



## Aktuelle Beiträge zum privaten Bau-, WEG-, und Vergaberecht

### Privates Baurecht

---

#### Mehr- und Mindermengenausgleich beim BGB-Bauvertrag?

OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.04.2024 - 23 U 86/23

---

Der Auftraggeber schreibt die Entsorgung von pechhaltigem Straßenaufbruch auf Einheitspreisbasis pro Tonne aus, wobei im Leistungsverzeichnis konkrete Mengenangaben vereinbart waren. Im Zuge der Vertragsdurchführung fällt einer Mindermenge von insgesamt 28.642,24 t an, was in der Gesamtbetrachtung eine Mindermengenquote von 14,2 % entspricht. Der Auftragnehmer macht einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB geltend und begehrt für die Mindermenge die Erstattung von Wagnis und Gewinn.

Das OLG Frankfurt nimmt zunächst eine Auslegung des Vertragstextes vor, denn was konkret der Vertragsinhalt ist, kann nicht Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sein. Nach Auffassung des Gerichts haben die Parteien einen Einheitspreis je entsorgte Tonne vereinbart, sodass die Vergütung nur der tatsächlich erbrachten Leistungen entsprechen sollte. Dass die ZV-Mengen nur geschätzt waren, musste dem Auftragnehmer als Fachunternehmen im Bereich der

thermischen Behandlung von teerhaltigem Asphalt bewusst gewesen sein, da abhängig vom konkreten inhaltlichen Zustand des Entsorgungsmaterials ein unterschiedlicher Entsorgungsaufwand anfällt und deshalb die Menge nicht vorhersehbar ist. Aus Sicht des Gerichts scheidet ein Anspruch nach § 313 BGB aus, da dem Auftragnehmer aufgrund dieser Regelung bekannt war, dass es zu Mindermengen kommen kann und deshalb nicht anzunehmen ist, dass der Auftragnehmer den Vertrag nicht oder nicht mit demselben Inhalt geschlossen hätte. Außerdem weist das Gericht darauf hin, dass die Mengenabweichung von 14,2 % unter Bezugnahme auf die insgesamt ausgeschriebene Menge dem Auftragnehmer nicht unzumutbar war.

Anders als bei Vereinbarung der VOB/B besteht also bei einem BGB-Bauvertrag bei Mehr- und Mindermengen nicht zwingend ein Anspruch auf Ausgleich. (SP)

## WEG-Recht

---

### **Verschweigen der Undichtigkeit am Terrassendach**

BGH, Urteil vom 27.10.2023 - V ZR 43/23

---

Mit notariellem Kaufvertrag erwarben die Kläger von den Beklagten ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück unter Ausschluss der Sachmängelhaftung.

Die Kläger beanstandeten Wasseraustritt aus der Deckenverkleidung und eine mangelhafte Abdichtung des Kunststoffdaches zur Hauswand, sowie Folienabrisse unter den Dachpfannen des Hausdaches. Aus dem wechselseitigen Vortrag ging hervor, dass den Beklagten der Wassereintritt bekannt war, diese aber einer anderen Ursache zugeschrieben wurde. Auf den Mangel wurde nicht hingewiesen.

Nach Ansicht des OLGs war die Klage bezüglich der verlegten Folie zurückzuweisen, da der Haftungsausschluss greifen würde. Es hätte nicht festgestellt werden können, dass ein arglistiges Verschweigen des Mangels vorliegt. Diese Ursache haben die Beklagten nicht zwingend kennen müssen.

Der BGH vertritt die Auffassung, dass es sich bei diesem Mangel nicht um ein bloßes Mangelsymptom handle (wie z.B. bei feuchtem Keller, Wasseransammlungen in der Einfahrt). Denn es entspricht nicht der üblichen Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB aF) eines mit einer überdachten Terrasse verkauften Hausgrundstückes, dass ein solches Terrassendach undicht ist.

Wird ein Hausgrundstück unter Ausschluss der Gewährleistung veräußert und tritt über das Terrassendach wiederholt Regenwasser ein, so handelt es sich nicht nur um ein bloßes Symptom für einen Sachmangel. Vielmehr begründet bereits die Undichtigkeit des Terrassendaches selbst den Sachmangel.

Klärt der Verkäufer den Käufer nicht über den Wassereintritt auf, so handelt er arglistig, auch wenn er deren Ursachen nicht oder nur teilweise kennt.

Auch ist dem Feststellungsantrag stattzugeben, dass der Aufwand über die vom Sachverständigen festgestellten Nettokosten zu erstatten ist, also einschließlich Umsatzsteuer. (WS)

## Vergaberecht

---

### **Falsches Zertifikat fehlt nicht und ist auch nicht unvollständig! Nachforderung ausgeschlossen.**

VK Bund, Beschluss vom 28.03.2024  
VK 2-25/24

---

Im Rahmen einer europaweit bekannt gemachten Ausschreibung für Arbeiten an Straßen und Autobahnen wurden die Bieter aufgefordert, u.a. einen „Nachweis der Qualifikation gemäß MVAS 99 auf der Grundlage der RSA 21 zu Arbeitsstellen von kürzerer und längerer Dauer an allen Straßen inklusive Autobahn" vorzulegen sowie angeben, welche Teile des Auftrags an Nachunternehmer vergeben werden sollten.

Der von der Beigeladenen (Bg) vorgelegte Nachweis der Qualifikation gemäß MVAS 99 war nicht auf der

Grundlage der RSA 21 ausgestellt, sondern auf der Grundlage der RSA 95 ausgestellt.

Entgegen der ursprünglich abgegeben Erklärung reichte die Bg im Rahmen einer Aufklärung nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 EU VOB/A zudem das „Verzeichnis der Unterauftrag-/Nachunternehmen“ ein, wobei sich die Bg auf die Angabe "[...], ggf. Untervergabe an..." beschränkte. Die Bg wies im Anschreiben darauf hin, noch nicht alle Nachunternehmen benennen zu können. Eine Urkalkulation legte die Bg nur bzgl. eines der insgesamt drei von ihr zum damaligen Zeitpunkt ausdrücklich benannten Nachunternehmen vor.

Im Hinblick auf die Absicht des Auftraggebers (Ag) der Bg den Zuschlag zu erteilen, stellt die Antragstellerin (ASt) einen Nachprüfungsantrag.

Mit Erfolg! Das Angebot der Bg ist auszuschließen, so die Vergabekammer des Bundes.

Die Bg hat in ihrem Angebot nicht eindeutig angegeben, in welchem Umfang sie beabsichtigt, bei der Leistungserbringung Nachunternehmen einzubinden. Ferner hat sie den geforderten Nachweis gemäß MVAS 99 auf der Grundlage der RSA 21 bei Angebotsabgabe nicht erbracht. Außerdem hat die Bg Unterlagen, deren Vorlage die Ag sich vorbehalten hat, nicht innerhalb der ihr gesetzten Frist vorgelegt.

Damit bestätigt die VK Bund im Westlichen die ständige Rechtsprechung zum Umgang mit Aufklärungsfragen.

Praktische Relevanz weisen insbesondere die Ausführungen zum

Umgang mit einmal eingereichten Eignungsnachweisen auf. Die Bg hatte mit ihrem Angebot nicht den geforderten Nachweis auf Grundlage der RSA 21, sondern auf Grundlage der RSA 95 eingereicht. Damit hat die Bg ihre Eignung nicht in der geforderten Form, § 16b Abs. 1 S. 2 EU VOB/A, nachgewiesen und ihr Angebot darf aus diesem Grund nicht bezuschlagt werden.

Hierzu führt die VK Bund aus, wie folgt:

Eine leistungsbezogene Unterlage fehlt im Sinne des § 16a Abs. 1 S. 1 EU VOB/A, wenn sie entweder körperlich nicht vorhanden ist oder so schwere äußere Mängel aufweist, dass sie für den vorgesehenen Zweck unbrauchbar ist. Eine Unterlage fehlt jedoch nicht, wenn sie - wie vorliegend - körperlich vorhanden und auch vollständig ist, ihr Inhalt aber nicht den Erklärungs- oder Beweiswert hat, den er nach den Vorgaben des Auftragnehmers haben sollte. So liegt es hier. Die Bg hat ein MVAS-Zertifikat vorgelegt, das aber nicht auf Grundlage der RSA 21 ausgestellt worden ist, sondern auf Grundlage der RSA 95.

Auch ein Fall der „unvollständigen“ Unterlage im Sinne des § 16a Abs. 1 S. 1 EU VOB/A liegt nicht vor. Eine Unterlage ist unvollständig, wenn sie nicht den physischen Umfang hat, den sie haben sollte. Im vorliegenden Fall war das von der Bg eingereichte Zertifikat vollständig. Daher kam eine Nachforderung nach § 16a Abs. 1 S. 1 EU VOB/A nicht in Betracht. Gleiches gilt für die Aufklärung nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 EU VOB/A. Einem Bieter darf nicht die Änderung oder

Ergänzung fehlender, zwingender Angebotsbestandteile ermöglicht werden, weil dadurch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt würde.

Die Entscheidung der VK Bund zeigt konsequent auf, wie mit „falschen“ und inhaltlich unzureichenden Eignungsnachweisen umzugehen ist. Insbesondere der Umgang mit „gleichwertigen“ Eignungsnachweisen wird im Lichte der Gleichbehandlung streng ausgelegt. Sofern die Voraussetzungen zur Erlangung eines abweichenden Zertifikats nicht „inhaltlich deckungsgleich“ sind, reicht dieses nicht zum Nachweis der in der Auftragsbekanntmachung geforderten Eignung aus.

Wäre die Frage der „Gleichwertigkeit“ eines Zertifikats auf Grundlage der RSA 95 bzw. RSA 21 im Rahmen einer Bieterfrage adressiert worden, hätte die Ag sich erklären können, ob sie dem zustimmt; die Ag hätte dann im Wege einer Änderungsbekanntmachung deutlich machen können, dass auch die RSA 95 als Basis für den Eignungsnachweis ausreicht, so die VK Bund. Die Herbeiführung einer solchen Klarstellung haben die Bieter, insbesondere die Bg, jedoch unterlassen, so dass sie sich im Ergebnis an der bekanntgemachten Vorgabe festhalten lassen müssen. Dies gebietet der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter. (TM)

---

### **Was gehört zum voraussichtlichen Gesamtauftragswert gemäß § 3 VgV?**

IBRRS 2024, 1723

VK Rheinland, Beschluss vom 08.05.2024 –  
VK 12/24

---

Die lesenswerte Entscheidung der VK Rheinland hat sich mit der Ermittlung des voraussichtlichen Gesamtauftragswertes beschäftigt. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 VgV ist bei der Schätzung des Auftragswertes vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistungen ohne Umsatzsteuer auszugehen. Maßgeblicher Grundsatz für die schätzweise Gesamtermittlung ist hierbei eine funktionelle Betrachtungsweise. Entscheidend ist daher, ob die Leistungen im Hinblick auf ihre technische und wirtschaftliche Funktion einen einheitlichen Charakter aufweisen oder nicht. Ein derartiger Zusammenhang wird dann bejaht, wenn Baumaßnahmen in mehreren Bauabschnitten ohne den anderen Bauabschnitt jeweils keine sinnvolle Funktion erfüllen können. Ein derartiger Zusammenhang ist i.d.R. nicht gegeben, wenn spätere Ausbauarbeiten erst in der Planung sind und/oder ihre künftige Ausführung ungewiss ist.

Auch bei komplexen Bauvorhaben, die in verschiedenen Phasen realisiert werden, handle es sich dann nicht um ein Gesamtbauwerk, wenn die unterschiedlichen baulichen Anlagen ohne Beeinträchtigung ihrer Vollständigkeit und Benutzbarkeit auch getrennt voneinander errichtet werden können, so die VK.

Gegenstand der Entscheidung war die Betonsanierung einer Fassade an einem Unigelände. Der Auftragswert

allein für die Fassadensanierung wurde hier auf knapp 3,2 Mio. € netto geschätzt. Die Antragstellerin rügte, dass hier die Fassadensanierung Teil einer größeren Aufgabe gewesen sei. Es gäbe hier einen „Generalplan“, der ein Investitionsvolumen von 300 bis 350 Millionen Euro umfasse und eine gesamthafte Sanierung und Modernisierung des Campus umfasse. Der Antragsgegner hingegen trug vor, dass der Auftragswert nur bei 3,2 Mio. liege. Das zugrundeliegende LV beruhe auf aktuellen Marktpreisen und umfasse die Einzelmaßnahme der Fassadensanierung. Bei den Maßnahmen handle es sich jeweils um Einzelmaßnahmen.

Die Vergabekammer bestätigte in diesem Fall die Auffassung des Auftraggebers. Entscheidend sei immer eine funktionelle Betrachtungsweise. Ein Zusammenhang liege dann vor, wenn Baumaßnahmen ohne jeweils andere Bauabschnitte keine sinnvolle Funktion erfüllen können, sodass eine Aufteilung nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden könne. Die Entscheidung setzt sich hier mit einigen konkret entschiedenen Fällen auseinander und grenzt diese ab. Im konkreten Fall wurde dann entschieden, dass die Fassade für sich eine abgeschlossene Maßnahme darstelle, die von weiteren Sanierungsmaßnahmen klar trennbar sei und auch ohne die weiteren Sanierungsmaßnahmen ihren Zweck erfülle.

Entscheidend ist also immer, ob der zugrundeliegende Bauauftrag ohne die übrigen Abschnitte eine eigenständige Funktion erfüllen kann. Sofern jedoch eine umfassende, zusammenhängende Planung erfolgt ist und diese umfassend vorliegt, also

nur die Umsetzung in zeitlich getrennten Abschnitten erfolgt, ist von einer Gesamtmaßnahme auszugehen. Sofern jedoch geplante Abschnitte sich noch umfassend in der Planung befinden und / oder deren Umsetzung noch nicht feststeht, ist eher von getrennten Maßnahmen auszugehen.

Letztendlich wird immer eine Entscheidung im Einzelfall notwendig sein. (SC)

---

**OLG Düsseldorf bestätigt: Keine Wertungsvorteile durch vorbefasste Bieter**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2024, Verg 33/23  
Vorhergehend: VK Bund, Beschluss vom 18.09.2023 – VK 2-68/23

---

*Hinweis: Dieser Beitrag baut auf dem Newsletter-Beitrag der Ausgabe Nr. 09/2023 auf.*

Das OLG Düsseldorf bestätigt den vorhergehenden Beschluss der VK Bund dahingehend, dass ein Wissensvorsprung eines vorbefassten Bieters im anschließenden Vergabeverfahren entsprechend auszugleichen ist.

Bereits in unserer Newsletter Ausgabe Nr. 09/2023 wurde die vorherige Entscheidung der VK Bund vorgestellt. Die VK Bund nimmt in dem Beschluss Stellung zum Umgang mit Wettbewerbsverzerrungen durch vorbefasste Bieter und weist darauf hin, dass sofern die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens eine Wertung anhand von qualitativen Zuschlagskriterien berücksichtigt, welche eigene Lösungsansätze der Bieter in Bezug auf die Leistungserbringung erfordert, die bloße Offenlegung der

erstellten Vergabeunterlagen bzw. der dabei bekannt gewordenen Unterlagen nicht genüge, um einen strukturellen Erkenntnisvorteil gegenüber den anderen Bietern auszugleichen.

Das OLG Düsseldorf konkretisiert die Entscheidung der VK Bund dahingehend, dass es im pflichtgemäßen Ermessen des öffentlichen Auftraggebers liegt, welche Maßnahmen er zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs ergriffen werden und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bewerten, ob bei einer Beteiligung der Projektanten der Grundsatz des fairen Wettbewerbs gewahrt wird. Der öffentliche Auftraggeber hat dafür Sorge zu tragen, dass dem vorbefassten Bieter im Vergleich zu seinen Wettbewerbern kein überlegenes Angebot ermöglicht wird. Somit sind die Eignungs- und Zuschlagskriterien erforderlichenfalls so neutral zu fassen, dass aus einem etwaigen Wissensvorsprung des vorbefassten Bieters keine Wertungsvorteile entstehen. Das angegriffene Wertungskriterium „1.3 Durchdringung des Projektinhaltes und Nennung eigener Lösungsansätze“ weist diese Neutralität nicht auf. Es ermöglicht vielmehr, dass das Angebot des vorbefassten Bieters in diesem Punkt besser bewertet wird als das der anderen. Mit dem qualitativen Zuschlagskriterium hat der öffentliche Auftraggeber jedoch ein Wertungskriterium geschaffen, mit welchem individuelle und projektbezogene Erfahrungen wertungserhöhend berücksichtigt werden können, die beim vorbefassten Bieter allein aufgrund der langen (dreijährigen) Beschäftigung im Vorfeld der

Ausschreibung für den öffentlichen Auftraggeber größer sind und ihm eine intensivere Durchdringung des Projekts ermöglichen als erstmals mit diesem Projekt befassten Bewerbern. Der vorbefasste Bieter kennt aufgrund seiner im Vorfeld erbrachten Planungsleistungen das Projekt besser als jeder andere und kann sich bei der Präsentation und etwaigen Rückfragen des öffentlichen Auftraggebers positiv von den anderen Bietern abgrenzen. Auch die Entwicklung eigener Lösungsansätze wird durch die intensive zeitliche Vorbereitung mit dem Projekt erleichtert.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der öffentliche Auftraggeber sicherzustellen hat, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme eines Bieters nicht verfälscht wird, welcher den öffentlichen Auftraggeber vor der Einleitung des Vergabeverfahrens beraten und unterstützt hat, nicht verfälscht wird. (IF)

Regensburg / Passau  
im Juni 2024