

GPA-Mitteilung Bau 4/2006

Az. 600.535

01.12.2006

Schadensersatzansprüche der Bauunternehmer wegen Verschuldens des Auftraggebers bei Ausschreibungen

1 Einführung

Bei Ausführung von Bauleistungen entstehen den Bauunternehmern immer wieder **Mehrleistungen bzw. Mehrkosten** gegenüber den bei ihren Angeboten kalkulierten Preisen.

Bei vom Auftraggeber angeordneten Leistungsänderungen oder Zusatzleistungen können die Bauunternehmer vorrangig **vertragliche Vergütungs-/Nachtragsansprüche** nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B geltend machen.

Liegen die Voraussetzungen für solche Ansprüche nicht vor¹, können die Auftragnehmer nach den §§ 280 und 311 BGB n.F. unter bestimmten Voraussetzungen einen (vergütungsähnlichen) **gesetzlichen Schadensersatzanspruch** wegen **Verschuldens des Auftraggebers bei Vertragsverhandlungen**² geltend machen (Ansprüche aus culpa in contrahendo - c.i.c. -).

Die GPA gibt zu diesem Anspruch ergänzend zum Sonderheft 1/2001 der GPA-Mitteilungen Bau „Nachtragsforderungen der Bauunternehmer“ folgende Hinweise:

¹ Z.B. weil es sich bei den Mehrleistungen um Vertragsleistungen und nicht um Nachtragsleistungen handelt oder weil der Auftraggeber für die Mehrleistungen keine Anordnungen erteilt hat.

² Wegen Pflichtverletzungen im Vergabeverfahren.

2 Anspruchsgrundlagen

§ 280 Abs. 1 BGB - Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

§ 311 Abs. 2 BGB - Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

...

Eine Haftung aus c.i.c. ist seit Jahrzehnten als **Gewohnheitsrecht** anerkannt (s. bereits BGH, NJW 1983, 79). Sie hat jetzt in den §§ 280 und 311 BGB n.F. eine **normative Grundlage**¹. Mit Einführung des § 311 BGB hat sich aber gegenüber den bisherigen Rechtsgrundsätzen inhaltlich nichts geändert (Palandt, BGB-Kommentar, Randnr. 12 zu § 311 BGB).

§ 311 BGB regelt keine neuen Tatbestände oder Anspruchsvoraussetzungen, sondern normiert lediglich, dass ein **Schuldverhältnis** nicht erst bei Abschluss eines Vertrags, sondern bereits mit „**Aufnahme von Vertragsverhandlungen**“ entsteht. Bezogen auf den Baubereich bedeutet dies, dass bereits mit Beginn der Ausschreibung nach VOB/A ein Schuldverhältnis mit Pflichten entsteht. Beendet wird ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit dem Abbruch von Vertragsverhandlungen (z.B. bei Aufhebung einer Ausschreibung) oder mit der Auftragserteilung bzw. dem Abschluss eines Bauvertrags.

3 Anspruchsvoraussetzungen

Nach dem Urteil des BGH vom 11.11.1993 (BauR 1994, 236) und nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen ist Voraussetzung für eine Haftung aus c.i.c.

- eine schuldhaft **Pflichtverletzung** des Auftraggebers oder eines seiner Erfüllungsgehilfen² in der Phase der Ausschreibung,
- **enttäushtes schutzwürdiges Vertrauen** des Auftragnehmers,

¹ § 311 BGB wurde neu eingeführt durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138); er gilt für alle ab 01.01.2002 geschlossenen Verträge.

² Z.B. der beauftragten Architekten oder Ingenieure.

- ein **Vermögensschaden** des Auftragnehmers sowie ein **Ursachenzusammenhang** zwischen der Pflichtverletzung des Auftraggebers und dem Schadenseintritt beim Auftragnehmer.

Beispiele aus der Praxis für fehlende Anspruchsvoraussetzungen enthält die **Anlage 1**, Beispiele aus der Rechtsprechung die **Anlage 2**.

Pflichtverletzung

Zur vorvertraglichen Pflicht des Auftraggebers gehört u.a. die **Einhaltung der VOB/A** sowie der **Abschnitte 0 der ATV der VOB/C** bei Erstellung der Vergabeunterlagen. Der Auftraggeber hat vorvertraglich insbesondere zu beachten: Das Gebot der **eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung** (§ 9 Nr. 1 VOB/A), der Nichtaufbüdung **ungewöhnlicher Wagnisse** (§ 9 Nr. 2 VOB/A), der Angabe aller für die **Kalkulation wichtigen Umstände** (§ 9 Nr. 3 VOB/A) oder der **Aufgliederung des Leistungsverzeichnisses** in Positionen für gleichartige Teilleistungen (§ 9 Nr. 9 VOB/A a.F., § 9 Nr. 14 VOB/A - Ausgabe 2006 -).

Außerdem hat der Auftraggeber in der Phase der Ausschreibung gegenüber den Bietern ggf. vorvertragliche Hinweis-, Aufklärungs-, Auskunft- oder **Informationspflichten** (§ 242 BGB).

Ein Vergabeverstoß ist dann gegeben, wenn der Auftraggeber die zur Erreichung der in § 9 VOB/A formulierten Ziele notwendigen und ihm zur Verfügung stehenden Informationen nicht sorgfältig ausgewertet und seiner Ausschreibung zugrunde gelegt hat (z.B. Informationen über **Boden- oder Wasserverhältnisse**). Dabei kommt es auf die Sicht zur Zeit der Ausschreibung und nicht auf Erkenntnisse an, die erst im Zuge der Bauausführung gewonnen worden sind. Andererseits ist es aber keineswegs so, dass der Auftraggeber gehalten ist, den Bietern das Risiko einer Kalkulation völlig abzunehmen (BGH, a.a.O.).

Ferner ist eine vorvertragliche Pflichtverletzung dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber in Vergabeunterlagen oder -gesprächen sonstige für die Kalkulation wichtige Umstände **verschweigt** oder **unrichtig**¹ bzw. **unvollständig** weitergibt.

Liegt eine Pflichtverletzung wegen Nichtbeachtung vorstehend zitierter oder weiterer Vergabebestimmungen vor (Prüfung im Einzelfall), führt dies nicht automatisch zu einem Schadensersatzanspruch aus c.i.c., was häufig verkannt wird. Hierfür müssen noch weitere Voraussetzungen hinzukommen (s. nachfolgend). Vergabeverstöße werden aber ggf. von den Rechtsaufsichts- bzw. Nachprüfungsbehörden beanstandet.

¹ Betr. Falschankünfte in der Phase der Ausschreibung.

Im Übrigen ist die VOB/A keine Rechtsnorm, weshalb geschlossene Bauverträge nach den Bestimmungen des BGB **nicht** unter Hinweis auf Verletzung von Vergabebestimmungen **angefochten** werden können (ständige Rechtsprechung). Auch VOB/A-widrig zustande gekommene Bauverträge sind wirksam, es sein denn, dass ausnahmsweise eine **Vertragsanfechtung** nach anderen Gesichtspunkten in Frage kommt (z.B. nach den §§ 119 ff., 138 oder 305 ff. BGB). Bei VOB/A-widrigen aber wirksamen Bauverträgen bleiben den Auftragnehmern ggf. nur Schadensersatzansprüche aus c.i.c.

Liegt keine Pflichtverletzung vor, sind Schadensersatzansprüche nach § 280 BGB von **vornherein** ausgeschlossen (BGH, a.a.O.).

Enttäushtes schutzwürdiges Vertrauen

Allein ein Verstoß gegen die VOB/A stellt noch keine anspruchsbegründende Pflichtverletzung dar. Vielmehr wird ein Anspruch aus c.i.c. erst begründet, wenn ein Bieter in der Phase der Angebotserstellung in seinem schutzwürdigen **Vertrauen** auf die Einhaltung der VOB/A oder Weitergabe von Informationen **enttäuscht** worden ist. Ein **Vertrauen** in diesem Sinne ist nur gegeben, wenn der Bieter den maßgeblichen Verstoß gegen die VOB/A oder die mangelnde Information tatsächlich **nicht erkannt** hat (BGH, a.a.O.).

Darüber hinaus muss das **Vertrauen** des Bieters **schutzwürdig** sein. Dies ist in der Regel nicht der Fall, wenn ein Bieter bzw. Bauunternehmer als Fachmann einen Vergabeverstoß oder eine mangelnde Information bei der ihm im jeweiligen Fall **zumutbaren Prüfung** hätte erkennen können oder müssen (BGH, a.a.O.).

Die Bieter haben vor Angebotsabgabe in jedem Fall auch eine **Prüfungspflicht**. In diesem Zusammenhang wird auf Regelungen in den Bewerbungsbedingungen - KEVM(B)BB - verwiesen, wonach ein Bieter bei einer nach seiner Auffassung bestehenden Unklarheit in Vergabeunterlagen dem Auftraggeber unverzüglich vor Angebotsabgabe schriftlich Mitteilung zu machen hat.

Vermögensschaden, Ursachenzusammenhang

Ein Auftragnehmer erleidet einen Vermögensschaden, wenn Vergabeverstöße oder Fehlinformationen ursächlich zu einer **Fehlkalkulation**¹ führen und ihm deswegen Mehrkosten entstehen. Der Auftragnehmer kann dann die Mehrvergütung bzw. die Differenz zwischen

¹ Wenn die Preise falsch bzw. zu niedrig kalkuliert worden sind.

der vereinbarten Vergütung und der „**hypothetischen Vergütung**“ als Schadensersatz beanspruchen (vgl. dazu u.a. **Franke** in ZfBR 1988, 204; ferner das Urteil des **OLG Naumburg** in Beispiel 8, **Anlage 2**). Dem geschädigten Auftragnehmer wird unterstellt, dass er höhere Kosten bzw. Preise kalkuliert hätte, wenn er von Anfang an bzw. bereits bei Angebotsabgabe den Ausschreibungsmangel gekannt hätte (Hypothese). Grundlagen für die Schadensberechnung sind - wie bei den Nachträgen i.S. des § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B - die Kalkulationsunterlagen.

Abt. 5/50

**Anlage 1
zur GPA-Mitt. Bau 4/2006**

Beispiele aus der Praxis für fehlende Nachtrags- und Schadensersatzansprüche wegen erkennbarer Risiken

Beispiel 1 - Sammelposition „Bodenklassen 2 bis 6“

Ausgeschrieben wurde unter einer LV-Position: „**Aushub Bodenklassen 2 bis 6**“. Die Ausschreibung einer solchen Sammel-/Globalposition ist nach § 9 Nr. 2, Nr. 3 Abs. 4 und Nr. 9 VOB/A¹ i.V.m. Abschnitt 0 der ATV der DIN 18300 nicht statthaft bzw. stellt einen Vergabeverstoß dar. Gleichwohl ist der geschlossene Bauvertrag nach BGB-Grundsätzen wirksam. Es gibt keinen zivilen Rechtsgrundsatz, wonach in Verträgen Risiken auf die Vertragspartner nicht übertragen werden dürften.

Im vorliegenden Fall ist die LV-Position zum vereinbarten Einheits-/Mischpreis abzurechnen. Sollte beispielsweise überwiegend Bodenklasse 6 auftreten, bestehen keine **Vergütungs-/ Nachtragsansprüche** nach § 2 Nr. 5 VOB/B, da keine Vertragsänderung vorliegt (der Vertrag umfasst alle Bodenklassen 2 bis 6 ohne Rücksicht auf deren Anteile)².

Schadensersatzansprüche aus c.i.c. können deswegen nicht geltend gemacht werden, weil die vertragliche Risikoabwälzung für den Bieter bzw. späteren Auftragnehmer leicht erkennbar ist bzw. offen da liegt. Es fehlt an „enttäuschem schutzwürdigem Vertrauen“.

Beispiel 2 - Sammelposition „Aushub, Wiederverfüllen, Abfuhr, Einbau von Fremdmaterial“

Ausgeschrieben wurden unter einer einzigen LV-Position folgende verschiedenartige Teilleistungen: „**4.000 m³ Bodenaushub einschl. Wiederverfüllen, Abfuhr des restlichen unbrauchbaren Materials und Einbau von etwaigem erforderlichen Fremdmaterial**“. Der Auftragnehmer forderte einen Nachtrag für Fremdmaterial, weil er nur „Wiederverfüllen“ kalkuliert hatte.

Die Ausschreibung einer solchen Sammelposition ist nach § 9 VOB/A i.V.m. Abschnitt 0 der ATV der DIN 18300 nicht statthaft bzw. stellt einen Vergabeverstoß dar (Pflichtverletzung). Sie zwingt den Bieter zu einem spekulativen Einheits- bzw. Mischpreis. Gleichwohl hat eine solche vergaberechtswidrige Ausschreibung keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des geschlossenen Bauvertrags (wie Beispiel 1).

Nachtragsansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B scheiden aus. Eine vertragsändernde Anordnung liegt nicht vor (der Vertrag umfasst alle Teilleistungen einschl. Fremdmaterial).

Schadensersatzansprüche aus c.i.c. scheiden ebenfalls aus, weil einem Fachmann die mit solchen (mangelhaften) Ausschreibungen verbundenen Kalkulationsrisiken bekannt sind bzw. bekannt sein müssten.

¹ Der § 9 Nr. 9 VOB/A - Ausgabe 2002 - entspricht dem § 9 Nr. 14 VOB/A - Ausgabe 2006 -.

² Ständige Rechtsprechung; s. dazu bereits BGH, Urt. v. 20.03.1969, Rechtsprechungssammlung Sch.-F., Z 2.11 Bl. 8.

Beispiel 3 - Dichte Bewehrungslagen nach Übergabe der Bewehrungspläne

Bei dem Gewerk „Mauer-, Beton-, Stahlbetonarbeiten“ wurden u.a. folgende übliche LV-Positionen ausgeschrieben: „**Stahlbetonwände 20 cm Dicke, Schalung beidseitig, Bewehrung gesondert**“. Der Auftragnehmer forderte folgenden Nachtragspreis: „**Einsatz von Außenschalungsrüttlern 2.485 m² x 4,50 DM = 11.183,54 DM netto**“. **Begründung (Zitat):** „Aufgrund der schlanken Bauteile (hier 20 cm dicke Wände) und des zum Teil enormen dichten Bewehrungsgehalts (bei der Horizontalbewehrung) war der Einsatz von Außenrüttlern zusätzlich zu Flaschenrüttlern erforderlich. Da bei der Kalkulation noch **keine Bewehrungspläne vorlagen**, konnte die Leistung auch nicht kalkuliert werden“. Der **Bauvertrag ist wirksam**, auch wenn im Zeitpunkt seines Zustandekommens Bewehrungspläne noch nicht vorlagen und dies vergaberechtlich ggf. zu beanstanden ist. Der Auftragnehmer hat keinen **Vergütungs-/Nachtragsanspruch** nach § 2 Nr. 5 VOB/B. Eine vom Auftraggeber angeordnete Vertragsänderung bzw. LV-Änderung liegt nicht vor. Der Auftragnehmer hat die vertraglichen Leistungen (20 cm dicke Wände, Schalung, Bewehrung) ordnungsgemäß zu erbringen. Etwaige Stahlmehrmengen werden zum vereinbarten Einheitspreis abgerechnet. Der Auftragnehmer hat in Kenntnis, dass keine Bewehrungspläne vorliegen, einen Preis kalkuliert. An diesen Preis ist er gebunden. Etwaige später ersichtliche Erschwernisse nach Vorlage der Bewehrungspläne berechtigen nicht zu einer Nachtragsforderung und auch nicht zu **Schadensersatzansprüchen** aus c.i.c. Letztere Ansprüche kommen deshalb nicht in Betracht, weil der Bieter bei Angebotsabgabe das Risiko („Nichtvorlage der Bewehrungspläne“) gekannt hat. Es fehlt an „enttäuschem schutzwürdigem Vertrauen“.

Beispiel 4 - Globalposition „Beton abspitzen“

Für Betonsanierungsmaßnahmen in einem Gebäude wurden u.a. folgende LV-Positionen ausgeschrieben: „**Abspitzen von Beton im Innenbereich, Bewehrung bleibt erhalten, Material entsorgen einschl. Gebühr**“ und „**Beton einbringen B 25**“. Der Auftragnehmer forderte einen Nachtrag wegen Mehrkosten von rund 17.000 EUR, weil tatsächlich teilweise Beton B 55¹ abzuspitzen war und er - seiner Meinung nach - auf Grund der Folgeposition „Beton einbringen B 25“ berechtigt davon ausgehen durfte, dass auch nur Beton B 25 abzuspitzen war.

Der **Nachtrag** ist abzulehnen. Ein Fall von § 2 Nr. 5 VOB/B liegt nicht vor. Es fehlt an einer vertragsändernden Anordnung des Auftraggebers. Der Vertragsinhalt „Beton abspitzen“ ist eindeutig und bedarf auch keiner Auslegung. Die Globalposition umfasst alle Betonarten. Der Auftragnehmer hat auch keinen **Schadensersatzanspruch** aus c.i.c. Es fehlt hier evtl. schon an einer Pflichtverletzung, in jedem Fall aber an „enttäuschem schutzwürdigem Vertrauen“. Der Bauunternehmer hätte als Fachmann erkennen müssen, dass die globale LV-Position „Beton abspitzen“ alle Betonarten umfasst. Außerdem wäre es für ihn ein Leichtes gewesen, sich beim Auftraggeber oder beim Tragwerksplaner vor Angebotsabgabe über Einzelheiten zu informieren, was aber unterblieb.

¹ Frühere Bezeichnung.

Beispiel 5 - Erschwernisse beim Aushub wegen angrenzender Häuser

Gegenstand einer Ausschreibung war die **Erneuerung eines Gehwegs einschl. Unterbau**. Die zur Erneuerung des Gehwegs erforderlichen Teilleistungen wurden im Leistungsverzeichnis eindeutig und erschöpfend beschrieben. Der Gehweg grenzt unmittelbar an Häuserfronten, weshalb der Auftragnehmer eine Nachtragsforderung „Zulage wegen Erschwernis bzw. Handaushub“ stellte.

Der **Nachtrag** ist abzulehnen. Auch hier fehlt es an einer vertragsändernden Anordnung des Auftraggebers. Ein **Schadensersatzanspruch** aus c.i.c. ist nicht gegeben. Es fehlt hier vorweg schon an einer Pflichtverletzung, in jedem Fall aber an „enttäushtem schutzwürdigem Vertrauen“. Der Auftragnehmer hat das Erschwernis „Häuserfront“ gekannt oder hätte es erkennen müssen. Es ist für einen Bieter im Tiefbaubereich zumutbar und auch unabdingbar, dass er vor Angebotsabgabe die örtlichen Gegebenheiten in Augenschein nimmt. Zu einer anderen Rechtsauffassung würde man evtl. dann gelangen, wenn (nicht sichtbare) Fundamentteile der Häuser in den unterirdischen Gehwegbereich hineingeragt hätten.

**Anlage 2
zur GPA-Mitt. Bau 4/2006**

Beispiele aus der Rechtsprechung (Auszüge, Leitsätze, Fundstellenhinweise)

Beispiel 1 - Ausschreibung der Wasserhaltung nach m/Mehraufwendungen

Sachverhalt: Eine Gemeinde vergab Kanalisationsarbeiten für ein Neubaugebiet. Ausgeschrieben wurde u.a. „ ... m Wasserhaltung 2,00 DM/m“¹. Ferner enthielt die Leistungsbeschreibung u.a. noch folgenden Wortlaut: „**Das Grundwasser ist bis mindestens 10 cm unter Rohrgrabensohle abzusenken. Wasserhaltung wird nur für die Länge des Hauptkanals bezahlt. Einzukalkulieren sind alle erforderlichen Einrichtungen für die Wasserhaltung (Komplettleistung). Ein Bodengutachten liegt bei.**“

Der Auftragnehmer forderte wegen erhöhtem Wasserandrang bzw. Mehraufwendungen für zusätzliche Brunnen einen Nachtrag von rund 485.000 DM.

Entscheidung: Nach dem Bauvertrag wird die erforderliche Wasserhaltung nach „m“ zum angebotenen Einheitspreis geschuldet. Die vertragliche Vereinbarung kommt einer Pauschale gleich. Bei einer Ausschreibung nach „m“ ist kein Raum für einen **Nachtrag** i.S. des § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B. Eine Vertrags-/Leistungsänderung liegt nicht vor bzw. wurde nicht angeordnet (der Vertrag lautet „erforderliche Wasserhaltung nach m ausführen“ und nicht Erstellung bestimmter Wasserhaltungsanlagen wie beispielsweise ... Stück Brunnen).

Der Auftragnehmer hat auch keinen **Schadensersatzanspruch** aus c.i.c. **Zitat:** Zwar waren die Ausschreibung und auch das Bodengutachten mangelhaft bzw. lückenhaft (das Bodengutachten enthielt z.B. keine Wasserdurchlässigkeitswerte; auch wurden keine Pumpversuche durchgeführt), jedoch waren die **Mängel bzw. Lücken für den Kalkulator so offen erkennbar**, dass daraus keine Ansprüche konstruiert werden können. Es fehlt „enttäushtes schutzwürdiges Vertrauen“. Davon kann schon deshalb keine Rede sein, weil der Auftragnehmer bei seinem Angebot „frivol“ bzw. spekulativ kalkuliert und die vorliegende Auseinandersetzung über die entstehenden Mehrkosten in Kauf genommen hat. **BGH, Urt. v. 25.02.1988, BauR 1988, 338**

**Beispiel 2 - Handschachtung wegen vorhandener Fernmeldekabel
im Leitungsraben**

Sachverhalt: In einem auszuhebenden Leitungsraben für die Verlegung eines Fernmeldekabels befand sich auf Teilstrecken bereits ein zu erhaltendes Fernmeldekabel. Hierauf wurde in der Leistungsbeschreibung pflichtwidrig nicht hingewiesen. Folge: Dem Auftragnehmer entstanden Mehrkosten infolge Handschachtung (kalkuliert war maschineller Aushub).

Entscheidung: Das bereits verlegte Fernmeldekabel ist ein für die Kalkulation wichtiger Umstand. Hierauf hätte der Auftraggeber in der Ausschreibung hinweisen müssen. In Höhe der kalkulatorischen Mehrkosten kann der Auftraggeber Schadensersatzansprüche aus

¹ Der angebotene Einheitspreis war spekulativ niedrig.

c.i.c. geltend machen.

LG Tübingen, Urt. v. 15.06.1978, BauR 1980, 67

Anmerkungen: Das Gericht begnügt sich mit der Feststellung, dass der Auftraggeber pflichtgemäß auf das vorhandene Kabel hätte hinweisen müssen. Es geht auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen „enttäuschtes schutzwürdiges Vertrauen“ nicht näher ein. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass der Bieter bzw. spätere Auftragnehmer im konkreten Fall darauf vertrauen durfte, dass der Baugrund frei von Hindernissen ist bzw. dass er das vorhandene Kabel nicht gekannt hat oder hätte erkennen müssen.

Auf Seiten des Auftraggebers kann nicht argumentiert werden, der Bieter hätte bereits bei Angebotsabgabe die Beschaffenheit des Baugrunds prüfen müssen. Der Auftraggeber hat nur die Pflicht, in Vergabeunterlagen auf bekannte oder vermutete Anlagen hinzuweisen (Abschnitte 01.13 und 0.1.14 der DIN 18299). Wenn der Auftraggeber bei bekannten oder vermuteten Anlagen (z.B. Kabel oder Leitungen) deren genaue Lage nicht angeben kann, hat der Auftragnehmer nach den vertraglichen Regelungen 3.1.4 der DIN 18300 eine **Erkundungspflicht**¹ und ggf. zugleich auch eine **Sicherungspflicht**. Art und Umfang der Erkundung richten sich nach dem Einzelfall (ggf. sind Suchschlitze oder Schürfgruben anzulegen). Für **Erkundungs- und Sicherungsmaßnahmen** hat der Auftragnehmer in der Regel **Vergütungsansprüche** nach § 2 Nr. 6 VOB/B, es sei denn, das Leistungsverzeichnis enthält bereits entsprechende Positionen (z.B. Bedarfspositionen).

Beispiel 3 - Falschauskunft bezüglich Deponiegebühren

Der Bieter und spätere Auftragnehmer hatte sich vor Abgabe seines Angebots bei der Vergabestelle nach der Höhe der **Deponiegebühren** erkundigt. Er bekam die Auskunft, dass der Preis bei 5,20 DM/Tonne liegen würde. Entsprechend hat der Bieter kalkuliert. Im Zeitpunkt der Auskunftserteilung stand aber schon endgültig fest, dass die Gebühr auf 8,00 DM/Tonne erhöht wird. Der Auftragnehmer hatte wegen unrichtiger Informationen bzw. Auskunftserteilung Schadensersatzansprüche aus c.i.c.

OLG Stuttgart, Urt. v. 31.01.1997, BauR 1997, 855

Beispiel 4 - Wasserhaltung nach Wahl des Auftragnehmers

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde u.a. „**Trockenhaltung der Kanalbaugrube durch Wasserhaltungsmaßnahmen nach Wahl des Auftragnehmers.**“ Der Auftragnehmer kalkulierte die Wasserabsenkung mittels Filterlanzen. Wegen der besonderen Durchlässigkeit des Sandbodens mussten aufwendigere Brunnen gebohrt werden. Der Auftragnehmer forderte einen Nachtrag von rund 32.000 DM.

Entscheidung: Vorrangig ist zu prüfen, ob der Auftragnehmer Vergütungs-/**Nachtragsansprüche** nach § 2 Nr. 5 VOB/B geltend machen kann. Der Wortlaut im Bauvertrag „nach Wahl des Auftragnehmers“ ist zwar relativ eindeutig und vollständig, jedoch kann eine Vertragsauslegung nach den §§ 133 und 157 BGB ergeben, dass vom Vertrag ungewöhnliche Risiken nicht erfasst sind. Die Sache wurde nochmals an das Berufungsgericht verwiesen, da sie nicht entscheidungsreif war.

Jedenfalls kommen **Schadensersatzansprüche** aus c.i.c. nicht in Betracht, weil es hier an „enttäuschtem schutzwürdigem Vertrauen“ fehlt. Dass der Auftraggeber für die Art der

¹ Aber nicht schon bei Angebotsabgabe, sondern erst nach Vertragsabschluss.

Wasserhaltung keinerlei Vorgaben gemacht und somit alle Risiken übertragen hat, war für den Auftragnehmer aus den Vergabeunterlagen leicht zu erkennen.

BGH, Urt. v. 11.11.1993, BauR 1994, 236

Beispiel 5 - Unterlassene Informationen bezüglich Befahrung einer Tiefgaragendecke

Wenn im Angebot eines Bieters ausdrücklich darauf hingewiesen wird, er gehe davon aus, dass die zu begründende Tiefgaragendecke mit leichten Erdgeräten befahren werden kann, ihm aber erst während der Bauausführung mitgeteilt wird, dass dies aus statischen Gründen nicht möglich ist, steht dem Auftragnehmer wegen der **Mehrkosten infolge Schubkarrentransports** ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsabschluss zu.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.09.2000, BauR 2000, 1878

Anmerkung: Ein Fall von § 2 Nr. 5 VOB/B war nicht gegeben. Die Vertragsleistung „Begründung der Tiefgaragendecke“ hat sich nicht geändert. Der Auftraggeber hatte im Vorfeld vor Vertragsabschluss schuldhaft gehandelt, weil er es unterlassen hat, den Bieter über einen für die Kalkulation wichtigen Umstand richtig zu informieren.

Beispiel 6 - Fehlende konkrete Angaben zum Gehalt bei kontaminiertem Bodenmaterial

Sachverhalt: Eine Gemeinde beauftragte eine Firma mit der Entsorgung seitlich gelagerter kontaminierter Böden (Ausschreibung nach VOL/A). Die Ausschreibungsunterlagen enthielten nur globale Angaben über den Bleigehalt des Materials, aber **keine konkreten Angaben zur Bleikonzentration**. Der Auftragnehmer forderte Mehrkosten von 500.000 EUR, weil das Material stärker mit Blei belastet war als von ihm bei Angebotsabgabe angenommen. **Entscheidung:** Der Auftragnehmer hat keinen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss. Ein Auftragnehmer darf ein **erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis** nicht einfach hinnehmen, sondern muss Zweifelsfragen klären. Der Auftragnehmer konnte bei Angebotsbearbeitung ohne Schwierigkeiten erkennen, dass die Analytik des Auftraggebers für das zu entsorgende Material dürftig war, insbesondere Angaben über den Feststoffwert für Blei fehlten. Die Ausschreibung ist zwar mangelhaft, jedoch fehlt es an einem „enttäuschten schutzwürdigen Vertrauen“.

OLG Brandenburg, Urt. v. 20.04.2004, BauR 2005, 575 = IBR 2004, 673

Beispiel 7 - Verweis auf Bestandspläne, die der Ausschreibung nicht beiliegen

In der **Leistungsbeschreibung** wurde darauf hingewiesen, dass im gesamten Baufeld **Versorgungsleitungen** liegen (Strom, Wasser, Telekom) und dass die genaue Lage den Bestandsplänen zu entnehmen ist. Die Bestandspläne waren aber den Ausschreibungsunterlagen nicht beigelegt. Der Auftragnehmer hat wegen etwaiger Mehrkosten infolge Handaushub keine Schadensersatzansprüche aus c.i.c. Die Leistungsbeschreibung war zwar wegen der fehlenden Pläne lückenhaft, der Bieter hat aber den Mangel erkannt

bzw. hätte ihn erkennen müssen.

LG Arnsberg, Urt. v. 05.08.2004, BauR 2005, 1335

Anmerkungen: Eine Leistungsbeschreibung unterliegt nicht der Rechtskontrolle nach dem AGB-Gesetz. Anders dagegen lag der Fall **LG Koblenz**, Urt. v. 18.02.2005, Baurechts-Report 2005, 28. Dort wurde in Allgemeinen Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung (diese unterlagen der Rechtskontrolle) Folgendes vereinbart: „**Der Auftragnehmer hat sich vor Baubeginn bei allen zuständigen Versorgungsträgern über die genaue Lage vorhandener Leitungen zu informieren. Die Sicherung der Leitungen ist Sache des Auftragnehmers. Alle Kosten (z.B. für Sicherung, Handaushub, Verzögerungen im Bauablauf) werden nicht gesondert vergütet; sie sind in die Einheitspreise einzurechnen.**“ Diese Klausel verstößt gegen die §§ 305 ff. BGB (früher § 9 AGB-Gesetz). Sie ist unwirksam. Die Anfechtung bzw. Unwirksamkeit der Klausel hat zur Folge, dass der Auftragnehmer für bestimmte Leistungen (z.B. Sicherungsmaßnahmen) ggf. Vergütungs-/Nachtragsansprüche nach § 2 Nr. 6 VOB/B geltend machen kann.

Beispiel 8 - Räumung von Altmunition/Unvollständige Weitergabe von Informationen

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurde die Räumung von Altmunition auf einem Truppenübungsplatz mit den dazu erforderlichen LV-Positionen (z.B. Aushub, Bergen). Den Vergabeunterlagen war als Kalkulationsgrundlage und zur Vorbereitung der Angebotsabgabe ein **Gutachten beigefügt**, das auf der Grundlage von zwei Testfeldern erstellt wurde (Ergebnis: 2,1 Störpunkte/m² im Schnitt). Bei einem dritten Testfeld wurde eine sehr hohe Kontaminierung festgestellt (z.B. über 15 Störpunkte). **Dieser Test** wurde den **Bietern vorenthalten**, weil er von der Vergabestelle als nicht repräsentativ angesehen wurde. Allen Bietern wurden in den Vergabeunterlagen nur die zwei Testergebnisse und im Übrigen noch mitgeteilt, dass die Testflächen nur 0,3 v.H. der zu beräumenden Gesamfläche betragen. Der Auftragnehmer forderte einen Nachtrag in Millionenhöhe, weil in seinem Los 15 bzw. 23 Störpunkte/m² auftraten.

Entscheidung: Ein **Nachtragsvergütungsanspruch** nach § 2 Nr. 5 VOB/B besteht nicht, weil die Angaben in den Vergabeunterlagen zu den Störpunkten nicht Vertragsbestandteil sind und somit keine vertragsändernde Anordnung vorliegt. Das Gutachten ist nicht Vertragsbestandteil.

Der Auftragnehmer hat aber einen **Schadensersatzanspruch** aus c.i.c., weil der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen schuldhaft falsche oder unvollständige Angaben über solche Umstände gemacht hat, die für die Kalkulation von Bedeutung waren. Den Bietern sind die zur Kalkulation übergebenen **Vorerkundungsergebnisse** schuldhaft¹ **falsch dargestellt** worden. Die Ergebnisse des dritten Testfelds hätten nicht vorenthalten werden dürfen. Die **Schadenshöhe** ist **hypothetisch** zu ermitteln. Zur Schadensermittlung kommt ein Vergleich der tatsächlich kalkulierten Kosten mit den fiktiv zu kalkulierenden Kosten bei unterstellter Kenntnis der Belastung des dritten Testfelds in Betracht. Für die Berechnung ist ein Sachverständiger einzuschalten. Wegen der Ermittlung der Schadenshöhe wurde die Sache nochmals an die erste Instanz verwiesen.

OLG Naumburg, Urt. v. 15.12.2005, VergabeR 2006, 278 = NZBau 2006, 267 = BauR 2006, 1305

Anmerkungen: Interessant sind noch weitere Aussagen des Gerichts. Schadensersatzansprüche wären nicht gegeben gewesen, wenn den Vergabeunterlagen **keine Vorerkundungsergebnisse** beigelegt

¹ D.h. vorsätzlich oder zumindest fahrlässig.

hätten. Es wäre zwar dann ein Verstoß gegen § 9 VOB/A gewesen (Überbürdung ungewöhnlicher Risiken), jedoch hätten die Bieter dann den Ausschreibungsmangel gekannt. Wer in Kenntnis des Mangels dennoch ein Angebot abgibt, kann sich nicht auf „enttäushtes schutzwürdiges Vertrauen“ berufen.

Beispiel 9 - Beseitigung kontaminierter Kunststoffbeschichtungen

Sachverhalt: Gegenstand einer Ausschreibung war ein Konzessions-/Globalvertrag zur Sanierung des Olympiastadions. Vereinbart wurde ein Pauschalpreis von 473 Mio. DM (§ 2 Nr. 7 VOB/B). Der Auftragnehmer forderte einen Nachtrag von rund 6 Mio. DM wegen Beseitigung von PCB- und EOX-verseuchten Kunststoffbeschichtungen auf den Tribünen.

Entscheidung: Wäre die Nachtragsforderung ausschließlich nach der DIN 18299 (VOB/C) zu beurteilen gewesen, wäre der Nachtrag berechtigt. Die Leistungsbeschreibung hat jedoch Vorrang. Im konkreten Fall ergibt die Auslegung der Leistungsbeschreibung bzw. des bei Auftragserteilung geschlossenen separaten Bauvertrags nach den §§ 133 und 157 BGB, dass u.a. auch die Risiken „Beseitigung von kontaminiertem Material“ bereits vom Vertrag erfasst sind und somit ein **vertraglicher Vergütungs-/Nachtragsanspruch** nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 VOB/B i.V.m. § 2 Nr. 6 VOB/B ausscheidet. Im Übrigen gibt es keinen zivilen Rechtsgrundsatz, wonach riskante Bauleistungen vertraglich nicht übertragen werden dürfen.

Der Auftragnehmer hat auch **keine Ansprüche auf Vertrags-/Preisanpassung** nach § 242 BGB (jetzt § 311 BGB n.F.) wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. ... (wird ausgeführt).

Der Auftraggeber haftet auch nicht nach den „**Grundsätzen über Verschulden aus Vertragsverhandlungen**“. Der Auftraggeber hat Pflichten im Vertragsanbahnungsverhältnis nicht verletzt. Die Risiken wurden bei Abschluss des gesonderten Bauvertrags einvernehmlich auf den Auftragnehmer übertragen. Eine Pflicht zum Schadensersatz würde aber voraussetzen, dass der Auftragnehmer in schutzwürdiger Weise darauf vertraut hat, dass bestimmte Risiken ausgeschlossen sind.

KG Berlin, Urf. v. 14.02.2006, BauR 2006, 836

Beispiel 10 - Farbton nach Wahl des Auftraggebers

Ausgeschrieben wurden „**1.300 Türen als Kunststofftüren mit Farbbeschichtung bzw. Schichtstoffplatten, Oberflächenstruktur: Büttens-matt, Farbton: Uni, nach Wahl des Auftraggebers**“. Der Auftraggeber verlangte nach Vertragsabschluss eine Sonderfarbe (Sonderkaltröt). Eine Vertragsauslegung nach den §§ 133 und 157 BGB ergab, dass die Leistungsbeschreibung nur die von den inländischen bzw. europäischen Herstellern vorgehaltenen Standardfarben umfasst, nicht aber Sonderfarben. Somit war ausnahmsweise eine Vertragsänderung bzw. ein Fall von § 2 Nr. 5 VOB/B gegeben.

BGH, Urteil v. 22.04.1993, BauR 93, 595

Anmerkung: Im obigen Fall hatte sich der BGH mit einem (extremen) Sonderfall zu befassen. Im Normalfall liegt bei Ausschreibungen wie „Farbton nach Wahl des Auftraggebers“ das Kalkulationsrisiko grundsätzlich beim Auftragnehmer (s. BGH, Urf. v. 20.10.1960, Z 2.311 - Blatt 5).

Schadensersatzansprüche aus c.i.c. scheiden in solchen Fällen aber grundsätzlich aus, weil die Auftragnehmer bei Angebotsabgabe die Risiken kennen bzw. erkennen müssen.

Beispiel 11 - Mehraufwendungen wegen Kleinflächenschalung nach Übergabe der Bewehrungspläne

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Beton- und Stahlbetonarbeiten für ein architektonisch anspruchsvolles Gebäude (Universitätsbibliothek). Bewehrungs- und Werkpläne lagen im Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht vor. Das Leistungsverzeichnis enthielt die üblichen Standardpositionen (z.B. für Baustahl, Schalung, Bewehrung). Der Auftragnehmer kalkulierte den Einsatz von **Großflächenschalung**. Erst nach Auftragserteilung wurde ihm klar, dass bei den Decken, Unterzügen und Wänden überwiegend aufwendigere **Kleinflächenschalung** zu verwenden ist, ferner Mehraufwendungen bei der Bewehrung entstehen. Er forderte einen Nachtrag von rund 2,1 Mio. DM.

Entscheidung: Der Auftragnehmer hat keinen **Vergütungs-/Nachtragsanspruch** nach § 2 Nr. 5 VOB/B. Der Auftraggeber hat nach Vertragsabschluss keine Vertrags-/Ausführungsänderung angeordnet. Der Auftragnehmer hat schlicht und einfach versäumt, bei Angebotsabgabe die vorliegenden Pläne und statischen Berechnungen vertieft zu prüfen.

Zitat: „Der Auftragnehmer darf ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen, sondern muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären. Ähnlich ist es, wenn sich für ihn aus dem Leistungsverzeichnis und den ihm überlassenen Unterlagen die Bauausführung in bestimmter Weise nicht mit hinreichender Klarheit ergibt (hier der mögliche Anteil von Großflächenschalung)“.

BGH, Urt. v. 25.06.1987, ZfBR 1987, 237 = BauR 1987, 683

Anmerkungen: Im vorliegenden Rechtsstreit wurden Schadensersatzansprüche aus c.i.c. nicht geltend gemacht. Nach Sachlage hätte der Auftragnehmer auch keine Ansprüche aus c.i.c. gehabt, weil es an einem schutzwürdigen Vertrauen fehlt (er hätte erkennen müssen, dass überwiegend Kleinflächenschalung erforderlich wird).

Beispiel 12 - Beseitigung von Spachtel- und Ausgleichsschichten

Sachverhalt: Ausgeschrieben wurden Schadstoffsanierungsarbeiten. Das Leistungsverzeichnis sah vor: „Entfernen des Wand- und Deckenputzes **rückstandsfrei bis auf den blanken Beton**“. Nach Entfernung des Oberputzes verlangte der Auftraggeber die Beseitigung der noch vorhandenen Spachtel- und Ausgleichsmasse. Der Auftragnehmer forderte hierfür eine Nachtragsvergütung von 40.000 EUR.

Entscheidung: Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Nachtragsvergütung. Das Entfernen der Ausgleichsschicht ist eine Vertragsleistung und mit dem Vertragspreis abgegolten. Dies ergibt sich eindeutig aus der Formulierung „rückstandsfrei bis auf den blanken Beton“.

Auch eine Haftung aus c.i.c. wegen Verstoßes gegen § 9 VOB/A kommt nicht in Betracht. Es fehlt an „enttäushtem schutzwürdigen Vertrauen“. Der Auftragnehmer hätte bei ihm zumutbarer Prüfung die Risiken des Leistungsverzeichnisses erkennen können.

OLG Köln, Urt. v. 14.02.2006, IBR 2006, 379