



## Inhalt

### BAUVERTRAGSRECHT

- 2 Die Tücken des bauvertraglichen Schadensersatzanspruchs
- 5 Prüf- und Hinweispflichten jenseits des eigenen Gewerks

### SICHERHEITEN AM BAU

- 7 Stolperfälle Bürgschaftsregelungen – Wertlose Sicherheiten I
- 9 Stolperfälle Abschlagszahlungsregelungen – Wertlose Sicherheiten II

### VERGABERECHT

- 11 Wesentliche Auftragsreduzierungen und Neuausschreibungspflicht

### SOZIALKASSEN AM BAU

- 13 Wie geht es mit der SOKA-Bau weiter?

## Vorwort

Es gibt mitunter Rechtsprechung, die man als einheitlich und gefestigt bezeichnet, und die kaum von jemandem in Frage gestellt wird. Betrachtet man aber die Ergebnisse und hinterfragt das Ganze, wundert man sich, warum das so ist. Ein gutes Beispiel hierfür ist der bauvertragliche Schadensersatzanspruch, der den Auftraggeber in die Lage versetzt, ein mangelhaftes, aber schadensfreies Werk zu behalten, und zusätzlich Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten zu verlangen.

Ein gefährliches Minenfeld sind die Sicherheiten am Bau. Sicherungsvereinbarungen in Bauverträgen erweisen sich häufig als unwirksam und die Sicherheiten damit als wertlos. Dies gilt sowohl für Gewährleistungssicherheiten, wie auch für Sicherheiten für die Vertragserfüllung. In mehreren Urteilen hat der Bundesgerichtshof in letzter Zeit Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam erachtet. Ein weiteres, sehr haftungsträchtiges Feld ist die Verletzung von Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers. Diese Pflichten betreffen nicht nur das eigene Gewerk, sondern auch andere Gewerke, die Auswirkungen auf das eigene Gewerk haben können.

Der EuGH hat sich in einem Urteil vom 07.09.2016 mit den Auswirkungen wesentlicher Auftragsreduzierungen und der Frage der Neuausschreibungspflicht beschäftigt.

Von ganz besonderem Interesse ist die Frage, wie es mit den Sozialkassen der Bauwirtschaft (SOKA-Bau) weitergeht, nachdem das Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 21.09.2016 festgestellt hat, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen für die Jahre 2008, 2010 und 2014 unwirksam sind.

### Dr. Andreas Koenen

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,  
Vertrauensanwalt des Bundes Deutscher Architekten (BDA)  
KOENEN BAUANWÄLTE

# Die Tücken des bauvertraglichen Schadensersatzan- spruchs

## Einführung

Bei Mängeln der Werkleistung stehen dem Besteller die in § 634 BGB geregelten gesetzlichen Mängelrechte zu. Zunächst hat er das Recht auf Nacherfüllung, d.h. Beseitigung des Mangels. Umgekehrt ist der Auftragnehmer bei Vorliegen eines Mangels zu dessen Beseitigung berechtigt (ob es sich hierbei um ein Recht des Auftragnehmers handelt oder um eine Obliegenheit des Auftraggebers auf Einräumung der Möglichkeit zur Nachbesserung, ist strittig, sei an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft). Der Auftraggeber muss dem Auftragnehmer deshalb nach § 637 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen. Erst wenn eine solche Frist erfolglos abgelaufen ist, hat der Auftraggeber das Wahlrecht zwischen den weiteren Mängelrechten, der Selbstvornahme, der Minderung, des im Baurecht seltenen Rücktrittsrechts oder des Schadensersatzes. Von der Minderung und dem Rücktrittsrecht soll im Folgenden nicht die Rede sein.

Wählt der Auftraggeber die Selbstvornahme, kann er den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 637 Abs. 1 BGB). Er kann aber auch vor Ausführung einen Kostenvorschuss für die Durchführung der Mängelbeseitigung verlangen. In jedem Fall ist über die Aufwendungen bei Durchführung der Selbstvornahme durch den Auftraggeber Rechenschaft durch Abrechnung der angefallenen Kosten zu legen.

Anderes gilt für den Schadensersatzanspruch, den der Auftraggeber nach Ablauf der Frist gemäß § 637 Abs. 1 BGB wahlweise statt der Selbstvornahme geltend machen kann. Anders als Nacherfüllung und Selbstvornahme setzt der Schadensersatzanspruch ein Verschulden des Auftragnehmers voraus. In den allermeisten Fällen ist das Verschulden bei Mängeln der Werkleistung unproblematisch, weil regelmäßig ein Ausführungsver schulden vorliegt. Anders kann

dies z.B. dann sein, wenn ein Mangel auf (für den Auftragnehmer nicht erkennbaren) Fehlern des Materials beruht. Liegt ein solcher Ausnahmefall nicht vor und ist ein Verschulden des Werkunternehmers unproblematisch zu bejahen, kann der Auftraggeber also völlig gefahrenfrei zwischen Selbstvornahme und Schadensersatz wählen.

## Wahl zwischen Selbstvornahme und Schadensersatz

An dieser Stelle stellt der Baujurist seinem Mandanten regelmäßig folgende Frage: „Wollen Sie den Mangel tatsächlich beseitigen lassen oder das mangelhafte Werk behalten und vom Unternehmer Schadensersatz verlangen?“ Der Hintergrund dieser Frage ist einfach: Im Gegensatz zur Selbstvornahme muss der Auftraggeber über den Schadensersatz nach Erhalt einer (freilich dem Grunde und der Höhe nach zu beweisenden) Zahlung nicht abrechnen. Nach gängiger Praxis und Rechtsprechung des BGH kann der Auftraggeber die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten als Schadensersatz verlangen, und steht es dem Auftraggeber anschließend frei, mit dem Schadensersatz zu machen, was ihm beliebt.

Dieses Vorgehen wird der Auftraggeber gerne wählen, wenn von dem Mangel keine nennenswerte Gefahr für sein Objekt ausgeht. Außerdem mag er sich sagen: Warten wir ab und schauen, ob etwas passiert, dann können wir den Mangel immer noch beseitigen. Solche Fälle sind sehr häufig. Hand aufs Herz, welches Gebäude wird schon mangelfrei erstellt? Die Erfahrung lehrt, dass Bauleistungen häufig Mängel aufweisen, die sich praktisch aber nicht in Schäden am Gebäude auswirken. Gleichwohl sprechen wir bei Abweichungen von den vertraglichen Anforderungen oder den anerkannten Regeln der Technik von einem Mangel, weil der Eintritt eines Schadens für die Frage, ob ein Mangel vorliegt oder nicht, unerheblich ist (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.07.1996 - 22 U 46/95 = NJW-RR 1996, 146; Ingenstau/Wirth, § 13 Abs. 1 VOB/B, Rdn. 39).

## Folgen der Rechtsprechung für die Praxis

Zur Illustration folgender Fall: Ein Dachdecker befestigt vorgelochte Schiefertafeln mit 2 statt mit 3 Stiften (wie er das schon immer getan hat). Der Hersteller empfiehlt die Verwendung von 3 Stiften. Diese Empfehlung findet später auch

Eingang in die einschlägigen Fachregeln. Der Auftraggeber moniert eine unzureichende Befestigung und verlangt vom Auftragnehmer die Kosten der Neuherstellung des Schieferdachs als Schadensersatz. Er bekommt durch alle Instanzen Recht. Auf Basis eines Sachverständigengutachtens ist das Landgericht davon ausgegangen, dass infolge der unzureichenden Befestigung einzelne Schiefertafeln möglicherweise verrutschen können. Diese Gefahr brauche der Auftraggeber nicht zu tragen und könne deshalb nicht auf eine Minderung verwiesen werden. Den Einwand der Unverhältnismäßigkeit gemäß § 635 Abs. 3 BGB haben die Gerichte nicht gelten lassen. Nach dieser Vorschrift kann der Unternehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. In der Praxis sind solche Fälle selten. Nur nebenbei: Auf dem Dach war auch nach Jahren keine einzige Schiefertafel nicht mehr an ihrem Platz!

Ergebnis: Der Auftraggeber hat ein voll funktionsfähiges teures Schieferdach kostenfrei erhalten! Überflüssig zu erwähnen, dass der arme Dachdecker die Welt nicht mehr verstanden hat.

Oder nehmen Sie Fälle einer (rechtlich zulässigen) Produktvorgabe im Leistungsverzeichnis. Weicht der Auftragnehmer ohne Billigung des Auftraggebers von einer solchen Produktvorgabe ab, ist seine Werkleistung mangelhaft. Geschieht dies wissentlich, kann er sich regelmäßig nicht einmal auf Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung berufen (vgl. OLG Köln, Urt. v. 20.11.2003 - 18 U 120/01 = IBR 2005, 132). Ähnliches gilt für optische Mängel: Hier hat der Auftraggeber ein voll funktionsfähiges Werk, kann aber bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit gleichwohl die Kosten für die Nachbesserung als Schaden verlangen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.04.2015 - 5 U 97/14 = IBR 2015, 417). Nur im Falle der Unverhältnismäßigkeit des mit einer Mängelbeseitigung verbundenen Aufwands orientiert der BGH den Schadensersatz am Minderwert und nicht an den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten (BGH, Urt. v. 11.10.2012 - VII ZR 179/11 = IBR 2012, 699).

Findige Rechtsanwälte machen aus dieser Rechtsprechung für ihre Mandanten ein regelrechtes Geschäft. Und ganz ehrlich: Der Anwalt, der auf diese ungeheure Möglichkeit nicht hinweist, be-

rät seinen Mandanten fehlerhaft. Andererseits benötigt man vermutlich ein besonderes Gemüt, ein solches Ergebnis für gerecht zu erachten.

Ergänzend noch eine kleine Anekdote zu dem Schiefer-Fall: Darauf angesprochen, dass das Oberlandesgericht die Berufung des Auftragnehmers gegen das erstinstanzliche Urteil abgewiesen hat, äußerte der Vorsitzende Richter am Landgericht spontan: „Das hätte ich nicht gedacht, das war doch klar, dass die Kläger auf einen Schmarrn aus waren!“ Wie angesichts dieses alles sagenden Ausdrucks unschwer zu erraten, spielte der Fall in Bayern, wäre vermutlich aber auch andernorts nicht anders entschieden worden.

Der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers unterliegt der Höhe nach nur geringen Einschränkungen. So kann der Auftraggeber beispielsweise die Mehrwertsteuer nicht als Schaden geltend machen, solange er den Mangel nicht tatsächlich beseitigen lässt. Ähnliches gilt für Kosten einer anderweitigen Unterbringung der Bewohner, die nur im Falle ihres tatsächlichen Entstehens beansprucht werden können (BGH, Urt. v. 22.07.2010 - VII ZR 176/09 = BauR 2010, 1752). Immerhin hat der BGH in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebracht, dass der Umfang des Schadensersatzes stärker als bisher auch daran auszurichten sei, welche Dispositionen der Geschädigte tatsächlich zur Schadensbeseitigung trifft. Überkompensationen seien zu vermeiden. Wie unsere Beispielfälle zeigen, kommt es bei bauvertraglichen Schadensersatzansprüchen aber immer noch zu gravierenden und mitunter ungerechten Überkompensationen.

### **Warum ist eigentlich der Mangel selbst der Schaden?**

Zu dem Ergebnis der so gut wie einhelligen Rechtsprechung zum Schadensersatz kommt man nur dann, wenn man den Mangel selbst als den Schaden begreift. Kürzlich hat das OLG Köln in einem Urteil vom 10.11.2016 (Az. 7 U 97/15 – ibr-online 2017, 2195; so auch BGH, NJW-RR 2003, 878) Folgendes zum Ausdruck gebracht: „Der Mangel selbst ist der Schaden. Der Auftraggeber kann deshalb verlangen, dass dieser Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag abgegolten wird. Unerheblich ist, ob er den zur Verfügung gestellten Betrag zur Mängelbeseitigung verwendet.“



Diese Feststellung will andererseits so gar nicht dazu passen, dass das Vorliegen eines Schadens (gemeint als Mangelfolge) nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines Mangels ist. Denn ein Mangel liegt gemäß § 633 Abs. 2 BGB bereits dann vor, wenn das Werk nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Bei einer Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit ist das Werk auch dann mangelhaft, wenn die erbrachte Leistung mit der vereinbarten „gleichwertig“ oder sogar besser ist. Es muss noch nicht einmal die Funktionstauglichkeit des Werks beeinträchtigt sein (BGH, Urt. v. 21.09.2004 – X ZR 244/01 = IBR 2004, 611; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdn. 1963). Ein Werk ist also bereits dann mangelhaft, wenn es von der vertraglich vereinbarten Sollbeschaffenheit abweicht, auch wenn dem Auftraggeber deshalb kein Schaden droht.

Warum also soll der Mangel als solcher der Schaden sein, obwohl das Vorliegen eines Schadens gar nicht Voraussetzung für die Einstufung eines Werks als mangelhaft ist? Erst über die dem Juristen eigene Gedankenakrobatik erschließt sich die Lösung: Beseitigt der Unternehmer einen ihm angezeigten Mangel trotz Fristsetzung nicht, begeht er eine Pflichtverletzung. Ergebnis der Pflichtverletzung: Der Mangel wurde nicht beseitigt. Also ist der Mangel der Schaden? So verlockend dieser Gedanke sein mag, so falsch ist er, was i.Ü. auch die mitunter völlig ungerechten und teilweise absurden Ergebnisse dieser Rechtsprechung implizieren.

Arbeitet der Werkunternehmer mangelhaft, erfüllt er den Vertrag nicht ordnungsgemäß. Die nicht gehörige, weil mangelhafte Vertragserfüllung ist ohne Zweifel eine Pflichtverletzung, die den Auftraggeber berechtigt, Mängelrechte geltend zu machen und primär Beseitigung des Mangels zu verlangen. Bereits diese gesetzliche Wertung der primär einzuräumenden Nacherfüllung zeigt, dass ein Mangel nicht per se ein Schaden ist. Er wird auch nicht dadurch automatisch zu einem Schaden, dass der Unternehmer den Mangel nicht beseitigt. Denn schließlich gibt das Gesetz dem Besteller das Recht zur Selbstvornahme. Er kann also selbst für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung sorgen und vom vertragsuntreuen Auftragnehmer Erstattung seiner Aufwendungen verlangen. Macht er von diesem Recht keinen Gebrauch, verzichtet er also aus

freien Stücken auf die Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolges im Wege der Ersatzvornahme, läge es völlig in seiner Hand, den Mangel als solchen durch diese Entscheidung zu einem Schaden zu machen. Das ist jedenfalls dann fragwürdig, wenn sich der Auftraggeber mit dem mangelhaften Zustand begnügt und zusätzlich Kompensation des Schadens in Gestalt der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten verlangt. Im Ergebnis erhält der Auftraggeber damit häufig ein voll funktionstaugliches, weil schadenfreies Werk, und zusätzlich volle Kompensation für eine Mängelbeseitigung, die er gar nicht will.

### **Entspricht die bisherige Rechtsprechung dem Schadensrecht des BGB?**

Erstaunlicherweise sprechen wir hier von bisher einhelliger Rechtsprechung. Aufsehen erregt hat der Aufsatz von Halfmeier in der Baurecht 2013 (320-325), der als Mitglied des für das Baurecht zuständigen 7. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs die Auffassung seines Senats mit beachtlichen Gründen in Zweifel gezogen hat. Den Ausgangspunkt des BGH teilt Halfmeier, wenn er sagt, „dass nach erfolglosem Ablauf einer Frist zur Nacherfüllung unmittelbar an die Stelle des Nacherfüllungsanspruchs ein Anspruch auf Schadensersatz eben statt dieser Leistung tritt“. Wie bereits ausgeführt, hat der Auftraggeber auch die Wahl der Ersatzvornahme. Dazu Halfmeier: „Diese Möglichkeit hat der Besteller auch noch, wenn er alle Voraussetzungen geschaffen hat, um Schadensersatz zu verlangen.“ Gewähre man aber ohne die Herstellung des vertraglich geschuldeten Zustands eine Geldentschädigung unabhängig von einem tatsächlich bereits eingetretenen Vermögensschaden, stelle dies nichts anderes als einen materiellen Ausgleich für einen vermögensmäßig nicht relevanten Mangelwert dar; dies sei aber nach § 253 BGB unzulässig. Der Besteller habe sein einzig geschütztes Leistungsinteresse durch den Inhalt des Werkvertrages in Gestalt eines mangelfreien Werks bestimmt. Er könne dieses Interesse nicht nachträglich dadurch umdefinieren, dass er im Falle eines Mangels stattdessen dieses mangelhafte Werk und eine weitere Summe zur freien Verfügung bekomme.

Halfmeier billigt dem Besteller Schadensersatz in Höhe der für die Mängelbeseitigung notwendi-

gen Kosten nur dann zu, „wenn und soweit dem Besteller diese Kosten tatsächlich entstanden sind. Beseitigt er den Mangel nicht, kann er als Schadensersatz in Form einer Geldentschädigung nur die Differenz zwischen dem (hypothetischen) Wert des Werks ohne den Mangel und dem (tatsächlichen) Wert der mangelbehafteten Sache verlangen. Bloß fiktive Mängelbeseitigungskosten stellen demnach keinen ersatzfähigen Vermögensschaden dar“.

## Ergebnis

Nach einhelliger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Obergerichte kann der Besteller nach Ablauf einer dem Auftragnehmer gesetzten Frist statt der Ersatzvornahme die Kosten für die Mängelbeseitigung auch als Schadensersatz geltend machen und ist in der Verwendung der erhaltenen Geldmittel völlig frei. Er kann, muss aber damit den Mangel nicht beseitigen.

Diese Rechtsprechung begegnet gravierenden Bedenken, weil dem Besteller damit ein Instrument in die Hand gegeben wird, sich unredlich auf Kosten des Auftragnehmers zu bereichern, indem er das häufig schadenfreie Werk behält und darüber hinaus die fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Wege des Schadenersatzes einstreicht. Der geschilderte Fall des Schieferdachs zeigt das ganze Dilemma dieser Rechtsprechung und der damit verbundenen Überkompensation des Schadens.

Entgegen der herrschenden Rechtsprechung ist der Mangel nach Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung nicht per se der Schaden. Dagegen spricht bereits die Existenz des Rechts zur Selbstvornahme. Behält der Auftraggeber die mangelhafte Leistung und verzichtet er aus freien Stücken auf die Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolges im Wege der Ersatzvornahme, kann er nicht zusätzlich Schadensersatz in Höhe der zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten verlangen, denn dies ist gerade Gegenstand des von ihm nicht gewollten Anspruchs auf Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme. Der Schaden berechnet sich dann – mit Halfmeier – vielmehr aus der Differenz zwischen dem (hypothetischen) Wert des Werks ohne den Mangel und dem (tatsächlichen) Wert der mangelbehafteten Sache. Freilich ist nicht zu erwarten, dass der BGH seine Rechtsprechung in nächster Zeit ändern wird.

Auftragnehmer sind deshalb gut beraten, Mängelanzeigen und Fristsetzungen ernst zu nehmen und den Auftraggeber erst gar nicht in die Lage zu versetzen, das mangelhafte Werk zu behalten und die zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten als Schaden zu verlangen. ■

## Dr. Joachim Muffler

Rechtsanwalt

# Prüf- und Hinweispflichten jenseits des eigenen Gewerks

## Die Pflicht zu Bedenkenhinweisen eröffnet Haftungsspielräume für den Unternehmer jenseits der erfolgsbezogenheit der unternehmerischen Leistungsverpflichtung

(OLG Hamm, Urteil vom 19.04.2016 I - 24 U 48/15)

Die VOB/B spricht in §§ 3 Abs. 3 VOB/B, 4 Abs. 3 VOB/B von Prüf-, Anzeige- und Hinweispflichten des Auftragnehmers. Diese Pflichten entspringen dem im allgemeinen Zivilrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und treffen auch den Auftragnehmer eines BGB-Vertrages (BGH Urteil vom 08.11.2007 – VII ZR 183/05).

Oft werden diese Prüf-, Anzeige- und Hinweispflichten in einem Atemzug mit der erfolgsbezogenheit der unternehmerischen Leistungsverpflichtung genannt (OLG Hamm vom 19.04.2016 – I - 24 U 48/15; OLG Braunschweig, Urteil vom 17.01.2013; 8 U 203/10; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.03.2015 – I-21 U 62/14).

## Mangelhaftung besteht unabhängig von der Prüf- und Anzeigepflicht

Dieser Zusammenhang ist vertraut, wenn diskutiert wird, ob sich der Auftragnehmer gegen seine Inanspruchnahme mit dem Einwand verteidigen

kann, er habe eine ihn enthaftende Bedenkenanzeige gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B erstattet.

Zur Begründung einer Mangelhaftung des Unternehmers bedarf es dagegen keines Rückgriffs auf etwa verletzte Hinweis- und Anzeigepflichten. Dies macht auch § 13 Abs. 3 VOB/B deutlich, der vor seiner Enthaftungsregelung zunächst klarstellt, dass der Auftragnehmer auch für Risikohöhen einzustehen hat, die vom Auftraggeber in die Abwicklung des Bauvertrages eingetragen werden. Die Erfolgsbezogenheit der Leistungsverpflichtung bürdet dem Auftragnehmer das Risiko auf, dass außerhalb seiner Beeinflussbarkeit die Leistung nicht in der Lage ist, die ihr zugedachte Funktion zu erfüllen (BGH, NJW 1983, 456 = BauR 1983,156 „Blasbach-Brücken-Fall“; BGH, Urteil vom 08.11.2007 VII ZR 1837/05 „Blockheizkraftwerk-Fall“). Wenn die geschuldete Leistung die ihr zugewiesene Funktion nicht erfüllt, ist sie mangelhaft.

Für eine etwa funktional bedingte Mangelhaftigkeit haftet der Auftragnehmer und nicht primär dafür, dass er einen gebotenen Hinweis nicht erteilt hat.

Mitunter wird die strenge erfolgsbezogene Haftung von den Obergerichten durch den Versuch gemildert, die Leistungspflicht des Auftragnehmers wieder auf die geschuldete Kernleistung zu beziehen und nicht final auf den weiteren funktionalen Erfolg (siehe OLG Hamm vom 19.04.2016 – I - 24 U 48/15; OLG Koblenz, Urteil vom 11.05.2010 – 11 U 823/08). Zugrunde liegen solchen Urteilen zumeist Fälle, in denen der zu erreichende Gesamterfolg in besonderer Weise durch das arbeitsteilige Zusammenwirken mehrerer Projektbeteiligter erreicht werden muss.

Das OLG Hamm sah in seinem Urteil vom 19.04.2016 zunächst keine Mangelhaftung des Heizungsbauers, der den Einbau einer Wärmepumpe und Heizanlage mit einer Kühlfunktion schuldete. Dies, obwohl die Kühlung über die Wärmepumpe nicht funktionierte, was darauf zurückzuführen war, dass der Elektriker keine mindestens vieradrigen Steuerungskabel zu den Raumthermostaten verlegt hatte. Obwohl nach der Auffassung des OLG Hamm kein Mangel vorlag, prüfte es dann, ob dem Heizungsbauer nicht die Verletzung einer Prüf- und Hinweispflicht

gemäß § 4 Abs. 3 VOB vorgeworfen werden könnte. Die Verletzung einer solchen Pflicht löst keine Mangel- sondern Schadenersatzansprüche aus (BGH, Urteil vom 19.05.2011 – VII ZR 24/08 BauR 2011, 1494). Eine solche Haftung kann unabhängig von Mangelanträgen bestehen. Das OLG Hamm verneinte eine solche Pflichtverletzung und Haftung am Ende, weil es den Heizungsbauer nicht für verpflichtet hielt, den Elektriker zu überwachen. Der Auftragnehmer durfte sich über ein ihm gewogenes Gericht freuen. Sowohl bei der Bestimmung des geschuldeten Erfolges als auch bei der Festlegung des Rahmen der Prüf- und Hinweispflichten hätte das Gericht anders entscheiden können.

### **Prüf- und Anzeigepflichten machen nicht vor der eigenen Leistungsgrenze halt**

Jedem Unternehmer ist zu raten, die Scheuklappen auf der Baustelle abzulegen. Die Prüf- und Hinweispflichten gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B beschränken sich nicht auf den geschuldeten und schon weit verstandenen Erfolg der eigenen Werkleistung. Die Rechtsprechung sieht zum Beispiel eine Verletzung einer Pflicht zur Prüfung und Anzeige, wenn der Unternehmer erkennen kann, dass

- seine mangelfrei hergestellte Leistung durch eine Fertigstellung zur Unzeit später Schäden erleiden kann (BGH, Urteil vom 19.05.2011 VII ZR 24/08).
- eine Vorleistung mangelhaft ist und zu Schäden führen kann, ohne dass die Mangelfreiheit oder die Funktion der eigenen Leistung berührt sein müssen (OLG Schleswig, Urteil vom 04.12.2012 – 3 U 102/09).
- ein nachträglicher Eingriff in die fertiggestellte Leistung zu Schäden führen kann oder ein fachwidriger Aufbau der eigenen mangelfrei hergestellte Leistung erfolgt ist (OLG Hamm, 08.01.2013 – 26 U 133/12).

Wann genau der Unternehmer zur Prüfung- und Anzeige verpflichtet ist, lässt sich nur bezogen auf den Einzelfall feststellen. Auch wenn der Unternehmer zu Recht für sich in Anspruch nehmen kann, nicht als Generalüberwacher haften zu müssen, trägt er das Risiko, dass die

Reichweite der Prüf- und Hinweispflichten von Gericht zu Gericht anders gesehen wird. Auch der vom OLG Hamm entlastete Heizungsbauer hätte sich einen über zehn Jahre dauernden Prozess ersparen können, wenn er den Mangel des Fremdgewerkes erkannt hätte. ■

### Jörg Hahne

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht

## Stolperfalle Bürgschaftsregelungen - Wertlose Sicherheiten I

**BGH, Urt. v. 01.10.2014, VII ZR 164/12 und Urt. v. 22.01.2015, VII ZR 120/14**

Der Bundesgerichtshof hat mit zwei Urteilen vom 01.10.2014 (VII ZR 164/12) und 22.01.2015 (VII ZR 120/14) eine Vielzahl von Sicherungsvereinbarungen, die insbesondere von der öffentlichen Hand verwendet wurden - und teilweise noch immer verwendet werden (!) - mit dem Verdikt der Nichtigkeit belegt. Die Bedeutung dieser Entscheidungen für die Praxis wird nach unseren Erfahrungen nach wie vor völlig unterschätzt; dabei ist sie von ebenso weitreichender Bedeutung wie die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 05.06.1997 (VII ZR 324/95), mit der fast sämtliche Bürgschaften der öffentlichen Hand auf erstes Anfordern wertlos wurden.

### Ausgangslage

In Bauverträgen wird regelmäßig eine Sicherheit für die Vertragserfüllung und eine Sicherheit für Mängelansprüche zu Gunsten des Auftraggebers vereinbart. In aller Regel werden die Sicherheits-einbehalte durch entsprechende Bürgschaften abgelöst. Wird der Bürge in Anspruch genommen, kann es zu einer bösen Überraschung für den Auftraggeber kommen: Der Bürge beruft sich darauf, dass die Sicherungsvereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer unwirksam sei mit der Folge, dass der Bürge nicht leisten muss. Letzteres ergibt sich aus dem Akzessorietätsgedanken des § 768 Abs. 1 BGB, der sicherstellt, dass der Bürge nicht mehr als der Hauptschuldner zu leisten hat (so bereits BGH, Urt. v. 12.03.1980, VIII ZR 115/79). Eine unwirksame Sicherungsvereinbarung führt also dazu, dass die Bürgschaftsurkunde wertlos ist. Sie ist dem Bürgen zurück zu geben.

Die Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Klauseln zur Vereinbarung von Sicherheiten, die insbesondere auch der öffentliche Auftraggeber verwendet, als AGB-rechtlich unzulässig verworfen.

Von besonderer Bedeutung war in diesem Zusammenhang die Entscheidung des BGH vom 05.06.1997 (VII ZR 324/95), mit welcher der BGH der Praxis der öffentlichen Hand, Bürgschaften auf erstes Anfordern als Alternative zu dem Sicherungseinbehalt zu fordern, eine Absage erteilte. Diese Entscheidung führte dazu, dass eine Vielzahl von Sicherungsvereinbarungen der öffentlichen Hand „auf einen Schlag“ unwirksam und die empfangenen Bürgschaftsurkunden wertlos waren.

### **Die Urteile des BGH vom 01.10.2014 und 22.01.2015**

Die eingangs angesprochenen Entscheidungen des BGH haben eine ähnlich hohe Bedeutung. Sie führen dazu, dass eine Vielzahl von Sicherungsvereinbarungen, die von der öffentlichen Hand auf Grundlage der Formulare des Vergahandbuchs des Bundes verwendet wurden - und teilweise immer noch verwendet werden (!) - ebenfalls mit dem Verdikt der Nichtigkeit belegt sind.

Der BGH urteilt, dass Klauseln, die dazu führen können, dass der Auftraggeber über einen namhaften Zeitraum nach der Abnahme hinaus 7 % vom Werklohn zurückbehalten kann, unwirksam sind. Denn nach dem Gesetz ist der Werklohn in voller Höhe bei der Abnahme des Werks zu entrichten und ab diesem Zeitpunkt zu verzinsen, § 641 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BGB. Ginge man allein hiervon aus, würde jede vom Auftraggeber vorgegebene AGB, nach welcher der Auftragnehmer für einen bestimmten Teil der Werklohnforderung eine Mängelsicherheit zu stellen hat und vor deren Erbringung dieser Werklohnanteil nicht fällig wird, eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild darstellen und wäre unwirksam. Daher erkennt die Rechtsprechung das Interesse des Auftraggebers an einer angemessenen Sicherheit, für die nach dem Gesetz erst fünf Jahre nach Abnahme des Werks in Verjährung fallenden Mängelansprüche, als schutzwürdig an. Den Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen hat die Rechtsprechung dahin aufgelöst, dass entsprechende Klauseln des Auftraggebers in AGB nur dann wirksam sind, wenn dem Auftragnehmer eine „angemessene Alternative“ zu dem Einbehalt eingeräumt wird. Dabei kann ferner nicht Sicherheit in beliebiger Höhe verlangt werden. Während der BGH ein Sicherungsverlangen von

5 % nach der Abnahme als unkritisch betrachtet, ist eine AGB-Regelung, nach der 7 % an Sicherheit geleistet werden müssen, zu hoch (BGH, Urteil vom 01.10.2014, VII ZR 164/12).

Die Besonderheit der angesprochenen Entscheidungen liegt nun darin, dass für sich genommen unkritische Sicherungsvereinbarungen für die Vertragserfüllung und die Mängelansprüche eine Kumulationswirkung entfalten können, die dazu führt, dass die Sicherungsvereinbarung insgesamt unwirksam ist. Der BGH beanstandet konkret eine Klausel, wie sie häufig entweder in den ZVB oder den BVB des öffentlichen Auftraggebers zu finden war - und teilweise noch ist. Beanstandet werden Klauseln wie diese:

„Nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadenersatz kann der Auftragnehmer verlangen, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelanspruchesicherheit umgewandelt wird.“

Beträgt - wie häufig - die vereinbarte Sicherheit für die Vertragserfüllung 5 % und die Sicherheit für Mängelansprüche 3 %, dann ist es nach dem Wortlaut dieser Klausel möglich, dass über einen namhaften Zeitraum nach der Abnahme hinaus, die Vertragserfüllungssicherheit nicht herausgegeben werden muss und gleichzeitig bereits die Mängelanspruchesicherheit verlangt werden kann. Denn der Auftraggeber kann nach dem Wortlaut der Klausel allein durch das Erheben von Ansprüchen, ohne dass deren Berechtigung feststünde, die Herausgabe der Vertragserfüllungssicherheit hinausschieben (so bereits: OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.08.2013, 19 U 99/12). Im Beispielsfall kann die Kumulation zu einem Einbehalt von 8 % nach der Abnahme führen - das ist zu viel.

Auftraggeber verteidigen sich häufig damit, dass es tatsächlich gar nicht zu der Übersicherung gekommen sei, weil die Vertragserfüllungsbürgschaft mit der Abnahme herausgegeben wurde. Darauf kommt es aber nicht an. Denn es geht bei der Frage, ob die Klausel unwirksam ist, allein darum, ob es nach dem Wortlaut der Klausel zu einer Übersicherung kommen kann.

### **Die Folgen**

Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die nach ihrem Wortlaut dazu führen können, dass der Auftraggeber über die



Abnahme hinaus eine Sicherheit von 7 % oder mehr erhalten kann, sind unwirksam. Eine Reduktion auf das noch zulässige Maß findet nicht statt. Der Auftraggeber kann dann überhaupt keine Sicherheit verlangen. Eine bereits erhaltene Sicherheit muss der Auftraggeber zurückgeben. Tut er dies nicht innerhalb einer vom Auftragnehmer gesetzten Frist und kommt er mit der Rückgabe der Bürgschaftsurkunden in Verzug, hat er außerdem die Avalkosten des Auftragnehmers zu tragen (BGH, Urteil vom 26.03.2015, VII ZR 92/14).

Verkennt der Auftraggeber die Rechtslage und behält z.B. von einer Abschlagsrechnung einen Teilbetrag als Sicherheit ein, weil er sich hierfür gemäß § 17 Abs. 2, 6 VOB/B für berechtigt hält, kann das schwerwiegende Folgen haben. Denn dann kommt der Auftraggeber mit einer fälligen Abschlagszahlung in Verzug und liefert dem Auftragnehmer einen Kündigungsgrund gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B.

Selbst wenn Mängel an der Werkleistung bestehen, kann sich der Auftraggeber nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Denn ein Zurückbehaltungsrecht würde dem Sinn und Zweck des AGB-Verbots zuwiderlaufen, die unangemessene Benachteiligung würde perpetuiert. Außerdem kann auch der Bürge dem Auftraggeber die Unwirksamkeit entgegenhalten. Daher ist es dem Auftraggeber nicht gestattet, eine AGB-rechtswidrig erlangte Position auszunutzen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.11.2003, 7 U 135/00). Auftraggeber sind also gut beraten, die Werthaltigkeit ihrer Sicherheitsvereinbarungen aus Altverträgen zu prüfen. Für Auftragnehmer bietet diese neue Rechtsprechung die Chance, herausgereichte Bürgschaften zurück zu holen - selbst wenn Mängelansprüche im Streit sind - und damit sowohl den Avalkreditrahmen zu erweitern und die Avalkosten zu senken. ■

### Marco Röder

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht

## Stolperfalle Abschlagszahlungsregelungen – Wertlose Sicherheiten II

**BGH Urteil v. 09.12.2010 – VII ZR 7/10 und Urteil v. 16.06.2016 – VII ZR 29/13**

In der Praxis hat sich für die Höhe der Vertragserfüllungssicherheit eine Größenordnung von bis zu 10% der Auftragssumme durchgesetzt. Eine Sicherheit bis zu dieser maximalen Höhe benachteiligt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Auftragnehmer nicht unangemessen (Urt. v. 07.04.2016, VII ZR 56/15). Anders kann dies aber dann aussehen, wenn in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers Regelungen zu Abschlagszahlungen hinzutreten, die weitere Sicherungseinbehalte schaffen und in Verbindung mit der Sicherheitsabrede eine Gesamtbelastung des Auftragnehmers bewirken, die das Maß der Angemessenheit überschreiten.

Seine diesbezüglich mit Urteil vom 09.12.2010 (VII ZR 7/10) begründete Rechtsprechung hat der BGH nun mit Urteil vom 16.06.2016 (VII ZR 29/13) bekräftigt und weiter ausdifferenziert.

### Ausgangslage

Auftraggeber sehen in ihren AGB regelmäßig Sicherheiten für die Vertragserfüllung vor. In der Regel werden die Sicherheitseinbehalte durch eine entsprechende Bürgschaft abgelöst. Nicht selten finden sich in den AGB des Auftraggebers zudem Regelungen über Abschlagszahlungen, die vorsehen, dass der Auftraggeber trotz erbrachter Leistung einen Teil des Werklohns einbehalten darf.

Auch in einem solchen Fall kann es für den Auftraggeber bei einer Inanspruchnahme des Bürgen ein böses Erwachen geben. Ähnlich wie bei Übersicherungen durch die Kumulation von Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten (vgl. Röder, Wertlose Sicherheiten Teil I), kann auch bei der oben beschriebenen Vertragsgestaltung eine Übersicherung und damit eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers vorliegen.

nehmers vorliegen, die in der Folge zur Unwirksamkeit beider Klauseln führt. Denn nach der Rechtsprechung des BGH können zwei für sich genommen nicht zu beanstandende Klauseln zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen mit der Folge, dass beide Klauseln unwirksam sind. In diesem Fall sei es nicht Aufgabe des Gerichts auszusuchen, welche der beiden Klauseln unwirksam ist und welche Klausel bestehen bleiben soll (BGH, Urt. v. 26.10.1994, VIII ARZ 3/94). Insofern kann der Verwender zweier Sicherungsklauseln, von denen nur eine Bestand haben kann, wenn die andere unwirksam ist, sich auch nicht darauf berufen, dass die von ihm selbst gestellte Klausel unangemessen und damit unwirksam ist (BGH, Urt. v. 14.05.2003, VIII ZR 308/02).

### Die Entscheidungen des BGH vom 09.12.2010 und 16.06.2016

In seinen beiden eingangs genannten Entscheidungen beanstandet der BGH jeweils die Gesamtwirkung von Vertragserfüllungssicherheit und Abschlagszahlungsregelungen in den AGB des Auftraggebers, die es diesem erlauben, einen Teil des Werklohns einzubehalten.

In der Entscheidung vom 09.12.2010 war neben der Vertragserfüllungssicherheit im Vertrag zusätzlich bestimmt, dass zur Vermeidung des Aufwands einer genaueren Ermittlung der abgerechneten Leistungen, die sich aus den (vereinfacht) geprüften Abschlagsrechnungen ergebenden Werklohnforderungen nur zu 90% gezahlt werden. Danach hatte der Auftragnehmer also neben der Erfüllungssicherheit in Höhe von 10% auch den Einbehalt von 10% der Auftragssumme bis zur Schlussrechnung hinzunehmen. Der Einbehalt stellt insoweit eine Sicherung sämtlicher vertraglicher Ansprüche dar, nicht nur die Sicherung vor Überzahlung. Dies führt zu einer unangemessenen Gesamtbelastung des Auftragnehmers, da im Ergebnis 20 % der Auftragssumme als Sicherheit für die Vertragserfüllung zur Verfügung stand.

Die Entscheidung vom 16.06.2016 knüpft an diese Rechtsprechung an. Dem dortigen Fall lag ein Pauschalpreisvertrag über die Errichtung von 47 Wohneinheiten nebst Stellplätzen zu Grunde. Neben einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % sah der Vertrag an anderer Stelle

Abschlagszahlungen entsprechend beigefügter Zahlungspläne vor. Nach diesen Zahlungsplänen sollte die drittletzte Abschlagszahlung in Höhe von 5% der vereinbarten Vergütung mit „vollständiger Fertigstellung und Übergabe an den Kunden des Auftraggebers“, die vorletzte Abschlagszahlung in Höhe von 5% „nach Beseitigung der Mängel aus dem Abnahmeprotokoll und Kundenunterschrift“ und die letzte Abschlagszahlung in Höhe von 5% erst „nach erfolgter Abnahme, Ablösung des Sicherheitseinhalts für die Gewährleistung mit Bürgschaft und Fälligkeit der (vorletzten) Rate“ fällig werden.

Demnach sollten die letzten drei Abschlagszahlungen abweichend vom gesetzlichen Leitbild des § 632a BGB a.F. erst nach einem ggf. längeren Zeitraum nach der mangelfreien Fertigstellung des Bauwerks fällig werden. Die Fälligkeit sollte zudem von Voraussetzungen abhängen, die außerhalb des Einflussbereichs des Auftragnehmers lagen.

Durch diese Klausel wäre der Auftraggeber berechtigt, trotz Fertigstellung und zusätzlich zur Vertragserfüllungssicherheit 15% des Werklohns einzubehalten. Dies überschreitet das Maß der Angemessenheit.

In beiden Konstellationen wird durch die Stellung der Vertragserfüllungsbürgschaft nicht nur die Kreditlinie des Auftragnehmers belastet, durch den Einbehalt von Abschlagszahlungen wird ihm bis zur Schlusszahlung zusätzlich Liquidität entzogen. Er trägt insoweit zudem das Insolvenzrisiko des Auftraggebers, ohne dass hierfür ein angemessener Ausgleich zugestanden wird. Der Auftraggeber erhält im Gegensatz dazu – zusätzlich zur Bürgschaft – durch den Einbehalt eine weitere Sicherung vor Überzahlung und kann gegen den Einbehalt jederzeit mit sonstigen Forderungen aus dem Werkvertrag aufrechnen. Die Einbehalte stellen damit eine Sicherung sämtlicher vertraglicher Ansprüche des Auftraggebers dar, also auch solcher, die an sich bereits von der Vertragserfüllungsbürgschaft zu Grunde liegenden Sicherungsabrede erfasst wären. Das ist unangemessen und führt zur Nichtigkeit der Sicherungsabrede.

### Fazit

Für den Auftragnehmer kann sich neben dem Blick in die Regelungen zu den Vertragserfüll-

lungs- und Gewährleistungssicherheiten (vgl. hierzu Röder, Wertlose Sicherheiten Teil I) auch ein Blick in die übrigen Regelungen des Vertrags, insbesondere solche über weitere Einbehalte, lohnen. Kommt es durch eine Kumulation von Klauseln, die für sich genommen noch angemessen sind, zu einer unangemessenen Benachteiligung, führt das auf Grund der Gesamtbelastung zur Unwirksamkeit beider Klauseln und damit zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede.

Der Auftraggeber kann dann überhaupt keine Sicherheit mehr verlangen. Der Bürge kann dem Auftraggeber gemäß § 768 Abs. 1 S.1 BGB die Einrede der unwirksamen Sicherungsvereinbarung entgegenhalten. Bereits erhaltene Sicherheiten muss der Auftraggeber zurückgeben. Tut er dies nicht innerhalb einer vom Auftragnehmer gesetzten Frist, kommt er in Verzug, mit den bereits in Teil I geschilderten Folgen. ■

**Jennifer Essig**

Rechtsanwältin

## Wesentliche Auftragsreduzierungen und Neuausschreibungspflicht

**EuGH, Urteil vom 07.09.2016 (RS C-549/14)**

Vergabefehler des öffentlichen Auftraggebers sind für den Auftragnehmer in dem Moment bedeutungslos, in dem er den Zuschlag erhalten hat. Mit ihm werden vergaberechtswidrige Wettbewerbs- oder Leistungsvorgaben ebenso wie etwa vergaberelevante defizitäre Details des Angebotes verbindlich. Für die Mitbewerber entfällt in der Regel der Primärrechtsschutz und sie sind auf die Möglichkeit verwiesen, Sekundärrechtsschutz zu suchen, d.h. den Auftraggeber bei Regelverstößen vor den Zivilgerichten zu verklagen. Im Falle sogenannter De-facto-Vergaben schwebt bei Vergaben oberhalb des Schwellenwertes über dem vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrag noch auflösend bedingt und zeitlich befristet das Damoklesschwert der Nichtigkeit (§ 135 GWB).

### Neuausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen

Mitunter lohnt es für die Mitbieter, die Abwicklung des vergebenen Auftrags im Blick zu behalten. Selbst ein ordnungsgemäß verbogener Auftrag kann zum De-facto-Auftrag werden, also einem solchen, der ohne Vergabeverfahren unzulässig vergeben worden ist. Möglich ist dies, wenn die ursprünglich vergebenen Leistungen nach dem Zuschlag so starke Änderungen erfahren, dass nicht mehr vom gleichen Auftrag gesprochen werden kann.

Damit der Primärrechtsschutz nicht ausgehöhlt und leicht umgangen werden kann, haben die ehemaligen und potentiellen Bieter in einem solchen Fall die Möglichkeit, die Vergabekammer anzurufen und die Nichtigkeit des sich in der Abwicklung befindlichen Vertrages binnen der Fristen des § 135 GWB feststellen zu lassen.

Damit ist die Frage danach aufgeworfen, welche Änderungen des ursprünglichen Vergabegen-

standes dazu führen, dass der öffentliche Auftraggeber nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB das alte Vertragsverhältnis kündigen kann und ein neues Vergabeverfahren einleiten muss.

### **Neufassung des § 132 GWB 2016**

Bis zur Neufassung des GWB in seiner Fassung vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) gab es nur in der EU-Vergaberichtlinie von 2014 (Richtlinie 2014/24 über die öffentliche Auftragsvergabe RL 2014/24/EU vom 26.02.2014; ABl. (RL 94/65) und in der begleitenden Sektoren- bzw. Konzessionsrichtlinie Regelungen, die den Rahmen für die Zulässigkeit von Änderungen des Vertragsgegenstandes während der Auftragsabwicklung absteckten. Der EuGH hat sich mehrfach mit diesem Thema auseinandergesetzt (z.B. EuGH, NVwZ 2008, 865 – presstext).

Nunmehr regelt § 132 GWB im deutschen Recht differenziert, unter welchen Umständen trotz Änderungen des Vertragsgegenstandes kein neues Vergabeverfahren eingeleitet werden muss.

Nach § 132 Abs. 3 GWB ist die Änderung eines Vertrages bei Wahrung des Gesamtcharakters des Auftrags zulässig, wenn der Änderungsgegenstand nicht mehr als 15 % des ursprünglichen Auftragswertes beträgt und der Gegenstand der Änderung den Schwellenwert nicht übersteigt. Gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 GWB sind z.B. Vertragsänderungen zulässig, wenn diese im Ursprungsvertrag angelegt waren und sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert oder (unter weiteren Voraussetzungen) eine zusätzliche Bau- oder Dienstleistung erforderlich geworden ist, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen war.

Wenn die Ausnahmefälle gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GWB nicht vorliegen, beurteilt sich die Zulässigkeit der Auftragsänderung nach dem Auffangtatbestand des § 132 Abs. 1 GWB, der besagt, dass wesentliche Änderungen die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens erfordern. Wesentliche Änderungen in diesem Sinn liegen vor, wenn sich der öffentliche Auftrag erheblich vom ursprünglich vergebenen unterscheidet. Wann dies der Fall sein soll, zählt § 132 Abs. 1 GWB beispielhaft auf.

### **Wann ist eine Leistungsverringerung eine wesentliche Vertragsänderung?**

Der EuGH hat sich in einem am 07.09.2016 entschiedenen Fall (RS C-549/14) mit der Frage beschäftigt, ob auch eine Verringerung des Leistungsgegenstandes eine Änderung des Vertrages darstellen kann, die den Auftraggeber zu einer Neuausschreibung verpflichtet. Er hat dies erwartungsgemäß bestätigt. Dem Urteil zugrunde lag eine Auftragsverringerung, die die Vertragsparteien im Zuge eines Vergleichs vereinbaren wollten, um Streitigkeiten bei der Abwicklung des Vertrages beizulegen. Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der aus ihr folgenden Transparenzpflicht würden es erfordern, dass der öffentliche Auftrag und dessen Bestimmungen nicht so verändert werden würden, dass sie sich von den Bestimmungen des ursprünglichen Auftrags wesentlich unterscheiden. Dies sei auch dann der Fall, wenn bei anfänglicher Berücksichtigung der beabsichtigten Änderungen ein anderes Angebot den Zuschlag hätte erhalten können. Gleiches würde gelten, wenn andere Bieter hätten zugelassen werden können. Es läge auf der Hand, dass bei einer bedeutenden Verringerung des Auftragsgegenstandes der Auftrag für eine größere Zahl von Wirtschaftsteilnehmern durchführbar werden könnte. Eine Reduzierung des Auftragsgegenstands könne auch eine proportionale Verringerung der Anforderungen mit sich bringen, die an die Leistungsfähigkeit der Bewerber gestellt werden dürften.

Die tragenden Erwägungen des EuGH lassen sich beruhigender Weise in der Struktur des neuen § 132 Abs. 1 GWB wiederfinden. Eine wesentliche Änderung im Sinne des § 132 Abs. 1 Nummer 1 lit. a) bzw. lit. b) GWB liegt vor, wenn diese Änderung die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter oder die Annahme eines anderen Angebotes ermöglicht hätte. Wenn demnach keine Ausnahmefälle gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GWB vorliegen, wäre in einem solchen Fall neu auszu-schreiben.

Der EuGH sorgt mit seiner Entscheidung noch zu einem anderen Detail für eine Klarstellung, indem er betont, dass die Gründe für die Änderung des Leistungsgegenstandes ohne Bedeutung für die Antwort auf die Frage nach einer Neuausschreibung sind. Bis zur Entscheidung des EuGH vom 07.09.2016 ging die herrschende



Meinung davon aus, dass eine wesentliche Änderung nur dann vorliegen könne, wenn sie auch Ausdruck der Absicht der Parteien sei, wesentliche Bedingungen des betreffenden Auftrags neu verhandeln zu wollen. Die Praxis wird für diese Linienkorrektur dankbar sein – mit ihr wird eine ungewisse Auslegung und unsichere Interpretation des Handelns der Beteiligten überflüssig. ■

### Jörg Hahne

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht

## Wie geht es mit der SOKA-Bau weiter?

### Gesetzliche Grundlage der SOKA-Bau

Die Sozialkassen der Bauwirtschaft (SOKA-Bau) findet ihre Grundlage in Tarifverträgen zwischen dem Baugewerbe- und Bauindustrieverband, sowie der IG Bau. Grundsätzlich finden solche Tarifverträge nur zwischen Tarifvertragsparteien, insbesondere also bei tarifgebundenem Arbeitgeber Anwendung. In der Vergangenheit hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales diese Tarifverträge aber regelmäßig für allgemeinverbindlich erklärt. Dies hatte zur Folge, dass auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber zwangsweise Beiträge in die SOKA-Bau einzahlen mussten. Gegen diese zwangsweise Einbeziehung in die Sozialkasse des Baugewerbes haben sich wiederholt Arbeitgeber, die nicht Mitglied einer Arbeitgebervereinigung waren und deshalb nur auf der Grundlage der Allgemeinverbindlicherklärung zu Beitragszahlungen herangezogen wurden, zur Wehr gesetzt. Mit diesen Klagen hatte sich das Bundesarbeitsgericht zu befassen.

### Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Allgemeinverbindlicherklärungen

Bereits mit Beschluss vom 21.09.2016 hat das BAG festgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen für die Jahre 2008, 2010 und 2014 unwirksam sind. In weiteren aktuellen Entscheidungen vom 25.01.2017 hat das BAG in gleicher Weise nun auch die Allgemeinverbindlicherklärungen für die Jahre 2012 und 2013 für unwirksam erklärt. Das BAG stützt sich dabei im Wesentlichen darauf, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Allgemeinverbindlicherklärungen nicht nachgewiesen worden sei, dass mindestens 50% der unter dem Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer der Baubranche bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt gewesen seien. Darüber hinaus seien die Allgemeinverbindlicherklärungen auch deshalb unwirksam, weil die damals zuständige Ministerin für Arbeit und Soziales, Ursula von der Leyen nicht mit dem Normsetzungsakt befasst gewesen sei, worin ein Verstoß gegen das in Artikel 20 GG verankerte Demokratieprinzip liege.

Aufgrund dieser Entscheidung des BAG bestand im jeweils maßgeblichen Zeitraum nur für tarifgebundene Arbeitgeber eine Beitragspflicht zu den Sozialkassen des Baugewebes. Andere Arbeitgeber der Baubranche, die hier durch die Allgemeinverbindlichkeit einbezogen werden sollten, seien jedoch nicht verpflichtet, für diese Jahre Beiträge zu leisten.

### **Neuer Gesetzesentwurf verfassungsgemäß?**

Um dies nachträglich zu heilen und damit die SOKA-Bau zu schützen, haben die Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD in seltener Eintracht den Entwurf eines Gesetzes für ein Sozialkassensicherungsgesetz (SokaSeG) vorgelegt, der bereits am 15.12.2016 im Bundestag behandelt wurde. Damit soll vermieden werden, dass die Sozialkasse mit hohen Beitragsrückzahlungen konfrontiert wird. Dieses Gesetz sieht vor, dass rückwirkend zu dem Zeitraum ab dem 01.01.2006 durch eine statische Verweisung auf die Tarifverträge diese wieder zwingend für alle Arbeitgeber Anwendung finden sollen. In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt, das Gesetz schaffe einen Rechtsgrund für das „Behalten dürfen“ der (zu Unrecht) eingezogenen Beiträge. Dies erscheint durchaus fragwürdig, da das BAG ja gerade festgestellt hatte, dass hierfür keine Rechtsgrundlage existiert. Durch das Gesetz soll also rückwirkend eine zu Unrecht gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitgebern eingeforderte Zahlung legitimiert werden. Hierin ist ein tiefgreifender Eingriff in das Rechtsstaatsprinzip zu sehen, da ein bereits höchstrichterlich festgestelltes Unrecht nachträglich und rückwirkend rechtens gemacht werden soll. Dies wird mit hoher Wahrscheinlichkeit verfassungsrechtlich zu überprüfen sein. Kritisiert wird dieses Gesetz auch von vielen Innungsverbänden des Handwerks, wie beispielsweise auch dem Zentralverband der Deutschen Elektro- und Informationstechnischen Handwerke.

### **Ausblick**

Es bleibt abzuwarten, ob diese beabsichtigte gesetzliche Regelung tatsächlich verfassungsgemäß ist. Fragwürdig ist bereits § 11 des Entwurfes, wonach die tarifvertraglichen Rechtsnormen selbst dann gelten sollen, wenn die Tarifverträge hierzu nicht wirksam abgeschlossen worden sind. Handwerklich saubere Gesetzgebung sieht sicherlich anders aus. ■

### **Rainer Wertenaue**

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht



Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht. Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen. Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört auch dieses regelmäßig erscheinende Magazin „Baurecht Aktuell“.

**1 Prof. Dr. Hans Ganten**

c/o Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB,  
Bremen, Ostertorstraße 32, 28195 Bremen,  
T 0421 329070  
www.ghb-law.de

**2 KOENEN BAUANWÄLTE,**

**Essen/Hannover/Münster/Bielefeld**  
II. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0  
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover,  
T 0511 898402-0  
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0  
Ravensberger Straße 12b, 33602 Bielefeld,  
T 0521 9676638-0  
www.bauanwaelte.de

**3 RJ Anwälte Jochem**

**Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden**  
Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden,  
T 0611 3081436-7  
www.rj-anwaelte.de

**4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbB,  
Saarbrücken**

Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken,  
T 0681 936390  
www.rechtsanwaelte-gessner.de

**5 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin**

Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin,  
T 0385 593600  
www.irmler.org

**6 RA MICHAEL SCHORN**

c/o BUSSE & MIESEN Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB, Bonn/Berlin/Leipzig  
Friedensplatz 1, 53111 Bonn, T 0228 98391-0  
Wilhelmstr. 46, 10117 Berlin, T 030 226336-0  
Martin-Luther-Ring 3, 04104 Leipzig,  
T 0341 982310  
www.busse-miessen.de

**7 Leinen & Derichs Anwaltssozietät,  
Köln/Berlin/Brüssel**

Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0  
Littenstr. 108, 10179 Berlin (Mitte),  
T 030 91456817  
www.leinen-derichs.de

**8 Meurer Rechtsanwälte, Stuttgart**

Herdweg 24, 70174 Stuttgart, T 0711 505307-30  
www.meurer-rechtsanwaelte.de

**9 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,  
Oldenburg**

Marschweg 36, 26122 Oldenburg, T 0441 350995-0  
www.kanzlei-ehb.de

**10 KANZLEI MUFFLER LERCH KITTLER & PARTNER  
Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
München/Chemnitz**

Goethestr. 25a, 80336 München, T 089 5508945-0  
Fabrikstraße 7, 09111 Chemnitz, T 0371 3542792  
www.mlk-partner.de

**11 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz**

Neustadt 8, 56068 Koblenz, T 0261 20178644  
www.baurecht-architektenrecht.info

**12 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |  
Partnerschaft mbB, Karlsruhe**

Mozartstr. 13, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0  
www.deubnerkirchberg.de

**13 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte**

Innere Neumatten 15, 79219 Staufeu,  
T 07633 93337-0  
www.rae-steiger.de