

**RA Dr. Hubert Bauriedl**

Partner der Kaufmann Lutz  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Brienner Str. 29, 80333 München  
Tel.: 089-544147-0  
Fax: 089-544147-99  
E-mail: bauriedl@kaufmannlutz.com



## **Die rechtliche Verantwortung von Bauherren und Baubeteiligten – mit Beispielen aus der Praxis zum sogenannten „Sondervorschlag“**

### **I. Einleitung: Marktsituation**

Auch nach bald 20 Jahren Strukturkrise am deutschen Bau scheinen Überkapazitäten nach wie vor vorhanden zu sein. Die von der öffentlichen Hand und der Bauwirtschaft ersehnte „Kuchenvergrößerung“ durch PPP kommt nur sehr schleppend voran. Eine spürbare Nachwirkung der jüngsten Bankenkrise ist die - trotz anziehender Konjunktur - fortbestehende Zurückhaltung der Bauherren, in den Bestand oder neue Projekte im Inland zu investieren, so dass die Geschäftserwartungen der deutschen Baubranche für 2011 negativ sind.

Strukturelle Ursache hierfür ist die Abhängigkeit der Planer und Ausführenden vom Budget der Bauherren und dessen Renditeerwartungen. Eine Vergrößerung des Anteils des einen führt automatisch zu einer Verringerung des Anteils der anderen. Interessengerechtere Win-win-Lösungen kommen daher vor allem in dem geteilten Interesse der Parteien an der Vermeidung von Verlusten und/oder der Bildung von Koalitionen gegen schwächere bzw. unerfahrenere Marktteilnehmer zustande.

Daraus folgt die faktische Monopolstellung des Bauherrn, die es ihm erlaubt, sich auf Planer- und Ausführendenseite für die Kombination aus „billig“ und „willig“ zu entscheiden, zumal unauskömmliche Aufträge aus Unternehmersicht zur Fixkostendeckung immer noch „besser“ sind, als gar keinen Auftrag zu haben.

Das Unternehmerrisiko eines teuren und langwierigen Bauprozesses wird von einschlägig erfahrenen Bauherren dazu instrumentalisiert, die nur mangelhaft fertig gestellte Bauleistung zu benutzen, sie jedoch über einen längeren Zeitraum nicht zu bezahlen. Da viele Bauprozesse letztlich doch durch Vergleich enden, sparen sich die Bauherren so regelmäßig auch die zurzeit relativ hohen gesetzlichen Verzugszinsen, so dass sich im Gegenzug der Aufwand für Sachverständige und Rechtsanwälte durchaus lohnt (Justizkredit).

Überlebensfähig sind unter den o. g. Bedingungen nur Unternehmer, die technisch einwandfrei, knapp kostendeckend und konfliktfrei, weil rechtlich versiert, planen und bauen können.

## **II. Themenbestandteile, insbesondere „Sondervorschlag“**

Die zivilrechtliche Verantwortung von Bauherren und Baubeteiligten ergibt sich vor allem aus den zwischen ihnen bestehenden Werkverträgen, hilfsweise aus Gesetz. Diese Verträge richten sich für Planungsleistungen nach den §§ 631 ff. BGB, für Bauleistungen häufig auch nach der VOB/B 2009.

Geschuldeter Erfolg aus der Bauherrnperspektive ist dabei regelmäßig die Herstellung des konkreten mangelfreien Bauwerks; das gilt auch für die Nacherfüllung!

Gegenüber Dritten, mit denen regelmäßig keine vertragliche Beziehung besteht, kann sich eine Haftung aus dem Gesetz ergeben, insbesondere aus unerlaubter Handlung, §§ 823 ff. BGB, ggf. i. V. m. einschlägigen Verkehrssicherungspflichten oder Schutzgesetzen.

Neben der zivilrechtlichen besteht regelmäßig auch eine öffentlich-rechtliche Verantwortung, z. B. aus der Landesbauordnung oder den wasserechtlichen Bundes- und Landesgesetzen. Bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen können zusätzlich zur zivilrechtlichen Schadenersatzhaftung Bußgelder und Strafen auf die Baubeteiligten zukommen, welche die unmittelbar handelnden Personen direkt bedrohen.

Unter einem Sondervorschlag oder einem Nebenangebot versteht man einen von der ursprünglichen Planung des Auftraggebers abweichenden Vorschlag des Unternehmers zur Optimierung des Produkts aus Qualität x Zeit x Geld, und zwar (vor allem) aus Bauherrnsicht. Mit anderen Worten soll etwas anderes als das ursprünglich ausgeschriebene beauftragt werden, um schneller und/oder billiger zu bauen. Oder es soll eine technisch hochwertigere Ausführung zum gleichen Preis und in höchstens der gleichen Bauzeit realisiert werden. Der Unternehmer macht derartige

## **III. Sondervorschläge vor Vertragsabschluss,**

weil er sich durch ein kostengünstigeres Alternativangebot zumindest eine vordere Platzierung bei der Submission erhofft, um so überhaupt in Auftragsnähe zu gelangen.

Daneben verspricht sich der Unternehmer seinerseits Rationalisierungseffekte bei Durchführung des Sondervorschlags, indem er die bei anderen Projekten gesammelte spezi-fische Technologieerfahrung in seiner Kalkulation einfließen lässt.

Häufig ist dem Unternehmer dabei aber gar nicht bewußt, dass sich seine werkver-tragliche Erfolgs-haftung durch einen Sondervorschlag erheblich verschärft und er sich da-durch zugleich die Chance auf Nachträge infolge geänderter/ zusätzlich (erforderlich wer-dender) Leistungen verbaut. Letzteres ist nur dann nicht der Fall, wenn der spätere Anlass für die Änderung des Leistungsumfangs mit dem Sondervorschlag nichts zu tun hat, vgl.

### **KG, Urteil vom 17.10.2006 - 21 U 70/04:**

Lehrter Bahnhof, Berlin, Los 1.4 (Baugruben, Rohbauarbeiten) - Ausgeschrieben waren in Position 5.3.10. des Leistungsverzeichnisses Bauhilfsmaßnahmen zur Ersatztrasse. Danach hatte der AN «Behelfsbrücken einschließlich der erforderlichen Gründung nach statischen, konstruktiven, verkehrstechnischen und umweltschutztechnischen Erfordernissen» herzustellen und später wieder zu beseitigen. Diese Teilleistung hatte der AN zum Pauschpreis zu erbringen.

Der AN unterbreitete für drei andere Positionen des Leistungsverzeichnisses ein Nebenangebot («Minderkostenangebot») nebst technischem Erläuterungsbericht und zugehörigem Plan. Danach sollten zwei weitere provisorische Trassen zur Ersatztrasse hergestellt und statt der vertraglich vorge-sehenen vier Behelfsbrücken nur eine ausgeführt werden.

---

Mit der Klage begehrte der AN die Zahlung von Werklohn aus der 1. Abschlagsrechnung über 565.397,24 EUR brutto. Der Rechnung lag ein Nachtrag wegen Erschwernissen, die infolge des Sondervorschlags für die Ausführung der Bauhilfsmaßnahmen unter Pos. 5.3.10 entstanden sind, zugrunde.

Das KG wies die Klage ab, weil die Voraussetzungen einer Preisanpassung wegen Änderungen des Leistungsumfangs nach Vertragsschluss nicht vorliegen würden. Die Parteien hätten das zu Pos. 5.3.10. des Leistungsverzeichnisses ausgeschriebene und zunächst vom AN angebotene Bausoll durch Einbeziehung des Minderkostenangebots in den Bauvertrag abgeändert. Infolge dessen schuldete der AN weiterhin diejenigen Leistungen, die in der technischen Erläuterung zu Pos. 5.3.10. beschrieben waren.

Zwar bezog sich das Nebenangebot nur auf die Positionen 5.6., 5.7. und 5.8. des Leistungsverzeichnisses. Dadurch, dass die «Einhaltung der Verfahrensweise gemäß technischer Erläuterung» ausdrücklich als Voraussetzung für das Minderkostenangebot bezeichnet wurde, konnte und musste der AG das Angebot des AN aber so verstehen, dass davon auch die dort beschriebenen und in dem beigefügten Plan zeichnerisch dargestellten Bauhilfsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung des Verkehrs auf der Ersatztrasse Ufer erfasst waren. Gemäß Pos. 5.3.10. hatte der Auftragnehmer alle im Zusammenhang mit der Herstellung und dem Betrieb der Brücken erforderlichen Leistungen zu erbringen, sowie die Brücken nach Abschluss der Arbeiten zu beseitigen. Im Ergebnis waren damit diejenigen Arbeiten, die zur Aufrechterhaltung des über die Ersatztrasse fließenden Verkehrs für die Zeit der Bauarbeiten erforderlich waren, vollständig vom Bausoll erfasst.

Stellen die Vertragsparteien unter Vereinbarung eines Festpreises das Leistungsziel in den Vordergrund bzw. pauschalisieren sie den Leistungsumfang durch ein grobes Raster, sind Mehr- oder Minderleistungen und Erschwernisse grundsätzlich nicht auszugleichen, soweit sie sich im Rahmen des vertraglichen Leistungsumfangs und des vertraglichen Leistungsziels halten. Das Minderkostenangebot mit der abweichenden Lösung unter Einsatz von Ersatztrassen und nur einer Hilfsbrücke änderte nichts am funktionalen Charakter der Leistungsbeschreibung zu den Bauhilfsmaßnahmen gemäß Position 5.3.10. Durch die Pauschale abgegolten war ferner die Ausbildung der Hilfsbrücke als Brücke mit Mittelpfeiler. Veränderungen im Baugrubenverlauf mit der Folge, dass eine längere Brücke zum Einsatz kommen musste, gehörten (infolge des Sondervorschlags) grundsätzlich in den Risikobereich des AN.

Zwischenergebnis 1: Durch einen Sondervorschlag übernimmt der AN das Risiko von Erschwernissen, die infolge dieses Sondervorschlags bei den übrigen vertraglichen Leistungen auftreten.

Hiervon ist abzugrenzen das Thema Sowieso-Kosten. Das sind diejenigen Kosten, um die das Bauwerk bei von Anfang an richtiger Planung teurer geworden wäre. Diese muß grundsätzlich der Besteller tragen, ggf. erst im Rahmen der Nacherfüllung, vgl.

#### **OLG Jena, Urteil vom 30.04.2002 - 3 U 1144/01:**

Der AN klagte auf Werklohn für die Errichtung einer Stützwand und die vor Abnahme (mißlungene) Sicherung eines Hanges durch Sondervorschlag; der AG verteidigte sich nach außerordentlicher Kündigung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Beauftragung eines Drittunternehmens zur Herstellung der Hangsicherung und Errichtung der Stützwand gemäß Amtsvorschlag.

Der AN bot auf der Grundlage des der Ausschreibung beigefügten Bodengutachtens des Hanges, an dem die Hangsicherung und die Stützmauer errichtet werden sollte, einen Sondervorschlag an, der die Bodenvernagelung von Pfählen in das Felsgestein beinhaltete. Das Angebot des AN lag bei 25% des Amtsvorschlagspreises von ca. 1,0 m EUR. Die Entwurfsplanung für diesen Sondervorschlag erstellte der AN durch einen Subunternehmer selbst. Den Versuch der Führung des statischen Nachweises der Geländebruchsicherheit nach DIN 4084 unternahm der AN jedoch nicht.

---

Im Anschluß an einen Hangrutsch entzündete sich ein Rechtsstreit. Das OLG entschied zwar, dass dem AN für die von ihm erbrachten Leistungen unter keinem rechtlichen Aspekt eine Vergütung zu stand. Jedoch wies es auch den wiederklagenden AG ab mit dem Argument, dass es sich bei den Mehrkosten zwischen Sonder- und Amtsvorschlag um Sowieso-Kosten handele. Bei Erstellung eines ordnungsgemäßen Baugrundgutachtens durch den AG und dem Versuch der Führung des Geländebruchnachweises durch den AN wäre die vereinbarte Ausführung der Bodenvernagelung mit Pfählen nicht gewählt und die konventionelle Ausführung realisiert worden. In diesem Fall wären die mit der Widerklage gelten gemachten Kosten der Beauftragung der Drittfirma von über 0,8 Mio EUR, von denen der AG ca. 0,6 Mio EUR als Schadenersatz geltend macht, von vornherein ebenfalls entstanden.

Zwischenergebnis 2: Durch einen Sondervorschlag verliert der AN grundsätzlich nicht den Sowieso-Kosteneinwand.

Mit der Haftung des vom Unternehmer beauftragten Sondervorschlagsplaners befasst sich eine Entscheidung des

**OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.07.2005 - 23 U 213/04:**

Ein erfolgreicher Bieter verklagte seinen Sondervorschlagsplaner (Tunnelwände eines Eisenbahntunnels nicht wie in der Ausschreibung vorgesehen aus Stahlbeton, sondern als dauerhaft im Boden verbleibende Stahlspundwände) auf Schadensersatz wegen Nichtberücksichtigung der geltenden Brandschutzrichtlinien.

Das OLG entschied, dass die Planung der Optimierung des Angebots durch den Planer mangelhaft war, weil sie die Brandschutzrichtlinie außer Acht gelassen hatte und deshalb nicht zu den kalkulierten Minderpreisen realisierbar war.

Geschuldet war eine realisierbare Planung bei geringeren Kosten. Der Leistungserfolg konnte nur eintreten, wenn die Planung alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften einhielt und zu der auf der Basis der Planung berechneten und der angebotenen Vergütung - ohne nachträglich Mehrkosten des AN umsetzbar war. Für die Frage des Planungsfehlers ist es unerheblich, dass der Planer ebenso wie der AN die Richtlinien zum Brandschutz bei Auftragsvergabe nicht kannten. Es war Sache der Planer, sich kundig zu machen.

Ein Schaden des AN ist nicht unter dem Gesichtspunkt der «Sowiesokosten» zu verneinen. Der Planer schuldete die Planung zu einer Kostenreduzierung. Dass die von dem Beklagten berechneten Kosten wegen seines Planungsfehlers nicht einzuhalten waren, betrifft gerade seine werkvertragliche Erfolgshaftung. Ausgehend von dieser Erfolgshaftung sind sämtliche Mehrkosten zusätzliche Kosten und ein Schaden des AN. Dass der AN auch bei einer Erhöhung des Angebots um die Mehrkosten für den Brandschutz den Auftrag erhalten hätte, hat der Planer nicht bestritten.

Zwischenergebnis 3: Sondervorschlagsplaner haften nicht nur für die Realisierbarkeit, sondern auch für die Einhaltung der Kalkulation.

Unternehmer können dem Besteller nicht nur absichtlich ein Nebenangebot unterbreiten, sondern auch

**IV. konkludent durch selbsterstelltes Leistungsverzeichnis, vgl.**

**OLG Hamm, Urteil vom 25.09.2003 - 21 U 8/03:**

Der AN bot Türblätter mit Massivholzfutter für ein Hotel an, die einen Schallschutz von 32 Dezibel einhalten mußten. Um diesen Schallschutz zu erreichen, beinhaltete das selbst erstellte Angebot des AN für herkömmliche Türen eine «Zulage Röhrenspan 32 Dezibel» und ein „unteres Dichtungsband“. Mit dieser vom AN vorgesehene Ausführung der Türen und zu dem angebotenen Preis war der vereinbarte Schallschutz nicht zu erreichen.

Nach dem Vertrag wäre der AN verpflichtet gewesen, wie vereinbart schallgeschützte Türen zu dem angebotenen Preis zu montieren. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarung schuldet der AN ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. An dieser Erfolgshaftung ändere sich grundsätzlich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann. Allerdings könne der Werklohn nur die vereinbarte Herstellungsart umfassen, wenn diese auf Anregung des AG oder des AN zum Gegenstand des Vertrages gemacht worden ist.

Dies gilt jedoch nicht, wenn die Kalkulation des Werklohns allein auf den Vorstellungen des AN beruhe. So liege der Fall hier. Der AN hat sein Angebot für die Hoteltüren, die einen Schallschutz von 32 Dezibel haben sollten, soweit ersichtlich, eigenständig erstellt. Wie die Anhörung der Parteien im Termin ergeben habe, wollte der AG das Angebot - wie der AN wusste - seiner Bank oder Brauerei zwecks Gewährung eines Darlehens vorlegen. Es sollte deshalb nicht zu niedrig, sondern entsprechend den tatsächlichen Kosten verfaßt werden. Auf das Angebot, das auf der Vorstellung des AN beruhte, Türen zu dem ausgewiesenen Preis mit Schallschutz anbieten zu können, durfte sich der AG unter diesen Umständen verlassen, ohne mit einer Preiserhöhung rechnen zu müssen.

Zwischenergebnis 4: Wer auf eigenem Leistungsverzeichnis zum kalkulierten Preis etwas verspricht, muß sich daran festhalten lassen, wenn sich der AG auf das Angebot des AN verlassen durfte.

Sondervorschlagsszenarien können sich für den Unternehmer aber auch erst

#### **V. nach Vertragsabschluß**

ergeben, z. B. durch

- einvernehmliche Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit nach Bedenkenhinweis und ändernder Anordnung des Bestellers (Beweislast vor Abnahme beim AN!),
- Umplanungen des Bestellers nach berechtigtem Bedenkenhinweis, aber ohne (beweisbare) Anordnung des Bestellers,
- Umplanung des Unternehmers, §§ 1 (3) oder (4), 2 (9) VOB/B 2009.

Besonders risikoträchtig für Vergütung und Mängelhaftung sind erfahrungsgemäß

#### **VI. einseitige Abweichungen des AN vom Bausoll ohne Bedenkenhinweis**

Inzwischen sollte sich unter den Unternehmern herumgesprochen haben, dass einseitige Abweichungen von der vereinbarten Beschaffenheit dazu führen, dass der Werkerfolg z. T. verfehlt wird, wofür es regelmäßig keine Vergütung gibt, vgl. § 2 (8) 1. VOB/B 2009. Darüber hinaus ist der Unternehmer bei positiver Kenntnis von der Abweichung verpflichtet, den Besteller bei Abnahme hierauf hinzuweisen. Unterlässt er dies, haftet er wegen arglistigem Verschweigen bis zu 10 Jahre lang auf Schadenersatz für diese Mängel.

Die einzigen Auswege aus Unternehmersicht sind

- eine vorbehaltlose Abnahme des Bestellers in dokumentierter positiver Kenntnis der Abweichung,
-

- eine vorbehaltlose Zahlung/einvernehmliche Abgeltung dieses Mangels, z. B. durch Minderung allein wegen der Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit, während die Mängelhaftung für Standsicherheit, Dauerhaftigkeit und Gebrauchstauglichkeit im Übrigen weiter bestehen bleibt, oder
- zumindest eine (dokumentierte) «Duldung ohne Vergütung», um sich die Abrisskosten und die Kosten für die Neuherstellung sowie den Schadenersatz zu sparen.

Nicht verlassen sollte sich der Unternehmer auf eine

- «anerkennde» Schlussrechnungsprüfung durch den Rechnungsprüfer des Bestellers, da diesem hierfür regelmäßig die Vertretungsbefugnis fehlt.

## **VII. Schadenersatzhaftung eines Sondervorschlag übernehmenden Planers des Bauherren, vgl.**

### **OLG Hamm, Urteil vom 09.01.2003 - 17 U 91/01:**

Ein AG verlangte von seinem Planer Schadenersatz wegen Undichtigkeiten des Flachdachs einer 1985/86 errichteten Produktionshalle. Nach dem vom Planer erstellten Leistungsverzeichnis sollte die Dacheindeckung mittels einer einlagigen Dichtungsbahn mit Glasgewebeeinlage und einer darauf verlegten ebenfalls einlagigen Bitumen-Schweißbahn erfolgen. Das war auch Inhalt des Bauvertrages des AG mit dem AN. In Abänderung dieses Vertrages vereinbarte man auf Sondervorschlag des AN eine Folienabdichtung mit ECB-Bahnen, wobei der Preis unverändert blieb und die Gewährleistung für die Dachisolierung auf 10 Jahre verlängert wurde.

Das Gericht erblickt eine mangelhafte Architektenleistung darin, dass der Planer in Abweichung von seiner ursprünglichen (richtigen) Planung die geänderte Abdichtung mit ECB-Bahnen zugelassen habe. Hier seien abweichend von der ursprünglichen Planung auf Vorschlag des AN im Dachbereich der Lagerhalle die ECB-Bahnen verlegt worden. Unabhängig davon, daß der AG selbst dieser Vertragsänderung am 09.05.1985 zugestimmt hat, war auch der Planer in die Verhandlungen über die Änderung des für die Dachisolierung zu verwendenden Baustoffes eingeschaltet. Das maßgebliche Schreiben des AN vom 07.05.1985 richtete sich an den Planer, der es am darauf folgenden Tage an den AG weiterreichte, ohne gegen die darin liegende Planungsänderung Einwände zu erheben. Damit habe er sich die Umplanung zu Eigen gemacht. Die vom Planer hingenommene Verwendung der ECB-Bahnen stelle somit eine objektiv fehlerhafte Architektenplanung dar.

Zwischenergebnis 5: Wer sich als Planer einen Sondervorschlag des Unternehmers zu Eigen macht, haftet, wie wenn er den Sondervorschlag selbst geplant hätte.

## **VIII. verschärfte Verantwortung für Ordnungswidrigkeiten und Straftaten, insbesondere bei Gewässer- und Bodenverunreinigung**

Zum Schluß noch ein Ausflug ins Strafrecht. Ich berate zurzeit einen Rohbauunternehmer, der – um dem Bauherrn und dessen Architekten zu helfen – als zusätzliche Leistung einen Containerstellplatz für Müllcontainer gebaut hatte, in denen eine Mischung aus Metallspäne und wassergefährdenden Schmiermitteln zwischengelagert werden sollte.

Der Architekt befasste sich nur mit den Ausmaßen des Containerstellplatzes und ordnete dem Unternehmer eine Auffangrinne zur Entwässerung sowie eine „mediendichte“ Beschichtung an. Beide stellte der Unternehmer in Abstimmung mit dem Architekten her, ohne zu wissen, dass der Containerstellplatz am Rande eines Wasserschutzgebiets lag. Bei einer Baukontrolle durch das zuständige Landratsamt wurde die Undichtigkeit der Rinne sowie die Ungeeignetheit der verwendeten Beschichtung festgestellt und die weitere Nutzung des Containerstellplatzes untersagt. Nach der Durchführung

---

von Bodenproben wurde der betonierte Containerstellplatz wieder abgerissen und das Erdreich darunter nach Anweisung des Landratsamtes auf Kosten des AN ausgetauscht und entsorgt.

Sowohl das Landratsamt, als auch die zuständige Staatsanwaltschaft ermitteln gegen die Beteiligten wegen des Verdachts auf Gewässer- bzw. Bodenverunreinigung i. V. m. weiteren Verstößen gegen bußgeldbewerte wasserrechtliche Bundes- und Landesvorschriften.

Dabei dreht und wendet sich alles um die Frage, wer die Planungsverantwortung für die schadensursächliche Undichtigkeit der Entwässerungsrinne trug. Diese könnte aufgrund des „aufgedrängten Sondervorschlags“ durchaus vor allem bei der Projektleitung des Rohbauunternehmers angesiedelt werden. Dann drohen dem fahrlässig handelnden Mitarbeiter persönlich eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe. Unabhängig davon muß die ausführende Firma mit einem Bußgeld rechnen sowie ggf. mit einem Eintrag in Gewerbezentralregister, was Erklärungsbedarf bei künftigen Ausschreibungen nach sich zieht.