

Tiefbau Recht

Zeitschrift zur Praxis des TiefbauRechts



Heft 06 | Juni 2026

9.00 € Einzelheft

6.00 € Abonnement

HERAUSGEBER

RA Dr. jur. Thomas Ax

REDAKTION

Sivan Novotny

06 | 26

AX VERLAG



FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT

INHALT

Von der Redaktion	5
Rechtsprechung	6
Messebesuch als probates Mittel zur Informationsbeschaffung für die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens	6
OLG Düsseldorf zu der Frage, dass der Auftragnehmer für Mängel der Leistung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann haftet, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist	12
OLG Schleswig zu der Frage, dass eine Vertragsstrafenvereinbarung hinfällig wird, wenn der Terminplan aufgrund von Behinderungen umgeworfen und eine durchgreifende Neuordnung der Bauablaufplanung notwendig wurde	28
VGH Baden-Württemberg zu der Frage, dass die sich aus § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 7 LBO-BW ergebenden Abstandsflächentiefern in vollem Umfang nachbarschützend sind und dies auch im Hinblick auf die Einhaltung des § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 LBO-BW zutrifft, der nachbarliche Belange zwar nicht zum Prüfprogramm erklärt	43
BGH zu der Frage, dass der Bauherr „seine“ Planer koordinieren muss	56
Beiträge	66
Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B ist von Störungen des Vertrags aufgrund von Behinderungen abzugrenzen, die faktisch zu Bauzeitverzögerungen oder Änderungen im Bauablauf führen	66
Anzeige	68
DR. AX / FABER	68
Ax Hochbaurecht, Ax Tiefbaurecht	69
Werbung	70
Ax Projects: Durchführung von Investorenauswahlverfahren	70
AR und AP	72
Errichtung und oder Sanierung Ihrer Sporthalle und Ihres Hallenbades als gemeinsames Projekt	72
Ax Akademie - Schulungen	74
Erfolgreiche und praxistaugliche Leistungsbeschreibungen	74
Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge an Generalüber- und Generalunternehmer	74

Neue Themen für Inhouse-Schulungen in Präsenz	76
Bauvergaben - Typische Fallstricke erkennen und vermeiden	76
Die 10 häufigsten Fehler im Vergabeverfahren erkennen und vermeiden	77
Qualifizierung für Fach- und Führungskräfte aus Vergabestellen	78
Der Schulungsleiter RA Dr. Thomas Ax	80
Stellenanzeigen	81
Rechtsanwalt (w/m/d) im privaten Baurecht für Kanzlei bei Heidelberg	81
RECHTSANWÄLTE (m / w / d) Vergaberecht in bester Lage bei Heidelberg	82
Redakteure m/w/d gesucht:	83
Publikationen zum Vergaberecht	84
VOB - konzentriert und aktuell - was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen	84
Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB	84
Bestellformular	85
Impressum	86

Von der Redaktion

Kann sich der Bauunternehmer auf die Angaben zum Baugrund auch bei der Planung und Ausführung eines Bauwerkes im Rahmen eines von ihm eingebrachten Nebenangebotes oder Sondervorschlages verlassen?

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass der Bauherr für die Feststellung der Bodenverhältnisse an der Baustelle verantwortlich ist und die Verpflichtung hat, diese in seiner Ausschreibung hinreichend zu benennen (§ 9 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A). Es gehört weder zum allgemeinen Aufgabenbereich des (Spezialtief-) Bauunternehmers noch zum Leistungsbild des Tragwerksplaners, Untersuchungen des Baugrundes und der Boden- und Wasserverhältnisse vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Bei der Risikoverteilung zwischen AG und AN ist, wenn Nebenangebote oder Änderungs- oder Sondervorschläge des AN ausgeführt werden, davon auszugehen, daß für deren Inhalt, insbesondere die technische Gestaltung und praktische Ausführung betreffend, der Bauunternehmer – auch hinsichtlich der Planung – verantwortlich ist. Der Bauunternehmer kann sich jedoch auf die Angaben zum Baugrund auch bei der Planung und Ausführung eines Bauwerkes im Rahmen eines von ihm eingebrachten Nebenangebotes oder Sondervorschlages verlassen, soweit der “beschriebene Baugrund” die Grundlage der Bauleistung bleibt.

Das und mehr lesen Sie in unserem aktuellen Heft.

Ihre Redaktion

Rechtsprechung

Messebesuch als probates Mittel zur Informationsbeschaffung für die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens

vorgestellt von Thomas Ax

1. Ein Messebesuch ist ein probates Mittel zur Informationsbeschaffung für die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens.

2. Ein Messebesuch verpflichtet den Auftraggeber nicht dazu, mit allen anwesenden Unternehmen zu sprechen.

VK Bund, Beschluss vom 08.08.2016 - VK 2-39/16:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führte ein am [...] offenes Vergabeverfahren zwecks Beschaffung flammhemmender Funktionswäsche [...]. Zur Vorbereitung der Ausschreibung hatte die Ag am [...] zwecks Markterkundung eine Messe, die A + A in Düsseldorf, besucht. Die Ergebnisse der dort geführten Gespräche mit Unternehmen der Faserherstellungsbranche wurden mit Protokoll vom 3. November 2015 festgehalten.

Mit Schreiben vom 4. März 2016 informierte die Ag alle Wettbewerbsteilnehmer über Aktualisierungen der Leistungsbeschreibung bezüglich des unter Punkt 2.2.1 der Leistungsbeschreibung spezifizierten Spinnmaterials; zusätzlich wurde mitgeteilt, dass die Angaben zur Garnstärke in diesem Punkt („16,6 tex x 1, Toleranz $\pm$ 5%“) zu streichen seien, da die Garnstärke unter anderen Punkten der Leistungsbeschreibung (Punkte 2.2.3.1 und 2.2.3.2) definiert sei, wo es zur Garnstärke „Maschenware Hemd (...) und Hose“ (Punkt 2.2.3.1 heißt: „Zwirn: 16,6 tex 2, Toleranz $\pm$ 5 %“, zur Garnstärke „Maschenware Bund an Ärmel- und Beinabschluss“ (Punkt 2.2.3.2): „16,6 tex x 2, Toleranz $\pm$ 5 %“.

Mit Schreiben vom 18. März 2016 erfolgte eine weitere Aktualisierung der Leistungsbeschreibung, diesmal zu Punkt 2.4.3 „Nähte“, wonach das Gummiband der Hose mit Stichtyp 504 angenäht werden könne und nach dem Umlegen mit Stichtyp 406 überstept werden könne. Alle übrigen Bedingungen der Leistungsbeschreibung sollten bestehen bleiben.

Die Antragstellerin (ASt) wandte sich unter Bezugnahme auf das Schreiben der Ag vom 4. März 2016 mit

Schreiben vom 23. März 2016 an die Ag. Die Ag habe mit dem Schreiben vom 4. März 2016 die Faserfeinheit um 0,2 dtex auf 1,3 – 1,8 dtex reduziert. Die ASt habe diese Änderung analysiert und sei zu der Auffassung gekommen, dass die ASt bei der Angebotserstellung neu ansetzen müsse, die anstehenden Osterfeiertage seien zu berücksichtigen, so dass dringend um eine Verlängerung der ursprünglichen Angebotsfrist (11. April 2016) um mindestens 14 Tage bis zum 25. April 2016 gebeten werde.

Mit Schreiben vom 30. März 2016 bat die ASt um Beantwortung einiger Bieteranfragen, die z.T. auf Präzisierung von Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung gerichtet waren, bei denen die Ag Toleranzen vorgesehen hatte (z.B. Garnstärke).

Die Ag antwortete hierauf mit Schreiben vom 1. April 2016, elektronisch signiert und der ASt zur Verfügung gestellt am 6. April 2016, dahin, dass die Anforderungen in der Leistungsbeschreibung ausreichend beschrieben worden seien, eine Präzisierung mithin nicht erforderlich sei bzw. dass eine Präzisierung - weitergehend - eine Einschränkung darstellen würde, die den Bieterkreis verringern würde. Die Ag sei irritiert über die Anfrage der ASt, da die ASt bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Qualitätsprüfzertifikaten gemäß DIN 55350-18-4.1.2 einen Soll-Ist-Vergleich der Anforderungen der Leistungsbeschreibung vorgenommen habe; in diesem Nachweis würde die Übereinstimmung des Produkts der ASt in den von ihr gerügten Punkten mit den Vorgaben, allerdings unter Verwendung eines Zwirns 16,6 tex x 2, eindeutig bestätigt. Ferner verweist die Ag die ASt in diesem Schreiben auf die Teilnehmerbenachrichtigung vom 6. April 2016, die nebst der aktualisierten Unterlagen zu beachten sei.

Die Teilnehmerbenachrichtigung datiert vom 5. April 2016, elektronisch signiert und über die Bieterplattform zur Verfügung gestellt am 6. April 2016, und verweist für das hier streitgegenständliche Los 2 ausdrücklich auf die aktualisierten Vergabeunterlagen und benennt zwei weitere Aktualisierungen bezüglich des Gummibandes (Punkt 2.3.2: statt „Dehnung 300 % $\pm$ 10 %“ nunmehr „Dehnung 90 % - 150 %“) und der Kennzeichnung der Ware (Punkt 2.6). Die Angebotsfrist wird in diesem Schreiben verlängert bis zum 25. April 2016.

Mit Schreiben vom 15. April 2016, Eingang bei der Ag am 18. April 2016, rügte die ASt diverse Punkte nach § 107 Abs. 3 GWB a.F.. Zusammenfassend macht die ASt in der Rüge geltend, dass ohne weitere Präzisierung bzw. ohne Beantwortung ihrer Fragen in der Leistungsbeschreibung nicht auflösbare Widersprüche angelegt

seien. Es sei überwiegend wahrscheinlich, dass – alle Parameter der Leistungsbeschreibung zusammengekommen – diese von keinem Unternehmen erfüllt werden könne. Außerdem sei auch die verlängerte Angebotsfrist angesichts der mit Schreiben vom 5. April 2016 geänderten Vorgabe bezüglich des Gummibandes und des dadurch ausgelösten Rechercheaufwands zu kurz bemessen.

Die Ag antwortete mit Schreiben vom 22. April 2016, der ASt zur Verfügung gestellt am selben Tag, und setzte sich ausführlich mit dem Vorbringen der ASt auseinander. Sie hält die Vorgaben der Leistungsbeschreibung aus den im Einzelnen dargelegten Gründen für wettbewerbsneutral und lehnte im Ergebnis sowohl eine inhaltliche Abänderung als auch eine Verlängerung der Angebotsfrist ab.

Die ASt gab kein Angebot ab, sondern sie stellte am 9. Mai 2016 über ihre Verfahrensbevollmächtigten einen Nachprüfungsantrag. Insgesamt wurden Angebote von mehreren Bietern eingereicht.

Die Auswertung ergab, dass kein Angebot alle Vorgaben der Leistungsbeschreibung erfüllte, so dass alle Angebote ausgeschlossen werden mussten. Die Ag hob daher das Vergabeverfahren nach § 20 EG Abs. 1 lit. a) VOL/A a.F. auf, was allen Bietern mit Schreiben vom 19. Mai 2016 mitgeteilt wurde. Die ASt stellte ihren Nachprüfungsantrag daraufhin um auf Feststellung eines Vergabefehlers.

2. Die Vergabekammer leitete auf den Antrag der ASt vom 9. Mai 2016 ein Nachprüfungsverfahren ein.

a) Die ASt legt zunächst dar, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags gegeben seien. Zum Feststellungsinteresse trägt die ASt vor, dass insbesondere angesichts des vorangegangenen und ebenfalls aufgehobenen Vergabeverfahrens über denselben Beschaffungsgegenstand eine Wiederholungsgefahr bestünde; da die Beschaffungsabsicht nach wie vor gegeben sei, müsse eine Wiederholung der geltend gemachten Fehler vermieden werden. Auch Schadensersatzansprüche der ASt, die – wie die Vergabeentscheidung im vorausgegangenen Vergabeverfahren, wo die ASt für den Zuschlag vorgesehen gewesen sei, zeige – bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens eine echte Zuschlagschance gehabt hätte, seien möglich. Hilfsweise ergebe sich das Feststellungsinteresse aus dem anerkannten Gesichtspunkt des Rehabilitationsinteresses.

Sodann legt die ASt die Vorgeschichte des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens dar. In einer Vorgängerausschreibung, die am [...] europaweit für die identischen Lose (Funktionswäsche [...]) bekannt gemacht worden sei, habe sich die ASt ebenfalls bereits beteiligt. Für das Los 1 (Sommer) sei der ASt der Zuschlag erteilt worden, für das Los 2 (Winter) sei die ASt als Zuschlagskandidatin vorgesehen gewesen. Im Rahmen eines durch einen Konkurrenten bei der erkennenden Vergabekammer anhängig gemachten Nachprüfungsverfahrens, das unter dem Aktenzeichen VK 2-49/15 geführt worden ist, habe die Ag dann aber das Vergabeverfahren für beide Lose aufgehoben, was mit der mangelnden Transparenz der Wertungskriterien begründet worden sei. Die Vergabekammer habe sodann mit Beschluss vom 7. Juli 2015 die Unwirksamkeit des mit ihr geschlossenen Vertrags zu Los 1 (Sommer) wegen Verstoßes gegen § 101 a S. 1 GWB a.F. festgestellt; bezüglich des Loses 2 (Winter) habe es eine übereinstimmende Erledigungserklärung gegeben.

In der Sache beanstandet die ASt einmal übergreifend die unzureichende Dokumentation des Vergabeverfahrens, die nur die groben Eckdaten festhalte, aber beispielsweise keine Aussage zur Konkretisierung des Beschaffungsbedarfs durch die Leistungsbeschreibung enthalte. Im Einzelnen stützt die ASt ihren Nachprüfungsantrag auf folgende Vergaberechtsverstöße der Ag:

- Die Leistungsbeschreibung sei insbesondere aufgrund der von der Ag im Vergleich zur vorangegangenen Ausschreibung vom [...] vorgenommenen Änderungen nicht eindeutig und möglicherweise widersprüchlich, so dass auch ein versierter Bieter wie die ASt die Leistungsbeschreibung nicht vollständig verstehen könne. Der Zusatz „mindestens“ hinsichtlich der Garnstärke sei in Ziffer „2.2.3.1 Maschenware“ gestrichen worden, so dass höhere Zwirne als ein Zweifach-Zwirn ausgeschlossen würden. Mithin werde gerade die ursprünglich von der ASt angebotene Lösung auf Basis der neuen Vorgaben ausgeschlossen.

Die Auswahl werde damit auf das schwerste Garn beschränkt, was zwangsläufig Auswirkungen auf das Flächengewicht habe, das in der Leistungsbeschreibung aber nicht angepasst worden sei. Die Leistungsbeschreibung sei folglich widersprüchlich und damit nicht ausführbar. Gleiches gelte im Hinblick auf weitere Änderungen gegenüber der Vorgaben der Vorgängerausschreibung, etwa beiden Maschenreihen/Maschenstäbchen, wo aus der „Mindestanzahl Maschenreihen/Maschenstäbchen als Anhalt“ eine fest bestimmte „Anzahl Maschenreihen/Maschenstäbchen“ geworden

sei. Die technischen Vorgaben ließen entgegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A a.F. immer noch erhebliche Interpretationsspielräume offen.

- Indem die Ag die berechtigten Fragen der ASt vom 30. März 2016 nicht bzw. nicht rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist beantwortet habe, sei die Ag ihrer Auskunftspflicht nach § 12 EG Abs. 8 VOL/A a.F. nicht nachgekommen. Da die Ag in ihrem Antwortschreiben vom 1. April 2016 keine verwertbaren Antworten gegeben habe, habe sie die ASt bewusst daran gehindert, ein wettbewerbsfähiges Angebot abgeben zu können. Ein Verstoß gegen die genannte Vorschrift liege auch darin, dass eine Bieterfrage vom 10. März 2016 sowie die Antwort hierauf nicht allen Interessenten zugänglich gemacht worden sei. Die Ag habe Bieteranfragen nicht ernst genommen.

- Soweit die Anforderungen der Ag verständlich seien, seien sie derzeit wohl von keinem Unternehmen erfüllbar; es sei mit hoher Wahrscheinlichkeit derzeit technisch nicht möglich, alle Anforderungen der Leistungsbeschreibung einzuhalten. Zwar sei es theoretisch möglich, alle Anforderungen zu erfüllen. Dies setze aber einen vollkommen unverhältnismäßigen Aufwand im Hinblick auf Maschinenpark, finanzielle Ressourcen, Zeit und geschultes Personal voraus, um alle Parameter exakt zu erreichen. Angesichts der gegenüber der Vorgängerausschreibung vorgenommenen Änderungen der Leistungsbeschreibung sei eine solche Produktentwicklung innerhalb der vorgegebenen Angebotsfrist für die ASt nicht zu bewältigen. Es werde am Markt höchstens ein bis zwei Unternehmen geben, die technisch überhaupt in der Lage seien, eine den Vorgaben entsprechende Ware herzustellen.

Da kein sachlicher Grund ersichtlich sei, der eine solche Einengung des Bieterfeldes gegenüber der letztjährigen und der vorangegangenen Ausschreibung rechtfertigen könne, seien das Gebot der Produktneutralität sowie die Grundsätze der Wettbewerbsoffenheit und der Nichtdiskriminierung verletzt. Es sei zu befürchten, dass die Leistungsbeschreibung auf die Produkte von maximal zwei Anbietern zugeschnitten worden sei. Der Messebesuch, auf den die Ag sich beziehe, stelle keine hinreichende Markterkundung dar, da die Gespräche offenbar ausschließlich mit Firmenvertretern der Faserherstellerbranche geführt worden seien, wohingegen weite Teile der Leistungsbeschreibung, darunter gerade auch die hier problematischen Aspekte, nicht mit der Faser, sondern mit dem Gestrick zusammenhängen.

Das Vorgehen der Ag sei offensichtlich von vornherein darauf ausgelegt worden, den Beschaffungsbedarf und die Leistungsbeschreibung in Abstimmung mit bestimmten Anbietern und den von diesen verwendeten Lösungsansätzen zu konzipieren, mit denen im Vorfeld Gespräche geführt worden seien. Weshalb die Ag die ASt und damit den Anbieter, der für den Zuschlag vorgesehen gewesen sei, bewusst von ihrer Markterkundung ausgeschlossen habe, sei nicht nachvollziehbar und für sich genommen bereits eine Diskriminierung, insbesondere da ersichtlich gewesen sei, dass das Angebot der ASt den geänderten Vorgaben nicht mehr entsprechen und daher möglicherweise auszuschließen sein würde.

Ein bestimmtes Gestrick ließe sich nicht mit jeder beliebigen Maschine herstellen, sondern erfordere auch immer spezielle Maschinen, deren Einsatznotwendigkeit sich bereits aus den Parametern der Leistungsbeschreibung ergäben, nicht aber aus den von der ASt gewünschten Änderungen. Angesichts der finanziellen Dimension des Auftrags sei es keinesfalls unwirtschaftlich, gegebenenfalls eine neue Maschine anzuschaffen, deren Kosten im Verhältnis zum Gesamtvolumen des Auftrags von untergeordneter Bedeutung seien; vor allem bestünde die Möglichkeit, auf dem Markt befindliche Lohnstricker-Firmen zu beauftragen, die über entsprechende Maschinen verfügen, so dass der Auftragnehmer diese als Unterauftragnehmer einsetzen könne.

Die Tatsache, dass trotz der Auftragsgröße insgesamt wenige und davon keine bedingungskonformen Angebote eingegangen seien, belege eindeutig die fehlerhafte Leistungsbeschreibung. Das Problem liege darin, dass trotz Erfüllbarkeit der Einzelanforderungen alle Vorgaben zusammengekommen nicht erfüllbar seien.

- Die nach den Änderungen vorgenommene Verlängerung der Angebotsfrist sei unangemessen kurz gewesen, was gegen § 12 EG Abs. 1 VOL/A a.F. verstoße. Durch die Änderung der ursprünglichen Leistungsbeschreibung vom Dezember 2015 am 5. April 2016 im Hinblick auf den Aspekt „Gummiband“ sei eine zeitaufwändige Recherche und Beschaffung eines entsprechenden Gummibandes erforderlich geworden, was für die Erstellung des mit dem Angebot einzureichenden Produktmusters und der Kalkulation des Angebots unerlässlich gewesen sei. Dies sei innerhalb der Angebotsfrist bis zum 25. April 2016 nicht möglich gewesen, die Angebotsfrist hätte großzügiger verlängert werden müssen, was schon ein Vergleich mit der ursprünglichen Angebotsfrist von zwei Monaten zeige.

Infolge dieser Verstöße sei der ASt auch ein Schaden entstanden, denn die ASt, deren Zuschlagschancen angesichts des Ergebnisses der Vorgängerausschreibung unbestreitbar seien, habe sich nicht an der jetzt vorliegenden Ausschreibung nicht beteiligen können.

Die ASt beantragt zuletzt,

1. gemäß § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB a.F. festzustellen, dass das Vergabeverfahren rechtswidrig und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist, insbesondere,

- dass ein Verstoß gegen das Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung im Sinne des § 8 Abs. 1 VOL/A-EG a.F., hilfsweise ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität gemäß § 8 Abs. 7 VOL/A-EG a.F. sowie gegen den Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit gemäß § 97 Abs. 1 GWB a.F. und das Nichtdiskriminierungsgebot gemäß § 97 Abs. 2 GWB a.F.,

- dass eine Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Erteilung von Auskünften und Beantwortung von Interessenfragen gemäß § 12 Abs. 8 VOL/A-EG a.F. vorliegt,

- dass ein Verstoß gegen die Vorgabe einer angemessenen Angebotsfrist gemäß § 12 Abs. 1 VOL/A-EG a.F. vorliegt.

2. der Antragstellerin umgehend Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 111 GWB a.F. zu gewähren ist;

3. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen sind;

4. die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Antragstellerin notwendig erklärt wird.

b) Die Ag beantragt,

den Feststellungsantrag zurückzuweisen.

Sie hält den Feststellungsantrag für unzulässig. Wiederholungsgefahr sei nicht gegeben, da die Aufhebung angesichts des Abweichens aller Angebote von den Vorgaben nach § 20 EG Abs. 1 lit. a) VOL/A a.F. zwingend gewesen sei. Es gebe keine Maßnahme, vor deren Wiederholung die begehrte Feststellung der Vergabekammer die ASt schützen könnte. Schadensersatzansprüche bestünden nicht, da es angesichts der Rechtmäßigkeit der Aufhebung an einer Pflichtverletzung der Ag

fehle. Ebenso fehle es für einen Schadensersatzanspruch an der notwendigen echten Zuschlagschance, da die ASt kein Angebot abgegeben habe. Die Annahme, ein auf andere Vorgaben abgegebenes Angebot der ASt hätte sich im Wettbewerb durchsetzen können, sei Spekulation. Was das von der ASt geltend gemachte Rehabilitationsinteresse anbelange, so liege keine Diskriminierung der ASt vor. Eine Ungleichbehandlung sei überhaupt nur vorstellbar, wenn sich das Unternehmen am Vergabeverfahren beteilige.

In der Sache lägen die behaupteten Vergaberechtsverstöße nicht vor. Die Streichung des Wortes „mindestens“ in Ziffer 2.2.3.1 der Leistungsbeschreibung hätte gerade zu einer eindeutigen Leistungsbeschreibung geführt, indem die Garnstärke nunmehr ohne Toleranzbereich festgelegt worden sei. Gleiches gelte für die von der ASt angegriffene Streichung des Zusatzes „als Anhalt“ bei der Maschenreihen- und Maschenstäbchentoleranz. Das Gewicht des Garns werde maßgeblich durch die Faserfeinheit determiniert, die unverändert geblieben sei. Ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität liege ebenso wenig vor. Die Vorgaben der Ausschreibung seien produktneutral festgelegt worden. Auch die Auskunftspflicht nach § 12 EG Abs. 8 VOL/A a.F. sei nicht verletzt worden. Ein Auftraggeber könne nur die Auskünfte erteilen, die er auch habe. Die von der ASt in ihren Fragen begehrte Festlegung weiterer Parameter, beispielsweise die Vorgabe einer konkreten Maschinenfeinheit, hätte Strickereien ausgeschlossen, die in ihrem Maschinenpark keine Strickmaschine mit der geforderten Maschinenfeinheit haben; hierfür hätte es keinen sachlichen Grund gegeben. Das eigentliche Problem bezüglich der Auskunftserteilung liege aus Sicht der Ag vielmehr darin, dass die ASt von unzutreffenden physikalischen Zusammenhängen ausgehe und nicht bereit sei, das von ihr verfolgte Textilkonzept darzulegen, so dass ihr Informationsbedürfnis weder anerkannt noch befriedigt werden könne. Die Angebotsfrist sei angemessen lang gewesen, da die am 5. April 2016 kommunizierte Korrektur der Dehnung des Gummibandes (von 300 % auf 90 - 100 %) keinen Rechercheaufwand habe verursachen können; es seien alle handelsüblichen Bänder zugelassen worden. Ohnehin sei von Anfang an erkennbar gewesen, dass es sich bei der Vorgabe, das Gummiband müsse sich um 300 % und damit extrem weit dehnen lassen, um ein Versehen gehandelt habe.

3. Der ASt wurde Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB a.F.) gewährt.

Die Verfahrensbeteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet, so dass die

Entscheidung gemäß § 112 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB a.F. im schriftlichen Verfahren ergeht.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, auf die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit diese der Vergabekammer vorlagen, wird verwiesen.

II.

Der Feststellungsantrag ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet. Da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen wurde, ergeht die Entscheidung auf der Basis des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).

Nach Art. 1, § 186 Abs. 2 GWB des am 23. Februar 2016 bekanntgemachten Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl. I S. 203, 230) ist diese, im Folgenden mit dem Zusatz „a.F.“ gekennzeichnete Fassung sowohl für das Vergabeverfahren als auch für das sich daran anschließende Nachprüfungsverfahren anzuwenden, da diese Fassung im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens galt.

1. Der Feststellungsantrag ist zulässig.

a) Die Zulässigkeit des ursprünglichen Nachprüfungsantrags ist gegeben. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des für Lieferleistungen einschlägigen Auftragsschwellenwertes – sind offenkundig und unstreitig erfüllt, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Ausführungen bedarf. Die ASt hat mit Schreiben vom 15. April 2016 rechtzeitig gerügt; die Rüge bezieht sich auf die am 6. April 2016 geänderten Vergabeunterlagen und erfolgte innerhalb der verlängerten Angebotsfrist, § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB a.F..

Die Antragsbefugnis, § 107 Abs. 2 GWB a.F., ist bei der ASt als Teilnehmerin am vorangegangenen Vergabeverfahren gegeben; sie hat trotz Nichtabgabe eines Angebots im vorliegenden Vergabeverfahren Interesse am Auftrag, da sie gerade wegen der mit dem vorliegenden Nachprüfungsantrag beanstandeten Ausgestaltung der Vorgaben kein Angebot abgegeben hat. Die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB a.F. wurde unter Berücksichtigung von § 193 BGB mit Einreichung des Nachprüfungsantrags am Montag, dem 9. Mai 2016, ebenfalls eingehalten, da die Nichtabhilfemitteilung

der Ag auf die Rüge der ASt hin am 22. April 2016 erfolgte.

b) Auch die Umstellung des Antrags auf Feststellung einer Rechtsverletzung nach erfolgter Aufhebung durch die Ag, § 114 Abs. 2 S. 2 GWB a.F., ist zulässig. Hierfür bedarf es eines gesonderten Feststellungsinteresses, das sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art rechtfertigt, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11. Mai 2011 – Verg 8/11; Beschluss vom 4. Mai 2009 – Verg 68/08). Ausgehend von diesen Maßstäben ist das Feststellungsinteresse der ASt hier wegen einer Wiederholungsgefahr zu bejahen (vgl. zur Wiederholungsgefahr als Grund für die Bejahung des Feststellungsinteresses OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014 – Verg 28/13). Denn die Ag hat nicht etwa ihre Beschaffungsabsicht zur Gänze aufgegeben, sondern die Aufhebung erfolgte, weil kein wertbares Angebot einging, § 20 EG Abs. 1 lit. a) VOL/A a.F.. Es kann daher folglich davon ausgegangen werden, dass es ein erneutes Vergabeverfahren mit überarbeiteten Vergabeunterlagen geben wird. Sollten die Vorgaben der streitgegenständlichen Vergabe fehlerhaft sein oder sonstige Vergabefehler unterlaufen sein, so hat die ASt ein berechtigtes Interesse, diesen Fehler zwecks Vermeidung im nachfolgenden Vergabeverfahren durch die Vergabekammer festgestellt zu wissen.

2. In der Sache ist der Feststellungsantrag allerdings nicht begründet.

a) Die ASt stützt ihren Vortrag in weiten Teilen auf einen Vergleich des streitgegenständlichen Verfahrens mit den Vorgaben des – ebenfalls aufgehobenen – vorangegangenen Vergabeverfahrens, das mit Bekanntmachung vom [...] begonnen worden war. Hierzu ist im Ausgangspunkt anzumerken, dass die Vergaberechtswidrigkeit bzw. –konformität des streitgegenständlichen Verfahrens sich nicht durch einen Vergleich mit der Vorgängerausschreibung beantwortet, sondern vielmehr für sich betrachtet am Maßstab des für das streitgegenständliche Vergabeverfahren geltenden Vergaberechts zu messen ist. Grundsätzlich hätte die Aufhebung des vorangegangenen Vergabeverfahrens durch die jetzige ASt, die im Verfahren VK 2-49/15 als Beigeladene verfahrensbeteiligt war, zum Gegenstand eines eigenen Nachprüfungsantrags gemacht werden

können, so ausdrücklich der Beschluss der erkennen-den Kammervom 7. Juli 2015 (ebenda S. 10), was aber unterblieben ist. Der Aufhebung des vorangegangenen Vergabeverfahrens und des anschließenden neuen, streitgegenständlichen Vergabeverfahrens, kann im vorliegenden Nachprüfungsverfahren daher nur unter dem Aspekt Bedeutung zukommen, dass die vorangegangene Aufhebung erfolgt sein könnte, um der Ast, die dort Zuschlagskandidatin für das streitgegenständliche Los 2 (Winter) war, den Zuschlag nicht erteilen zu müssen, und um in einem nachfolgenden Verfahren die Vorgaben so abzuändern, dass die Ast aufgrund der geänderten Vorgaben nicht am Wettbewerb teilnehmen kann.

Hierfür spricht indes nichts. Die Ast hatte den Zuschlag für das Los 1 (Sommer) – zwar wegen Verstoßes gegen die Informationspflicht des § 101 a GWB a.F., wie im Verfahren VK 2-49/15 festgestellt, im Ergebnis unwirksam – bereits erhalten und sollte ihn für das Los 2 (Winter) ebenfalls erhalten. Die Aufhebung des vorangegangenen Vergabeverfahrens erfolgte jedoch ausschließlich aufgrund des Verfahrens VK 2-49/15, in welchem die Ag nach nochmaliger, durch das Nachprüfungsverfahren ausgelöster Überprüfung Transparenzdefizite bezüglich der Wertungskriterien erkannt hatte. Um diesen Fehler im Interesse eines transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbs zu korrigieren, hatte die Ag das Verfahren aufgehoben und mit dem nunmehr streitgegenständlichen Verfahren einen neuen Anlauf genommen. Eine Art von „Scheinaufhebung“, um nicht einem unliebsamen Kandidaten, hier der Ast, den Zuschlag erteilen zu müssen, ist bei dieser Sachlage ausgeschlossen.

b) Was die neuen, im Vergleich zur Vorgängeraus-schreibung geänderten Vorgaben der Ausschreibung anbelangt, so ist nicht gänzlich auszuschließen, dass diese angesichts des Wettbewerbsergebnisses – kein Angebot war ausschreibungskonform - Defizite aufwiesen. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Vorgaben in der Summe, also in einer Zusammenschau aller Parameter der Leistungsbeschreibung, nicht erfüllbar sind, paradox sind und damit nicht vergaberechtskonform sind. Eine Unerfüllbarkeit ergibt sich aber schon aus dem eigenen Vortrag der Ast nicht, denn sie trägt vor, dass es nur einige wenige Unternehmen geben dürfte, welche die Vorgaben in Summe erfüllen könnten. Damit macht die Ast deutlich, dass auch nach ihrer Auffassung die Erfüllbarkeit aller Parameter gegeben ist, wenn auch nur durch wenige Marktteilnehmer. Wenn aber die Vorgaben erfüllbar sind, dann sind die Vorgaben nicht vergaberechtswidrig.

Das Wettbewerbsergebnis widerlegt gleichzeitig die Annahme einer fehlenden Produktneutralität, denn wäre die Leistungsbeschreibung auf ein bestimmtes Unternehmen zugeschnitten worden, so müsste man annehmen, dass dieses Unternehmen jedenfalls ein wertbares Angebot abgegeben hätte. Auch an dieser Stelle sind die Argumente der Ast nicht konsistent, denn sie trägt ebenfalls vor, dass die Anschaffung einer neuen Strickmaschine speziell für diesen Auftrag angesichts des Auftragsvolumens in jedem Fall lohnend wäre, die Kosten würden nicht erheblich ins Gewicht fallen; alternativ bestünde die Möglichkeit der Einschaltung von Subunternehmen für die Herstellung des Gestricks. Es stellt sich angesichts dieser Einlassungen der Ast die Frage, ob eine unterstellte fehlende Produktneutralität nicht im von der Ast selbst aufgezeigten Weg kompensiert werden könnte, es mithin im Ergebnis eben doch produktneutrale Vorgaben sind.

Was die Stärke des Garns anbelangt, so war diese bereits mit der Änderungsmitteilung vom 4. März 2016 dahin präzisiert worden, dass der Toleranzbereich „ $\pm 5\%$ “ gestrichen wurde; die Ast hat diese Streichung zwar mit Schreiben vom 23. März 2016 an die Ag problematisiert, jedoch lediglich unter dem Aspekt einer begehrten Verlängerung der Angebotsfrist auf den 25. April 2016, nicht jedoch unter dem Aspekt der Unerfüllbarkeit der geforderten Garnstärke unter Streichung des Toleranzbereichs.

c) Sonstige Vergabefehler sind nicht gegeben.

Die Ag hat die Angebotsfrist, wie von der Ast gewünscht, auf den 25. April 2016 verlängert. Die Korrektur der Dehnungsangaben bezüglich des Gummibandes, die den Bietern am 6. April 2016 zur Verfügung gestellt wurde, machte keine weitergehende Verlängerung der Angebotsfrist notwendig. Hier ist der Ag darin zu folgen, dass es sich hierbei um eine deutliche Vereinfachung gehandelt haben dürfte, da eine Dehnung um – wie ursprünglich fälschlich vorgegeben – 300 % höchst ungewöhnlich sein dürfte, so dass aus Bietersicht und damit aus Sicht der objektiven Erklärungsempfänger erkennbar war, dass ein Fehler vorlag. Die Ag hat auch alle handelsüblichen Gummibänder zugelassen, so dass die Korrektur bei der Angebotserstellung einfach zu berücksichtigen war. Die auf den 25. April 2016 verlängerte Frist reichte aus, um auf die am 6. April 2016 kommunizierte Änderung zu reagieren.

Der Messebesuch der Ag verpflichtete diese nicht, mit allen anwesenden Unternehmen zu sprechen; dies wäre je nach Größe der Messe in der Praxis wohl auch

kaum machbar. Es ist im Übrigen offen, ob die ASt selbst überhaupt auf der Messe vertreten war. Ein Messebesuch als solcher ist ein probates Mittel zur Informationsbeschaffung für die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens. Im Übrigen hat die Ag auf der Messe ausschließlich mit Faserherstellern gesprochen; nach den Informationen auf der Homepage der ASt unter <https://www.comazo.de/ueber-uns/produktion> ist die ASt aber kein Faserhersteller, sondern bezieht die Ware von Dritten. Dieser wird dann durch die ASt zu Wäsche verarbeitet. Im Unterlassen einer die ASt einbeziehenden Markterkundung liegt keine Ungleichbehandlung der ASt.

Auf die Fragen der ASt hat die Ag geantwortet; wenn die Ag „Irritation“ geäußert hat, so bezieht sich diese auf Punkte, deren Erfüllung die ASt bereits mit ihren eigenen, der Ag vorgelegten Unterlagen, nachgewiesen hatte, so dass die Ag den Bedarf für die Fragen nicht nachvollziehen konnte.

Nach alledem ist der Feststellungsantrag nicht begründet.

OLG Düsseldorf zu der Frage, dass der Auftragnehmer für Mängel der Leistung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann haftet, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist

vorgestellt von Thomas Ax

1. Der Auftragnehmer haftet für Mängel der Leistung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Von seiner Haftung kann er sich befreien, wenn er die ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Die fehlende Bedenkenanmeldung führt allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung des Auftragnehmers, vielmehr gilt der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung. Insoweit hat auch beim Nacherfüllungsanspruch eine Abwägung zwischen der Fehlplanung des Auftraggebers und dem unterlassenen Bedenkenhinweis zu erfolgen (§ 254 BGB analog).

2. Für die Frage, welche Maßnahmen der Besteller zur Mängelbeseitigung für erforderlich halten durfte, kommt es auf eine verständige Würdigung eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Bauherrn im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung an, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens-

oder Mängelbeseitigung handeln muss. Der Auftragnehmer trägt das Risiko, dass im Rahmen der durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen getroffen werden, die sich in nachträglicher Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Gedanklich ist strikt zu trennen zwischen den hier in Rede stehenden Mängelbeseitigungsarbeiten und dem weiteren Streit über den Erfolg der Mängelbeseitigung.

3. Der Auftragnehmer wird von seiner Einstandspflicht für eine fehlerhafte Ausführung einer Schottertragschicht, die zu Setzungen geführt hat, nicht deshalb befreit, weil eine (den Beteiligten nicht bekannte) weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Eine solche weitere Ursache führt jedenfalls hier auch nicht deshalb zu einer Mithaftung des Auftraggebers, weil es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um seinen Risikobereich und damit seine Verantwortung handeln könnte.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2019 - 21 U 118/16

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Mängelbeseitigungskosten und Schadensersatz aus einem im Frühjahr 2008 (21.04./08.05.2008) geschlossenen Vertrag.

Die Klägerin war im Jahre 2008 von der Streithelferin zu 7) beauftragt worden, im Containerterminal des K... Hafens ein neues Krangleis mit Unterbau und Pflasterung der angrenzenden Flächen herzustellen. Dieser Auftrag betraf nur den sogenannten Bauabschnitt I, eine 30 Meter lange Strecke, auf der der Kran zunächst nur aufgestellt wurde. Im Bauabschnitt II, der an beide Seiten des Bauabschnitts I anschloss, wurde die Kranbahn dann verlängert. Mit diesen Arbeiten war die Klägerin aber nicht von der Streithelferin zu 7) beauftragt.

Die Klägerin beauftragte ihrerseits die Beklagte am 08.05.2008 auf der Grundlage deren Angebots vom 17.04.2008 sowie des Verhandlungsprotokolls vom 21.04.2008 mit in diesem Zuge u.a. erforderlichen Betonschneide-, Erd- und Abbrucharbeiten. In dem von der Klägerin erstellten und dem vorgenannten Angebot zugrundeliegenden Leistungsverzeichnis heißt es unter anderem in Z. 1.3.30. wie folgt:

„Schottertragschicht 0/45 mm liefern und in den vorgenannten Graben einbauen und verdichten, Einbaustärke 70 cm, Einbaubreite 130 cm, EVN mindestens 120 MN/qm“.

In Z. 1.3.40. heißt es ferner:

„Feinplanum Gründungsebene, Ev2= 45-60 MN/qm“.

Unter Z. 1.6 des Verhandlungsprotokolls vom 21.04.2008 wurde die Geltung der VOB Teil B und C in neuester Fassung vereinbart. Wegen der weiteren Einzelheiten und des genauen Inhalts des Leistungsverzeichnisses sowie des Verhandlungsprotokolls wird auf die als Anlage K 2 zur Akte gereichten Unterlagen Bezug genommen (Bl. 20ff.).

Die Beklagte stellte sodann die Schottertragschicht und das Schotterfeinplanum her. Die Arbeiten der Beklagten wurden von der Klägerin abgenommen und bezahlt. Nach Durchführung der vorgenannten Arbeiten durch die Beklagte wurden auf die Schottertragschicht und das Schotterfeinplanum anschließend Betonfertigelemente zur Aufnahme der Gleise der Kranbahn verlegt und die angrenzenden Flächen gepflastert. Diese Arbeiten erfolgten nicht durch die Beklagte.

Nach Inbetriebnahme der Kranbahn zeigten sich Schäden an den Betonschwellen. Überprüfungen ergaben, dass der Untergrund in Teilbereichen bis zu 4 cm abgesackt war. Die Klägerin zeigte der Beklagten gegenüber mit Schreiben vom 23.07.2009 (Anlage K 3, Bl. 34) Mängel an unter Hinweis darauf, dass diese auf einen nicht ordnungsgemäß verdichteten Untergrund zurückzuführen seien. Zugleich forderte sie die Beklagte zur Beseitigung der Mängel bis zum 31.07.2009 auf und wies darauf hin, dass sie anderenfalls die Mängel auf Kosten der Beklagten beseitigen lasse.

Nachdem die Beklagte die Mängelrüge zurückgewiesen hatte, beauftragte die Klägerin den Streithelfer zu 2) (Geotechnisches Büro N.. M...) mit der Überprüfung und der Gutachtenerstellung. Der Streithelfer zu 2) erstellte zwei Gutachten vom 19.11.2009 und 27.01.2010 (Anlagen K 4 und 5), in welchen er zu den festgestellten Mängeln, Mangelursachen und Folgeschäden sowie den erforderlichen Sanierungsarbeiten Ausführungen machte. Auf Grundlage dieser Feststellungen wurde im Folgenden die Sanierung ausgeführt. Dabei führte die Beklagte die zu ihrem damaligen Gewerk gehörenden Arbeiten selbst aus. Die Klägerin nahm weitere Vor- und Nacharbeiten entweder selbst vor oder ließ sie

durch Drittfirmen ausführen. Die Sanierungsarbeiten dauerten vom 18.09. bis zum 22.10.2009.

Der Erfolg der Sanierung und die Frage, ob nach der Sanierung Mängel vorliegen und welche Ursachen diese haben, ist streitig und Gegenstand des zwischen der Streithelferin zu 7) und der hiesigen Klägerin bei dem Landgericht Krefeld geführten Parallelverfahrens 5 O 482/13.

Mit Schreiben vom 29.01.2010 (Anlage K 8, Bl. 69) forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung von 47.474,21 € binnen 20 Werktagen auf und setzte unter dem 26.02.2010 eine Nachfrist von zehn Tagen. Grundlage der Schadensberechnung war die als Anlage K 6 (Bl. 65) zur Akte gereichte Kostenaufstellung der Klägerin. Die Streithelferin zu 7) nahm die Klägerin mit Schreiben vom 11.03.2010 (Anlage K 10, Bl. 72f.) auf Zahlung eines Mietausfalls in Höhe von 37.555,86 € in Anspruch. Dieses Schreiben leitete die Klägerin am 18.03.2010 (Anlage K 11, Bl. 74) an die Beklagte weiter und forderte die Zahlung der Gesamtforderung bis zum 01.04.2010.

Die Klägerin hat behauptet, dass die Arbeiten der Beklagten mangelhaft seien. Die Schottertragschicht habe nicht der geforderten Stärke von 0,67 m entsprochen. So habe die Schottertragschicht meist nur eine Dicke zwischen 0,3 m und 0,33 m gehabt. An der Übergangsstelle von Bauabschnitt 1 zu Bauabschnitt 2 habe diese sogar null aufgewiesen. Ferner habe die Beklagte minderwertiges und ungeeignetes Material eingebaut, das andere Materialeigenschaften, eine unzureichende Gleichmäßigkeit und eine unzureichende Bruchfestigkeit besessen habe. Zudem habe die Beklagte die vorzunehmenden Verdichtungskontrollen nicht ausreichend durchgeführt. Dies sei ursächlich für die aufgetretenen Setzungen sowie für die an den Betonschwellen entstandenen Schäden gewesen. Ferner sei es hierdurch auch zu einer zusätzlichen Setzung der Kranbahnschwellen gekommen. Die von der Beklagten behaupteten Planungsfehler habe es ebenso wenig gegeben wie eine Bedenkenanzeige der Beklagten. Etwaige weitere Ursachen für die Setzungen seien für ihren Zahlungsanspruch unerheblich, da sie lediglich den Nacherfüllungsaufwand geltend mache. Dieser bestehe unabhängig von weiteren denkbaren Ursachen.

Für die Sanierung seien ihr Kosten von insgesamt 47.447,21 € netto entstanden, diese Kosten beträfen ausschließlich die Mängelbeseitigung. Ferner sei der Streithelferin zu 7) ein Mietausfallschaden in Höhe von 37.555,86 € während der Mängelbeseitigungsarbeiten entstanden. Der Kran habe an 34 Kalendertagen nicht

genutzt werden können, weshalb der Streithelfer zu 7) insofern Mieteinnahmen in dieser Höhe entgangen seien.

Ursache für die streitgegenständlichen Setzungen seien ausschließlich die Ausführungsfehler der Beklagten, dagegen nicht eine etwaige ungenügende bauvorbereitende Baugrunduntersuchung, mangelhafte Planung oder Missachtung einer angeblichen Bedenkenanmeldung durch sie. Hätte die Beklagte entsprechend der Vorgaben des Zeugen M... die Verdichtungskontrollen durchgeführt, hätte sie Veranlassung gehabt, eine Bodenprüfung durchzuführen und einen Bodenaustausch vorzunehmen.

Die Streithelfer zu 2) – 6) haben sich ebenfalls im Wesentlichen darauf berufen, dass es nicht nur bei der Erstaussführung der Beklagten zu erheblichen Ausführungsfehlern gekommen sei, sondern auch die Leistungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Sanierung mangelhaft gewesen seien. Der Ausführungs-mangel sei zumindest mitursächlich für die Setzungen gewesen. Die Streithelfer zu 7) hat geltend gemacht, die Beklagte habe mangelhaftes Material verbaut; der von den Streithelfern zu 2) – 6) vorgegebene Bodenaustausch sei unzureichend gewesen; diese hätte eine Prüf- und Hinweispflicht getroffen, die bei Annahme ungeprüfter Werte verletzt sei; jedenfalls hätten sowohl die Klägerin als auch die Streithelfer zu 2) – 6) die präzisen Werte für die Radlasten spätestens im September 2008 gekannt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. ihr 47.447,21 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen,

2. weitere 37.555,86 € als Mietausfallschaden „P...-K...“ an die H... K... GmbH & Co.KG, O...straße, ..K..., Konto-Nr. zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.04.2010 zu zahlen.

Die Streithelfer zu 2) bis 7) haben sich diesen Anträgen angeschlossen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Streithelfer zu 1) hat keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte hat behauptet, dass sie für etwaige Mängel oder Schäden nicht verantwortlich sei. Ursache der Setzungen seien die ungenügende bauvorbereitende Baugrunduntersuchung, die entsprechend mangelhafte Planung sowie die Missachtung ihrer schriftlichen Bedenkenanmeldung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B betreffend die Drainage gewesen. Mangels frühzeitiger Baugrunduntersuchung durch die Klägerin sei nicht erkennbar gewesen, dass sich unterhalb des Grundplanniveaus eine Lehmlinse im Boden befunden habe. Dies habe auch während der Bauausführung nicht festgestellt werden können. Sie habe ohne Kenntnis dieses Umstandes die Arbeiten begonnen. Die auftragsgemäß geforderten Werte für die Verdichtung seien deutlich überschritten worden. Auch sei der eingebrachte Baustoff vertragsgerecht und geeignet gewesen, insbesondere habe das angelieferte und verbaute Material den vertraglichen Vorgaben und den erforderlichen bauphysikalischen Eigenschaften entsprochen. Schadensursächlich sei im Übrigen ein anderer Umstand gewesen, nämlich dass die Klägerin angeordnet habe, dass Drainagerohre seitlich der Krangleisschwellen in einem Abstand von jeweils 3 Meter eingebaut werden sollten, die als Entwässerung dienen sollten. Dies habe sie für bedenklich gehalten und deswegen entsprechend Meldung gemacht. Auch sei als Mitursache zu berücksichtigen, dass die Betonschwellen im ersten Bauabschnitt versetzt angeordnet worden seien, im zweiten Bauabschnitt mittig. Jedenfalls wäre der Schaden nicht entstanden, wenn die Klägerin ihre Bedenken nicht ignoriert hätte.

Soweit es die geltend gemachten Kosten anbelange, handele es sich zu einem erheblichen Teil um Sowiesokosten, die bei frühzeitiger Bodenuntersuchung und korrekter Planung der Klägerin ohnehin entstanden wären. Die geltend gemachte Kranmiete sei weder üblich noch angemessen. Ihr selbst seien im Rahmen der von ihr ausgeführten Sanierungsarbeiten Kosten in Höhe von 17.300,20 € entstanden.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung zweier schriftlicher Sachverständigengutachten sowie einer ergänzenden mündlichen Anhörung des Sachverständigen gemäß Beweisbeschlüssen vom 30.08.2011, 18.03.2013, 30.08.2013 sowie 18.02.2016, wegen deren konkreten Inhalts auf Bl. 214 ff., Bl. 734 ff., Bl. 873 und Bl. 1443 ff. verwiesen wird. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. F... vom 29.09.2012 (Bl. 407 ff.), das Sitzungsprotokoll vom 14.05.2013 (Bl. 773 ff.), das schriftliche Gutachten des Sachverständi-

gen Dr. Fe... vom 10.07.2015 (Bl. 1092 ff.) und das Sitzungsprotokoll vom 14.04.2016 (Bl. 1495 ff.) Bezug genommen.

Mit Urteil vom 06.09.2016 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Klägerin habe bereits dem Grunde nach keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz von Sanierungskosten in Höhe von 47.447,21 €, und zwar weder als Schadensersatz aus § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B noch als Aufwendungsersatz aus § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe nämlich nicht fest, dass die Arbeiten der Beklagten mangelhaft gewesen seien. Die beweisbelastete Klägerin habe nicht bewiesen, dass die von der Beklagten nachverdichtete Baugrundsohle nicht die geforderte Tragfähigkeit aufgewiesen habe. Der Sachverständige Dr. F.... habe hierzu keine Aussage mehr treffen können, weil eine später festgestellte unzureichende Tragfähigkeit keinen Rückschluss auf die ursprüngliche Situation zulasse; durch Wassereinwirkung könne sich dieser Zustand verändert haben.

Ferner sei nicht bewiesen, dass das von der Beklagten eingebaute RC-Material mangelhaft und ungeeignet gewesen sei. Vielmehr habe der Sachverständige Dr. F.... angeführt, dass das Material für die Verwendung geeignet gewesen sei; eine geringfügige Überschreitung des zulässigen Feinkornanteils falle nicht ins Gewicht; im Übrigen habe die Materialzusammensetzung allenfalls untergeordnete Bedeutung; dass ein anderes Material als ausgeschrieben verwandt worden sei, sei insoweit ohne Einfluss. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme lasse sich auch nicht feststellen, dass die Schottertragschicht nicht ausreichend verdichtet gewesen sei. Dies habe der Sachverständige Dr. F.... nicht sicher feststellen können, weil die Tragschicht durch den nachträglichen Einbau der Drainage vermutlich wieder aufgelockert worden sei.

Zwar ergebe sich nach den Ausführungen des Sachverständigen, dass die eingebrachte Schotterschicht nicht stark genug gewesen sei, was einen wesentlichen Mangel begründen würde. Allerdings sehe das Gericht den Beweis dennoch als nicht geführt an, weil die Feststellungen des Sachverständigen sich auf einen Zeitpunkt nach der Sanierung bezogen hätten. Eine weitere Aufklärung sei nicht erforderlich. Der Mangel müsse nämlich auch zu einem Schaden an der baulichen Anlage geführt haben. Es fehle insoweit an der Ursächlichkeit der zu geringen Schotterschicht für den eingetretenen Schaden. Die Beweisaufnahme habe diese Kausalität nicht mit der erforderlichen Sicherheit ergeben. Zwar

habe der Sachverständige Dr. F.... angegeben, dass eine Ursache für die eingetretenen Verschiebungen in der ungleichen Ausführung der Tragschicht liege. Wegen der Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... lasse sich diese Kausalität aber nicht mit der entsprechenden Sicherheit feststellen. Der Sachverständige Dr. Fe.... habe nämlich angeführt, dass die in Auftrag gegebenen und ausgeschriebenen Leistungen nicht geeignet gewesen seien, eine Vertikalverschiebung zuverlässig zu verhindern. Der Sachverständige Dr. Fe.... habe in diesem Zusammenhang überzeugend ausgeführt, dass der ursprünglich entsprechend dem Auftrag vom 08.05.2008 vorgesehene Bodenaustausch, der Unterbau und die Krangleiskonstruktion die Setzungen nicht verhindert hätten. Durch die von der Klägerin am 08.05.2008 in Auftrag gegebenen und zuvor ausgeschriebenen Leistungen seien bereits kein ausreichend tiefer Bodenaustausch oder andere baugrundstabilisierende Maßnahmen beauftragt worden. Aus diesem Grunde hätten auch bei vertragsgerechter Ausführung der beauftragten Leistungen durch die Beklagte die Setzungen, die insbesondere auf den tiefen Baugrund zurückzuführen seien, nicht verhindert werden können. Insofern stehe fest, dass es auch dann, wenn die Beklagte die Schottertragschicht vertragsgemäß entsprechend den Vorgaben des von der Klägerin erstellten Leistungsverzeichnisses erbracht hätte, zu Verformungen und Setzungen gekommen wäre. Insofern sei es auch ohne Belang, dass nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Fe.... nicht auszuschließen sei, dass das verwandte Material nicht der Ausschreibung entsprochen habe.

Eine Haftung der Beklagten sei selbst dann ausgeschlossen, wenn man dennoch eine Mitursächlichkeit der unzureichenden Schottertragschicht annehme und ein Verschulden der Beklagten bejahe. Jedenfalls sei eine Haftung der Beklagten wegen eines überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin ausgeschlossen, da diese als das Leistungsverzeichnis erstellendes Fachunternehmen für den nicht ausreichend tiefen Bauaushub und die fehlenden ausreichenden bodenstabilisierenden Maßnahmen verantwortlich sei. Eine Haftung der Beklagten für den Mietausfallschaden bestehe ebenfalls nicht. Dabei könne dahinstehen, ob die Klägerin zur Geltendmachung des Anspruches der Streithelferin zu 7) berechtigt sei. Denn auch dieser Anspruch scheitere daran, dass kein Mangel nachgewiesen sei, jedenfalls dessen Kausalität nicht festgestellt werden könne und letztlich ein haftungsausschließendes Mitverschulden der Klägerin vorliege.