



## Rechtsrätsel des Monats Oktober

### Lücken und Fehler im Leistungsverzeichnis in der öffentlichen Ausschreibung

OLG München, Beschluss vom 04.04.2013, Aktenzeichen Verg 4/13

Im vorliegenden Fall erfolgte eine Ausschreibung für Brückenbauarbeiten. Der Beschwerdeführer lag mit einer Auftragssumme von 1 Million € an erster Stelle. Dabei kalkulierte er Leistungspositionen für Betonstahl und Spannstahl mit sehr niedrigen Einheitspreisen. Er räumte ein, dass er diese Position mit Verlust kalkuliert habe.

Dieses Angebot veranlasste den Auftraggeber, die Ausschreibung und das Leistungsverzeichnis zu überprüfen. Dabei wurde festgestellt, dass richtigerweise statt 35 t Betonstahl nur 18 t hätten ausgeschrieben werden dürfen und statt 25 t Spannstahl nur 17 t. Unter Berücksichtigung dieser neuen Massen hat der Auftraggeber dann sämtliche Angebote neu berechnet und gelangt zu einem fiktiven Mehrpreis im vom Bieter abgegebenen Angebot von 44.000,00 €, was dazu führt, dass dieser an zweiter Stelle liegt. Der Auftraggeber hebt daraufhin die Ausschreibung auf, weil er der Auffassung ist, dass die abgegebenen Angebote nicht dem Wettbewerb entsprechen würden.

Der Bieter beantragt bei der Vergabekammer die Aufhebung dieser Aufhebung. Der Antrag wurde von der Vergabekammer zurückgewiesen, wogegen der Bieter sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht München eingelegt hat. Die Vergabekammer hatte ihre Entscheidung damit begründet, dass sich der Bieter als unzuverlässig erwiesen habe, weil er offensichtlich die Unzulänglichkeiten des Leistungsverzeichnisses erkannt habe. Hierauf hätte er hinweisen müssen. Die Tatsache, dass er diesen Hinweis nicht abgegeben habe, führe ohnehin zu seinem Ausschluss. Daher könne er auch gegen die Aufhebung der Ausschreibung nicht vorgehen.

Die Lösung finden Sie unter

[www.raetsel.heinicke.com](http://www.raetsel.heinicke.com).

### Rechtsanwältin Sandra Becker seit dem 01.10.2017 in der Kanzlei München

Seit dem 01.10.2017 hat Frau Rechtsanwältin Sandra Becker in der Kanzlei München ihre Tätigkeit aufgenommen.

Sie ist seit 2013 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen und verfügt seit 2017 über die besondere Zulassung als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht, eine Quali-

fikation, die den Nachweis spezifischer Rechtskenntnisse in diesem Fachgebiet durch entsprechende Prüfungen sowie entsprechende berufliche Erfahrung voraussetzt und die Verpflichtung zur laufenden Fortbildung über die neuesten rechtlichen Entwicklungen beinhaltet.

Frau Rechtsanwältin Becker hat ferner bereits erfolgreich den Fachanwaltskurs für Miet- und Wohnungseigentumsrecht absolviert und bietet auch insoweit eine qualifizierte Betreuung.

Sie ist folglich umfassend spezialisiert im Bereich des Immobilienrechts. Sie vertritt im Baurecht sowohl Bauunternehmen, Architekten und andere Fachplaner, als auch private Bauherren, beginnend bei der Vertragsgestaltung bis zur gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen. Ferner berät und vertritt sie Mieter und Vermieter, insbesondere auch Wohnungseigentümergemeinschaften und Hausverwaltungen.

Durch die zusätzliche Fortbildung im Bereich des Miet- und Wohnungseigentumsrecht verfügt unsere Kanzlei nunmehr über eine Rechtsanwältin, die eine kompetente Beratung, Vertretung und Interessenwahrnehmung in beiden Rechtsgebieten gewährleisten kann.

Wir freuen uns, dass wir unser Kompetenzangebot durch die Mitarbeit von Frau Rechtsanwältin Becker in unserer Kanzlei seit dem 01.10.2017 auf ein weiteres Fachgebiet erweitern konnten.

### Einheitspreise als Festpreise

BGH Urteil vom 20.07.2017, Aktenzeichen VII ZR 259/16

### Sachverhalt:

Im vorliegenden Fall hatten die Parteien einen Werkvertrag abgeschlossen unter Zugrundelegung der Geltung der Bestimmungen der VOB/B. Vertraglich war folgendes vereinbart:

Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich.

Im Hinblick darauf, dass eine erhebliche Massenänderung erfolgt ist, machte der Auftragnehmer Ansprüche auf Anpassung der Einheitspreise nach § 2 Abs. 3 VOB/B geltend.

### Entscheidung:

Der BGH vertrat vorliegend die Auffassung, dass die im Vertrag verwendete Klausel nichtig ist. Sie benachteiligt



ge den Auftragnehmer unangemessen und stelle daher einen Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 307 BGB) dar. Hiernach sei die kundenfeindlichste Auslegung zu ermitteln und unter Berücksichtigung dieser Auslegung zu prüfen, ob der Auftragnehmer hierdurch unangemessen benachteiligt wird.

Der BGH bestätigte die Nichtigkeit der Klausel, weil diese Klausel auch bei extremen Massenabweichungen jegliche Preisanpassung ausschließe. Damit würde auch der gesetzliche Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ausgeschlossen, was nicht zulässig sei und den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.

#### **Hinweis:**

Grundsätzlich kann eine solche Klausel weiterverwendet werden, wenn folgender Zusatz eingefügt wird:

Unberührt hiervon bleiben eventuelle Ansprüche des Auftragnehmers auf Vertragsanpassung aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

In diesem Fall blieben dem Auftragnehmer diese Rechte erhalten. Der Ausschluss der Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B bei erheblichen Massenabweichungen von mehr als 10 % ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig und auch wirksam.

#### **Schwarzgeldabrede führt zum Totalverlust des Werklohns**

OLG Schleswig, Urteil vom 14.08.2014, Aktenzeichen 7 U 16/08 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen)

#### **Sachverhalt:**

Im vorliegenden Fall hatten die Parteien einen Werkvertrag geschlossen. Gegenstand des Vertrags war die schlüsselfertige Erstellung einer Hotelanlage bzw. einer Hotelenerweiterung über einen Gesamtpreis von 500.000,00 €. Aus diesem Vertragsverhältnis war noch ein Betrag von 175.000,00 € zur Zahlung offen. Zusätzlich forderte der Unternehmer einen Betrag von 30.000,00 €, der von dem Auftraggeber außerhalb des Vertrags geschuldet werde. Der Auftraggeber wendet ein, hier sei über diesen Betrag von 30.000,00 € eine Schwarzgeldabrede getroffen worden, die zur Nichtigkeit des Gesamtvertrages führt.

#### **Entscheidung:**

Das OLG gelangte zu der Auffassung, dass aufgrund der Schwarzgeldabrede der gesamte Vertrag nichtig ist. Dies entspricht der laufenden Rechtsprechung des BGH, der konsequent in seinen Urteilen die Auffassung vertrat, dass bei einer Schwarzgeldabrede keinerlei wechselseitigen Ansprüche bestehen. Dies gilt auch dann, wenn nur über einen Teil des Werklohns eine Schwarzgeldabrede getroffen war. Es bestehen dann weder Gewährleistungsansprüche, noch Werklohnansprüche. Soweit der Werklohn bereits bezahlt ist, kann er allerdings auch nicht mehr zurückgefordert werden.

Im Ergebnis hat der Unternehmer vorliegend nicht nur seinen Werklohnanspruch in Höhe des Schwarzgeldbetrages, sondern auch seinen Restwerklohnanspruch in Höhe von 175.000,00 € verloren.

#### **Nicht immer Unbeachtlichkeit eines Kalkulationsirrtums**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2016, Aktenzeichen 21 U 100/15

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien schlossen miteinander einen Werkvertrag über Pflasterarbeiten und Bordsteinarbeiten. Als der Auftragnehmer die Schlussrechnung erstellt stellt er fest, dass er sich bei der Kalkulation erheblich geirrt hatte. Er hatte diese Leistungen für einen Betrag von 18.000,00 € angeboten, hatte aber bereits Eigenkosten in Höhe von 77.000,00 €. Er rechnet daher die entsprechenden Mehrkosten gegenüber dem Auftraggeber ab, welcher einwendet, der Kalkulationsirrtum stelle nur einen Motivirrtum dar und sei daher unbeachtlich. Der Auftragnehmer ist der Auffassung, dass der Auftraggeber diesen Fehler hätte erkennen müssen und daher den Auftragnehmer an den Preis nicht festhalten könne.

#### **Entscheidung:**

Das Gericht wies die Klage ab. Grundsätzlich stelle ein Kalkulationsirrtum einen unbeachtlichen Motivirrtum dar, es sei denn, der Auftraggeber hätte dies erkannt oder treuwidrig nicht erkannt. In diesem Fall könne eine Berufung auf die vereinbarten Preise eine unzulässige Rechtsausübung darstellen.

Voraussetzung sei jedoch, dass dieser Kalkulationsirrtum den Auftragnehmer in massive wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt und für ihn die Ausführung schlechterdings unzumutbar ist. Auch auf diese wirtschaftlichen Konsequenzen müsse sich die Kenntnis des Auftraggebers erstrecken.



#### **Hinweis:**

Die Entscheidung steht aus unserer Sicht im Widerspruch zu einer Entscheidung des BGH vom 11.11.2014, Aktenzeichen X ZR 32/14. Der BGH hatte sich in dieser Entscheidung mit der gleichen Thematik auseinandergesetzt. In dieser Entscheidung hat der BGH kein Kriterium dafür angeführt, dass Kenntnis des Auftraggebers von den wirtschaftlichen nachteiligen Konsequenzen zu Lasten des Auftragnehmers vorliegen müsse. Der BGH hat auch in dieser Entscheidung nicht mehr zur Grundlage gemacht, dass der Auftragnehmer in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten gelangen muss. Vielmehr ergibt sich aus dem Leitsatz dieser Entscheidung, dass die Schwelle zu einem Pflichtenverstoß durch den Auftraggeber bei einer Auftragsvergabe schon dann vorliegt, wenn dem Auftragnehmer bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings die Durchführung des Auftrags zu dem irrekalkulierten Preis nicht mehr zumutbar ist, weil für die Leistung keine auch nur annähernd äquivalente Gegenleistung erfolgt.

#### **Ausführung von Stundenlohnarbeiten ohne Auftrag**

OLG München, Urteil vom 27.04.2016, Aktenzeichen 28 U 4738/13 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen)

#### **Sachverhalt:**

Im vorliegenden Fall war in einem Bauvertrag vom Auftraggeber eine Formulierung aufgenommen worden, wonach Stundenlohnarbeiten nur dann vergütet werden, wenn diese zuvor schriftlich beauftragt wurden. Der Auftragnehmer erbrachte eine Reihe von Stundenlohnarbeiten, ohne dass eine schriftliche Anordnung vorlag und rechnete diese ab. Er berief sich darauf, dass diese Stundenlohnarbeiten von der Bauleitung mündlich beauftragt worden seien.

#### **Entscheidung:**

Das Gericht sprach den Anspruch nur teilweise zu. Grundsätzlich sei die vertraglich vereinbarte Klausel wirksam. Wenn dann Stundenlohnarbeiten ausgeführt werden, ohne dass der Auftraggeber diese schriftlich beauftragt, liegen die vertraglich vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen nicht vor.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine mündliche Beauftragung durch den Bauleiter nicht wirksam ist, wenn er vom Auftraggeber nicht ausdrücklich bevollmächtigt ist. Insbesondere ist ein Architekt nicht bevollmächtigt den Bauherrn rechtsgeschäftlich zu vertre-

ten. Aufträge und Nachtragsaufträge sind immer durch den Auftraggeber selbst zu erteilen.

Dies bedeutet, dass ein wirksamer Auftrag deshalb bezüglich der Stundenlohnarbeiten nicht zustande gekommen ist, weil der Auftraggeber diesen überhaupt nicht selber erteilt hat, zum anderen aber auch deshalb, weil er entgegen der vertraglichen Vereinbarung nicht schriftlich erteilt wurde.

Gleichwohl hat das Gericht den Anspruch teilweise zugesprochen. Soweit es sich nämlich um notwendige Leistungen handelt, zu denen der Auftraggeber keine Alternative als die der Ausführung gehabt habe, stünde dem Auftragnehmer ein Anspruch aus § 2 Abs. 8 VOB/B zu bzw. nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Vergütung sei in diesem Fall allerdings nicht nach Regie abzurechnen, sondern auf Basis der Auftragskalkulation.

#### **Zahlungspflichten des Baurägers bei unwirksamer Abnahmeklausel**

OLG München, Urteil vom 09.05.2017, Aktenzeichen 9 U 2687/16 Bau

#### **Sachverhalt:**

Eine Wohnungseigentümergeinschaft verklagt einen Bauräger auf Zahlung der laufenden Kosten der Verwaltung, Instandhaltung und Instandsetzung. Hintergrund war, dass in den Baurägerverträgen eine unwirksame Abnahmeklausel vereinbart war. Hiernach sollte der Verwalter einen Sachverständigen beauftragen die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu erklären. Diese Klausel ist nichtig, weil die Erwerber durch dieses Procedere unangemessen benachteiligt werden (heute herrschende Meinung).

Die Wohnungseigentümergeinschaft nimmt den Bauräger nun auf Zahlung der Verwaltungskosten und der auf seinen Anteil entfallenden Instandsetzungskosten und Instandhaltungskosten mit über 240.000,00 € in Anspruch.

#### **Entscheidung:**

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Maßgeblich sei vorliegend, dass, wie in allen Baurägerverträgen vereinbart, auch vorliegend vereinbart wurde, dass Besitz, Nutzen und Lasten mit Übergabe und Abnahme des Sondereigentums auf die einzelnen Eigentümer übergehen. Diese Klausel sei auch wirksam und stehe in Übereinstimmung mit § 16 Abs. 2 WEG. Einen Kostenerstattungsanspruch gebe es daher für die laufenden Kosten nicht.