

■ *Dipl.-Ing. Maike Ehrensberger, BCM BauConsult Management GmbH, Berlin*

Vorsicht Nachtragspotenzial!

Zu den Ausschreibungsfehlern und ihren unerwünschten Folgen – Teil 2

Enthalten die Ausschreibungsunterlagen Mängel, drohen Nachforderungen des beauftragten Bauunternehmens. Ausschreibungsfehler können den Bauherrn daher teuer zu stehen kommen. Nur ihn? Keineswegs. Der zweite Teil unseres Beitrags zeigt, dass Ausschreibungsfehler auch eine Haftung des Planers begründen können. Wie Architekten und Ingenieure dem vorbeugen können, zeigt die Checkliste zu typischen Fehlern im Vergabeverfahren und in den Ausschreibungsunterlagen.

Ausschreibungsfehler können nicht nur während des Vergabeverfahrens oder unmittelbar nach Vertragsschluss entdeckt werden, sie können sich auch direkt in einem Mangel am Bauwerk niederschlagen. Der Auftragnehmer muss die Leistungsbeschreibung daher kritisch prüfen und etwaige Bedenken dem Auftraggeber mitteilen. Verschließt sich der Auftraggeber diesen Bedenken und fordert den Auftragnehmer auf, die Leistung wie ausgeschrieben auszuführen, ist der Auftragnehmer insoweit von der Gewährleistung und Haftung befreit.

Dies beruht auf der Regelung in § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B. Hiernach ist der Auftragnehmer verpflichtet, auch solche Anordnungen des Auftraggebers auszuführen, die er für unberechtigt oder unzumutbar hält, es sei denn, es stehen gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegen.

Mängel frühzeitig vermeiden!

Wie können Planer und Ausschreibender nun die Ausschreibungsfehler und ihre negativen Folgen vermeiden?

Bewährt hat sich – insbesondere bei größeren und komplexen Projekten eine externe Überprüfung aller Ausschreibungsunterlagen. Mit externen Prüfstellen sind hier Einheiten angesprochen, die vorher noch nicht mit der Ausschreibung befasst waren. Dabei kann es sich um eine intern eingerichtete Stelle für Aufgaben der Qualitätssicherung oder aber externe Büros handeln, die sich auf solche Tätigkeiten spezialisiert haben (zum

Beispiel in Form einer technischen Revision).

Wie eine solche Prüfung von Ausschreibungsunterlagen und auch des Vergabeverfahrens aussehen kann und welche Punkte in aller Regel einer Überprüfung bedürfen, zeigt auf der folgenden Seite die Checkliste 1.

Ihre sorgfältige Prüfung nimmt praktisch die kritische Auseinandersetzung des Bieters mit den Verdingungsunterlagen vorweg. Die alles entscheidende Frage dabei lautet: Kann ein bisher nicht mit dem Projekt befasster Bieter die Leistung sicher kalkulieren, ohne dabei Wagnisse einzugehen?

Wer plant, der haftet!

Die VOB sieht als Regelfall vor, dass der Bauherr die Planung des konkreten Vorhabens übernimmt, während das ausführende Unternehmen die Bauleistungen entsprechend der Planung erbringt. Für Bauherren der öffentlichen Hand ist diese Trennung von Planung und Ausführung bindend.

Nach den Vorschriften der VOB liegen die Planung und grundsätzlich auch die Haftung für die Planung im Regelfall beim Auftraggeber, auch wenn er sich hierfür eines Architekten- oder Ingenieurbüros bedient.

In der Praxis haftet aber meist der Planer für die von ihm erstellte Planung seinem Auftraggeber gegenüber: Kommt es beispielsweise wegen eines Ausschreibungsfehlers zu einem Mangel am Bauwerk, den das Bauunternehmen korrigieren muss, hat das meist zur Folge, dass

das Unternehmen einen Nachtrag über nicht von ihm zu vertretende Mehraufwendungen beansprucht. Handelt es sich bei den Nachtragsleistungen zum Beispiel um Demontageleistungen, die notwendig sind, um den Ausschreibungsfehler am Bauwerk zu korrigieren und die der Bauherr nicht zu vertreten hat, kann der Bauherr diese Kosten als Schadensersatz gegenüber seinem Planer geltend machen.

Haftungsgrund Bauwerksmangel

Trifft den Bauherrn durch einen Ausschreibungsfehler ein Schaden, kann er also den Planer dafür haftbar machen. Sein Schaden besteht in den Mehrkosten, die er im Vergleich zu einer ordnungsgemäßen Ausschreibung aufwenden muss. Für die konkrete Höhe des Schadens sind gegenüber dem Planer die durch einen Ausschreibungsfehler entstandenen Mehrkosten also stets um den Anteil zu bereinigen, um den die Bauleistung bei einer ordnungsgemäßen Ausführung von vorneherein teurer gewesen wäre. Diese „Sowiesokosten“, die bei Mengenänderungen und auch bei Zusatzleistungen in aller Regel entstehen, kann der Bauherr gegenüber dem Planer nicht geltend machen. Der Bauherr ist für den tatsächlichen Eintritt des Schadens beweis- und darlegungspflichtig.

Was sind Sowiesokosten?

Bei den Sowiesokosten (früher: Ohnehinkosten) handelt es sich um denjenigen Anteil eines Nachtrags, den der Bauherr von vorneherein hätte aufwenden müssen, um ein funktionstüchtiges Bauwerk zu erhalten. Solche Kosten können weder gegenüber dem ausführenden Unternehmen noch gegenüber dem Planer als Schaden geltend gemacht werden.

Man unterscheidet Sowiesokosten im Mängelbeseitigungsrecht und im Schadensersatzrecht:

Im Mängelbeseitigungsrecht sind damit diejenigen Kosten gemeint, die dem Bauherrn auch bei mangelfreier Ausführung entstanden wären.

Im Schadensersatzrecht heißen Sowiesokosten diejenigen Kosten, die dem Geschädigten auch ohne das schädigende Ereignis entstanden wären.

Die Haftung des Architekten wegen einer fehlerhaften Ausschreibung kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn dieser Umstand einen Baumangel zur Folge hat oder den Architekten dazu berechtigt, vom Bauherrn ein höheres Honorar oder eine zusätzliche Vergütung zu beanspruchen – zum Beispiel wegen einer wiederholten Grundleistung zur

Prüfung von Vergabeverfahren / Ausschreibungsunterlagen Checkliste

Prüfung des Vergabeverfahrens auf Verfahrensfehler

- Wahl des Vergabeverfahrens
- Einhaltung der nach VOB/A vorzusehenden Fristen
- Aktualität verwendeter Formblätter (VHB), vergaberechtlicher Bezüge
- Angabe von Mindestbedingungen für Nebenangebote
- Angabe von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung

Prüfung der Ausschreibungsunterlagen auf Ausschreibungsfehler

- Prüfung auf Vollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen
- Check Abstimmungen mit dem Bauherrn
 - Leistungsprogramm im Detail (Bauherrenwünsche in der Ausstattung)
 - Bauseitige Leistungen (z.B. Stofflieferung AG, Leistungen Dritter)
 - Einbeziehung Bestand / zu berücksichtigende Vorleistungen Dritter
 - Aussagekraft der Daten zum Baugrund
- Check Schnittstellen auf eindeutige Definition / Berücksichtigung
 - Schnittstellen innerhalb der Planungsaufgabe
 - Schnittstellen zwischen Planungsaufgabe und Gesamtplanung
 - Schnittstellen bezüglich Platzverhältnisse/Wege und Zufahrten (Behinderungen!)
 - Schnittstellen bezüglich Belange Dritter
- Check auf Widersprüche in den Elementen der Ausschreibung, untereinander oder innerhalb derselben (Vertragsbedingungen, Baubeschreibung, LV, Planwerk)
- Überprüfung Aussagekraft der Angaben zum Bestand
- Überschlägige Prüfung der Massenermittlungen
- Plausibilitätsprüfung von technischer Machbarkeit / Bauablauf / Terminkette
- Prüfung der vorgegebenen technischen Regelwerke auf aktuelle Fassungen
- Prüfung auf Eindeutigkeit der Abrechnungsmodalitäten
- Prüfung der Leistungsverzeichnisse auf evtl. vergessene Leistungen
 - Notwendige Vorleistungen zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistung
 - Sammlung / Behandlung / Weiterleitung anfallender Wässer (Grund-, Quell-/Kluft-, Hoch-, Niederschlags- und Oberflächenwasser)
 - Handhabung von Abfällen (Abtransport, Entsorgung, Verwertung)
 - Einrichtungen für die Betriebsphase (Reinigungs- / Wartungseinrichtungen)
 - Vorwegnahme gängiger Behörden- / TÜV-Forderungen
 - Bauhilfsmaßnahmen / Provisorien, die nicht unter die Nebenleistungen des AN fallen

Checkliste 1: Prüfung von Ausschreibungsunterlagen

Korrektur des Ausschreibungsfehlers. Aus diesem Grund kann der Planer sich auch nicht auf das Recht zur Nachbesserung der Planung berufen, wie es im Ingenieursvertragsrecht bei Planungsfehlern üblicherweise vorgesehen ist. Denn die Nachbesserung der Planung ist schlicht überholt, wenn sich der Planungsfehler bereits als Mangel im Bauwerk niedergeschlagen hat.

Weitere Haftungstatbestände

Der Ausschreibende kann auch dann in Haftung genommen werden, wenn wegen

der lückenhaften Ausschreibung teurere Zusatzleistungen, zum Beispiel Stundenlohnarbeiten, beauftragt werden müssen.

Werden Leistungen der Ausschreibung gesondert über Leistungspositionen ausgewiesen, die Nebenleistungen nach VOB/C (DIN-Vorschriften) sind, so hat der Planer dem Bauherrn die unnötigen Aufwendungen (Mehrkosten) für ausgeschriebene Nebenleistungen zu ersetzen. Das ausführende Unternehmen hätte diese Leistungen nämlich ohne Vergütung als Nebenleistung ausführen müssen. Die

Praxis-Tipp

Finger weg von unerlaubter Rechtsberatung!

Haftungsrisiken lauern für Planer überall – zum Beispiel auch dann, wenn sie für mangelhafte oder unvollständige Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingungen zu Verantwortung gezogen werden, die sie für die Bauvergabe zur Verfügung gestellt haben. Die Haftung greift insbesondere bei solchen Vertragsbedingungen, die der gesetzlichen Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht standhalten oder die Lücken aufweisen.

Verhängnisvoll kann beispielsweise die Verwendung nicht mehr aktueller Besonderer Vertragsbedingungen aus alten Ausschreibungen sein, wenn dem Bauherrn deswegen ein Schaden entsteht. Der Planer haftet, weil der Bauherr davon ausgehen darf, dass die umfassende Beratung durch den Planer auch baurechtliche Fragen betrifft, die mit dem konkreten Bauvorhaben zusammenhängen.

Tipp für Bauherren: Lassen Sie die Vertragsbedingungen durch eigene Stellen aufsetzen oder zumindest die vom Planer vorgelegten Bedingungen juristisch prüfen!

Tipp für Planer: Vergewissern Sie sich, dass der Bauherr die Vertragsbedingungen einer juristischen Überprüfung unterzogen hat!

Größtmögliche Rechtssicherheit bietet in jedem Fall die Verwendung der Vordrucke aus dem Vergabehandbuch des Bundes (VHB) – in der jeweils aktuellen Fassung.

Kosten der Nebenleistung wären bei richtiger Ausschreibung nicht angefallen.

Manipulationsmöglichkeiten

Leistungsbeschreibungen können auch vorsätzlich begangene Ausschreibungsfehler enthalten. Damit sind Ausschreibungsfehler angesprochen, die dem Ausschreibenden und einem bestimmten Bieter X bekannt sind und die der Bieter dazu nutzt, sein Angebot zu manipulieren.

Beispielsweise im Erdbau werden innerhalb große Massenpositionen mengenmäßig vertauscht. Der vorinformierte Bieter X setzt für die zu gering erfasste Position einen hohen Preis und für die zu hoch erfasste Position einen geringen Preis ein. Dadurch verschafft er sich bei der Auftragsvergabe einen deutlichen Wettbewerbsvorteil, der im Zuge der Abrechnung zu seinen Gunsten korrigiert wird.

Bauen ohne Nachträge – eine Illusion?

Bauherren lassen nicht ab von der Vorstellung, dass es ihn wirklich gäbe: den waserdichten Bauvertrag, den Bauvertrag ohne Nachträge. Sie verweisen auf die Pflicht des von ihnen beauftragten Planers, die gewünschte Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Muss nicht dann die Leistungsbeschreibung, wenn sie Vertragsgrundlage wird, alles, aber auch wirklich alles eindeutig und abschließend regeln?

In der Realität sieht das meist anders aus – geschlossene Verträge werden häufig durch eine Vielzahl von Nachträgen korrigiert und ergänzt.

Ist das Bauen denn so wenig planbar? Oder sind hierzulande die Planer so unfähig?

Nein! Und noch mal: Nein!

Ein Erklärungsversuch:

Das Phänomen „Kostenexplosion am Bau“ hängt einerseits sicher zusammen mit der Einmaligkeit des Bauvorhabens – jedes Bauwerk ist ein Prototyp. Für die meisten Randbedingungen werden vom Planer Annahmen getroffen, die im Detail mal mehr und mal weniger zutreffen. Hinzu kommt, dass Bauverträge in aller Regel Langzeitverträge sind und über die lange Laufzeit eines Vertrages die vom Planer angenommenen Randbedingungen naturgemäß einem Wandel unterliegen.

Vor der Auftragsvergabe kann die Leistungsbeschreibung also tatsächlich eindeutig und erschöpfend sein – um sich als lückenhaft und unklar herauszustellen, wenn mit der Realisierung des Bauvorhabens erst einmal begonnen wurde.

Bauherrn und Bauunternehmen in der Konfrontation um Abweichungen vom Bau-Soll sei daher ans Herz gelegt, sich nicht allein an das Postulat der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung zu klammern, sondern lösungsorientiert eine interessengerechte Auslegung des Bauvertrages anzustreben.

Nur so hat partnerschaftliches Bauen Zukunft!

Beispiel Bedarfspositionen

Manipulationsmöglichkeiten bieten neben den Massenpositionen auch so genannte Bedarfs- oder Eventualpositionen, die in den Gesamtpreis eingehen. Normalerweise werden solche Positionen in das Leistungsverzeichnis aufgenommen, wenn sich die Vergabestelle die Beauftragung bestimmter Leistungen vorbehält, weil sie weder zu Beginn des Vergabeverfahrens noch zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung absehen kann, ob und in welchem Umfang die jeweiligen Positionen zur Ausführung kommen werden. Das Leistungsverzeichnis weist sol-

che Leistungen typischerweise mit einem entsprechenden Zusatz wie „nur auf Anforderung“ aus. In dem hier besprochenen Kontext sind Bedarfspositionen angesprochen, von denen der Ausschreibende und der Bieter X vorher wissen, dass sie später entfallen werden. Der Bieter X kann sie also risikolos unangemessen niedrig anbieten, und sich so bequem einen Wettbewerbsvorteil verschaffen.

Auch aus diesem Grund hat das zuständige Bundesministerium die Verwendung von Wahl- und Bedarfspositionen für öffentliche Ausschreibungen kürzlich per Erlass ausgeschlossen.

Gegenmaßnahmen ergreifen!

Um den umfangreichen Möglichkeiten der Korruption im Ausschreibungsprozess wirksam entgegenzutreten, empfehlen sich Gegenmaßnahmen wie die systematische Trennung von Ausschreibung, Vergabe und Bauüberwachung sowie die unabhängige Prüfung der Ausschreibungsunterlagen im Vorfeld der Vergabe.

Für die öffentliche Hand bieten sich als Kontrollinstanz auch die unabhängigen staatlichen Rechnungsprüfungsämter an.

Der Bauherr hat volle Mitwirkungspflichten

Leserzuschrift: „Bei Baumängeln nicht allein die Planer in der Verantwortung – Investitionssicherheit fehlt“

In dem Artikel „Die eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung“ von Dipl.-Ing. Maike Ehrensberger, Vergabenavigator 3/2007, setzt sich die Autorin dankenswerterweise mit den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Ausschreibung von Bau- und Lieferleistungen auseinander. Dabei weist sie u.a. darauf hin, dass die Leistungsphase 5 (Ausführungsplanung) in der Praxis häufig stiefmütterlich behandelt und zeitlich erst nach der Leistungsphase 6 (Vorbereitung der Vergabe) erarbeitet wird. Daraus folgten dann Mängel an der Vergabeunterlage mit der Folge erheblichen Nachtragspotenzials.

Die Ursache für das drohende Nachtragspotenzial erblickt die Autorin vor allem in dem Versäumnis der Architekten und Ingenieure, ihren Auftraggebern den tatsächlichen Zeitbedarf und die erforderliche Reihenfolge der Bearbeitung zu vermitteln. Auch trügen die schlechte innere Organisation der Büros sowie überhastete und verspätete Planungsschritte zu diesen Defiziten bei.

Die Autorin verkennt ganz offenbar, dass Auftraggeber bzw. Bauherren eine gesetzliche Mitwirkungspflicht haben, der sie nur zu oft nicht oder nur unzureichend nachkommen. Zudem haben die Ingenieurbüros keinen Einfluss auf die

Terminplanungen von der Auftragsvergabe (Unterzeichnung des Ingenieurauftrages) bis zur Ausschreibung der Baumaßnahme.

Planer werden zu spät beteiligt

Ganz im Gegenteil, es ist gängige Praxis, dass Ingenieurverträge erst unterzeichnet werden, nachdem mit den Planungsleistungen bereits begonnen wurde oder sie sogar schon fertig gestellt sind. Dies liegt eindeutig nicht im Einflussbereich der Ingenieure, sondern ausschließlich im Verantwortungsbereich der Auftraggeber. Richtig ist, dass sich Ingenieure solchen Praktiken nicht unbedingt beugen müs-