

Auslegung des Vertrages im Hinblick auf geschuldeten Leistungsumfang

Orientierungssätze:

1. Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Auftragnehmer kein Verhalten bei der Arbeitsausführung abzuverlangen, das diesen der Gefahr einer Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit aussetzt. Da bei Erdarbeiten der Transport unbeprobten oder nur unzureichend beprobten kontaminierten Erdaushubs genau diese Gefahr begründet, ist der Auftraggeber aufgrund des Bauvertrages verpflichtet, entweder den Erdaushub vor dem Transport ausreichend nach den LAGA-Richtlinien (Richtlinien der Landesarbeitsgemeinschaft Abfall) analysieren zu lassen oder dem Auftragnehmer ein ausreichendes Zwischenlager zuzuweisen.

2. Enthalten die gesamten Ausschreibungsunterlagen aufgrund widersprüchlicher Vorgaben keine vertragliche Leistungsbeschreibung des Inhalts, dass der Auftragnehmer die LAGA-Analysen durchzuführen und zu bezahlen habe, gehen die unklaren Formulierungen zu Lasten des Auftraggebers.

Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 26.10.2012, 10 U 336/11

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher Hasse Lohmann

A. Problemstellung

Das OLG Koblenz hatte über die Wirksamkeit der Kündigung eines Bauvertrages durch den Auftragnehmer zu entscheiden. Das Oberlandesgericht hielt die Auftragnehmerkündigung der Klägerin gemäß § 9 Nr. 1a VOB/B 2002 für berechtigt, weil der beklagte Auftraggeber seine Pflichten gemäß § 4 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 4 VOB/B verletzt hatte. Maßgeblich war hierfür die Frage, wen nach den vertraglichen Vereinbarungen die Pflicht traf, den Erdaushub vor dem Transport ausreichend nach den Richtlinien der Landesarbeitsgemeinschaft Abfall („LAGA“) analysieren zu lassen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien stritten um Restwerklohnansprüche und Schadensersatz aufgrund eines vorzeitig beendeten Bauvertrages.

Die Beklagte hatte beabsichtigt, ein Regenrückhaltebecken auf einem Flughafengelände anzulegen. Dabei sollte Erdboden ausgehoben werden, der zum Teil als Altlast im Altlastenkataster registriert war. Geplant war, einen Teil des Bodenaushubs, soweit umweltverträglich, innerhalb des Flughafengeländes wieder einzubauen. In der wasserrechtlichen Plangenehmigung für das Regenrückhaltebecken war die Beklagte darauf hingewiesen worden, dass die technischen Regelungen „Anforderungen an die stoffliche Verwertung von mineralischen Reststoffen/Abfällen“ der LAGA zu beachten seien und für den Nachweis der Umweltverträglichkeit das Material gemäß den Begriffsbestimmungen der LAGA zu separieren und analytisch zu überprüfen war.

Die Beklagte hatte die durchzuführenden Erdarbeiten öffentlich ausgeschrieben. In der Vorbemerkung des Leistungsverzeichnisses wurde auf die Einstufung des Bodenaushubs in verschiedene LAGA-Klassen und auf den Eigentumsübergang des Materials bestimmter LAGA-Klassen auf den Auftragnehmer hingewiesen. Hinsichtlich einzelner Bodenmaterialien war – je nach LAGA-Klasse – eine Entsorgungsverpflichtung des Auftragnehmers oder eine Pflicht des Auftragnehmers zum Abfahren und Zwischenlagern des für den Wiedereinbau geeigneten Materials innerhalb des Flughafengeländes vorgesehen. Das Leistungsverzeichnis enthielt keinen Hinweis auf eine Übernahme der Kosten für die LAGA-Analysen durch den Bieter. Allerdings hatte die Klägerin mit ihrem Angebot auch das Formblatt EVM ERG Abf (Abfall) als Vertragsbestandteil angekreuzt.

Die Klägerin erhielt den Zuschlag und begann mit den Aushubarbeiten. Zudem sollte sie zusammen mit einer Drittfirma Arbeiten an einer Rampe des Flughafengeländes vornehmen und dafür geeignetes Füllmaterial verwenden. Die Klägerin baute einen Teil des Erstaushubs in die Rampe ein. Von diesem Aushub entnahm ein von der Beklagten beauftragtes geotechnisches Gutachterbüro eine Bodenprobe. Nachdem Zweifel an der Schadstofffreiheit des Erdaushubs aufgekommen waren und der Klägerin

untersagt worden war, die ausgehobenen Materialien ohne Nachweis der Schadstofffreiheit und entsprechender LAGA-Analyse an geplanter Stelle in das Flughafengelände wieder einzubauen, forderte diese von der Beklagten die Übersendung der Untersuchungsergebnisse der Bodenprobe sowie eine umweltrechtliche Freigabe der abzufahrenden Erdmassen für den Einbau bei anderen Baumaßnahmen.

Die Beklagte verweigerte dies. Die Klägerin forderte die Beklagte mehrfach auf, die notwendigen LAGA-Analysen zu erbringen bzw. die Kosten für eine Analyse zu übernehmen. Alternativ verlangte die Klägerin von der Beklagten die Bereitstellung eines Zwischenlagers für den Aushub. Nachdem die Beklagte diesen Forderungen der Klägerin nicht nachkam, stellte die Klägerin die Aushubarbeiten ein und rügte eine Behinderung in der Ausführung der Erdarbeiten gemäß § 6 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B. Nachdem die Beklagte weitere Abschlagsrechnungen der Klägerin nicht bezahlt hatte, weil die Klägerin die Erdarbeiten eingestellt hatte, kündigte die Klägerin den Vertrag aus wichtigem Grund gemäß § 6 Nr. 7 VOB/B und gemäß § 9 Nr. 1 VOB/B.

Das OLG Koblenz entschied auf die von der Klägerin erhobene Zwischenfeststellungsklage hin, dass die Kündigung gemäß § 9 Nr. 1a VOB/B wirksam war, weil die Beklagte weder den Erdaushub vor dem Transport ausreichend hatte analysieren lassen noch der Klägerin ein ausreichendes Zwischenlager zugewiesen hatte.

Die Beklagte sei als Bauherrin verpflichtet gewesen, der Klägerin kein Verhalten abzuverlangen (hier: Wiederaufnahme der Erdarbeiten trotz fehlender umweltrechtlicher Freigabe), das diese der Gefahr einer Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit ausgesetzt hätte. Auch sei die Beklagte als Auftraggeberin verpflichtet, Inhalte einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung zum Vertragsinhalt zu machen und daraus resultierende Verpflichtungen offenzulegen, damit sich der Auftragnehmer darauf einstellen könne. Eine solche Verpflichtung ergebe sich zum einen aus § 4 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 4 VOB/B, zum anderen aus den Nebenpflichten des Werkvertrags.

Dass die Klägerin mit ihrem Angebot auch das Formblatt EVM ERG Abf (Abfall) als Vertragsbestandteil angekreuzt hatte und damit – den Ausführungen der Nebenintervenientin zu

1. zufolge - anstelle der Beklagten die Pflichten zur Verwertung und Beseitigung der Abfälle unter Beachtung der einschlägigen gesetzlichen, insbesondere abfallrechtlichen Bestimmungen sowie des Standes der Technik übernommen und entsprechende Nachweise zu führen gehabt hätte, hielt das Oberlandesgericht nicht für ausreichend. Vielmehr seien die Ausschreibungsunterlagen hierdurch widersprüchlich, weil das Leistungsverzeichnis keinen Hinweis auf eine Kostenübernahme der LAGA-Analysen durch den Bieter enthielt. Die sich hieraus ergebenden Unklarheiten gingen zulasten der Beklagten.

Nach den heranzuziehenden Auslegungsgrundsätzen des BGH dürfe sich der Bieter bei einer öffentlichen Ausschreibung grundsätzlich darauf verlassen, eine mit den Ausschreibungsgrundsätzen der öffentlichen Hand konforme Ausschreibung zu erhalten. Demnach sei die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung in gleichem Sinne verstehen müssten und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen könnten. Dies sei bei den streitgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen jedoch nicht der Fall gewesen. Insbesondere sei den Ausschreibungsunterlagen nicht zu entnehmen gewesen, dass die nach den LAGA-Richtlinien erforderlichen Analysen nicht durch die Beklagte durchgeführt würden, sondern vom Auftragnehmer auf eigene Kosten einzuholen seien. Enthielten Ausschreibungsunterlagen, wie im vorliegenden Fall, Informationen darüber, dass der Boden teilweise in verschiedene LAGA-Klassen einzustufen sei, jedoch keinen eindeutigen Hinweis darauf, dass der Auftragnehmer die notwendigen Analysen einzuholen habe, dürfe der Bieter die Ausschreibung so verstehen, dass die Kosten für die erforderlichen Analysen jedenfalls nicht von ihm zu tragen seien.

C. Kontext der Entscheidung

Mit der vorliegenden Entscheidung stellt das OLG Koblenz klar, dass das Risiko einer fehlenden eindeutigen Leistungszuweisung in einer öffentlichen Ausschreibung zulasten des Auftraggebers geht. Fehlt die Zuweisung für die Erbringung kostenintensiver, den Angebotspreis maßgeblich bestimmender Leistungen wie die Durchführung von LAGA-Analysen, muss der

Auftragnehmer nicht von einer Kostentragungspflicht ausgehen.

Ausgangspunkt der Entscheidung ist die Frage, ob die Klägerin zur Kündigung des Vertrages gemäß § 9 Nr. 1a VOB/B berechtigt war, ob also die Beklagte eine ihr obliegende Handlung unterlassen hat und dadurch die Klägerin außerstande gesetzt hat, die dieser obliegende Leistung auszuführen. Dies hat das OLG Koblenz bejaht, weil die Beklagte - dem Oberlandesgericht zufolge - verpflichtet war, die von der Klägerin geforderten LAGA-Analysen durchzuführen oder der Klägerin ein ausreichendes Zwischenlager zuzuweisen. Das Oberlandesgericht hat dies damit begründet, dass die Beklagte als Bauherrin verpflichtet war, der Klägerin kein Verhalten bei der Arbeitsausführung abzuverlangen, das diese der Gefahr einer Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit ausgesetzt hätte.

Diese Verpflichtung der Bauherrin ergibt sich dem Oberlandesgericht zufolge aus § 4 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 4 VOB/B, wonach der Auftraggeber die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse - zum Beispiel nach dem Wasserrecht - herbeizuführen hat und der Auftragnehmer die Anordnungen des Auftraggebers auf Verlangen auszuführen hat, wenn nicht gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen. Hieraus lässt sich - so das Oberlandesgericht - ersehen, dass der Auftraggeber von dem Auftragnehmer nicht verlangen darf, was für diesen zu einem Verstoß gegen Gesetze oder behördliche Bestimmungen führen würde.

Diesen Überlegungen ist grundsätzlich zuzustimmen. Ob allerdings vorliegend die objektiv erforderlichen LAGA-Analysen von dem Auftraggeber oder von dem Auftragnehmer zu erbringen waren, ergibt sich erst aus der Auslegung des Vertrages und insbesondere des vereinbarten Leistungssolls. Hätte die Auslegung des Vertrages ergeben, dass sich der Leistungsbeschreibung eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Durchführung der erforderlichen LAGA-Analysen auf seine Kosten entnehmen ließ, hätte der Auftraggeber nicht gegen seine Pflichten aus § 4 Nr. 1 VOB/B verstoßen und die Kündigung des Auftragnehmers wäre nicht gemäß § 9 Nr. 1a VOB/B berechtigt gewesen.

Im Zusammenhang mit der Auslegung des Vertrages und insbesondere der Ausschreibungsunterlagen setzt sich das OLG Koblenz unter anderem mit den Ausführungen des BGH in seiner Entscheidung vom 22.12.2011 (VII ZR 67/11) auseinander.

Diese Entscheidung erging zu der Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet ist, bei der Ausschreibung von Erdarbeiten auf voraussehbare Bodenkontamination ausdrücklich hinzuweisen und ob ihn bei Unterlassen eines solchen Hinweises das Risiko der Mehrkosten trifft. Im konkreten Fall hatte der BGH das Risiko dem Auftragnehmer zugewiesen, da sich die Bodenkontamination aus den Umständen klar und eindeutig ergab, weil der im Leistungsverzeichnis beschriebene Boden regelmäßig kontaminiert sei (Boden unterhalb einer teerhaltigen Asphalt-schicht). Gleichzeitig hatte der BGH jedoch betont, dass grundsätzlich der öffentliche Auftraggeber gehalten sei, ihm mögliche und zumutbare Angaben zur Kontamination eines zum Aus-hub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens zu machen. Dem Auftragnehmer dürfe durch Ungenauigkeiten der Ausschreibung kein ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufgebürdet werden, auf die er keinen Einfluss hat. Daher sei in aller Regel notwendig, mögliche und zumutbare Angaben in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich zu erfassen, damit eine verlässliche Preisbildung möglich sei.

Obwohl in dem der Entscheidung des OLG Koblenz zugrundeliegenden Sachverhalt die Kontaminierung des Bodens in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich erwähnt wurde, war das Oberlandesgericht der Ansicht, die Verpflichtung des Bieters zur Durchführung der LA-GA-Analysen sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich gewesen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Auftraggeber muss bei der Ausschreibung und insbesondere bei der Ausschreibung von Erdarbeiten sorgfältig beachten, welche öffentlich-rechtlichen Pflichten ihn treffen und eindeutig aufnehmen, welche dieser Pflichten er auf den Auftragnehmer übertragen möchte. Auch sind Inhalte einer dem Auftraggeber erteilten öffentlich-rechtlichen Genehmigung für die Vertragsparteien relevant und deshalb vom Auf-

traggeber vor Vertragsschluss offenzulegen, damit der Auftragnehmer sich darauf einstellen kann. Jeder Auftraggeber ist gut beraten, sämtliche Anforderungen an die Baumaßnahme, insbesondere solche, die sich aus bereits vorliegenden Genehmigungen ergeben, sämtlichen Auftragnehmern zur Kenntnis zu bringen. Ferner muss der Auftraggeber sorgfältig darauf achten, dass aus der Leistungsbeschreibung klar und deutlich hervorgeht, welche Arbeiten zum Leistungssoll des Auftragnehmers zählen, damit dieser sämtliche Arbeiten in seinem Angebot berücksichtigen kann. Ist dies nicht der Fall, läuft der Auftraggeber Gefahr, die Kosten für solche Maßnahmen selbst zu tragen und sich gegebenenfalls darüber hinaus schadensersatzpflichtig zu machen.

Andererseits sollte sich der Auftragnehmer trotz der Entscheidung des OLG Koblenz nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass sämtliche Leistungs-details in der Leistungsbeschreibung beschrieben sind. Wie sich aus dem bereits zitierten Urteil des BGH (Urt. v. 22.12.2011 - VII ZR 67/11) ergibt, bedarf es der Erwähnung eines bestimmten Leistungsdetails im Vertrag nämlich dann nicht, wenn sich aus der Leistungsbeschreibung „unter Berücksichtigung aller dem Vertrag zugrundeliegenden Umstände“ klar und eindeutig ergibt, dass dieses Leistungsdetail Gegenstand der Preisvereinbarung ist.

Ergeben sich daher aus der Leistungsbeschreibung und etwaigen weiteren Unterlagen oder Formblättern Unklarheiten oder gar Widersprüche, so ist der Auftragnehmer – trotz der Entscheidung des OLG Koblenz – gut beraten, auf diese Unklarheiten oder Widersprüche hinzuweisen. Nur so kann er sicher sein, dass ein Gericht nicht in einer späteren Auseinandersetzung im Einzelfall zu dem Ergebnis kommt, dass sich dieses Leistungsdetail bereits aus den Umständen ergab.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Das Oberlandesgericht setzt sich in dem Urteil außerdem mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen der Erlass eines Grundurteils zulässig ist. Das Landgericht hatte der Klage durch Grundurteil stattgegeben, weil der Klägerin unstreitig ein Restwerklohnanspruch und

dem Grunde nach auch ein Schadensersatzanspruch zustand.

Das Oberlandesgericht hat entschieden, dass dies unzulässig war, weil der Erlass eines Grundurteils nach der Rechtsprechung des BGH nur zulässig sei, wenn (1) ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, (2) alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind, und (3) wenn nach dem Sach- und Streitstand der Anspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe besteht (BGH, Urt. v. 09.11.2006 - VII ZR 151/05).

Die Klägerin beehrte nach der Klagebegründung neben einem Restvergütungsanspruch auch Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns sowie Ersatz der Kosten aus Behinderungen, Baustillstand durch Behinderungen und nicht erwirtschaftete umzulegende Leistungen. Das Landgericht hatte lediglich einen Restvergütungsanspruch als unstreitig dem Grunde nach geprüft und zuerkannt sowie einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Nr. 6 VOB/B.

Zu den weiter geltend gemachten Ansprüchen und den Anspruchsvoraussetzungen der verschiedenen Schadensersatzforderungen der Klägerin hatte das Landgericht keine Ausführungen gemacht. Dem Oberlandesgericht zufolge hätte es für den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns auch bei festgestellter Behinderung der Arbeitsausführung durch von der Beklagten zu vertretenden Umständen als weitere Anspruchsvoraussetzung gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit der Beklagten bedurft. Weiter fehlten Feststellungen zu den Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B.