

## informiert

### ■ Ersatzvornahme nicht ohne Fristsetzung

Der BGH bestätigt erneut die Entscheidung einer Vorinstanz, mit der hohe Anforderungen an eine Ersatzvornahme zu Lasten des Auftragnehmers gestellt werden. Grundsätzlich verliere der Auftragnehmer sein Recht zur eigenen Mängelbeseitigung auch dann nicht, wenn seit der schriftlichen Mängelrüge des Auftraggebers mehr als ein Jahr vergangen ist. Der Zeitablauf reicht als Voraussetzung für die Durchführung der Ersatzvornahme ebenso wenig aus, wie der Ablauf einer Frist, mit der der Auftragnehmer aufgefordert wurde, seine „Bereitschaft zur Mängelbeseitigung“ zu erklären. Nur in den Fällen, in denen sich der Auftragnehmer endgültig weigert, Mängel zu beseitigen, bedarf es einer Fristsetzung nicht mehr.

Auftraggebern ist deshalb dringend zu raten, Mängelrügen stets sogleich auch mit einer (angemessenen) Fristsetzung zu verbinden. Nur so ist sichergestellt, dass ein Bauvorhaben zügig durch Beauftragung eines dritten Unternehmers fertiggestellt werden kann, wenn der erste Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verschleppte.

### ■ BGH verschärft Anforderungen an Bürgschaftsklauseln

In vielen Bauverträgen wird zugunsten des Auftraggebers ein Sicherheits-einbehalt vereinbart, der durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft einer Bank oder Versicherung abgelöst werden kann. Häufig werden in den Klauseln auch inhaltliche Vorgaben für den Text der Bürgschaftsurkunde gemacht. Gelegentlich wird sogar auf Bürgschaftsformulare verwiesen, die als Anlage zum Bauvertrag Vertragsgegenstand werden. Hierbei wird häufig die Vorgabe gemacht, dass der Bürge auf die Einreden der Anfechtbarkeit, Aufrechenbarkeit sowie auf die Einreden gem. § 768 BGB verzichten muss. Das bedeutet im Ergebnis, der Bürge soll auch in den Fällen an den Auftraggeber zahlen müssen, in denen der Auftragnehmer die Zahlung beispielsweise wegen Gegenforderungen verweigern dürfte.

Diese Einschränkung der Rechte des Bürgen führt dazu, dass die Bank oder Versicherung regelmäßig nach der Zahlung beim Auftragnehmer Regress nehmen wird. Der Auftragnehmer muss also an die für ihn bürgende Bank zahlen, was er an den Auftraggeber nicht hätte zahlen müssen. Die Verpflichtung, eine Bürgschaft unter Verzicht auf die oben genannten Einreden zu stellen, beeinträchtigt den Auftragnehmer deshalb unangemessen. Entschieden hat das der BGH nun für den Ausschluss der Bürgen-Rechte aus § 768 BGB. Es ist denkbar, dass das höchste Zivilgericht auch über den Ausschluss der Einrede der Anfechtung und insbesondere der Einrede der Aufrechnung ebenso entscheidet.

Der BGH hält in diesen Fällen nicht nur die Vorgaben für die Bürgschaft, sondern gleich die gesamte Klausel über den Sicherheitseinbehalt insgesamt für unwirksam. In den Fällen, in denen Bauverträge entsprechende Einschränkungen der Einreden des Bürgen vorsehen, ist der Auftragnehmer nicht mehr zur Stellung einer Sicherheit verpflichtet. Er kann die Auszahlung eines Sicherheitseinbehaltes verlangen und braucht keine Bürgschaft zu stellen.

BGH, Beschluss  
vom 13.01.2011 –  
VII ZR 207/07

BGH  
Urteil vom  
28.07.2011 –  
VII ZR 207/09

## ■ Preisangabe „0 €“ im VOF-Verfahren bei nicht preisgebundenen Leistungen zulässig?

Angesichts des starken Preiswettbewerbs auch bei der Vergabe von Planungsaufträgen stellt sich in förmlichen Vergabeverfahren die Frage, ob es zulässig ist, dass der Bieter in seinem Angebot die HOAI-gebundenen Leistungen zu Mindestsätzen, nicht preisgebundene Leistungen jedoch zu einem isoliert betrachtet offensichtlich nicht auskömmlichen Preis oder gar für 0 € anbietet.

Aktuell hat die Vergabekammer Baden-Württemberg entschieden, es stelle einen Verstoß gegen die Preisbindung dar, wenn Leistungspositionen, die oberhalb der Tafelwerte der HOAI liegen, für 0,00 € angeboten werden, was nur möglich ist, weil sie von den anderen HOAI-gebundenen Leistungen mitfinanziert werden. Allerdings ist diese Entscheidung von der zusätzlichen Besonderheit gekennzeichnet, dass nach der – unseres Erachtens kaum haltbaren – Auffassung der Vergabekammer auch das Honorar für die nicht preisgebundenen Leistungen oberhalb der Tafelwerte jedenfalls dann unwirksam sein soll, wenn es erheblich von der „üblichen Vergütung“ abweicht.

VK Baden-Württemberg,  
Beschl. vom  
19.04.2011 – 1 VK  
14/11

Die Vergütung von Planungsleistungen, die nicht dem gesetzlichen Preisrecht der HOAI unterfallen, ist grundsätzlich frei vereinbar. Sie können vom Planer deshalb auch zu unüblich niedrigen Preisen bis hin zu 0 € angeboten werden, wie die VK Sachsen bereits 2008 entschieden hat. Solange gleichzeitig für die preisgebundenen Leistungen zumindest das HOAI-Mindesthonorar angeboten wird, verstößt das Angebot insgesamt gegen keine gesetzlichen Vorschriften. Der Ausschluss eines solchen Angebots kommt im Vergabeverfahren daher nur dann in Betracht, wenn angesichts des Gesamtpreises – auch nach Aufklärung – keine ordnungsgemäße Leistungserbringung erwartet werden kann.

VK Sachsen,  
Beschl. vom  
08.08.2008 –  
1/SVK/039/08

In diesem Sinne hat auch das OLG Düsseldorf in einem vergleichbaren Fall zur Gebührenordnung der Ärzte (GOÄ) entschieden. Die Verwendung des Gewinns aus dem preisgebundenen Angebotsteil zur erheblichen Reduzierung der Preise für die frei vereinbaren Leistungen ist danach als „Quersubventionierung“ grundsätzlich zulässig. Entscheidend ist aus vergaberechtlicher Sicht allein, dass der Bieter für jede Position den Preis angibt, den er für diese Position tatsächlich kalkuliert hat (andernfalls liegt eine unzulässige Mischkalkulation vor) und, dass der Gesamtpreis nicht unangemessen niedrig ist.

OLG Düsseldorf,  
Beschl. vom  
09.02.2009 – Verg  
66/08

Tipp: Angebot mit  
Aufwandskalkulation  
hinterlegen

*Wenn Sie Fragen zu unserem Infobrief haben, wenden Sie sich bitte an Ralf Heuer (Baurecht) und Martin Steiner (Vergaberecht).*