

## Rundschreiben 11/2013

### Thema: Auslegung des Bauvertrags/Baurecht

#### 1. Einleitung

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Differenzen bestehen hinsichtlich der Auslegung eines Vertrages. Insbesondere bei den Themen „Nachträge“ und „Mängel“ ist immer wieder zu beobachten, dass Auftraggeber und Auftragnehmer scheinbar unterschiedliche Vertragswerke vor sich haben. Leider – dies ist einzuräumen – ist Vertragsauslegung einer der schwierigsten Fragen, die unser Recht kennt. Es wäre wünschenswert, wenn es „wasserdichte“ Verträge gäbe und jede Partei wüsste, was Inhalt des Vertrages ist. Leider sind Verträge nur dann wasserdicht, wenn sie „laminiert“ sind. Einen wasserdichten Vertrag gibt es nicht. Es wird auch gegen die Grundregeln der Vertragsgestaltung verstoßen, die da lauten: „Einfachheit, Klarheit und Transparenz“. Gerade Bauverträge neigen dazu, auf Grund der Vielzahl von Unterlagen und Anlagen unübersichtlich zu werden. Jeder trägt Teile zum Gesamtwerk bei, der Architekt die Pläne, der Auftraggeber Teile des Leistungsverzeichnisses oder Pflichtenhefte, ein Hersteller ein irgendwie geartetes Muster für sein Produkt, das aber im Grunde für das Bauvorhaben gar nicht tauglich ist. Dies ist Alltag am Bau. Daher sollte man sich die Zeit nehmen, einmal die rechtlichen Hintergründe zu hinterfragen, d. h. sich die Frage zu stellen, was passiert im Streitfall? Wie legen Richter einen Vertrag aus? Welche Auslegungsgrundsätze gelten? Gibt es überhaupt solche? Wie werden Widersprüche im Vertrag gelöst? Diese und andere Fragen werden nachfolgend behandelt.

#### 2. Wie wird ein Bauvertrag ausgelegt, um Bau-Soll zu ermitteln?

Welche Leistungen der Auftragnehmer zur vertraglich vereinbarten Vergütung erbringen muss und welche Leistungen der Auftragnehmer zusätzlich vergütet erhält, ergibt sich allein aus dem Vertrag, insbesondere aus der Leistungsbeschreibung. Naturgemäß bestehen zwischen den Beteiligten unterschiedliche Vorstellungen.

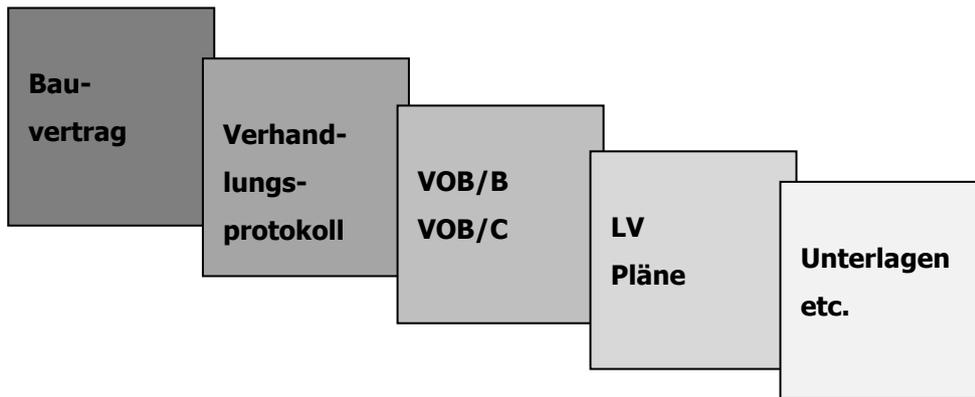
Der Auftraggeber erwartet einen optimalen Leistungsstandard bei niedrigem Preis.

Der Auftragnehmer kalkuliert aus Wettbewerbsgründen das Leistungsverzeichnis mit einem minimalen Leistungsstandard.

Streiten die Vertragsparteien über die Reichweite des Leistungsumfangs, muss der Bauvertrag nach den sich aus §§ 133, 157 BGB ergebenden Allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre ausgelegt werden<sup>1</sup>.

Bauvertrag meint dabei die Gesamtheit aller Unterlagen, einschließlich Leistungsverzeichnis, Pläne, mündliche Absprachen, usw. Es ist ein weit verbreiteter Irrtum der am Bau Beteiligten, dass nur die ein oder zwei Seiten mit der Überschrift „Bauvertrag“ unter den Begriff „Vertrag“ fällt. Nachfolgende Übersicht verdeutlicht, dass der Vertrag aus einer Vielzahl von Einzelbestandteilen besteht:

<sup>1</sup> Leupertz, Vom Sachmangel über den Bedenkenhinweis zum Nachtrag (Teil I), S. 21



Es ist für den Auftragnehmer zwingend erforderlich, im Wege der Auslegung aus der Gesamtheit dieser Einzelbestandteile, dem Vertrag, das „Bau-Soll“ zu ermitteln, d. h. herauszufiltern.

### 2.1. Auslegungsgrundsätze

Die Auslegung des Vertrages zur Ermittlung des „Bau-Solls“ ist die wichtigste Stufe des Prüfungsschemas für Nachträge. Da es grundsätzlich keinen Nachtrag gibt, ohne dass eine Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll vorliegt, ist es zwingend notwendig, zunächst das „Bau-Soll“ zu ermitteln. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wird „gebetsmühlenartig“ wiederholt, dass der Bauvertrag gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen ist. Der Blick in den Gesetzestext enttäuscht allerdings, wenn man sich den Wortlaut der Vorschriften vergegenwärtigt:

*§ 133 BGB Auslegung einer Willenserklärung.*

*Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.*

*§ 157 BGB Auslegung von Verträgen.*

*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben auf Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

Der Gesetzestext gibt damit nur sehr allgemeine Vorgaben für die Auslegung, zu dem die Rechtsprechung aber eine Reihe von Grundsätzen entwickelt hat. Nachfolgend sollen die wichtigsten Auslegungsgrundsätze wiedergegeben werden, damit der Auftragnehmer die maßgeblichen Techniken kennenlernt, mit denen im Streitfall argumentiert werden muss. Dabei dürfen diese Auslegungsgrundsätze nicht als „mathematische Formeln“ missverstanden werden. Selbst die Auslegungsgrundsätze sind ihrerseits sehr allgemein gehalten. Die Auslegungsgrundsätze sind aber entscheidende Argumentationshilfen, um im konkreten Fall erfolgreich Nachträge durchzusetzen. Wer mit Hilfe der Auslegungsgrundsätze argumentiert, bekommt ein Gefühl dafür, worauf es bei einer rechtlichen Auseinandersetzung tatsächlich ankommt. Mit Hilfe der Auslegungsgrundsätze kann die eigene Argumentationskette aufbereitet und auch kritisch einer Selbstprüfung unterzogen werden. Es ist bereits eine wichtige Erkenntnis für den Auftragnehmer, wenn er merkt, dass der vermeintliche Nachtrag bei kritischer Selbstprüfung zweifelhaft ist. In einer derartigen Situation ist es höchst riskant, den Streit eskalieren zu lassen und gar eine Arbeitseinstellung mit darauffolgender Kündigung zu provozieren. Dies ist nur etwas für „Kamikazepiloten“ am Bau. Stützt die Anwendung der Auslegungsgrundsätze dagegen den eigenen Nachtrag, dann sollte auch die Geltendmachung des Nachtrags nicht gescheut werden. Im Rahmen einer Risikoabwägung ist dann seitens des Auftragnehmers zu entscheiden, wie weiter vorgegangen werden soll. Dies kann letztlich in einen Rechtsstreit münden.

Die nachfolgend geschilderten Auslegungsgrundsätze sind das „Werkzeug“ des Auftragnehmers zur Ermittlung des Bau-Solls. Es empfiehlt sich, die dazugehörigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (= BGH) einmal im Original zu lesen. Nur wer auch einmal Urteile im Volltext liest, bekommt ein Gefühl dafür, welche Auslegungsgrundsätze gelten und wie diese in einem konkreten Fall angewandt werden.

Bei der **Vertragsauslegung** sind folgende **Grundsätze** zu beachten:

<b>Grundsatz</b>	<b>Auslegungsgrundsatz</b>
1. Grundsatz	Wortlaut anhand des objektiven „Empfängerhorizonts“
2. Grundsatz	VOB/A –konforme Auslegung bei öffentlicher Vergabe bei Auslegungszweifeln
3. Grundsatz	Auslegung der Leistungsbeschreibung als sinnvolles Ganzes
4. Grundsatz	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)

Zu diesen einzelnen Auslegungsgrundsätzen ist anzumerken:

## **2.2. Wortlaut anhand des objektiven Empfängerhorizonts**

Ein Auslegungsgrundsatz knüpft an den Wortlaut des Vertrages an. Bei der Ermittlung des „Bau-Solls“ steht zunächst nur der Wortlaut des Textes oder die Zeichnung eines Planes zur Verfügung. Die zeichnerische Darstellung gehört dabei mit zum Wortlaut. Bei der Auslegung stellt sich die Frage, welche Perspektive für die Beurteilung des Auslegungsergebnisses maßgeblich ist.

Theoretisch könnte man die Auslegung daran orientieren, was der Auftraggeber, der die Ausschreibung erstellt hat, mit diesem Wortlaut gemeint hat. Die Beurteilung würde demnach aus dem Horizont des Absenders erfolgen.

Umgekehrt könnte sich die Auslegung auch daran orientieren, was der Bieter unter dem konkreten Wortlaut der Ausschreibung verstehen konnte. In diesem Fall wäre der Horizont des Empfängers maßgeblich.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist maßgeblich der „objektive Empfängerhorizont“, also die Sicht der potentiellen Bieter<sup>2</sup>. Dabei kommt dem Wortlaut der Ausschreibung vergleichsweise große Bedeutung zu, weil der Empfängerkreis der Erklärung nur abstrakt bestimmt ist<sup>3</sup>.

Dies bedeutet, Überprüfung des Wortlauts des Vertrages und der ihm beigefügten Vertragsunterlagen aus objektiver Bietersicht des gleichen Verkehrskreises und nach der Verkehrssitte.

### **MERKE:**

Die Auslegung findet anhand des Wortlautes des Vertrages aus der Sicht des Empfängers, d. h. des Auftragnehmers als Bieter, statt.

Die Wahl der Perspektive überrascht zunächst, wenn man den unglücklichen Wortlaut des § 133 BGB zugrunde legt. Dort geht es allerdings nicht um den wirklichen Willen des Erklärenden, sondern es geht dort um den objektiven (= wirklichen) Erklärungsinhalt für den Empfänger der Erklärung<sup>4</sup>. Die Entscheidung zu Gunsten der Perspektive des Empfängers bedeutet aber nicht, dass nur das mögliche Verständnis eines einzelnen Empfängers berücksichtigt wird. Es kommt also nicht auf die subjektive Sicht des Empfängers an, sondern auf den objektiven Empfängerhorizont, was bedeutet, dass maßgebend die Auslegung des Wortlauts aus der Sicht aller möglichen Bieter zu erfolgen hat. „Objektiv“ wird also im Sinne eines durchschnittlichen Fachmanns bezogen auf die ausgeschriebene Leistung verstanden.

<sup>2</sup> BGH BauR 1993, 595; BGH BauR 1999, 897; BGH BauR 2003, 388

<sup>3</sup> BGH BauR 1999, 897; BGH BauR 1994, 625; BGH BauR 1993, 236; BGH BauR 1993, 595

<sup>4</sup> Quack, Zur Auslegung von Rangfolgeklauseln in Bauverträgen, ZfBR 2008, 219, 221

Im Ergebnis wird dadurch eine „faire“ Auslegung des Vertrages erreicht. Einerseits wird auf die Sicht des Empfängers abgestellt, was natürlich ist, wenn man berücksichtigt, dass der Auftragnehmer zunächst lediglich den seitens des Auftraggebers verfassten Text zur Bestimmung und Ermittlung des Bau-Solls zur Verfügung hat. Er muss sich darauf verlassen können, dass das was im Vertrag steht, auch korrekt beschrieben ist, so dass er hierauf seine Leistung erbringen kann. Korrigiert wird diese einseitige Sicht aus dem Blickwinkel des Empfängers dadurch, dass dabei nicht auf subjektive Besonderheiten abgestellt wird. Es ist maßgeblich, was der konkrete Auftragnehmer aufgrund seines Fachwissen, sei es überdurchschnittlich oder unterdurchschnittlich, erkannt hat, sondern auf die objektive Sicht des angesprochenen Fachkreises. Zur Feststellung, wie die beteiligten Fachkreise die in der Ausschreibung verwendete Terminologie üblicherweise im speziellen fachlichen Sinne verstehen, kann ein Sachverständiger herangezogen werden<sup>5</sup>.

**MERKE:**

Die Auslegung erfolgt aus der Sicht eines „objektiven“ Empfängers, d. h. aus der Sicht aller möglichen Bieter und nicht nur eines einzelnen Bieters. Der „objektive“ Horizont ist maßgeblich, selbst dann, wenn der einzelne Bieter die Erklärung anders verstanden hat.

Die Rechtsgrundlage für mögliche Nachträge ergibt sich somit aus dem Ansatz, dass Willenserklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont ausgelegt werden<sup>6</sup>. Dieser Auslegungsgrundsatz wird in der Baupraxis häufig verkannt.

Der Grundsatz, dass der Vertrag aus Empfängersicht (Bietersicht) zu beurteilen ist, wird häufig auftragnehmerseitig dahingehend missverstanden, dass:

- nach der „Rosinentheorie“ nur die für den Auftragnehmer vorteilhaften Formulierungen wahrgenommen und seiner Kalkulation zugrunde gelegt werden,
- seine unzureichenden Fach- und Sachkenntnisse als Basis der Auslegung des Leistungsumfanges zugrunde gelegt werden,
- allein die Frage der Kalkulierbarkeit und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Leistungsbeschreibung zugrunde gelegt wird,
- die werkvertragliche Erfolgshaftung bei der Auslegung ignoriert wird.

Folge der Fehlinterpretation des Begriffs „Empfängerhorizont“ ist:

- Der Auftragnehmer sucht nicht nach versteckten Risiken.
- Der Auftragnehmer zieht keine Erkundigungen ein, wie bestimmte Formulierungen in der Ausschreibung zu verstehen sind.
- Der Auftragnehmer meldet keine Bedenken gegen unklare und widersprüchliche Formulierungen der Ausschreibung an, aus Angst, den Auftrag nicht zu erhalten.

Bei **unklaren Formulierungen** im Vertrag hat der Auftragnehmer **Bedenken** anzumelden. Es gibt aber keine Auslegungsregeln, dass ein Vertrag mit einer unklaren Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftragnehmers auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten vor der Abgabe seines Angebotes nicht aufgeklärt hat<sup>7</sup>. In vorangegangenen Entscheidungen hatte der BGH darauf hingewiesen, dass der Auftragnehmer ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen darf, sondern sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe des Angebots klären muss<sup>8</sup>. Diese Entscheidungen stellen aber keinen Auslegungsgrundsatz zum Nachteil des Auftragnehmers dar. Der BGH hat nur auf das Risiko hingewiesen, dass ein Auftragnehmer bei der Kalkulation

<sup>5</sup> OLG Koblenz IBR 2007, 414

<sup>6</sup> BGH BauR 1993, 595, 596 f.; BGH BauR 1995, 538; BGH BauR 2003, 388

<sup>7</sup> BGH IBR 2008, 372

<sup>8</sup> BGH BauR 1987, 683; BGH BauR 1988, 338, 340

einer unklaren Leistungsbeschreibung eingeht, wenn er keine Aufklärung betreibt. Dann muss er es hinnehmen, dass die Auslegung des Vertrages zu einem anderen Ergebnis kommt, als er es seiner Kalkulation zugrunde gelegt hat. Der Hinweis des BGH eröffnet dem Auftragnehmer einen Weg, wie er diesem Risiko entgehen kann. Er ist aber kein Maßstab für die am objektiven Empfängerhorizont orientierte Auslegung des Vertrages<sup>9</sup>.

**MERKE:**

Es gibt keinen Auslegungsgrundsatz, dass ein Vertrag mit einer unklaren Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftragnehmers auszulegen ist, weil dieser die Unklarheiten vor der Abgabe seines Angebots nicht aufgeklärt hat. Allerdings trägt der Auftragnehmer die Konsequenzen, wenn er keine Aufklärung betreibt und schlichtweg eine der möglichen Auslegungsvarianten zugrunde legt. Es gilt quasi das „Sesamstraßenprinzip“: „Wer nicht fragt bleibt dumm“ bzw. „wer nicht fragt, muss später eine andere Auslegung durch Dritte gegen sich gelten lassen“.

Da es sich bei der Leistungsbeschreibung um technisch spezialisierte Texte handelt, die für technische Fachleute formuliert werden, ist als „Wortlaut“ das allgemeinsprachliche Verständnis der Aussagen jedenfalls dann nicht von Bedeutung, wenn die verwendete Formulierung von den angesprochenen Fachleuten in einem spezifischen technischen Sinn verstanden wird oder wenn für bestimmte Aussagen Bezeichnungen verwendet werden, die in den maßgeblichen Fachkreisen verkehrsblich sind oder für deren Verständnis und Verwendung es gebräuchliche technische Regeln gibt; § 157 BGB<sup>10</sup>.

**MERKE:**

Der Auslegung des Wortlauts anhand des objektiven Empfängerhorizonts kommt entscheidende Bedeutung zu. Da der Empfängerkreis abstrakt ist, kommt dem Wortlaut der Ausschreibung große Bedeutung zu.

### 2.3. VOB/A-konforme Auslegung bei öffentlichen Auftraggebern

Ein weiterer, allerdings häufig überschätzter Auslegungsgrundsatz ist die „VOB/A-konforme Auslegung“ des Vertrages. Auftragnehmer argumentieren bei Nachträgen häufig damit, dass der Vertragstext nicht den Vorgaben der VOB/A, insbesondere dem § 7 VOB/A, genügen. Nach dieser Vorschrift sei der Auftraggeber verpflichtet, die Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend vorzunehmen und dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis zu überbürden. Die Bestimmung der VOB/A wird schließlich noch bis zur Unkenntlichkeit fehlinterpretiert, in dem die Behauptung erhoben wird, dass das was nicht kalkulierbar war, auch nicht geschuldet sei. Infolge dessen soll alles, was man nicht kalkulieren konnte, ein nachtragsfähiger Sachverhalt sein. Diese Argumentation ist gänzlich verfehlt.

Der Grundsatz, dass die Leistungsbeschreibung VOB/A-konform auszulegen ist, wird häufig auftragnehmerseitig dahingehend missverstanden, dass:

- die Regelungen der VOB/A, die nur im Rahmen der Vergabe zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes dienen, als zwingendes Vertragsrecht missverstanden werden.
- die VOB/A in § 7 VOB/A dem Auftragnehmer bei Verstoß gegen die Grundsätze, die nur für den Zeitraum bis Vertragsschluss gelten, automatisch einen Nachtragsanspruch einräumen.

Folge der Fehlinterpretation des Begriffes „VOB/A-konforme Auslegung“ ist:

- der Auftragnehmer sucht nicht nach versteckten Risiken,
- der Auftragnehmer klärt bestimmte Formulierungen der Ausschreibung nicht auf, da er nur das kalkulierbare schulde und daher nicht nachfragen müsse.

<sup>9</sup> BGH IBR 2008, 372

<sup>10</sup> BGH IBR 1994, 491

Der öffentliche Auftraggeber ist an die VOB/A gebunden (Selbstbindung der Verwaltung), private Auftraggeber dagegen nicht. Für die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses ist es nicht von Bedeutung, dass die übernommenen Verpflichtungen kalkulierbar sind<sup>11</sup>. Eine mit § 7 VOB/A unvereinbare Ausschreibungstechnik führt nicht dazu, dass anstelle der ausgeschriebenen Leistung eine mit § 7 VOB/A übereinstimmende Leistung Vertragsinhalt wird. § 7 VOB/A enthält kein zwingendes Vertragsrecht<sup>12</sup>.

Entgegen der häufig verbreiteten Ansicht, regelt die VOB/A grundsätzlich keine Ansprüche des Bieters und damit des Auftragnehmers nach Vertragsabschluss auf Schadensersatz oder zusätzliche Vergütung<sup>13</sup>. Die VOB/A gilt nur für den Zeitraum bis zum Vertragsabschluss.

**MERKE:**

Die VOB/A-konforme Auslegung enthält kein zwingendes Vertragsrecht und begründet direkt keine Ansprüche des Auftragnehmers, da die VOB/A zum Einen nur für den Zeitraum bis zum Vertragsabschluss gilt, zum Anderen grundsätzlich nur der öffentliche Auftraggeber an die VOB/A gebunden ist. Eine VOB/A-konforme Auslegung ersetzt somit nicht als „Hilfs-Bau-Soll“ die Auslegung nach dem Wortlaut des objektiven Empfängerhorizonts. Die Regeln der VOB/A können also nicht den Wortlaut des Vertrages ersetzen, sie sind quasi allenfalls eine Einschränkung der Auslegung, wenn es verschiedene Auslegungsmöglichkeiten gibt, dass dann der Auftragnehmer auf eine VOB/A-konforme Auslegung vertrauen kann.

Im Rahmen der Auslegung spielt **§ 7 VOB/A** eine besondere Bedeutung. Danach gelten folgende Grundsätze für den öffentlichen Auftraggeber:

- **Eindeutige und erschöpfende Beschreibung, § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A**

Dies bedeutet, dass alle Bieter die Leistungsbeschreibung im gleichen (richtig: im selben) Sinne zu verstehen haben; §§ 133, 157 BGB. Dabei bedeutet eindeutig nicht unbedingt richtig. Ein Leistungsverzeichnis kann eindeutig aber dennoch falsch sein, etwa wenn eine unzutreffende Bodenklasse ausgeschrieben wird.

- **Kein ungewöhnliches Wagnis, § 7 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A**

Dies bedeutet, dem Auftragnehmer soll kein Risiko aufgebürdet werden, das kalkulatorisch wegen des Grades der Ungewissheit und der unbekanntenen Größenordnung erhebliche finanzielle oder zeitliche, letztlich unkalkulierbare Auswirkungen haben kann und das von der im Gesetz oder in der VOB vorgesehenen Risikoverteilung zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer abweicht.

Kann ein Leistungsverzeichnis, das einer Ausschreibung nach VOB/A zugrunde liegt, auch so ausgelegt werden, dass es den Anforderungen von § 7 VOB/A entspricht, so darf der Auftragnehmer das Leistungsverzeichnis in diesem VOB/A-konformen Sinne verstehen<sup>14</sup>. Eine Berufung auf § 7 VOB/A ist somit nur möglich bei Auslegungszweifeln. Gelangt man über die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont zu dem Ergebnis, dass zwei Auslegungsvarianten möglich sind, wobei eine dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis zumutet, dann ist letztere Auslegung maßgeblich.

§ 7 VOB/A ist jedenfalls für öffentliche Ausschreibungen zu entnehmen, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer im Zweifel kein ungewöhnliches Wagnis auferlegen will<sup>15</sup>. Dieser Grundsatz soll als Auslegungshilfe auch auf private Bauverträge anwendbar sein<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> BGH BauR 1997, 126 noch zum inhaltsgleichen § 9 VOB/A

<sup>12</sup> BGH BauR 1997, 126 noch zum inhaltsgleichen § 9 VOB/A

<sup>13</sup> BGH BauR 1992, 221

<sup>14</sup> BGH BauR 1997, 466

<sup>15</sup> BGH BauR 1994, 236 („Wasserhaltung II“)

**MERKE:**

Auch bei einem öffentlichen Auftraggeber kommt die VOB/A-konforme Auslegung nur zur Anwendung, wenn bei möglichen Auslegungszweifeln eine Ausschreibung als den Anforderungen der VOB/A entsprechend verstanden werden kann.

Ein Verstoß gegen § 7 VOB/A hat somit nur mittelbare, nicht aber unmittelbare Auswirkungen. Ein Verstoß gegen die zwingende Vergabevorschrift des § 7 VOB/A führt auch nicht zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Ein Bieter und späterer Auftragnehmer hat aber die Möglichkeit, bei unverzüglicher Rüge des Verstoßes, gegebenenfalls, soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist, ein Vergabenaachprüfungsverfahren einzuleiten. Versäumt der Auftragnehmer dies, spielt der Vergabeverstoß unmittelbar keine Rolle mehr.

Lediglich im vorstehend genannten Ausnahmefall, wenn auch nach Auslegung zwei Auslegungsvarianten möglich sind, wobei eine dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis zumutet, so kann der Auftragnehmer dies im Sinne einer VOB/A-konformen Auslegung verstehen. Der Grundsatz der VOB/A-konformen Auslegung führt somit zu einer Einschränkung des Auslegungsgrundsatzes nach dem objektiven Empfängerhorizont.

In diesem Fall wird diese mit einem ungewöhnlichen Wagnis verbundene Auslegungsvariante gar nicht Bau-Soll. Tritt dieses ungewöhnliche Wagnis dennoch ein, so liegt eine Bau-Soll- / Bau-Ist-Abweichung vor mit einem entsprechenden nachtragsrelevanten Sachverhalt. Es ist stets zu prüfen, ob in einem derartigen Fall dem Auftragnehmer Vergütungsansprüche zustehen.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann es Schadenersatzansprüche aus „Verschulden bei Vertragsschluss“ geben, wenn der Bieter deshalb Nachteile erleidet, weil er – im Ergebnis zu Unrecht – auf die Einhaltung der VOB/A vertraut hat<sup>17</sup>. Ein Vertrauen in diesem Sinn ist aber nur gegeben, wenn der Auftragnehmer den maßgeblichen Verstoß gegen die VOB/A nicht erkannt hat. Darüber hinaus muss sein Vertrauen schutzwürdig sein. Das ist in der Regel nicht der Fall, wenn er den Verstoß bei der ihm im jeweiligen Fall zumutbaren Prüfung hätte erkennen können<sup>18</sup>. Dieser Ausnahmefall ist nur selten gegeben, da der Auftragnehmer meist nicht schutzwürdig ist.

Nachfolgende Übersicht soll dies zusammenfassen:

<b>Auslegung des Bauvertrages unter Berücksichtigung VOB/A</b>	
Vertragsklausel <b>eindeutig</b>	Vertragsklausel <b>mehrdeutig</b>
Bau-Soll nach Vertragstext	Bau-Soll durch VOB/A-konforme Auslegung
Folgen: keine Vergütung kein Schadensersatz Ausnahme: Wegfall der Geschäftsgrundlage	Folgen: Vergütung (§§ 2 Abs. 5, 6, 8 VOB/B) Ausnahme: Schadensersatz (§ 311 Abs. 2 BGB)

<sup>16</sup> Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, Kommentar, § 7 VOB/A, Rn. 2, 17. Auflage 2010; Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A und B, § 2 VOB/B Rn. 122, 3. Auflage 2010

<sup>17</sup> BGH BauR 1992, 759

<sup>18</sup> BGH BauR 1994, 236

Die vorstehende Übersicht zeigt, dass bei einem eindeutigen Auslegungsergebnis die Leistung vom Bau-Soll umfasst wird, damit Vergütungsansprüche und Schadensersatzansprüche ausscheiden. Lediglich in Extremsituationen kann unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB eine Anpassung erfolgen.

Bei einem mehrdeutigen Vertrag, bei dem auch unter Berücksichtigung des Wortlauts nach dem objektiven Empfängerhorizont kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann, darf der Auftragnehmer das Bau-Soll unter Berücksichtigung einer VOB/A-konformen Ausschreibung ermitteln. Dies führt gegebenenfalls dazu, dass dem Auftragnehmer Vergütungsansprüche zustehen. Scheiden Vergütungsansprüche aus, kann nur im Ausnahmefall Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen geprüft werden. Dieser Fall ist äußerst selten, da Voraussetzung hierfür die Schutzwürdigkeit des Auftragnehmers ist.

**MERKE:**

Der Auslegungsgrundsatz der VOB/A-konformen Auslegung kann im Einzelfall zu einer Einschränkung der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont führen. Die VOB/A ist aber kein zwingendes Vertragsrecht und kann allenfalls mittelbar über die Auslegung Vergütungsansprüche nach VOB/B begründen, im Ausnahmefall, bei schutzwürdigem Vertrauen, auch Schadensersatzansprüche nach BGB.

#### **2.4. Auslegung des Vertrages als sinnvolles Ganzes**

Der Vertrag ist nach einem weiteren Auslegungsgrundsatz **als sinnvolles Ganzes** auszulegen. Dies bedeutet eine Auslegung des gesamten Vertragswerks, d.h. Ermittlung des Leistungsinhalts einschließlich der in Bezug genommenen Pläne (Totalität aller Vertragsunterlagen).

Das Bau-Soll ist nicht nur anhand des Leistungstextes an sich, sondern auch anhand der Ziele des Bauwerkvertrages auszulegen, „Erfolgsbezogenheit“ des Werkvertrages.

Auftragnehmer neigen dazu, diesen Auslegungsgrundsatz sträflich zu missachten. Dies liegt in einem falschen Verständnis des Begriffes „Vertrag“. Der Vertrag wird reduziert auf die ein- bis zwei Seiten reiner Vertragstext mit Unterschrift und die maßgebliche Ermittlung des Bau-Solls wird auf den Positionstext reduziert. Auf diese Weise kann auch bei richtiger Anwendung der anderen Auslegungsgrundsätze, d. h. Auslegung des Wortlauts nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung einer VOB/A-konformen Auslegung leicht ein falsches Auslegungsergebnis die Folge sein. Es wird der Anknüpfungspunkt falsch gewählt. Der Auftragnehmer ignoriert häufig von vornherein die Vorbemerkungen oder die beigefügten Pläne. Wenn aber die Gesamtheit der Unterlagen und die sonstigen Baumstände einschließlich des zu erzielenden Erfolges des Werkes gar nicht in die Auslegung mit einbezogen werden, können wichtige Aspekte übersehen werden. Der Auftragnehmer engt von vornherein seinen Prüfhorizont ein, um so zum gewünschten Ergebnis, d. h. nachtragsrelevanter Sachverhalt, zu gelangen.

Der Auftragnehmer darf keinesfalls nur anhand des Positionstextes auslegen. Der Auftragnehmer muss sämtliche Unterlagen des Vertrages, gleichgültig an welcher Stelle sie sich befinden, bei der Auslegung berücksichtigen. Dabei sind sämtliche Unterlagen des Vertrages als sinnvolles Ganzes auszulegen.

Der Grundsatz, dass der Vertrag als sinnvolles Ganzes auszulegen ist, wird häufig auftragnehmerseitig dahingehend missverstanden, dass:

- nur der Positionstext für das Leistungsverzeichnis ohne Vorbemerkung und Pläne der eigenen Kalkulation zugrunde gelegt werden,
- angebotene Unterlagen oder Unterlagen, auf die im Vertrag verwiesen wird, nicht nachgefragt werden, damit bei der Auslegung des Leistungsumfanges nicht zugrunde gelegt werden.

Folge der Fehlinterpretation des Begriffes „Vertrag“ ist:

- der Auftragnehmer legt, wenn überhaupt, nur einen Teil der Vertragsunterlagen aus, gelangt somit gegebenenfalls zu einem falschen Ergebnis.
- der Auftragnehmer zieht keine Erkundigungen ein, wenn bestimmte Formulierungen in der Ausschreibung widersprüchlich sind.

Es gibt innerhalb der Leistungsbeschreibung (§ 1 Abs 2 Nr. 1 VOB/B) keinen grundsätzlichen Vorrang. Zur Leistungsbeschreibung gehören sowohl die Vorbemerkungen, als auch die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses, vgl. § 7 Abs. 6 VOB/A<sup>19</sup>. Eine dem Gebot entsprechende Auslegung, die Leistung eindeutig und dementsprechend widerspruchsfrei so zu beschreiben, dass die Preise kalkuliert werden können, hat sich zunächst an demjenigen Teil der Leistungsbeschreibung zu orientieren, der die Leistung konkret auf das Bauvorhaben bezogen beschreibt<sup>20</sup>.

**MERKE:**

Der Auslegungsgrundsatz, dass der Vertrag als sinnvolles Ganzes auszulegen ist, bedeutet eine Auslegung des gesamten Vertragswerks (Totalität aller Vertragsunterlagen).

**2.5. Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)**

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag. Damit schuldet der Auftragnehmer einen **Erfolg**. Typisch für die Ergänzung der Leistungsbeschreibung bei einem Bauvertrag nach der VOB/B ist die Geltung der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) über § 1 Abs. 2 Nr. 5 VOB/B. Die VOB/C ergänzt die Leistungsbeschreibung sowohl beim VOB/B- als auch beim BGB-Werkvertrag. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C)<sup>21</sup>. Nach dem BGH gilt folgender Grundsatz:

**MERKE:**

Die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) können das Bau-Soll beeinflussen. Diese Regelungen sind bei der Auslegung des Vertrages zu berücksichtigen. In der Praxis unterschätzt wird häufig die Bedeutung der **VOB/C**, der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen der Bauleistungen (ATV). Die ATV enthalten jeweils in Abschnitt 4 (vgl. DIN 18299 Abschnitt 4) wichtige Regelungen zur Vergütung von „Nebenleistungen“ und „Besonderen Leistungen“. Diese Regelungen sind bei der Vertragsauslegung zu berücksichtigen.

**Nebenleistungen** gehören auch ohne besondere Erwähnung in der Leistungsbeschreibung zum Bau-Soll. Sie werden also nicht gesondert vergütet, auch wenn der Auftraggeber sie nachträglich fordert, solange keine vorrangigen Vereinbarungen existieren, die eine Vergütungspflicht für Nebenleistungen vorsieht.

**Besondere Leistungen** sind Leistungen, die nicht Nebenleistungen sind. Sie gehören nur dann zum Bau-Soll, wenn sie in der Leistungsbeschreibung besonders aufgeführt sind. Die Ausführung dieser Leistungen kann daher einen Nachtrag auslösen. Sie werden dagegen nicht vergütet, wenn vorrangige Vereinbarungen existieren. Eine der VOB/C vorgehende Abweichung liegt nicht allein darin, dass die nicht ausgeschriebene Leistung für die ausgeschriebene Leistung erforderlich war<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> BGH BauR 1999, 897 noch zu § 9 Nr. 6 VOB/A

<sup>20</sup> BGH BauR 1999, 897 noch zu § 9 Nr. 6 VOB/A

<sup>21</sup> BGH BauR 2006, 2040 („Dachdeckergerüst“)

<sup>22</sup> Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Teil, Rn. 68, 3. Auflage 2008

Dem Auftragnehmer ist zu empfehlen, sich mit dem Inhalt der jeweiligen Abschnitte 4 der ATV auseinanderzusetzen. Beispiele für die Unterteilung in Nebenleistungen und Besondere Leistungen bietet bereits Abschnitt 4 der DIN 18299:

Nebenleistungen nach DIN 18299 sind:

- 4.1.1. *Einrichten und Räumen der Baustelle einschließlich der Geräte und dergleichen.*
- 4.1.2. *Vorhalten der Baustelleneinrichtung einschließlich der Geräte und dergleichen.*
- 4.1.4. *Schutz und Sicherheitsmaßnahmen nach den Unfallverhütungsvorschriften und den behördlichen Bestimmungen, ausgenommen Leistungen nach Abschnitt 4.2.5..*
- 4.1.6. *Hereinbringen von Wasser und Energie von den vom Auftraggeber auf der Baustelle zur Verfügung gestellten Anschlussstellen zu den Verwendungsstellen.*
- 4.1.7. *Liefern der Betriebsstoffe.*
- 4.1.8. *Vorhalten der Kleingeräte und Werkzeuge.*
- 4.1.11. *Entsorgen von Abfall aus dem Bereich des Auftragnehmers sowie Beseitigung der Verunreinigungen, die von den Arbeiten des Auftragnehmers herrühren.*
- 4.1.12. *Entsorgen von Abfall aus dem Bereich des Auftraggebers bis zu einer Menge von 1 m<sup>3</sup>, soweit der Abfall nicht schadstoffbelastet ist.*

Besondere Leistungen nach DIN 18299 sind demnach insbesondere:

- 4.2.4. *Sicherungsmaßnahmen zur Unfallverhütung für Leistungen anderer Unternehmer.*
- 4.2.5. *Besondere Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen bei Arbeiten in kontaminiertem Bereich, z. B. messtechnische Überwachung, spezifische Zusatzgeräte für Baumaschinen und Anlagen, abgeschottete Arbeitsbereiche.*
- 4.2.6. *Besondere Schutzmaßnahmen gegen Witterungsschäden, Hochwasser und Grundwasser, ausgenommen Leistungen nach Abschnitt 4.1.10..*
- 4.2.7. *Versicherung der Leistung bis zur Abnahme zu Gunsten des Auftraggebers oder Versicherung eines außergewöhnlichen Haftpflichtwagnisses.*
- 4.2.9. *Aufstellen, Vorhalten, Betreiben und Beseitigen von Einrichtungen zur Sicherung und Aufrechterhaltung des Verkehrs auf der Baustelle, z. B. Bauzäune, Schutzgerüste, Hilfsbauwerke, Beleuchtung, Leiteinrichtungen.*
- 4.2.13. *Entsorgen von Abfall über die Leistungen nach Abschnitt 4.1.11. und Abschnitt 4.1.12. hinaus.*
- 4.2.16. *Zusätzliche Maßnahmen für die Weiterarbeit bei Frost und Schnee, soweit sie dem Auftragnehmer nicht ohnehin obliegen.*
- 4.2.18. *Sichern von Leitungen, Kabeln, Dränen, Kanälen, Grenzsteinen, Bäumen, Pflanzen und dergleichen.*

Bereits die Beispiele belegen, dass ein Auftragnehmer mit Hilfe der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) sich ein Nachtrag gut begründen lässt. Bei der Vertragsauslegung ist mancher Jurist bei Gericht „süchtig“ nach greifbaren Normen, die eine Entscheidungshilfe versprechen. Ob und inwieweit vorrangige vertragliche Regelungen existieren, ist ebenfalls eine Auslegungsfrage und meist nicht so konkret formuliert, wie Allgemeine technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV).

Die Unterteilung in Besondere Leistungen und Nebenleistungen nach VOB/C für die Auslegung von Leistungsbeschreibungen kann zwar irrelevant sein<sup>23</sup>. Vertragliche Vereinbarungen haben Vorrang, wie bereits festgestellt. Sofern eine technische Norm ein objektiv ungeeignetes

<sup>23</sup> BGH BauR 2002, 935 und 1247 (Konsoltraggerüst). Enthält das Leistungsverzeichnis ein überhängendes Betonteil, fehlt aber eine nach den DIN-Regelungen gebotene Leistungsposition für das erforderliche Traggerüst, ist das Leistungsverzeichnis dahingehend auszulegen, dass das Traggerüst auch ohne besondere Erwähnungen im Leistungsverzeichnis zu dem mit der vereinbarten Vergütung abgegoltenen Leistungsumfang gehört.

Verfahren festlegt, dann ist nicht etwa das Verfahren richtig, sondern die technische Norm falsch<sup>24</sup>.

Der BGH hat in einer späteren Entscheidung dagegen betont, dass die Regelungen der VOB/C Vertragsinhalt werden und deshalb grundsätzlich heranzuziehen sind. Das gilt auch für die Frage, welche Leistungen von der vertraglichen Vergütungsvereinbarung umfasst sind<sup>25</sup>.

**MERKE:**

Die VOB/C geht dem Vertragswillen nicht vor. Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) werden aber Vertragsinhalt und die Unterscheidung in Nebenleistungen und Besondere Leistungen ist eine wichtige Auslegungshilfe.

## 2.6. Widersprüche im Bauvertrag

Ergeben sich auch nach der erforderlichen Auslegung des Bauvertrages immer noch Widersprüche aus den einzelnen Vertragsunterlagen – und nur dann! – gilt vorbehaltlich anderweitiger vertraglicher Vereinbarungen die Rangfolge des § 1 Abs. 2 VOB/B. Im Gegensatz zum VOB/B-Werkvertrag kennt der BGB-Werkvertrag keine Widerspruchsregelung mit Rangfolgebestimmungen. Die Vorschrift der VOB/B lautet:

### § 1 Abs. 2 VOB/B

Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander:

1. die Leistungsbeschreibung,
2. die Besonderen Vertragsbedingungen,
3. etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen,
4. etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen,
5. die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen.
6. die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.

**MERKE:**

Auslegung geht vor Rangfolgeregelung.

Einen Vorrang innerhalb der Leistungsbeschreibung gibt es grundsätzlich nicht. Es gilt jedoch der **Spezialitätsgrundsatz**, d.h. dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, das detailliert beschrieben ist<sup>26</sup>.

Es wird in der Literatur vertreten, dass wenn die Auslegung zu keinem klaren Ergebnis führt, soll das Bau-Soll nach der Unklarheitenregel zu Lasten derjenigen Vertragspartei bestimmt werden, welche die Leistungsbeschreibung erstellt hat<sup>27</sup>.

Vorzugswürdig erscheint die Auffassung, dass es keinen Allgemeinen Grundsatz gibt, wonach bei individuellen Vereinbarungen Widersprüche zu Lasten des Ausschreibenden gehen<sup>28</sup>. Die Rechtsprechung des BGH hat eine derartige Unklarheitenregel nicht formuliert<sup>29</sup>. Es erscheint zweifelhaft, dass die durch gesetzliche Wertung vorgenommene Unklarheitsregelung bei rechtsgeschäftlichen Vertragsbedingungen auch auf individuelle Inhalte einer Leistungsbeschreibung übertragbar ist.

<sup>24</sup> Quack, Vertragsauslegung und Auslegungsvorgaben in technischen Regelwerken, ZfBR 2002, 641

<sup>25</sup> BGH BauR 2006, 2040

<sup>26</sup> BGH BauR 2003, 388

<sup>27</sup> Vygen, Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 288, 4. Auflage 2008; Kappellmann/Messerschmidt, VOB/A und B, § 2 VOB/B, Rn. 123, 3. Auflage 2010

<sup>28</sup> Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Teil, Rn. 69, 3. Auflage 2008

<sup>29</sup> OLG Koblenz, IBR 2007, 234 vertritt die Auffassung, dass bei Widersprüchen nach Auslegung Zweifel zu Lasten des Verfassers der Leistungsbeschreibung gehen. Hierzu interessant die kritischen Anmerkungen von Althaus zu dieser Entscheidung.

Zudem verführt eine derartige Unklarheitenregelung dazu, dass der Auftragnehmer auf eine Auslegung verzichtet und die für ihn günstigste Interpretation des Bau-Solls schlichtweg unterstellt, ohne dies vor Beauftragung aufzuklären. Diese Vorgehensweise birgt die gleichen Gefahren wie die unzutreffende, überschnelle Anwendung der VOB/A-konformen Auslegung mit der irrtümlichen Annahme, dass alles was nicht kalkulierbar sei, nicht zum Bau-Soll gehöre.

**MERKE:**

Der Auftragnehmer sollte sich bei Unklarheiten des Vertrages nicht darauf verlassen, dass im Zweifelsfall das Bau-Soll zu Lasten desjenigen bestimmt wird, der die Leistungsbeschreibung erstellt hat. Vorzugswürdig ist eine Auslegung des Vertrages anhand der Auslegungsgrundsätze und im Zweifelsfall frühzeitige Aufklärung des Sachverhalts beim Auftraggeber anzustreben.

Das Problem, das Bau-Soll inhaltlich richtig zu bestimmen, tritt insbesondere dann auf, wenn eine Leistung textlich beschrieben ist, in einem Plan aber zusätzliche Anforderungen vermerkt sind. Einerseits ist ein Widerspruch zwischen Text und Zeichnung möglich, andererseits kann der Text schweigen, der Plan enthält aber zusätzliche Angaben.

Sofern vorrangige Regelungen im Bauvertrag zwischen Text und Zeichnung fehlen, ist derjenige Teil der Ausschreibung vorrangig, der die meisten Details enthält und damit die höchste Genauigkeitsstufe aufweist. Meist ist der Plan detailreicher als der Text, weil die zeichnerische Darstellung leichter fällt als die verbale Darstellung. Dies hat zur Folge, dass der Plan manchmal die speziellere Unterlage ist mit der Folge, dass dieser Plan vorrangig zu beachten ist.

Es gibt aber keine Regel, dass der Text stets vor dem Plan geht oder der Text immer der Vorbemerkung vorrangig ist.

**MERKE:**

Der Grundsatz der Spezialität bedeutet im Zweifel:

- detaillierte Regelung geht allgemeiner Regelung vor
- jüngere Regelung geht älterer Regelung vor

### 3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass es eine Reihe von Grundprinzipien für die Vertragsauslegung gibt. Beide Parteien, d. h. Auftraggeber und Auftragnehmer sollten daher vor Abschluss des Vertrages überprüfen, ob das Bausoll zutreffend wiedergegeben ist. Es ist vernünftiger, vor Abschluss eines Vertrages sich Gedanken über den Vertragsinhalt zu machen, als später darüber zu grübeln, was denn eigentlich zu bauen ist. Diese Fehler begegnen selbst bei großen Bauvorhaben, wie dem politischen Tagesgeschehen zu entnehmen ist (Berliner Flughafen, Elb-Harmonie, Stuttgart 21 usw.). Dies kostet allen Parteien nicht nur Zeit und Geld sondern auch viele Nerven. Es mag sein, dass externe Beratung bei Vertragsabschlüssen Geld kostet, noch mehr Geld kostet es aber, sich später über kostenintensive Nachträge und Schadensersatzansprüche über Jahre hinweg vor Gericht zu streiten.