücksichtigt. Wenn der Prüfer wegen eines Einzeltermins an einem Tag eine andere Arbeit nicht mehr aufnehmen kann, tritt an die Stelle der kürzeren tatsächlichen Arbeitszeit die Regelarbeitszeit.

Die Gebühren betragen je Stunde

	€
1. für Kassen-, Rechnungs- und Sonderprüfungen bei Mitgliedern und selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts von Mitgliedern	51,00
2. für Beratungen, Gutachten und andere von Mitgliedern beantragte Leistungen, die nicht der Umsatzsteuer unterliegen	67,50
3. für Abschlußprüfungen bei Eigenbetrieben und bei selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts der Mitglieder	79,00
4. für Leistungen bei Körperschaften, die nicht Mitglied sind, und für umsatzsteuerpflichtige Leistungen bei Mitgliedern	88,00
5. für besondere Gutachterleistungen und Leistungen bei sonstigen Unternehmen	99,50

Für Beratungsleistungen kann im Einzelfall auf Antrag auch eine Pauschalgebühr vereinbart werden.

Für Beratungen durch die Geschäftsstelle mit einem Zeitaufwand bis zu 3 Stunden werden von Mitgliedern keine Gebühren erhoben.

Kleinste Abrechnungseinheit ist die Viertelstunde.

Die Stundensätze gelten für alle Prüfungs- und Beratungsleistungen, die ab 01.01.2003 erbracht werden, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Auftragserteilung.

- (3) Die Gebühr für die Berichtsausfertigung beträgt für die Prüfungs- und Beratungsleistungen, die ab Januar 2003 erbracht werden, 4,0 v.H. der Gebührensumme nach Absatz 2. Bei Prüfungs- und Beratungsstunden, die bis einschließlich Dezember 2002 geleistet wurden, gelten für die Überarbeitung der Berichte und Gutachten im Innendienst einschließlich der

Berichtsausfertigung die Gebühregrundlagen (umgerechnet in €) der jeweiligen Haushaltssatzungen.

Bei mehr als fünf Berichtsexemplaren wird zusätzlich für jede Seite der Mehrausfertigungen ein Betrag von 0,25 € berechnet.

- (4) Neben den Gebühren werden für notwendige Fahrten als Wegstreckenentschädigung unabhängig vom benutzten Verkehrsmittel je km 0,31 € erhoben.

Außerdem werden etwaige sonstige Auslagen in Rechnung gestellt. Dazu gehören insbesondere auch die anderen Behörden oder Personen für ihre Tätigkeiten zustehenden Beträge.

- (5) Soweit die Prüfungs- und Beratungstätigkeit der Umsatzsteuer unterliegt, wird die Umsatzsteuer jeweils in der gesetzlichen Höhe zusätzlich berechnet.
- (6) Zur Zahlung der Gebühren und Auslagen ist das Mitglied auch dann verpflichtet, wenn der Prüfungsverband auf Ersuchen der Rechtsaufsichtsbehörde des Mitglieds eine besondere Prüfung vornimmt. Mehrere Gebührenschuldner haften als Gesamtschuldner.
- (7) Die Gebühren und die sonst zu erhebenden Beträge entstehen mit dem Zugang des Kostenbescheids und werden 14 Tage nach Zugang des Bescheids fällig. Bei Arbeiten von längerer Dauer werden die Kosten in der Regel monatlich berechnet.

16 Kartellrechtliche Zulässigkeit kommunaler Sammelbestellungen

Die kartellrechtliche Zulässigkeit kommunaler Sammelbestellungen war bislang umstritten. So äußerte sich das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Verkehr und Technologie mit Schreiben vom 23.06.1998 (Az. 5551 a - W/2 - 10 808) zu den damit verbundenen Fragen und der einschlägigen Rechtsprechung (siehe GK 174/1999). Danach wurde zwar allgemein die Unternehmenseigenschaft von Kommunen im Sinn des GWB mit der Folge bejaht, daß Kommunen grundsätzlich dem Kartellverbot des § 1 GWB unterfallen. Strittig war aber die Frage, ob für gemeinsame Einkäufe von Kommunen die Freistellung nach § 4 GWB (früher § 5 c) gelten sollte. Dem Ministerium lag zum damaligen Zeitpunkt u.a. eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 12.05.1998 - Az: U (Kart) 11/98 - (abgedruckt z.B. in Gemeindehaushalt 1999, 156 ff.) vor, in der das Gericht entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts gemeindliche Einkaufsgemeinschaften grundsätzlich für freistellungsfähig im Sinn des § 4 GWB hielt.

Mit Urteil vom 12.11.2002 - Az. KZR 11/01 - (Mitteilung der Pressestelle Nr. 114/2002) hat nunmehr der BGH im Fall einer gemeinsamen Beschaffung von Ausrüstungsgegenständen für Feuerlöschfahrzeuge durch niedersächsische Kommunen keinen Verstoß gegen das Kartellrecht gesehen.

Die Pressemitteilung des BGH führt folgendes aus:

„Ein Spitzenverband niedersächsischer Kommunen hat 1995 eine hundertprozentige Tochtergesellschaft gegründet, die eine Bündelung der kommunalen Nachfrage nach bestimmten Artikeln vornehmen soll, um Preisvorteile zu erzielen. Diese Tochtergesellschaft, die Beklagte im hiesigen Rechtsstreit, bietet den Mitgliedsgemeinden an, über sie den Bezug von bestimmten Waren vorzunehmen. Wird die Beklagte dann beauftragt, sammelt sie die ihr von den Gemeinden übermittelten Bestellungen und führt hierzu gemeinsame Ausschreibungen durch. Die Gemeinden sind verpflichtet, die von ihnen in Auftrag gegebenen Waren abzunehmen. Gegenstand dieses Rechtsstreits ist die gemeinsame Ausschreibung von Ausrüstungsgegenständen für Feuerlöschfahrzeuge.

Die Klägerinnen, sämtlich mit dem Verkauf solcher Ausrüstungsgegenstände befaßte Handelsunternehmen, erstreben eine Verurteilung der Beklagten, die Durchführung solcher gemeinsamen Ausschreibungen und entsprechende Nachfragebündelungen zu unterlassen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat die Revision der Klägerinnen zurückgewiesen. Die von dem kommunalen Spitzenverband initiierte Nachfragebündelung unterfällt zwar dem Kartellverbot des § 1 GWB, weil das Nachfrageverhalten der einzel-

nen Gemeinden abgestimmt und in der Person der Beklagten gebündelt wird. Dies führt hier jedoch nicht zur Unzulässigkeit dieses Verhaltens, da die Gemeinden eine erlaubte Einkaufskooperation (§ 4 Abs. 2 GWB) gebildet haben. Diese Vorschrift erlaubt kleinen und mittleren Unternehmen die Zusammenarbeit in solchen Einkaufskooperationen, damit sie vergleichbare Einkaufskonditionen wie Großunternehmen erzielen können. Diese Bestimmung findet auch zugunsten kleiner und mittlerer Gemeinden Anwendung, jedenfalls soweit sie als Nachfrager für derartige Geräte am Markt auftreten. Allerdings darf die Einkaufskooperation nicht ihrerseits eine so erhebliche Nachfragemacht entwickeln, daß der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat der Bundesgerichtshof eine solche Beeinträchtigung in dem zu entscheidenden Fall verneint.“

Die Entscheidung des BGH dürfte für kommunale Kooperationen das Risiko vermindern, von auf der Anbieterseite auf dem Markt tätigen Unternehmen mit einem Zivilprozeß überzogen zu werden. Nach wie vor wird es aber zu § 4 GWB sowohl bei der Auslegung des Begriffs „kleine und mittlere Unternehmen“ als auch bei der Frage der wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung entscheidend auf die konkrete Marktsituation ankommen. Hierzu werden, wie bereits das Ministerium ausführt, im Einzelfall alle quantitativen und qualitativen Gesichtspunkte abzuwägen sein (z.B. Marktanteil der beteiligten Unternehmen, Marktstruktur, wettbewerbliches Umfeld, Gestaltung und interne Organisation der Kooperation sowie Art und Dauer der durch die Kooperation bezweckten Wettbewerbsbeschränkung).

EAPI.: 80 (802), 80 (805), 84 (840), 86 (861), 87 (872)

Bau 7 Ausschluß neuer Unternehmen vom Vergabeverfahren wegen fehlender Sachkunde

Das OLG Celle hatte sich jüngst mit der Frage zu befassen, ob neu auf dem Markt auftretende Unternehmen wegen fehlender Sachkunde vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden dürfen. Das Gericht hat diese Frage mit Beschluß vom 08.05.2002 - Az: 13 VerG 5/02 - verneint und ausgeführt, neu auf dem Markt auftretende Unternehmen dürften nicht schon deshalb mangels Fachkunde vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, weil sie im Hinblick auf den Ausschreibungsgegenstand noch nicht viele Erfahrungen gesammelt hätten. In einem solchen Fall müsse die Vergabestelle das Unternehmen zwar intensiver als andere überwachen. Die Notwendigkeit der intensiveren Überwachung könne aber nicht zum Ausschluß des jungen Unternehmens führen.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Unternehmen beteiligte sich an einer offenen Ausschreibung für Unterführungs- und Brückenbauwerke. Entsprechend den Ausschreibungsbedingungen forderte die Vergabestelle einen Nachweis der Fachkunde. Das Unternehmen legte dar, daß es große Bauwerke mit „schlaffer“ Bewehrung bereits errichtet, jedoch bisher keine Spannbetonarbeiten ausgeführt habe. Erfahrung damit habe aber der geschäftsführende Gesellschafter, der in diesem Fall die Bauaufsicht übernehmen wolle. Das Unternehmen hatte einen weiteren geschäftsführenden Gesellschafter. Es legte ferner den Ablauf zur Herstellung der Brückenbauwerke dar und bezeichnete einzusetzende Geräte und Personal. Die Vergabestelle schloß das Unternehmen wegen Zweifel an seiner hinreichenden Fachkunde aus.

Das Gericht führte in der Begründung aus, § 97 GWB fordere eine Vergabe von Bauleistungen im Wettbewerb. Maßstab für die Vergabe von Aufträgen seien gemäß § 97 Abs. 4 GWB die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit der Unternehmen. Die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit des Unternehmens habe die Vergabestelle nicht beanstandet. Die Zweifel an der Fachkunde hätten sich als nicht gerechtfertigt erwiesen.

Das Gericht räumte nach Erhebung eines Sachverständigenbeweises zur Fachkunde ein, daß die Beauftragung eines Unternehmens, das derartige Spannbetonarbeiten noch nie ausgeführt habe, zwar immer Risiken berge. Das rechtfertige es aber nicht, das Unternehmen schon deshalb als fachlich ungeeignet anzusehen. Üblicherweise arbeiteten neue Unternehmen in einer Arbeitsgemeinschaft mit, um so praktische Erfahrungen zu sammeln. Das sei jedoch nicht Voraussetzung für die Feststellung der fachlichen Eignung für die Herstellung von Spannbetonbauwerken. Vielmehr sei es genauso gut, wenn ein Unternehmen - wie hier durch den geschäftsführenden Gesell-

schafter und durch die beabsichtigte Beauftragung von Subunternehmen geschehen - fachliche Kompetenz hinzukaufe.

Die Bedenken der Vergabestelle betreffen lediglich Erschwernisse der Überwachung eines solchen Unternehmens, mit dem die Vergabestelle naturgemäß noch keine Erfahrung habe. Das könne aber nicht dazu führen, ein neu auf den Markt tretendes Unternehmen auszuschließen und den Wettbewerb um die Bauleistungen auf die der Vergabestelle vertrauten Unternehmen zu beschränken.

Über § 97 Abs. 4 GWB hinausgehende Anforderungen dürften an das Unternehmen aber nicht gestellt werden, weil das weder bundes- noch landesrechtlich vorgesehen sei. Deshalb war das Unternehmen wieder am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Die Entscheidung des OLG Celle darf nicht als allgemeine Erleichterung für neue Unternehmen bei der Teilnahme an Vergabeverfahren verstanden werden. Auch sog. „Newcomer“ müssen die Anforderungen des § 97 Abs. 4 GWB erfüllen. Das Gericht hat hier zur Frage der Sachkunde eigens Beweis erhoben. In diesem Zusammenhang verdient auch der Beschluß des OLG Düsseldorf vom 20.11.2001 - Az: Verg 33/01 - Beachtung, wonach sich auch ein neu am Markt auftretendes Unternehmen grundsätzlich daran halten muß, wenn der Auftraggeber den Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit und die Vorlage einer Referenzliste über Art, Umfang und Schwierigkeit vergleichbarer Leistungen innerhalb der letzten drei Jahre fordert. Dabei soll nach Auffassung des Gerichts auf die finanzielle und fachliche Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bieters und nicht auf etwaige Konzern- und/oder Schwesterunternehmen abzustellen sein.

EAPI.: 80 (804)

Bau 8 Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und VOB/B 2002

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist am 01.01.2002 in Kraft getreten. Es gilt für alle seit diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Bauverträge. Das neue Verjährungsrecht ist mit einer eigenen Übergangsregelung auch auf noch nicht verjährte Ansprüche aus Altverträgen anwendbar (s. Anlage: Text des Art. 229 § 6 EGBGB). Das Werkvertragsrecht hat keine wesentlichen Änderungen erfahren. Die Änderungen beim Verjährungsrecht haben dagegen weitreichende Konsequenzen. Die VOB/B 2002 ist im Bundesanzeiger Nr. 202 a vom 29.10.2002 bekanntgemacht worden. Sie geht als vertragliche Regelung den BGB-Bestimmungen vor. Sie enthält Anpassungen an das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, die zum Teil redaktioneller, zum Teil inhaltlicher Art sind. Anhand einiger Fallbeispiele sollen für die Praxis wesentliche Regelungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und der VOB/B 2002 dargestellt werden.

Beispiel 1: Mangelbegriff, Mängelbeseitigung

Eine Gemeinde läßt ein Schulgebäude renovieren. Sie beauftragt nach der Ausschreibung einen Malerbetrieb, in dem Gebäude die 20 Zimmer mit weißer Farbe zu streichen.

- a) *Alle Wände werden weiß gestrichen, an 4 Wänden zeigen sich jedoch sofort Flecken.*
- b) *Alle Wände werden beige gestrichen.*
- c) *Die Wände werden nur in 16 Zimmern weiß gestrichen.*
- d) *Die Flecken an 4 Wänden zeigen sich erst nach einem Jahr.*

Die Varianten b) und c) dürften in der Praxis kaum vorkommen, dienen aber der Darstellung einiger Änderungen im neuen BGB.

Kommunen sind verpflichtet, die VOB/B zum Inhalt ihrer Bauverträge zu machen (§ 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A). Die Ansprüche der Kommune richten sich damit nach den Regelungen der VOB/B, die Allgemeine Geschäftsbedingungen des vereinbarten Werkvertrags sind.

Die Gemeinde hat einen Anspruch auf Beseitigung der Mängel. Mängelbeseitigung ist allgemein die Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands, entweder durch Erfüllung der ursprünglich im Bauvertrag übernommenen Herstellungspflicht oder ausnahmsweise im Rahmen der Mängelansprüche als sekundäre Herstellungspflicht. Die VOB/B

unterscheidet zwischen einem Erfüllungsanspruch auf Mängelbeseitigung vor der Abnahme (§ 4 Nr. 7 Satz 1) und einem Mängelbeseitigungsanspruch (früher: Gewährleistungsanspruch) nach der Abnahme (§ 13 Nr. 5).

1. Mängelbeseitigungsansprüche vor der Abnahme

Falls in der Variante a) noch keine Abnahme stattgefunden hat, hat die Gemeinde einen Mängelbeseitigungsanspruch nach § 4 Nr. 7 VOB/B. Dem Mängelbeseitigungsanspruch der Gemeinde steht ein Mängelbeseitigungsrecht des Malereibetriebs gegenüber. Der Maler entscheidet, was zur Herstellung des vertraglich geschuldeten Werks zu unternehmen ist, und er hat die Wahl zwischen allen geeigneten Maßnahmen. Hätte der Maler den Mangel zu vertreten, könnte die Gemeinde zusätzlich Schadensersatz verlangen. Käme er der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, könnte die Gemeinde ihm nach angemessener Fristsetzung den Auftrag entziehen.

Mangelbegriff

§ 13 Nr. 1 VOB/B, der den Mangel definiert, wurde sprachlich und inhaltlich an die Änderungen des Werkvertragsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz angepaßt.

Im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde der Mangelbegriff neu definiert. Das neue BGB spricht darüber hinaus nicht mehr von Gewährleistungs-, sondern von Mängelansprüchen. Entscheidend ist zunächst, welche Beschaffenheit des Werkes die Parteien vereinbart haben (sog. subjektiver Fehlerbegriff). Darunter fällt auch die bisher zusicherungsfähige Eigenschaft. Haben die Parteien keine Beschaffenheit vereinbart, kommt es ergänzend auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst auf die übliche Beschaffenheit an. Dies entspricht inhaltlich der bisherigen Rechtslage und der Rechtsprechung. Neu ist, daß die Herstellung eines anderen als des bestellten Werkes und eines Werkes in zu geringer Menge ebenso wie ein Rechtsmangel dem Sachmangel gleichgestellt werden.

Im Beispiel a) liegt offenkundig ein Sachmangel vor. Die Istbeschaffenheit (Wände mit Flecken) weicht von der Sollbeschaffenheit (Wände ohne Flecken) ab. Die Parteien haben die „Fleckenlosigkeit“ nicht ausdrücklich vereinbart, so daß es auf die übliche Beschaffenheit ankommt. Danach ist die Gebrauchstauglichkeit der Wände mit Flecken gemindert. Im Beispiel b) ist nach BGB fraglich, ob es sich um eine Abweichung von der ausdrücklich vereinbarten Beschaffenheit oder um eine andere als die vereinbarte Leistung handelt. Es handelt sich wohl um eine andere als die vereinbarte Leistung. Auf diese Unterscheidung kommt es indessen nicht mehr an. Im Beispiel c) handelt es sich nach dem BGB um einen Mengenfehler, der unter den Mangelbegriff fällt, wenn der Auftragnehmer behauptet, die Leistung sei vollständig erbracht.

Auch die VOB/B 2002 spricht nicht mehr von Gewährleistung, sondern von Mängelansprüchen. Der bisherige Mangelbegriff der VOB entsprach § 633 Abs. 1 BGB a.F. Durch die Änderung der VOB/B wurde erneut eine Übereinstimmung angestrebt. Dabei verbleibt ein Unterschied. In der VOB/B ist die Lieferung eines anderen als des bestellten Werkes oder die Lieferung des Werks in zu geringer Menge einem Sachmangel nicht gleichgestellt. Eine solche Regelung wurde für entbehrlich gehalten, da derartige Fälle, die Varianten b) und c), in der Praxis nur in seltenen Ausnahmefällen vorkommen dürften. In diesen Fällen hätte die Gemeinde ebenfalls einen Erfüllungsanspruch nach § 4 Nr. 7 VOB/B. Es handelt sich um vertragswidrige Leistungen, die in § 4 Nr. 7 VOB/B ausdrücklich den mangelhaften Leistungen gleichgestellt sind.

2. Mängelbeseitigungsansprüche nach der Abnahme

In der Fallvariante d) hat die Abnahme stattgefunden. Die Gemeinde hat einen Anspruch auf Mängelbeseitigung nach § 13 Nr. 5 VOB/B. Insbesondere wenn die Nachbesserung unmöglich ist oder einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde, kommt ein Anspruch der Gemeinde auf Minderung der Vergütung in Betracht (§ 13 Nr. 6 VOB/B, der redaktionell neu gefaßt wurde). Zusätzlich zu diesen Ansprüchen könnte die Gemeinde bei schuldhaftem Verhalten der Firma (z.B. bei bewußter Verwendung von minderwertiger Farbe) und Vorliegen der weiteren Voraussetzungen einen Anspruch auf Schadensersatz (z.B. für die entstandenen Gutachterkosten) nach § 13 Nr. 7 VOB/B haben. Einen Anspruch auf Wandelung (BGB a.F.) bzw. nach dem neuen BGB auf Rücktritt vom Vertrag kennt die VOB/B nicht. § 13 Nr. 7 VOB/B 2002 wurde so gefaßt, daß er nach Einschätzung des Deutschen Verdingungsausschusses (jetzt: Vergabe- und Vertragsausschuß) auch bei einer isolierten Inhaltskontrolle den AGB-rechtlichen Anforderungen gerecht wird.

3. Verjährung

Die Gemeinde müßte ihre Mängelbeseitigungsansprüche innerhalb der Verjährungsfrist geltend machen. Die bedeutsamste Neuregelung in der VOB/B 2002 ist eine erhebliche Verlängerung der Mängelbeseitigungsfristen. Für Arbeiten an einem Bauwerk beträgt die Verjährungsfrist nunmehr 4 anstatt 2 Jahre (§ 13 Nr. 4 VOB/B 2002). Der Anspruch auf Beseitigung der schriftlich gerügten Mängel verjährt nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B 2002 entsprechend der bisherigen Regelung in 2 Jahren. Gleiches gilt für die abgenommenen Mängelbeseitigungsleistungen. Beide Ansprüche verjähren jedoch nicht vor der Regelverjährung für die Gewährleistung von 4 Jahren.

4. Abnahme

Die Gemeinde ist nach § 12 VOB/B verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen. Liegen unwesentliche Mängel vor, berechtigt das nicht, die Abnahme zu verweigern. Nimmt die Gemeinde ein mangelhaftes Werk ab, obschon sie den Mangel kennt, behält sie ihre Rechte nur, wenn sie sich die Mängelbeseitigung vorbehält. Werke mit wesentlichen Mängeln brauchen nicht und sollten auch nicht abgenommen werden.

Unwesentlich ist ein Mangel, wenn es der Gemeinde zumutbar ist, die Leistung als im wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung anzunehmen und sich mit Gewährleistungsansprüchen zu begnügen. Dies ist anhand von Art und Umfang des Mangels sowie seiner konkreten Auswirkungen nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung der beiderseitigen Interessen zu beurteilen (BGH, NJW 1981, 1448 und 1992, 2481).

In der Variante a) könnte es sich um einen unwesentlichen Mangel handeln, während in den Varianten b) und c) nach BGB wesentliche Mängel, nach VOB/B vertragswidrige Leistungen vorliegen.

Beispiel 2: Mängel des Architektenwerks

Eine Gemeinde beauftragt einen Architekten mit der Planung eines neuen Schulgebäudes. In den Ausführungsplänen sind in den Grundrissen keine Schlitze eingezeichnet.

Hier richten sich die Ansprüche der Gemeinde gegen den Architekten nach BGB-Werkvertragsrecht.

1. Mängelbeseitigungsansprüche vor der Abnahme

Nach dem BGB in der bisherigen Fassung, das - mit Ausnahme der Verjährungsvorschriften - für vor dem 01.01.2002 geschlossene Verträge weiterhin gilt, hat die Gemeinde vor der Abnahme der Leistung (Billigung des geistigen Werkes) einen Anspruch aus § 631 Abs. 1, § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. auf Herstellung eines mangelfreien Werks. (Systematisch handelt es sich dabei sowohl um einen vertraglichen Erfüllungsanspruch - Herstellungsanspruch -, also im Beispiel 2 um den Anspruch auf ordnungsgemäße Pläne nach § 631 Abs. 1, § 633 Abs. 1 BGB a.F., als auch um einen „modifizierten“ vertraglichen Erfüllungsanspruch - Nachbesserungsanspruch - nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F., der auf die Berichtigung der Pläne, also auf die Beseitigung bestimmter Mängel nach Erbringen der Architektenleistung gerichtet ist, solange diese Mängel noch nicht ins Bauwerk eingegangen sind.) Die Gemeinde kann bis zur

Abnahme der Architektenleistung die Neuherstellung des Werks verlangen. Der Architekt kann seine Verpflichtung nach seiner Wahl durch Neuherstellung oder durch Beseitigung der Mängel am hergestellten Werk erfüllen. An dieser Rechtslage hat sich nichts geändert. Der „Nachbesserungsanspruch“ des § 633 Abs. 2 Satz 1 des BGB in der alten Fassung heißt jetzt „Nacherfüllungsanspruch“ und ist in § 634 Nr. 1, § 635 BGB n.F. geregelt. Wenn offensichtlich wäre, daß der Architekt seine Leistung nicht mehr erbringen kann, könnte die Gemeinde ausnahmsweise vor Abnahme die Mängelrechte nach §§ 634, 635 BGB a.F. geltend machen, nämlich Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl. unten). Die vorgenannten Rechte sind im geänderten BGB in den §§ 634 ff. geregelt.

2. Mängelbeseitigungsansprüche nach der Abnahme

Nach der Abnahme erlischt bei einem BGB-Werkvertrag der Erfüllungsanspruch. Der Nachbesserungsanspruch des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. (jetzt „Nacherfüllungsanspruch“ nach § 635 BGB n.F.) bleibt bestehen, beschränkt sich aber auf das abgenommene Werk. Die Gemeinde kann im Beispiel also nur noch die Berichtigung der Pläne verlangen.

Nach alter Rechtslage kann die Gemeinde, wenn der Architekt mit der Berichtigung der Pläne in Verzug ist, nach § 633 Abs. 3 BGB a.F. den Mangel selbst beseitigen („Ersatzvornahme“) und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen („Kostenerstattungsanspruch“) verlangen. Setzt die Gemeinde dem Architekten eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels mit der Erklärung, daß sie nach deren Ablauf die Beseitigung des Mangels ablehne, erlischt der Nachbesserungsanspruch mit Ablauf der Frist. Die Gemeinde kann zu den Gewährleistungsansprüchen (Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung) übergehen.

In § 634 des neuen BGB sind nunmehr die Mängelrechte des Bestellers abschließend geregelt. Sie verweisen in weitem Umfang in das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Die Gemeinde hat danach das Recht, Nacherfüllung (früher: Nachbesserung) zu verlangen (§ 634 Nr. 1, § 635 BGB n.F.), das Recht zur Selbstvornahme (früher: Ersatzvornahme) nach § 634 Nr. 2, § 637 BGB n.F., das Recht, vom Vertrag zurückzutreten (früher: Wandelung) nach § 634 Nr. 3, §§ 636, 323, 326 Abs. 5 BGB n.F., das Recht, den Werklohn zu mindern (§ 634 Nr. 3, § 638 BGB n.F.) und das Recht, Schadensersatz oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu verlangen (§ 634 Nr. 4, §§ 636, 280, 281, 283, 311 a, 284 BGB n.F.). Die Gemeinde muß zunächst Nacherfüllung verlangen. Erst wenn eine angemessene Frist zur Nacherfüllung fruchtlos abgelaufen ist, kann sie zu den übrigen Rechten übergehen. Wesentlicher Unterschied zum bisherigen Recht ist, daß eine früher mit dem Verlangen der Nacherfüllung zu verbindende Ablehnungsandrohung nicht mehr erforderlich ist.

Nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. verjähren die Mängelbeseitigungsansprüche gegen den Architekten in 5 Jahren, da die Planungsleistung auf die Herstellung eines Bauwerks gerichtet ist.

Beispiel 3: Mangel- und Mangelfolgeschaden

Eine Gemeinde beauftragte im September 1995 einen Geologen mit der Durchführung von Bodenuntersuchungen für die Gründungsarbeiten beim Bau einer Turnhalle. Er kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, daß der Hallenfußboden auf eine Auffüllung aus verdichtetem Kiessand aufgebracht werden kann. Die Halle wurde errichtet und in Benutzung genommen. Im Jahre 2000 stellte die Gemeinde fest, daß sich der Hallenboden wegen unzureichender Gründung senkte. Sie machte im Jahr 2001 einen Schadensersatzanspruch gegen den Bodengutachter wegen der Beseitigungskosten und der entstandenen Vermessungskosten geltend (nach BGH, BauR 1979, 76).

In derartigen Fällen war nach bisherigem Recht im Hinblick auf die Verjährung die Abgrenzung, ob es sich um Mangelschäden oder um nahe oder entfernte Mangelfolgeschäden handelte, entscheidend. Die Ansprüche wegen der Mangelschäden und der nahen Mangelfolgeschäden unterlagen der kurzen Verjährung des § 638 BGB a.F. von 5 Jahren, während für die Ansprüche wegen entfernter Mangelfolgeschäden aus positiver Vertragsverletzung die 30jährige Verjährungsfrist galt. Die wichtige Abgrenzung zwischen nahen und entfernten Mangelfolgeschäden war oft schwierig.

Der BGH hat Bauwerksschäden, die auf Fehlern des Werks eines geologischen Baugrundgutachters oder auf Fehlern eines Architekten, Statikers oder Vermessungsingenieurs beruhten, wegen der Verkörperung der Planungsleistung im Bauwerk selbst als nahen Mangelfolgeschaden angesehen und der kurzen Verjährung des § 638 BGB a.F. unterstellt. Der Anspruch gegen den Bodengutachter war damit im Jahre 2001 verjährt. Ebenfalls als naher Mangelfolgeschaden beurteilt wurden der entgangene Gewinn, ein verbleibender Minderwert, die Kosten für ein Gutachten und für ein gerichtliches Beweissicherungsverfahren usw. Schäden an anderen Rechtsgütern, wie am Mobiliar oder an der Betriebseinrichtung, unterlagen dagegen als entfernte Mangelfolgeschäden ebenso wie vertragliche Nebenpflichtverletzungen der regelmäßigen 30jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB.

Diese wichtige Abgrenzung von Mangel, nahem und entferntem Mangelfolgeschaden im Hinblick auf die Verjährung von Schadensersatzansprüchen ist nicht mehr notwendig, da das neue BGB nunmehr eine einheitliche Schadensersatzvorschrift enthält, auf die § 634 Nr. 4 BGB n.F. Bezug nimmt. Diese Ansprüche unterliegen alle der kurzen Verjährung des § 634 a BGB. Die Abgrenzung zu Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, die der regelmäßigen dreijährigen Verjäh-

rungsfrist unterliegen, bleibt dagegen von Bedeutung, weil § 634 Nr. 4 BGB und somit auch die Verjährungsvorschrift des § 634 a BGB nicht auf § 282 BGB verweisen.

Die VOB/B 2002 enthält für den VOB-Vertrag in § 13 Nr. 7 eine eigene, neu gestaltete Regelung, die im wesentlichen folgenden Inhalt hat: Abs. 1 und Abs. 2 behandeln Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit sowie Schäden wegen vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachter Mängel. Für Schäden an der baulichen Anlage (Abs. 3) besteht bei Verschulden des Auftragnehmers eine Schadensersatzpflicht, wenn ein wesentlicher Baumangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit der baulichen Anlage erheblich beeinträchtigt. Für darüber hinausgehende Schäden kann Schadensersatz nur geltend gemacht werden, wenn der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht, wenn der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder wenn der Schaden durch die gesetzliche Haftpflichtversicherung des Auftragnehmers gedeckt ist oder gedeckt sein müßte.

Beispiel 4: Verjährung und Kenntnis der Anspruchsvoraussetzungen

Die Schlußrechnung eines Unternehmers geht am 01.09.1998 bei der Gemeinde ein. Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt prüft die Schlußrechnung und gibt sodann die Schlußzahlung frei, die am 01.10.1998 geleistet wird. Bei einer Prüfung im Mai 2000 wird eine Überzahlung festgestellt. Ist der Rückzahlungsanspruch verjährt?

Nach der alten Rechtslage begann die Verjährung des Anspruchs auf Rückzahlung des zuviel bezahlten Betrags nach § 812 BGB mit seiner Entstehung, d.h. wenn er als fälliger Anspruch im Wege einer Klage geltend gemacht werden konnte. Hier ist der Anspruch mit der Schlußzahlung entstanden. Der Anspruch nach § 812 BGB unterlag der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren. Grenze war die Verwirkung, welche die Rechtsprechung in derartigen Fällen bei 6 - 7 Jahren annahm. Der Anspruch ist demnach nicht verjährt.

Nach neuer Rechtslage (§ 199 Abs. 1 BGB n.F.) beginnt die regelmäßige Verjährung, wenn der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Sie beginnt mit Ablauf des Jahres, in dem die Kenntnis erlangt wurde oder hätte erlangt werden müssen. Der Beginn am Jahresende dient der Beweiserleichterung; die Kenntnis muß in aller Regel nicht taggenau festgestellt werden. Nach einer im Gesetz bestimmten Frist, hier von zehn Jahren, ist der Anspruch unabhängig von der erlangten Kenntnis verjährt (§ 199 Abs. 4 BGB n.F.).

Der Verjährungsbeginn für den Rückzahlungsanspruch hängt demnach von der Kenntnis der Gemeinde vom Entstehen des Anspruchs ab. Dabei ist die Kenntnis des zuständigen Bediensteten entscheidend. Dies können mehrere Bedienstete verschiedener Abteilungen sein, die sog. Wissensvertreter sind (BGH, NJW 1997, 1584 und NJW 1994, 1150). Die Gemeinde muß sich die Kenntnis eines bauüberwachenden Architekten regelmäßig zurechnen lassen, diejenige von Bauunternehmern und Polieren nicht (BGH, NJW 1977, 375).

Im Beispiel 4 hat der Architekt die Schlußzahlung fälschlicherweise freigegeben. Unterstellt, ihm war der Fehler nicht bewußt, auch nicht infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt, hatte er damit von dem Rückzahlungsanspruch keine Kenntnis. Die Verjährung des Bereicherungsanspruchs beginnt somit erst, nachdem die Überzahlung durch die Prüfung im Mai 2000 dem zuständigen Bediensteten der Gemeinde bekannt wurde. Die regelmäßige Verjährungsfrist nach neuem Recht beträgt 3 Jahre. Nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB gilt für den am 01.01.2002 noch nicht verjährten Rückzahlungsanspruch aus einem vor dem 01.01.2002 abgeschlossenen Vertrag das neue Verjährungsrecht, falls die Frist - wie hier - nach neuem Recht kürzer ist als die nach altem Recht. Die Frist wird vom 01.01.2002 an berechnet. Der Anspruch verjährt demnach am 31.12.2004 (vgl. nachstehend Beispiel 5 d).

Beispiel 5: Verjährung und Übergangsregelungen

a) Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB, Anwendung des neuen Rechts

Am 05.05.1999 schlossen eine Gemeinde und ein Architekt einen Architektenvertrag über Planungsleistungen (Leistungsphasen 1 bis 5 nach § 15 HOAI) für ein Schulgebäude. Die Ausführungspläne wurden ab 05.09.1999 verwendet und damit abgenommen. Während der Errichtung des Schulgebäudes, spätestens am 15.06.2000, zeigte sich, daß in den Ausführungsplänen in den Grundrissen keine Schlitze eingezeichnet waren. Nachdem das Bauwerk ohne Schlitze errichtet worden war, machte die Gemeinde gegen den Architekten im Dezember 2000 einen Anspruch auf Ersatz der dadurch entstandenen Kosten geltend. Was ist für die Verjährung zu beachten?

Die Verjährung richtet sich nach der Übergangsregelung des Art. 229 § 6 EGBGB (s. den Text in der Anlage). Nach Art. 229 § 6 Abs.1 Satz 1 EGBGB gilt das neue Verjährungsrecht für alle am 01.01.2002 bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche. Dabei bestimmen sich nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung für die Zeit vor dem 01.01.2002 nach altem Recht.

Die Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. beträgt 5 Jahre. Sie begann am 06.09.1999, am Tag nach der Abnahme des Architekten-

werks. Sie endet nach § 638 BGB a.F. mit Ablauf des 05.09.2004. Der Schadensersatzanspruch war am 01.01.2002 noch nicht verjährt, so daß nach Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB das neue Verjährungsrecht gilt. Die Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch nach neuem Recht beträgt ebenfalls 5 Jahre (§ 634 a Nr. 2 BGB). Sie endet mit Ablauf des 05.09.2004.

b) Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB, Übergangsregelung für Hemmung und Unterbrechung

Im Beispiel a) erhob die Gemeinde am 15.02.2001 gegen den Architekten Klage auf Schadensersatz. Am 15.01.2002 fand eine mündliche Verhandlung bei Gericht statt. Die Parteien betreiben den Prozeß seitdem nicht weiter. Welche Auswirkungen ergeben sich für die Verjährung?

Die Klage wurde vor dem 01.01.2002 (Tag des Inkrafttretens des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes) erhoben. Nach altem Recht wurde die Verjährungsfrist durch die Erhebung der Klage unterbrochen (§ 209 BGB a.F.). Die Unterbrechung der Verjährung war am 01.01.2002 noch nicht beendet. Die Unterbrechung endete nach altem Recht am 15.01.2002, dem Tag der letzten Prozeßhandlung des Gerichts (§ 211 Abs. 2 BGB a.F.). Der Anspruch wäre damit bei fünfjähriger Verjährungsfrist nach § 638 BGB a.F. am 15.01.2007 verjährt.

Nach neuem Recht wird der Lauf der Verjährungsfrist durch Erhebung einer Klage gehemmt. Im Unterschied zu einer Unterbrechung, bei der die Verjährungsfrist nach Beendigung der Unterbrechung neu zu laufen beginnt, wird bei einer Hemmung der Zeitraum der Hemmung in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet. Die meisten Unterbrechungstatbestände nach altem Recht (z.B. Erhebung einer Klage, Zustellung eines Mahnbescheides, Antrag auf Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens) wurden nach neuem Recht zu Hemmungstatbeständen „herabgestuft“.

Für das Beispiel b) bestimmt die Übergangsregelung des Art. 229 § 6 Abs.2 EGBGB, daß die Unterbrechung der Verjährung mit Ablauf des 31.12.2001 beendet ist und die neue Verjährung mit Beginn des 01.01.2002 wegen der eingereichten Klage gehemmt ist. Nach § 204 Abs. 2 BGB n.F. endet die Hemmung 6 Monate nach der letzten Verfahrenshandlung (mündliche Verhandlung bei Gericht) am 15.07.2002. Die nach Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB anzuwendende fünfjährige Verjährungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. endet damit am 15.07.2007. Der Vergleich mit dem alten Recht (Art. 229 § 6 Abs. 3 und 4 EGBGB) führt zu keinem anderen Ergebnis, da die Verjährungsfrist nach altem Recht ebenfalls 5 Jahre betrug.

c) Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB, längere Verjährungsfrist nach neuem Recht

Die Schlußrechnung eines Bauunternehmers ging am 05.10.2000 bei der Gemeinde ein. Wann verjährt die Vergütungsforderung?

Nach dem BGB a.F. unterlagen Werklohnansprüche einer zweijährigen Verjährungsfrist (§ 196 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.). Die Frist begann am Ende des Kalenderjahres (§ 201 BGB a.F.), in dem der Anspruch entstanden war. Dies ist regelmäßig der Zeitpunkt der Fälligkeit. Der Anspruch war nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B 2 Monate nach Zugang der Schlußrechnung fällig, also am 05.12.2000. Die Frist begann mit Ablauf des 31.12.2000 und endet mit Ablauf des 31.12.2002.

Nach dem BGB n.F. unterliegt ein Werklohnanspruch der regelmäßigen Verjährung von 3 Jahren. Die Verjährung beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von dem Anspruch und dem Schuldner Kenntnis erlangt hat oder erlangt haben müßte (§§ 195, 199 BGB n.F.). Dies wäre hier aufgrund der Rechnungsstellung ebenfalls der Ablauf des Jahres 2000. Die neue Verjährungsfrist würde am 31.12.2003 enden.

Die Verjährungsfrist nach neuem Recht ist also länger als die Verjährungsfrist nach altem Recht. In diesem Fall verbleibt es nach Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB aus Schuldnerschutzgründen bei der bisherigen (kürzeren) Frist.

d) Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB, kürzere Verjährungsfrist nach neuem Recht

Für den Überzahlungsanspruch aus dem Beispiel 4 ergab sich nach altem Recht eine Verjährungsfrist von 30 Jahren (§§ 812, 195 BGB a.F.). Der Anspruch würde am 01.10.2028 verjähren. Nach neuem Recht beträgt die Verjährungsfrist 3 Jahre. Sie hätte, nachdem die Gemeinde im Mai 2000 von der Überzahlung an die Baufirma erfuhr, am 01.01.2001 begonnen und am 31.12.2003 geendet (§ 199 Abs. 1, § 195 BGB n.F.).

Die Verjährungsfrist nach neuem Recht ist kürzer als die Verjährungsfrist nach altem Recht. Für diese Fälle sieht Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB vor, daß die kürzere Frist vom 01.01.2002 an (Tag, an dem die neuen Regelungen des BGB in Kraft getreten sind) berechnet wird. Die Verjährungsfrist endet am 31.12.2004 (§ 188 Abs. 2 BGB).

EAPI.: 80 (804)

Anlage: Art. 229 § 6 EGBGB

Art. 229 § 6 EGBGB

§ 6. Überleitungsvorschrift zum Verjährungsrecht nach dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001.

(1) ¹Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verjährung in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung finden auf die an diesem Tag bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. ²Der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung bestimmten sich jedoch für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002 nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung. ³Wenn nach Ablauf des 31. Dezember 2001 ein Umstand eintritt, bei dessen Vorliegen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung eine vor dem 1. Januar 2002 eintretende Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt oder als erfolgt gilt, so ist auch insoweit das Bürgerliche Gesetzbuch in der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung anzuwenden.

(2) Soweit die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung anstelle der Unterbrechung der Verjährung deren Hemmung vorsehen, so gilt eine Unterbrechung der Verjährung, die nach den anzuwendenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung vor dem 1. Januar 2002 eintritt und mit Ablauf des 31. Dezember 2001 noch nicht beendet ist, als mit dem Ablauf des 31. Dezember 2001 beendet, und die neue Verjährung ist mit Beginn des 1. Januar 2002 gehemmt.

(3) Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung länger als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der im Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmten Frist vollendet.

(4) ¹Ist die Verjährungsfrist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung kürzer als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung, so wird die kürzere Frist von dem 1. Januar 2002 an berechnet. ²Läuft jedoch die im Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmte längere Frist früher als die im Bürgerlichen Gesetzbuch in der seit diesem Tag geltenden Fassung bestimmten Frist ab, so ist die Verjährung mit dem Ablauf der im Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmten Frist vollendet.

(5) Die vorstehenden Absätze sind entsprechend auf Fristen anzuwenden, die für die Geltendmachung, den Erwerb oder den Verlust eines Rechts maßgebend sind.

(6) Die vorstehenden Absätze gelten für die Fristen nach dem Handelsgesetzbuch¹⁾ und dem Umwandlungsgesetz²⁾ entsprechend.

¹⁾ Nr. 50.

²⁾ Nr. 52 a.

Bau 9 Umgang mit Angeboten, die Spekulationspreise enthalten

1. Allgemeines zur Spekulation

Die Konjunkturflaute in der Bauwirtschaft hält unvermindert an. Der immer härtere Wettbewerb veranlaßt die Baufirmen, nicht erst während der Bauausführung, sondern bereits bei der Angebotskalkulation Fehler der Auftraggeberseite möglichst zum eigenen Vorteil zu nutzen.

Folge dieses Verhaltens ist eine stetig zunehmende Zahl von Angeboten mit Spekulationspreisen. Während der private Auftraggeber hierauf im Rahmen der Preisverhandlung und der Bauausführung frei von äußeren Zwängen reagieren kann, hat sich die öffentliche Hand strikt an die Wertungsgrundsätze der VOB/A und an die Ausführungsregelungen der VOB/B zu halten. Jedoch hat auch die öffentliche Hand eine Reihe von Möglichkeiten, sich gegen die oft mit Spekulationspreisen verbundenen erheblichen Nachteile zur Wehr zu setzen, und zwar schon bei der Ausschreibung, aber auch bei der Wertung und Vergabe sowie bei der Baudurchführung. Wir haben uns mit der Behandlung von Spekulationsangeboten auch schon in unseren Geschäftsberichten 1994, S. 177 ff., und 1999, S. 74 ff., befaßt.

1.1 Was sind Spekulationspreise?

Der seriös kalkulierende Bieter bietet im Leistungsverzeichnis einen Preis an, der sich an den Kosten der geforderten Leistung orientiert. Dessen Höhe basiert zum einen auf objektiv bestimmbareren Einzelkosten der Teilleistungen (z.B. Materialpreis) und hängt zum anderen von firmen- und baustellenspezifischen Geschäfts- und Gemeinkosten ab.

Demgegenüber wird der spekulative Einheitspreis unabhängig von den Kosten der geforderten Leistung gebildet, und zwar vorwiegend mit der Zielsetzung, „aus den erwarteten Änderungen von Teilleistungen gegenüber der Leistungsbeschreibung einen finanziellen Vorteil zu ziehen“ (Schelle/Erkelenz, VOB/A, Alltagsfragen und Problemfälle zu Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen, Nr. 21.13). Häufig werden Einheitspreise von nur 0,01 ct, 0,10 ct oder 1 €, nicht selten in Kombination mit stark überhöhten Einheitspreisen anderer Positionen (z.B. der Baustelleneinrichtung), angeboten.

1.2 Ursachen für die Abgabe von Spekulationspreisen

Aus Sicht des Unternehmers sind Spekulationspreise nur dann sinnvoll, wenn er annehmen kann, daß sich der ausgeschriebene Mengenvordersatz bei der Ausführung in

die von ihm erwartete Richtung ändert, also höhere oder niedrigere Mengen als ausgeschrieben abgerechnet werden. Mengenänderungen können verschiedene Ursachen haben:

- a) Der Auftraggeber ordnet während der Ausführung Abweichungen vom Bauentwurf an.
- b) Der ausschreibende Architekt/Ingenieur hat die Mengen unzutreffend ermittelt, und zwar
 - aa) entweder **vorsätzlich**, beispielsweise um einem bestimmten, eingeweihten Bieter einen Vorteil zu verschaffen oder um sich Mengenreserven für eventuelle Nachtragsforderungen zu sichern, oder
 - ab) **fahrlässig**, wenn er beispielsweise versäumt hat, ein Bodengutachten erstellen zu lassen, oder
 - ac) **nicht schuldhaft**, wenn sich der der Ausschreibung zugrundeliegende Kenntnisstand aufgrund nachträglicher Erkenntnisse als unzutreffend erweist (unvorhersehbare Umstände).
- c) Der Unternehmer beabsichtigt bereits bei der Angebotsabgabe, im Auftragsfall mit dem oder auch gegen den Willen des Bauherrn eine andere oder eine von der ausgeschrieben abweichende Leistung auszuführen, so daß die ausgeschriebenene Leistung ganz oder teilweise entfällt oder die Leistungsmenge sich erhöht.

Während den unter a) genannten Leistungsänderungen in aller Regel keine Spekulation vorausgeht, weil sie für den Auftragnehmer nicht vorhersehbar sind (außer für den Bieter ist erkennbar, daß die ausgeschriebenene Leistung aus technischen Gründen geändert werden muß), verdeutlichen die Ausführungen unter b, aa) und ab), daß die sicherste Möglichkeit, einen Bieter zu einer seriösen Preisgestaltung an- und von der Bildung von Spekulationspreisen abzuhalten, grundsätzlich eine sorgfältige und zutreffende Mengenermittlung auf der Grundlage der Ausschreibungsplanung ist. Aber auch der unter b, ac) angeführte Umstand kann Spekulationspreise auslösen, beispielsweise wenn ein Bieter als ortsansässiges Unternehmen über Detailinformationen verfügt, die dem Ausschreibenden und anderen Mitbewerbern nicht bekannt sind.

Dem unter c) genannten Spekulationsverhalten kann der Auftraggeber bei der Ausschreibung nicht und bei der Wertung nur in Ausnahmefällen (etwa bei Anhaltspunkten für das beabsichtigte Verhalten des Bieters) entgegenwirken; hierzu ist ein konsequentes Handeln während der Bauausführung erforderlich (vgl. hierzu unten, Abschnitt 3, Verhalten des Auftraggebers während der Bauausführung).

2. Verhalten des Auftraggebers bei der Wertung

Die Beauftragung von Angeboten mit Spekulationspreisen kann für den Auftraggeber mit erheblichen Risiken verbunden sein. Deshalb ist es von besonderer Bedeutung, daß der Auftraggeber und der von ihm mit der Leistungsphase 7 beauftragte Architekt/Ingenieur alle Möglichkeiten kennen, wie bereits im Rahmen der Wertung angemessen auf Spekulationspreise reagiert werden kann.

In den folgenden Ausführungen erläutern wir das Instrumentarium, das dem an die VOB/A gebundenen öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung steht. Wir stellen zunächst die grundsätzlich gegebenen angemessenen Reaktionsmöglichkeiten auf Spekulationspreisangebote vor (unten, Ziff. 2.1) und ordnen diese Alternativen anschließend dem Umfang voraussichtlicher Abweichungen zwischen Ausschreibungs- und Abrechnungsmenge zu (unten, Ziff. 2.2).

2.1 Grundsätzliche Reaktionsmöglichkeiten des Auftraggebers auf Spekulationspreisangebote

Wenn ein Spekulationspreisangebot abgegeben wird, stellen sich für den öffentlichen Auftraggeber im wesentlichen drei Fragen:

- Führt die Beauftragung eines Angebots mit Spekulationspreisen zu einer **Wettbewerbsverzerrung**?
- Besteht für den Bauherrn ein **Wirtschaftlichkeitsrisiko** infolge der Spekulationspreise?
- Ist der spekulierende Bieter ausreichend **zuverlässig**, um die Baumaßnahme korrekt abwickeln zu können?

In Abhängigkeit von den zuvor genannten Fragen bestehen für den öffentlichen Bauherrn verschiedene Möglichkeiten für den Umgang mit Spekulationspreisangeboten bei der Angebotswertung.

2.1.1 Ausschluß als Untergebot

Ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis i.S. des § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A liegt vor, wenn ein Mißverhältnis zwischen Preis und Leistung besteht. Für diese Beurteilung ist nach der Rechtsprechung des BGH (Entscheidung vom 21.10.1976, Az. VII ZR 327/74, BauR 1977, 52) ausschließlich die Gesamtangebots-

summe maßgebend. Einzelne oder mehrere spekulative Einheitspreise sind deshalb i.d.R. für die Beurteilung, ob ein Unterangebot vorliegt, nicht von Bedeutung.

„Ausnahmsweise kann sich ein deutliches Mißverhältnis zwischen Preis und Leistung auch aus dem Preis einzelner Positionen ergeben. Diese müssen jedoch einen gewichtigen Teil des Gesamtumfangs ausmachen,“ (OLG Celle, Beschluß vom 19.10.2001, 13 Verg 12/01).

Liegt ein Unterangebot vor, ist dieses auszuschneiden.

2.1.2 Aufhebung der Ausschreibung

Der Bieter darf nach § 9 Nr. 1 VOB/A eine eindeutige und zutreffende Leistungsbeschreibung mit korrekten Mengenangaben erwarten. Diese Regelung der VOB/A hat bieterschützenden Charakter, so daß ein Verstoß den Bieter in seinen Rechten verletzt (§ 97 Abs. 7 GWB). Für hieraus resultierende Vergabefehler haftet der Ingenieur (vgl. OLG Dresden, Vergabesenat, Beschluß vom 10.01.2000, BauR 2000, 1582).

Ergibt eine Überprüfung der Ausschreibungsmengen (unten, Ziff. 2.2.1) bei der Angebotswertung wesentliche Abweichungen von den Mengenvordersätzen des Leistungsverzeichnisses, ist zu prüfen, ob die Ausschreibung aus schwerwiegendem Grund nach § 26 Nr. 1 c VOB/A aufzuheben ist, weil

- die Bieter einen Anspruch auf Aufhebung der Ausschreibung haben (wegen möglicher Wettbewerbsverzerrung) oder
- eine Aufhebung aus Wirtschaftlichkeitserwägungen im Interesse des Bauherrn liegt.

In die Entscheidung über die Aufhebung der Ausschreibung sollten auch mögliche, aus der Aufhebung resultierende Schadensersatzansprüche der teilnehmenden Bieter einbezogen werden. Bezüglich eines Schadensersatzanspruches des Wettbewerbsgewinners wird es im Einzelfall darauf ankommen, ob dieser gerade bei den Mengen, die sich erheblich ändern, Spekulationspreise angeboten hat. Ein Bieter, der Spekulationspreise anbietet, hat keinen Anspruch auf die Erteilung des Zuschlags - und damit auch keinen Anspruch auf Schadensersatz bei einer Aufhebung der Ausschreibung -, wenn seine Spekulation zu einem für den Bauherrn unwirtschaftlichen Ergebnis führen würde.

Nach Korrektur der fehlerhaften Ausschreibungsmengen ist erneut auszuschreiben, in begründeten Ausnahmefällen kann auch eine freihändige Vergabe in Betracht kommen.

2.1.3 Überprüfung der Wirtschaftlichkeit eines Angebotes

Die sachgerechte Prüfung und Wertung eines Angebots mit Spekulationspreisen enthält immer die Beurteilung, ob dieses Angebot ein Wirtschaftlichkeitsrisiko für den Bauherrn darstellt.

Eine erste qualitative Einschätzung dieses Risikos ist möglich, indem festgestellt wird, wie hoch der Anteil des objektiven Wertes der Bauleistung, für die spekulative Preise angeboten wurden, an der Gesamtauftragssumme ist. Dazu ist die Summe aller Positionen, bei denen spekuliert wurde, der Kostenberechnung des Architekten oder der entsprechenden Summe eines nicht spekulierenden Bieters gegenüberzustellen und ins Verhältnis zur Gesamtauftragssumme zu setzen. Allerdings ist zu beachten, daß auch schon die Spekulation bei einer einzigen Position ein enormes Risiko für den Bauherrn enthalten kann, wenn diese Leistung von maßgebender Bedeutung für die Baumaßnahme ist und/oder zusätzlich mit Unsicherheiten bei der Ausschreibungsmenge behaftet ist.

2.1.3.1 Wirtschaftlichkeitsrisiko von Mengenänderungen (sog. +- 10 % Rechnung)

Das Wirtschaftlichkeitsrisiko von Mengenänderungen wird in aller Regel beurteilt, indem die Ausschreibungsmengen fiktiv in die vom Bieter erwartete Richtung geändert werden.

a) Grundpositionen

Hinweise zu dieser Angebotswertung mit fiktiven Mengenänderungen finden sich in FSt 171/1998. Die Darstellung legt zugrunde, daß der Bauherr Mängel der Ausschreibung - beispielsweise alle Mengenangaben - im Rahmen der Wertung grundsätzlich nicht einseitig korrigieren darf, da er ansonsten nachträglich in den Wettbewerb eingreift. Andererseits ergibt sich aus § 2 Nr. 3 VOB/B, daß Mengenänderungen im Bereich von +- 10 % bauvertragsimmanent sind. In dieser Größenordnung darf der Bauherr den Spekulationsansätzen des Bieters auch im Rahmen der Wertung entgegen treten. Die Anknüpfung an die vertragliche Regelung des § 2 Nr. 3 VOB/B ist entgegen der Ansicht von Thormann („Die Wertung von Spekulationspreisangeboten nach § 25 VOB/A“, BauR 2000, 953) zulässig und systemgerecht. VOB/A und VOB/B sind miteinander verknüpft. Das folgt aus § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A, der die Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag verbindlich vorschreibt. Gesichtspunkte, die sich im Vertrag widerspiegeln, können problemlos bei der Wertung berücksichtigt werden.

Zum besseren Verständnis des Vorgehens bei der Wertung spekulativer Angebote im Rahmen der +/- 10 % Gegenrechnung zur Spekulation des Bieters wird das folgende Beispiel dargestellt:

	Angebot A		Angebot B	
	EP	GP	EP	GP
Spundwand 300 m ²	5 €	1.500 €	50 €	15.000 €
Aushub Bkl. 7 1000 m ³	1 €	1.000 €	30 €	30.000 €
Beton B 25 400 m ³	10 €	4.000 €	80 €	32.000 €
Angebotsgesamtpreis aller Positionen	970.800 €		976.500 €	
Angebotsgesamtpreis bei einer Mengenminderung von 10 % in den dargestellten spekulativen Positionen	970.150 €		968.800 €	

Am Preisspiegel fällt auf, daß in dem nach dem Angebotspreis vorne liegenden Angebot A (Angebotssumme 970.800 €) augenscheinlich bei den drei Positionen Spundwand, Aushub in Bodenklasse 7 und Beton spekuliert wurde. Bieter A rechnet offenbar damit, daß sich die Mengen dieser Positionen deutlich verringern werden. Das vom Angebotspreis her nächstfolgende Angebot B (Angebotssumme 976.500 €) erscheint, wie auch die übrigen Angebote der engeren Wahl, kostengerecht und damit seriös kalkuliert.

Zur Ermittlung des Wirtschaftlichkeitsrisikos werden in beiden Angeboten die Mengen der Positionen, bei denen spekuliert wurde, fiktiv um 10 % verringert und die jeweiligen fiktiven Angebotssummen errechnet:

- Fiktiver Angebotspreis A = $970.800 \text{ €} - 0,10 \times (300 \text{ m}^3 \times 5 \text{ €} + 1.000 \text{ m}^3 \times 1 \text{ €} + 400 \text{ m}^3 \times 10 \text{ €}) = 970.150 \text{ €}$
- Fiktiver Angebotspreis B = $976.500 \text{ €} - 0,10 \times (300 \text{ m}^3 \times 50 \text{ €} + 1.000 \text{ m}^3 \times 30 \text{ €} + 400 \text{ m}^3 \times 80 \text{ €}) = 968.800 \text{ €}$

Ergebnis: In der Vergleichswertung ist das Angebot B günstiger als das Angebot A. Da eine Mengenverschiebung in der der Vergleichswertung zugrundeliegenden Größenordnung möglich ist, darf in Anbetracht des Wirtschaftlichkeitsrisikos das Angebot A beim Zuschlag übergangen werden.

Bei der Vergleichswertung ist zu berücksichtigen, welche Mengenänderungen bei der Bauausführung tatsächlich zu erwarten sind. Hat die Überprüfung der Ausschreibungsmengen Abweichungen von weniger als 10 % ergeben (z.B. statt 40 Kernbohrungen sind nur 38 zu erwarten), ist die Vergleichswertung nur mit dieser tatsächlich

erwarteten Menge (hier: 38 Stück) durchzuführen. Bleibt die tatsächlich auszuführende Menge hingegen ungewiß (hierzu unten, Ziff. 2.2.2), kann der Bauherr die spekulativen Positionen grundsätzlich höchstens mit +/-10 % gegenrechnen. Mengenänderungen von **mehr als 10 %** der Ausschreibungsmenge sind allenfalls in besonderen Ausnahmefällen zulässig (z.B. bei der Wasserhaltung), wenn eine objektive Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ergibt, daß die mit den Spekulationspreisen für den Bauherrn verbundenen Risiken von diesem nicht hinzunehmen sind und ausgeschlossen ist, daß der Bauherr durch Mengenänderungen seinerseits manipulierend in die Wettbewerbsergebnisse eingreift.

b) Bedarfspositionen

Im Leistungsverzeichnis enthaltene Bedarfspositionen (Eventualpositionen) sind bei einer Vergleichswertung grundsätzlich zu behandeln wie alle anderen (Grund-)Positionen. Der Bauherr, der Bedarfspositionen ausschreibt, gibt zu erkennen, daß er diese Leistungen fordern wird, sobald sich der Bedarf einstellt. Es ist ein schutzwürdiges Interesse des Bieters, daß diese Positionen auch gewertet werden. Gegensätzliche Auffassungen, Bedarfspositionen dürften - insbesondere wenn sie spekulative Preise enthalten - bei der Wertung generell unberücksichtigt bleiben, werden aus diesen Gründen nicht geteilt (vgl. FSt 139/2000). Allerdings ist gerade auch bei Bedarfspositionen nach objektiven Kriterien die Wirtschaftlichkeit im Hinblick auf das für den Bauherrn mit den Spekulationspreisen verbundene Risiko zu prüfen.

c) Stundenlohnarbeiten

Ein Sonderfall der Bedarfspositionen sind die Stundenlohnarbeiten, wenn im Stadium der Ausschreibung weder bestimmt noch geschätzt werden kann, ob und in welchem Umfang diese Leistungen anfallen. Die Ausführung von Stundenlohnarbeiten ist auch grundsätzlich gesondert zu vereinbaren, ihre bloße Aufnahme in das Leistungsverzeichnis führt für sich nicht zu einem Vergütungsanspruch der Baufirma. Deshalb halten wir es für vertretbar, die Mengen von Stundenlohnarbeiten mit spekulativen Preisen bei einer Vergleichswertung auf Null zu setzen, d.h. gänzlich unberücksichtigt zu lassen (vgl. auch VOB-Stellen-Info vom 30.11.1989, FSt 251/1990 und 180/1989, außerdem Heiermann/Rusam/Riedl, Handkommentar zur VOB, 8. Auflage, A § 25.6, RdNr. 166).

2.1.3.2 Wahrscheinlichkeitsbetrachtung

Das Wirtschaftlichkeitsrisiko besteht aus dem möglichen Umfang der Änderungen einerseits (oben, Ziff. 2.1.3.1) und der Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens andererseits.

Um also endgültig über die Vergabe entscheiden zu können, ist es notwendig, die beiden Wertungsergebnisse (Wertung mit LV-Mengen und Wertung mit veränderten Mengen) vergleichend gegenüberzustellen. Erst eine Abschätzung der Wahrscheinlichkeit, mit der sich Mengenänderungen bei der Ausführung einstellen werden, in Verbindung mit der Beurteilung des daraus resultierenden Wirtschaftlichkeitsrisikos kann die Grundlage für eine sachgerechte Vergabeentscheidung sein.

Der Einfluß der Wahrscheinlichkeitsbetrachtung wird an folgendem Beispiel der Wertung eines spekulativ angebotenen Skontos deutlich:

Die Angebotssumme des nach Angebotsprüfung ersten Bieters beträgt 345.000 €, diejenige des zweiten Bieters 400.000 €. Der zweite Bieter hat zusätzlich ein spekulatives Skonto in Höhe von 15 % (d.h. 60.000 €) angeboten für den Fall, daß **alle** Zahlungen fristgerecht erfolgen.

Bei einer Auftragssumme von 400.000 € ist mit etwa 10 Abschlagsrechnungen zu rechnen. Damit besteht für den Bauherrn 10mal das Risiko, die Zahlungsfrist zu versäumen. Einem derart unsicheren Preisvorteil von 5.000 € steht ein möglicher Nachteil von 55.000 € gegenüber. Das Skontoangebot wird deshalb als zu riskant abzulehnen sein.

Anders verhält es sich, wenn der erste Bieter mit 390.000 € angeboten hat. Dann steht einem Kostenrisiko von 10.000 € ein möglicher Preisvorteil von 50.000 € gegenüber. Diesen Vorteil darf der Bauherr nicht verschenken. Er muß vielmehr das Risiko in Kauf nehmen, aber organisatorisch alles veranlassen, den Preisvorteil zu realisieren.

2.1.4 Beurteilung der Zuverlässigkeit des Bieters

Nach § 2 Nr. 1 i.V. mit § 25 Nr. 2 VOB/A dürfen Bauleistungen nur an zuverlässige Unternehmer vergeben werden.

Der BGH hat 1993 in einem Fall, in dem ein Bieter durch bewußte Additionsfehler seine Angebotspreise erhöht hatte, festgestellt, daß „auch der Abrechnungsbereich nicht aus dem vertraglichen Grundvertrauen herausgenommen werden“ darf. „Ein derartiges Vertrauen kann aber nicht für sich in Anspruch nehmen, wer ... vorsätzlich die Angebotspreise erhöht und dadurch die Chance erhält, als immer noch billigster Bieter ... einen durch Täuschung erlangten Gewinn zu erzielen“ (BGH, BauR 1994, 98, 99).

In die Beurteilung der Zuverlässigkeit sollte auch eingehen, inwieweit ein Bieter Kenntnis über Fehler in der Ausschreibung hat:

a) Der Bieter hat Fehler in der Ausschreibung positiv erkannt

Hierzu hat sich das OLG Düsseldorf mit Urteil vom 28.07.1993 wie folgt geäußert: „Ein Bieter, der erkennt, daß einzelne Positionen mit weit überhöhten Massenansätzen ausgeschrieben sind, und ... auf die Unrichtigkeit der Leistungsbeschreibung nicht hinweist, sondern versucht, durch aus dem Rahmen fallende niedrige Einheitspreise in diesen Positionen eine günstige Stelle im Ausschreibungsverfahren zu erlangen, ist nicht ausreichend zuverlässig im Sinne des § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A“ (Az. 22 U 55/93, BauR 1994, 240). Sein Angebot darf daher ausgeschieden werden.

Kritisch wird das Urteil des OLG Düsseldorf von Thormann (a.a.O.) gesehen. Er ist der Meinung, daß das Ausscheiden eines spekulativen Angebotes nur dann in Betracht komme, wenn der Auftraggeber **nicht** die Ursache für die Spekulation gesetzt habe, der Auftragnehmer also ohne schuldhaft fehlerhafte Ausschreibung des Auftraggebers gewissermaßen „ins Blaue hinein“ spekuliert habe (vgl. hierzu unten, Ziff. c). Diese Auffassung ist unzutreffend. Maßgebend für den möglichen Ausschluß eines Angebotes ist allein die Zuverlässigkeit des Bieters. Diese hängt nicht von der Gestaltung der Leistungsbeschreibung durch den Auftraggeber ab. Ein Bieter, der ein als fehlerhaft erkanntes Leistungsverzeichnis zu seinen Gunsten ausnutzt, ist nicht zuverlässiger als einer, der ohne äußerlich erkennbaren Anlaß spekuliert.

b) Der Bieter vermutet Fehler in der Ausschreibung oder er erwartet, bestimmte Leistungen mit veränderten Mengen ausführen zu können

Hierzu hat das OLG Naumburg in seinem Urteil vom 07.05.2002 folgendes entschieden: „Die Antragsgegnerin ist ... bei ihrer Entscheidung geblieben, das Hauptangebot der Antragstellerin wegen der Besorgnis nicht qualitätsgerechter Auftragsausführung auszuscheiden. Die Antragsgegnerin hat diese vorgenannte Besorgnis daraus gezogen, daß die Antragstellerin nach dem schriftlich ausgewiesenen Zahlenwerk in ihrer Kalkulation davon ausgegangen ist, nur wenig mehr als 10 % des laut Leistungsverzeichnis, Pos. 4.2.1 und 4.3.1. ... zu entsorgenden ... Bodens tatsächlich abzutransportieren“. Das OLG hat den Ausschluß des Bieters von der Vergabe als zulässig bestätigt.

c) Der Bieter gestaltet ohne eigene Überprüfung der Mengenangaben der Ausschreibung seine Preise willkürlich

Solche Angebote haben manipulativen Charakter, denn aus der Sicht des Bieters kann eine derartige Spekulation nur dann erfolversprechend sein, wenn er bereits bei der Angebotsabgabe beabsichtigt, Art und Umfang der ausgeschriebenen Leistung bewußt in seinem Sinne zu beeinflussen, z.B. durch eine gezielte Abweichung von den

vertraglichen Vorgaben (siehe hierzu unten, Ziff. 3.1, Fall 5). Für den Bauherrn entsteht dadurch ein erhebliches Risiko, das ihn im Einzelfall dazu berechtigen kann, den Bieter auszuschließen (ebenso Thormann a.a.O.).

Zusammenfassung und Fazit:

Ein Bieter kann wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden, wenn er - bezogen auf die Anzahl der Positionen oder den Umfang der Leistung - in nicht unbedeutendem Umfang spekuliert hat und sich daraus ein Wirtschaftlichkeitsrisiko für den Bauherrn ergibt, das dieser nicht hinnehmen muß. Unter bestimmten Umständen (z.B. hohes Risiko von für die Kommune nachteiligen Mengenänderungen, negative Erfahrungen mit früheren Spekulationen des Bieters) kann sich aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eine **Verpflichtung** der Kommune ergeben, den spekulierenden Bieter zu übergehen.

Dem Ausschluß wegen Unzuverlässigkeit sollte in der Regel ein Aufklärungsgespräch nach § 24 VOB/A vorausgehen, in dem die Motive für die spekulative Preisgestaltung abgefragt werden, sofern diese nicht ohnehin offenkundig sind (z.B. nach dem Inhalt des Angebots oder nach früherem Verhalten des Bieters). Je nach Kenntnis des Bieters von möglichen Fehlern der Ausschreibung kann er u.U. nach den oben erwähnten Urteilen ausgeschlossen werden.

2.2 Vorgehen bei der Angebotswertung in Abhängigkeit von dem Ergebnis der Überprüfung der Ausschreibungsmengen

2.2.1 Überprüfung der Mengen

Wie unter Abschnitt 1 (Allgemeines zur Spekulation) erläutert, besteht zwischen Spekulation und erwarteten Mengenänderungen ein direkter Zusammenhang. Sobald im Angebot eines oder mehrerer Bieter Spekulationspreise festgestellt werden, empfehlen wir dem Auftraggeber,

den ausschreibenden Architekten bzw. Ingenieur umgehend aufzufordern, für sämtliche Positionen, bei denen offensichtlich spekuliert wurde, eine **nachvollziehbare Mengenermittlung in schriftlicher Form** vorzulegen.

Der Architekt ist als Sachwalter des Auftraggebers in jedem Fall und ohne Anspruch auf zusätzliche Vergütung zur eingehenden Sachverhaltsaufklärung verpflichtet, auch wenn dies im Einzelfall seinen Interessen zuwiderlaufen sollte.

Das weitere Vorgehen hängt davon ab, in welchem Umfang die Überprüfung der Mengen Abweichungen von den ausgeschriebenen Vordersätzen ergibt.

2.2.2 Folgerungen aus dem Ergebnis der Überprüfung der Mengen

Hinweis: Da ein möglicher Ausschluß als Unterangebot (oben, Ziff. 2.1.1) unabhängig vom Vorliegen von Spekulationspreisen zu prüfen ist, wird hierauf im folgenden nicht mehr Bezug genommen!

a) Die Überprüfung führt zu keinen neuen Erkenntnissen des Auftraggebers oder ergibt lediglich geringfügige Änderungen der Ausschreibungsmengen

In diesem Fall ist eine Aufklärung des Angebotsinhaltes nach § 24 VOB/A von maßgebender Bedeutung. Zu klären ist insbesondere, ob der Bieter hinsichtlich der Ausschreibungsmengen andere Erkenntnisse als der ausschreibende Architekt bzw. Ingenieur hat oder ob er aus anderen Gründen spekuliert (z.B. willkürliche Preisgestaltung).

Dem Bauherrn bieten sich folgende Möglichkeiten an:

- Wirtschaftlichkeitsprüfung mit +/- 10 % der Ausschreibungsmengen (oben, Ziff. 2.1.3).
- Möglicher Ausschluß wegen Unzuverlässigkeit (oben, Ziff. 2.1.4), wobei ein Ausschluß unter Bezugnahme auf das OLG Naumburg in Betracht kommen wird - insbesondere dann, wenn der Auftraggeber Hinweise darauf hat, daß der Unternehmer bei der Bauausführung bewußt vom Vertrag abweichen will (hierzu auch unten, Ziff. 3.1, Fall 5).

b) Die Überprüfung ergibt umfangreiche Mengenabweichungen

Dem Bauherrn bieten sich folgende Möglichkeiten an:

- Aufhebung der Ausschreibung aus schwerwiegendem Grund nach § 26 Nr. 1 c VOB/A (oben, Ziff. 2.1.2). Das Erfordernis einer Aufhebung ist bei umfangreichen Mengenabweichungen grundsätzlich vorrangig zu prüfen. Lediglich dann, wenn eine Aufhebung nicht in Betracht gezogen wird (nachvollziehbare Begründung erforderlich!), sind die folgenden Möglichkeiten in Erwägung zu ziehen.
- Ausschluß des Bieters wegen Unzuverlässigkeit in Anknüpfung an das Urteil des OLG Düsseldorf (oben, Ziff. 2.1.4), insbesondere dann, wenn der Bieter bei denjenigen Positionen spekuliert hat, deren Menge sich als unzutreffend erwiesen hat. Denn dies ist ein Indiz dafür, daß er von dem Ausschreibungsfehler Kenntnis hatte, den Bauherrn auf diesen Fehler aber nicht hingewiesen hat.

- Die Wirtschaftlichkeitsprüfung mit +/- 10 % der Ausschreibungsmengen (oben, Ziff. 2.1.3) ist nur als letztes Mittel zu verstehen, wenn weder eine Aufhebung der Ausschreibung noch ein Ausschluß wegen Unzuverlässigkeit in Betracht kommt. In schwerwiegenden Fällen wird u.U. eine Gegenrechnung mit den **tatsächlich zu erwartenden Mengen** zu rechtfertigen sein.

3. Verhalten des Auftraggebers während der Bauausführung

Auch nach Ausschöpfen aller Möglichkeiten, die sich dem Auftraggeber bei der Angebotswertung bieten, werden Angebote mit Spekulationspreisen in die engere Wahl kommen. Wenn der Zuschlag einem Bieter erteilt wird, dessen Angebot Spekulationspreise enthält, muß durch gewissenhafte Bauaufsicht und Bauüberwachung versucht werden, bei der Bauausführung einen möglichen Schaden für den Bauherrn abzuwenden, zumindest aber zu begrenzen. Hat der Architekt/Ingenieur bei der Wertung Spekulationspreise festgestellt, ist er verpflichtet, die Mengenentwicklung bei diesen Positionen besonders im Auge zu behalten.

3.1 Auf Mengenminderung ausgerichtete Spekulation (unauskömmlicher Einheitspreis)

Ziel des auf Mengenminderung spekulierenden Bieters ist - wie oben unter Abschnitt 2 erläutert -, daß nicht die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebene Menge, sondern eine geringere Menge zur Abrechnung kommt. Der Auftragnehmer hat also während der Bauausführung ein erhebliches Interesse daran, daß die Leistungen, bei denen er spekuliert hat, entweder ganz entfallen oder sich im Umfang zumindest verringern.

Folgende Fallunterscheidungen sind denkbar:

Fall 1: Die Leistung kommt nach Art und Umfang unverändert zur Ausführung

Für den Unternehmer geht die Spekulation nicht auf, dem Bauherrn entsteht kein Schaden.

Fall 2: Die Abrechnungsmenge der Leistung verringert sich

Der Unternehmer erkennt, daß seine Spekulation aufgeht und wird deshalb dem Auftraggeber keine Information geben.

Auftraggeberseitig müssen die Gründe für die voraussichtliche Mengenunterschreitung rechtzeitig festgestellt werden. Liegt ein Ausschreibungsfehler vor, werden Gegen-

maßnahmen nur begrenzt möglich sein, insbesondere wenn die Leistung lediglich in geringerem Umfang zur Erstellung des Bauwerkes erforderlich ist.

Haben aber beispielsweise geänderte oder zusätzliche Leistungen die Mengenminderungen oder das Entfallen ganzer Positionen zur Folge, ist eingehend zu prüfen, ob an der ursprünglichen Ausführung festzuhalten ist (Kosten-Nutzen-Analyse). Denn in der Regel kann der Unternehmer für eine Zusatzleistung nach § 2 Nr. 6 VOB/B einen an den tatsächlichen Kosten orientierten Preis verlangen, während die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung für den Bauherrn preisgünstig ist.

Der bauleitende Architekt/Ingenieur hat hierbei umfangreiche Beratungspflichten. Wenn an die Stelle niedrig angebotener Positionen solche mit üblichem Preis treten, erleidet der Bauherr einen finanziellen Schaden.

Fall 3: **Die Abrechnungsmenge der spekulativ angebotenen Leistung erhöht sich**

Diese Entwicklung ist für den Auftragnehmer bei spekulativ niedrigem Preis denkbar ungünstig, da sie seiner Spekulation zuwiderläuft. Er wird deshalb während der Bauabwicklung konsequent versuchen, entweder eine Mengenerhöhung zu verhindern (z.B. indem er durch nachträgliche Sondervorschläge ein Abweichen von der ausgeschriebenen Leistung erreicht) oder nach eingetretener Mengenerhöhung vom Auftraggeber einen neuen Einheitspreis verlangen.

Insbesondere der letztgenannte Punkt bedarf der eingehenden Betrachtung, denn allzu häufig stellen wir fest, daß der Auftraggeber dem Argument des Unternehmers, ab 110 % der ausgeschriebenen Menge habe er Anspruch auf einen völlig neuen Einheitspreis, leichtfertig zustimmt.

Grundsätzlich besteht ein Anspruch auf Preisänderung nur dann, wenn Mehrkosten tatsächlich entstehen und nachgewiesen werden (§ 2 Nrn. 3, 5 und 6 VOB/B). Der Aufwand des Auftragnehmers muß also bei der Mehrmenge höher sein als bei der im Leistungsverzeichnis enthaltenen Menge.

Erhöht sich beispielsweise die vertraglich vereinbarte Aushubmenge von 2000 m³ auf 3000 m³, so stellt sich die Frage, ob dadurch ein Mehraufwand für den Auftragnehmer entsteht. Gibt der Auftragnehmer bei seinem Verlangen auf Preisanpassung an, er habe zwar mit sachgerechten Kosten kalkuliert, diese aber in eine andere Position eingerechnet, so nützt ihm dies nichts. Der Nachweis eines Mehraufwands ist ihm nicht gelungen. Denn beim Einheitspreisvertrag ist für Preisveränderungen ausschließlich auf die einschlägige Position abzustellen. Behauptete Preisansätze in einer anderen Position (z.B. in der Baustelleneinrichtung) sind ohne Bedeutung. Bezogen auf den vertraglichen Einheitspreis der für die Leistung einschlägigen Position, in der der Auftragnehmer beispielsweise nur 1 €/m³ ausgewiesen hat, wird es diesem in der Regel

nicht oder nur in geringem Umfang gelingen, einen Mehraufwand allein wegen der Mehrmenge nachzuweisen. Muß der Unternehmer allerdings z.B. die die 2000 m³ übersteigende Mehrmenge auf eine teurere Kippe fahren, so sind die Mehraufwendungen an Deponiegebühren zu vergüten.

Wenn der Auftragnehmer für die Mehrmenge keine Mehraufwendungen nachweisen kann, stellt sich die Frage, wie lange ihm eine Bindung an seinen unauskömmlich kalkulierten Spekulationspreis zugemutet werden kann. Diese Frage ist eingehend in „Baurecht“ 1997, 417 ff. („Bindung des Auftragnehmers an einen Preis ‚unter Wert‘ bei Mengenerhöhungen“) behandelt. Ein Festhalten am alten Preis als Ausgangspreis für Mengenerhöhungen (bei § 2 Nr. 3 VOB/B bei Mehrungen über 110 %) ist danach bei Preisen „unter Wert“ je nach der Genauigkeitsstufe der Mengenermittlung durch den Auftraggeber wie folgt zu begrenzen:

- Bei **exakter** Mengenermittlung auf die sog. „Opfergrenze“ von ca. 20 % der Auftragssumme, die sich aus den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ergibt (wobei der Ansatz von 20 % kein starrer, sondern ein dem Einzelfall anzupassender Wert ist),
- bei **schlüssiger** Mengenableitung (z.B. anhand eines Baugrundgutachtens) auf den Bereich doppelte Ausschreibungsmenge bis halbe Opfergrenze,
- bei **nicht an sachbezogenen Kriterien orientierten Annahmen** des Auftraggebers auf maximal die doppelte Ausschreibungsmenge und
- **bei vorwerfbar zu niedrigen Ansätzen** des Auftraggebers auf die Ausschreibungsmenge (bei § 2 Nr. 3 VOB/B auf 110 %).

Diese Grenzwerte sind als Richtschnur zu verstehen, ausschlaggebend ist immer der Einzelfall.

Fall 4: **Der Bauherr entschließt sich, die spekulativ angebotene Leistung in geänderter Form ausführen zu lassen**

Nach § 2 Nr. 5 VOB/B hat der Unternehmer Anspruch auf die Vereinbarung eines neuen Preises für die geänderte Leistung. Hierbei sind die Mehr- und Minderkosten zu berücksichtigen; Anknüpfungspunkt für den neuen Einheitspreis ist der spekulative Einheitspreis für die vertragliche Leistung.

Beispiel: Ausgeschrieben ist die Herstellung einer Bodenplatte mit Beton B 25; der Angebotspreis des Auftragnehmers beträgt 1 €/m³. Der Bauherr ordnet an, anstelle des B 25 einen Beton höherer Güte (B 35) zu verwenden. Der objektive Materialpreisunterschied zwischen Beton B 25 und B 35 beträgt rd. 7 €/m³.

Versucht der Unternehmer, einen vollkommen neuen, von seinem Angebot losgelösten Einheitspreis zu vereinbaren, ist er auf § 2 Nr. 5 VOB/B zu verweisen. Danach ergibt sich der neue Einheitspreis für den höherwertigen Beton aus dem vertraglichen Einheitspreis von 1 €/m³ zuzüglich der Mehrkosten von 7 €/m³ mit insgesamt 8 €/m³.

Für weitergehende Informationen verweisen wir auf BauR 1999, 546 ff., „Hinweise zur Vereinbarung neuer Preise bei Bauverträgen nach VOB/B“, sowie auf die einschlägige Fachliteratur.

Fall 5: Der Auftragnehmer führt bewußt eine andere, vertragswidrige Leistung aus

Beispiel: Ausgeschrieben ist die Herstellung eines Kanalgrabens im Schutz eines Spundwandverbaus. Der Mengenvordersatz für die Spundwand ist korrekt ermittelt; der Auftragnehmer hat einen Einheitspreis von nur 1 €/m² angeboten. Während der Bauausführung stellt der Bauherr fest, daß der Unternehmer anstelle der Spundwand einen Stahlplattenverbau ausführt. Dies setzt er fort, obwohl er mehrmals aufgefordert wird, das Verbausystem auf die vertraglich vereinbarte Spundwand umzustellen. Die Kosten für einen Stahlplattenverbau betragen etwa 20 % derjenigen eines Spundwandverbaus.

Diese Art bewußter Vertragsabweichung stellen wir in letzter Zeit vermehrt fest. Ein derartiges Verhalten des Auftragnehmers erfordert ein konsequentes Handeln sowohl der Bauüberwachung als auch des Bauherrn selbst. Um der vertragswidrigen Ausführung Einhalt zu gebieten, besteht für den Auftraggeber auch die Möglichkeit, nach Fristsetzung zu vertragsgerechter Leistung von seinem Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 3 VOB/B Gebrauch zu machen.

Sofern aber eine Kündigung, gleich aus welchem Grund, nicht ausgesprochen wird, stellt sich die Frage, wie die vertragswidrig ausgeführte Leistung bei der Abrechnung zu behandeln ist.

Da der Auftragnehmer den vertraglich vereinbarten Spundwandverbau nicht ausgeführt hat, steht ihm für diesen keine Vergütung zu.

- Hat der Auftragnehmer nicht spekuliert und einen Preis in Höhe des objektiven Wertes der Leistung angeboten, entfällt die Vergütung bei Nichtausführung in Höhe dieses objektiven Wertes. Der Auftragnehmer hat keinen Vorteil, der Bauherr keinen Nachteil.
- Hat der Auftragnehmer einen nicht kostendeckenden (Spekulations-)Preis angesetzt, entfällt die Vergütung bei Nichtausführung in dieser Höhe. In diesem Fall erspart sich der Auftragnehmer den gesamten Aufwand, der zur Herstellung der Lei-

stung objektiv erforderlich gewesen wäre, während der Auftraggeber nur den spekulativ niedrig angesetzten, unauskömmlichen Preis abziehen kann.

Dieses Ergebnis ist nicht sachgerecht, wenn die Leistung vertragswidrig nicht erbracht wurde. Die VOB enthält zu dieser Fallgestaltung keine Regelung. Deshalb dürften nach unserer Auffassung die gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien nach § 242 BGB auszugleichen sein. Bei wertender Betrachtung ist ein Vorteil, der sich durch vertragswidriges Verhalten ergibt, nicht dem vertragswidrig Handelnden, sondern der anderen Partei gutzubringen. Das gilt gerade im vorliegenden Fall, in dem der Auftragnehmer durch seinen spekulativen Preisansatz diesen Vorteil vorbereitete, den er später ausschöpfte, indem er die Leistung bewußt nicht ausführte. Der Auftraggeber hatte Anspruch auf die Leistung - unabhängig davon, ob der Auftragnehmer kostendeckend oder nicht kostendeckend kalkuliert hat. Deshalb ist die vom Auftragnehmer tatsächlich erzielte Einsparung ausschließlich dem Auftraggeber zugute zu bringen.

Der Auftragnehmer erleidet dadurch keinen unbilligen Nachteil. Er hätte bei der Abgabe seines Angebots nach der VOB/A die Möglichkeit gehabt, einen Sondervorschlag zur Ausführung eines Stahlplattenverbaus einzureichen. In diesem Fall hätte der Auftraggeber die Wahlmöglichkeit zwischen den beiden alternativen Verbausystemen mit ihren unterschiedlichen Preisen gehabt. Der Unternehmer hat sich gegen diese Vorgehensweise entschieden und bewußt vertragswidrig gehandelt. Er muß sich deshalb die Geltendmachung des bei ihm ersparten Aufwands durch den Bauherrn gefallen lassen, was zum gleichen Ergebnis führt, das sich bei korrektem Alternativangebot und vertragstreuer Ausführung ergeben hätte. Ob sich diese Rechtsauffassung letztlich durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Zu dieser Rechtsfrage sind derzeit zwei Verfahren anhängig, über deren Ausgang wir berichten werden.

3.2 Auf Mengenmehrung ausgerichtete Spekulation (überhöhter Einheitspreis)

Ziel des auf Mengenerhöhung spekulierenden Bieters ist, daß eine höhere als die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebene Menge zur Abrechnung kommt.

Fall 1: Die Abrechnungsmenge der spekulativ angebotenen Leistung verringert sich

Diese Entwicklung ist aus der Sicht des Auftragnehmers insbesondere dann ungünstig, wenn in seinem spekulativ angebotenen Einheitspreis auch Kostenelemente aus anderen Positionen enthalten sind.

Bei einer über 10 % hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist nach § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B auf Verlangen der Einheitspreis zu erhöhen, sofern die weiteren dort genannten Bedingungen (kein Preisausgleich in anderer Weise) erfüllt sind.

Die Erhöhung des Einheitspreises soll im wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Diese Kosten liegen bei sachgerecht kalkulierten Einheitspreisen üblicherweise zwischen 12 % und 18 % des angebotenen Einheitspreises. Einen höheren Prozentsatz müßte der Unternehmer nachweisen. Die dem Unternehmer zustehende Vergütung der Mehrkosten führt nicht zu einem finanziellen Nachteil für den Bauherrn.

Fall 2: **Die Abrechnungsmenge der Leistung erhöht sich**

Für den Bieter ist diese Entwicklung günstig, weil sie dem Zweck seiner Spekulation entspricht. Für den Bauherrn stellt sich die Frage, wie er gegensteuern kann.

Bei einem VOB-Vertrag kann der Auftraggeber, anders als bei einem BGB-Werkvertrag, jederzeit einseitig in das laufende Vertragsverhältnis eingreifen. Hierzu gehören insbesondere die Rechte, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen (§ 1 Nr. 3 VOB/B) und Zusatzleistungen ausführen zu lassen (§ 1 Nr. 4 VOB/B). Wie beim BGB-Werkvertrag kann der Bauherr die Gesamtleistung oder Teile davon kündigen (§ 8 Nr. 1 VOB/B). Diesen Möglichkeiten des Auftraggebers kommt große Bedeutung zu, wenn sich Mengenmehrungen bei Positionen abzeichnen, die der Auftragnehmer mit überhöhten Einheitspreisen angeboten hat.

Der Auftragnehmer ist bei Anordnungen des Auftraggebers geschützt. Ihm stehen bei Mehr- oder geänderten Mengen und bei entfallenden Leistungen Ausgleichsansprüche zu (§ 2 Nrn. 3, 5 und 6 sowie § 8 Nr. 1 VOB/B). Der Auftragnehmer hat jedoch keinen Anspruch darauf, mehr Mengen ausführen zu dürfen, als im Leistungsverzeichnis enthalten sind. Geschützt ist über die Ausgleichsansprüche nur sein Interesse, die bei Vertragsabschluß vereinbarte Auftragssumme zu erreichen. Das muß der Bauherr bedenken, wenn er sich vor Mengenmehrungen bei Positionen mit überhöhten Preisen schützen will.

Beispiel 1: Ausgeschrieben ist die Sanierung von Versorgungsleitungen in einem dreistöckigen Gebäude mit unzutreffend geschätzten Mengen. Während der Ausführung stellt sich heraus, daß die angesetzten Mengen bereits nach der Sanierung der Leitungen auf zwei Stockwerken „verbraucht“ sind. Die Auftragssumme ist bereits überschritten.

In diesem Fall hat der Bauherr die Möglichkeit, die Sanierung im dritten Stockwerk nicht mehr ausführen zu lassen. Das bietet sich insbesondere an, wenn in den Positionen, die für die weiteren Leistungen benötigt würden, spekulativ hohe Preise angesetzt sind. Stellt man darauf ab, daß der Einheitspreisvertrag erfüllt ist, wenn die ausgeschrieben Mengen vertragsgemäß erbracht sind, ist nichts weiter veranlaßt, auch nicht eine Kündigung. Sieht man den Schwerpunkt auch beim VOB-Vertrag im verein-

barten Leistungsziel (Sanierung der Leitungen in drei Stockwerken), muß der Bauherr die Arbeiten für das dritte Stockwerk kündigen. Ein Ausgleichsanspruch des Auftragnehmers kommt nicht in Betracht, da die ausgeschriebenen Mengen ausgeführt sind und die vereinbarte Auftragssumme überschritten ist.

Beispiel 2: Ausgeschrieben ist die Herstellung einer 2000 m³ großen Baugrube. Den Aushubpositionen liegen die Bodenklassen 3 und 4 zugrunde. Als Eventualposition hat der Architekt „sicherheitshalber“ Aushubpositionen mit den Bodenklassen 6 und 7 aufgenommen; der Mengenvordersatz beträgt dafür je 10 m³. Der vom Unternehmer für die Eventualpositionen angebotene Preis ist spekulativ und beträgt das 20fache eines sachgerecht kalkulierten Preises. Während der Ausführung stellt sich heraus, daß in einem Teilbereich der Baugrube (700 m³) ausschließlich Fels der Bodenklasse 7 zu erwarten ist.

In diesem Fall kann das Interesse des Bauherrn nur sein, die Ausführung der Eventualposition zum überhöhten Preis zu vermeiden. Wenn der Unternehmer nicht zur Vereinbarung eines sachgerechten Preises bereit ist, bleibt dem Auftraggeber nur die Möglichkeit, die Eventualposition über die Menge von 10 m³ hinaus nicht in Anspruch zu nehmen und den Aushub der vereinbarten Bodenklassen 3 und 4 im Umfang von 690 m³ zu kündigen. Diese Menge kann er dann von einem anderen, günstigeren Unternehmer ausführen lassen. Wegen der Teilkündigung von 690 m³ Aushub der Bodenklassen 3 und 4 hat der Unternehmer Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen. Dennoch ist die Kündigung wegen des erheblich überteuerten Preises für die Bedarfsposition wirtschaftlicher. Der Fall einer Mengensenkung nach § 2 Nr. 3 VOB/B liegt dagegen wegen der notwendigen Kündigung durch den Bauherrn nicht vor.

Der Bauherr kann also steuernd in das Baugeschehen eingreifen, um zu verhindern, daß ihm bei Mengenerhöhungen durch spekulativ hohe Einheitspreise unwirtschaftliche Mehrkosten entstehen. Er hat das Recht, Änderungen anzuordnen oder Leistungen zu kündigen, muß allerdings die Ausgleichsansprüche des Unternehmers berücksichtigen.

3.3 Fazit

Die Ausführungen machen deutlich, daß bei einem Auftrag, dem ein Spekulationspreisangebot zugrunde liegt, eine sorgfältig und gewissenhaft handelnde Bauleitung von größter Bedeutung ist. Der überwachende Bauleiter muß das Leistungsverzeichnis und insbesondere die Mengenansätze der Positionen, bei denen spekuliert wurde, „in- und auswendig“ kennen. Mögliche Entwicklungen, wie zu erwartende Mengenänderungen oder die Auswirkungen von Leistungsänderungen, die zu einem Schaden für

den Bauherrn führen können, muß er frühzeitig erkennen und entsprechende Gegenmaßnahmen veranlassen. Eine intensive Zusammenarbeit mit dem Bauherrn ist unverzichtbar.

EAPI.: 80 (804)