



Die neue VOB/A tritt in Kraft!

Nachdem das Bundeskabinett Ende April dem veränderten Entwurf der Vergabeverordnung zugestimmt hat, erfolgt in diesen Tagen deren Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt. Mit der VOB/A, Fassung 2009, treten auch die Neufassungen der VOL/A und der VOF in Kraft. Die Vergabepaxis kann endlich die seit langen vorliegenden, neuen Vergabe- und Vertragsordnungen anwenden. Übrigens wurde auch die VOB/B geändert, allerdings nur in ihrer Systematik, nicht inhaltlich. Künftig heißt es nicht mehr § 2 Nr. 5 VOB(/B), sondern § 2 Absatz 5 VOB/B. Das gilt auch für alle anderen Verbindungsordnungen, die damit der üblichen Systematik gesetzlicher Vorschriften angeglichen werden. Leider weisen die Neufassungen von VOB/A und VOL/A noch weniger systematische Parallelitäten auf als früher.

Alle Vorschriften sind online einsehbar unter www.leinemann-partner.de/services/wichtige_Vorschriften. Das erste Buch zum Thema kommt Anfang von Leinemann & Partner: **Leinemann, Das neue Vergaberecht, 2. Auflage 2010, Werner Verlag, 622 Seiten, ISBN 978 – 3 -8041- 4773 - 7**

Neues aus der Rechtsprechung

1. EuGH: Bestätigung des Deutschen Gesetzgebers: Grundstücksgeschäfte sind ausschreibungsfrei (Ahlhorn-Entscheidung)

Der EuGH hat sich mit Urteil vom 25.03.2010 - Rs. C-451/08 - zu der Frage geäußert, ob der Begriff des öffentlichen Bauauftrages voraussetzt, dass eine Bauleistung für den Auftraggeber in einem körperlichen Sinne beschafft wird. Nach dem durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts neu gefassten § 99 Abs. 3 GWB setzt der Tatbestand des öffentlichen Bauauftrages voraus, dass die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt.

§ 99 Abs. 3 GWB lautet: „Baufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß dem vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“

Der Gesetzgeber hat damit auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.02.2008 - Az.: Verg 37/07 - reagiert, nach der Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand ausschreibungspflichtig sein sollten, wenn sie mit Anforderung einhergehen, die der öffentliche Auftraggeber an das zu errichtende Bauwerk stellt. Das OLG Düsseldorf legte mit Beschluss vom 02.10.2008 - Az.: Verg 25/08 - dem EuGH nunmehr die Frage zur Auslegung des Begriffes des öffentlichen Bauauftrages und

damit auch zur Europarechtskonformität des § 99 Abs. 3 GWB vor.

Der EuGH bestätigt den deutschen Gesetzgeber und lehnt die Anwendung des Vergaberechts auf den beschriebenen Fall ab. Ein Grundstücksverkauf als solcher sei kein öffentlicher Auftrag. Gegenstand des Vertrages müsse die Erbringung von Bauleistungen sein. Die Verpflichtungen, die der Käufer insoweit übernimmt, müssen verbindlich und einklagbar sein. Ein Bauauftrag sei zudem ein entgeltlicher Vertrag. Der Auftraggeber müsse daher eine Gegenleistung bekommen. Diese müsse zwar nicht immer in einer physischen Nutzung des Bauwerks durch den öffentlichen Auftraggeber bestehen. Voraussetzung sei aber ein wirtschaftliches Interesse des Auftraggebers an der Bauleistung. Dieses könnte in der rechtlichen Sicherstellung an der Verfügbarkeit des Bauwerks für öffentliche Zwecke zum Ausdruck kommen, sich aber auch in einer finanziellen Beteiligung oder einer Risikoübernahme durch die Kommune manifestieren. Die bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten reiche für das erforderliche wirtschaftliche Interesse nicht aus.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2021001

RA Bastian Haverland, Hamburg

2. OLG Celle: Schadensersatzanspruch wegen Mängel umfasst auch Umsatzsteuer

Das OLG Celle hat mit Beschluss vom 18.01.2010 (Az. 7 U 201/09) zu der umstrittenen Frage Stellung genommen, ob ein nicht vorsteuerabzugsberechtigter Auftraggeber (AG) im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz für Kosten der Mängelbeseitigung auch die Umsatzsteuer geltend machen kann. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der AG gegen den Auftragnehmer (AN) in der ersten Instanz Schadensersatz für die voraussichtlichen Kosten einer Mängelbeseitigung einschließlich Umsatzsteuer erstritten. Hiergegen legte der AN Berufung mit der Begründung ein, der AG könne mangels tatsächlich durchgeführter Mängelbeseitigung keine Umsatzsteuer beanspruchen. Dabei berief er sich auf den im Jahre 2002 eingeführten § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach der Anspruch auf finanziellen Schadensersatz bei der Beschädigung einer Sache die Umsatzsteuer nur dann mit einschließt, wenn und soweit diese tatsächlich angefallen ist. Das OLG Celle verneinte die Erfolgsaussichten der Berufung. § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB beziehe sich nach seinem eindeutigen Wortlaut nur auf Sachbeschädigungen. Der Ersatz für die Kosten einer Mängelbeseitigung betreffe hingegen der Sache nach die Herstellung der vertraglich geschuldeten Leistung. Verlange der AG vom AN die durch Kostenvoranschlag oder Schadensgutachten ermittelten Sanierungskosten, könne er daher bei fehlender Vorsteuerabzugsberechtigung den Bruttobetrag einschließlich Umsatzsteuer beanspruchen. Mit seiner Entscheidung bekräftigt das OLG Celle die Tendenz der jüngsten Rechtspre-

chung anderer Oberlandesgerichte, bei Schadensersatzansprüchen wegen mangelhafter Werkleistungen auch den Anteil für die Umsatzsteuer zuzusprechen (so etwa OLG Düsseldorf, Urte. v. 25.06.2009 – I-21 U 101/08; OLG München, 28. Zivilsenat, Urte. v. 29.09.2009 – 28 U 3123/09; OLG Stuttgart, Urte. v. 18.10.2007 – 7 U 69/07). Dem gegenüber lehnt insbesondere der 13. Zivilsenat des OLG München (Beschl. v. 19.06.2008 – 13 W 1556/08) die Einbeziehung des auf die Umsatzsteuer entfallenden Betrages ab. Es stützt sich dabei auf eine erweiternde Auslegung des § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB. Angesichts des klaren Wortlauts dieser Vorschrift kann das nicht überzeugen. Eine endgültige Klärung der Frage durch den BGH steht noch aus.

Zu beachten ist, dass der AG die Umsatzsteuer nur dann geltend machen kann, wenn es allein um das Nachbessern von Mängeln geht. Umfasst der Schadensersatzanspruch auch Kosten für die Beseitigung von mangelbedingten Schäden an anderen Gewerken bzw. im Eigentum des AG stehender Sachen (sog. Mangelfolgeschäden) kann die Umsatzsteuer nach § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB nur verlangt werden, wenn sie für die Schadensbeseitigung auch tatsächlich anfällt.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2021002

RA Egmont Neubauer, Düsseldorf

3. OLG Stuttgart: Übereinstimmender Verzicht auf förmliche Abnahme durch (fast) vollständige Schlusszahlung

Wenn AG und AN im Bauvertrag vereinbaren, dass eine förmliche Abnahme durchzuführen ist, treten die mit einer Abnahme verbundenen Rechtsfolgen grundsätzlich erst dann ein, wenn die Arbeiten tatsächlich förmlich abgenommen wurden. Den Parteien steht es aber jederzeit frei, einvernehmlich von einer vertraglichen Vereinbarung Abstand zu nehmen und eine neue Vereinbarung zu treffen. Die neue Vereinbarung kann die ursprüngliche ergänzen, ersetzen oder aufheben. Wird eine förmliche Abnahme vereinbart, so hindert dies die Parteien nicht, später übereinstimmend auf die förmliche Abnahme zu verzichten. Es sind aber auch Konstellationen möglich, die dahingehend ausgelegt werden können (§§ 133, 157 BGB), dass die Parteien durch schlüssiges Verhalten auf eine förmliche Abnahme verzich-

ten und eine konkludente Abnahme – mit den entsprechenden Rechtsfolgen – durch den AG anzunehmen ist.

Ein solcher Sachverhalt lag dem OLG Stuttgart zur Entscheidung (Urte. v. 21.04.2009, Az. 10 U 9/09) vor: Der AN stellte seine Schlussrechnung nach Beendigung der Arbeiten, ohne den vertraglichen Gewährleistungseinbehalt von 5 Prozent durch Bürgschaft abzulösen. Auf die im Bauvertrag vereinbarte förmliche Abnahme kam er nicht zurück. Der AG zahlte den Schlussrechnungsbetrag bis auf einen Abzug von 3,9 Prozent ohne sich hierzu näher zu äußern. Zur fehlenden Abnahme äußerte er sich ebenfalls nicht. Ein Jahr später traten erhebliche Mängel auf. Im Prozess konnte nicht geklärt werden, ob die Mängel bereits zum Zeitpunkt der Zahlung vorhanden waren

oder erst später durch einen Nachfolgeunternehmer verursacht wurden. Der AN erhob die Einrede der Verjährung. Diese habe eintreten können, weil in der Zahlung des AG ein Verzicht auf die förmliche Abnahme und eine Abnahmeerklärung zu sehen sei. Der AG wendet ein, dass einem solchen Erklärungsinhalt der vorgenommene Einbehalt entgegenstehe und ein Verzicht auf die förmliche Abnahme nach dem BGH erst nach einem Zeitablauf von mindestens drei Monaten anzunehmen sei.

Das OLG Stuttgart gab dem AN Recht. Entscheidend war, dass der AN das Verhalten des AG so verstehen durfte, dass der AG die geschuldete Leistung vollständig erbrachte. Mangels näherer Begründung konnte der AN den Einbehalt von 3,9 Prozent nur als Sicherheitseinbehalt oder als Einbehalt für unwesentliche Mängel verstehen. Der AG gab folglich zu erkennen, dass er die Voraussetzungen für eine Schlusszahlung - insbesondere die Fälligkeit der Forderung - als gegeben erachte, so dass das Verhalten des AG nur als Verzicht auf die förmliche Abnahme und konkludente Abnahme zu verstehen war. Der Einwand des AG, es sei dem BGH zufolge grundsätzlich ein

Zeitablauf von mehreren Monaten nötig, entgegen das Gericht, dies sei keine zwingende Voraussetzung, sondern nur im konkreten Sachverhalt erforderlich gewesen, der dem BGH vorlag (BGH, Urteil v. 21.04.1977 - VII ZR 108/76): Im Fall des BGH wurde über die Fälligkeit einer Werklohnforderung gestritten. Der AN hatte die Schlussrechnung an den AG übersandt, ohne die vereinbarte förmliche Abnahme zu verlangen. Der AG äußerte auch nach mehreren Monaten nicht den Wunsch nach förmlicher Abnahme. Der BGH legte dieses Verhalten dahingehend aus, dass die Parteien übereinstimmend konkludent von der vorgesehenen förmlichen Abnahme abgesehen und es bei formloser Abnahme haben bewenden lassen. Der Einwand des AG, Fälligkeit liege nicht vor, weil es an der vereinbarten förmlichen Abnahme fehle, war damit erfolglos.

*Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, **Quick-Link-Nr. 2021003***

RAin Natalie Kaestner, Hamburg

4. OLG Stuttgart: Gemeinsame Haftung von Bieter und Ingenieurbüro

Ein interessantes Urteil hat das OLG Stuttgart am 9.2.2010 (10 U 76/09) gefällt. Der AN schuldete die Lieferung und Montage einer Trennwand mit einem Labor-Schalldämmwert ohne bauübliche Nebenwege von R_w 50 dB. Die davon abweichenden Werte des Leistungsverzeichnisses sind unbeachtlich, weil die Ausschreibung einschließlich der beigefügten Leistungsbeschreibung lediglich eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und damit keine auf Abschluss gerichtete Erklärung ist. Das auf Abschluss eines Vertrags gerichtete Angebot eines Bieters wird auch dann Vertragsinhalt, wenn es vom ausgeschriebenen LV abweicht und der AG dies ohne Änderung hinnimmt. Änderungen des Leistungsverzeichnisses durch das Begleitschreiben sind beachtlich.

Der AN hat sich jedoch wegen eines Verschuldens bei Vertragsschluss schadensersatzpflichtig gemacht. Die von ihm vorgenommene Änderung war vergaberechtlich unzulässig. Der AN hatte auf die Abweichung nicht hinreichend deutlich hingewiesen, insbesondere nicht das Feld für Änderungsvorschläge / Nebenangebote angekreuzt. Er hat damit seine vorvertraglichen Aufklärungs- und Hinweispflichten bei der Anbahnung eines Vertrags-

verhältnisses schuldhaft verletzt, indem er die Änderungen „versteckt“ hatte. Aufgrund dieser vorsätzlichen, vorvertraglichen Pflichtverletzung hat der AN den Schaden zu ersetzen. Ein Mitverschulden des Planers führt nicht zur Herabsetzung des Schadensersatzanspruches.

Auch der Planer haftet voll als gesamtschuldner mit dem AN. Ihm fällt ein Fehler bei der Prüfung und Wertung der Angebote zur Last. Bei richtiger Prüfung des Planers hätte der AN aus dem Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden müssen.

Das OLG bestätigt damit eine aktive Aufklärungs- und Hinweispflicht für den Bieter, wenn er von Vorgaben des Auftraggebers in einem förmlichen Vergabeverfahren abweicht. In ihrer Konsequenz neu ist die volle Haftung des mit der Vorbereitung der Vergabe betrauten Planers, der Fehler im Angebot übersieht, die sich nachteilig für den Auftraggeber auswirken.

*Die Entscheidung ist abrufbar unter www.leinemann-partner.de, **Quicklink-Nr. 1061006**.*

RA Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin



5. OLG Koblenz: Globalpauschalvertrag und Nachtragsvergütung?

Ein (öffentlicher) AG beauftragte einen AN mit der Errichtung eines Universitätsgebäudes. Im Bauvertrag wurde festgehalten, dass der AN zu einer schlüsselfertigen Leistung mit „Globalpauschalpreisabrede“ verpflichtet ist. Darüber hinaus enthielt der Vertrag eine detaillierte Leistungsbeschreibung, für die Fassade sogar eine detaillierte Ausführungsplanung. Diese konnte aus statischen Gründen nicht umgesetzt werden, so dass – auf Anordnung des AG – eine gänzlich andere Fassadenkonstruktion verwirklicht wurde. Auf die daraufhin geltend gemachten Nachträge in Höhe von 3,5 Mio. EUR verwies der AG auf den Globalpauschalpreis und lehnte eine darüber hinausgehende zusätzliche Vergütung ab. Mit seiner Entscheidung vom 31.03.2010 verurteilte das OLG Koblenz (1 U 415/08) den AG zur Zahlung (eines Großteils) der geltend gemachten Nachtragsforderungen. Zwar haben die Parteien unstreitig einen Pauschalpreis vereinbart, bei dem die gesamte Bauleistung mit einer pauschalen Geldleistung zu vergüten ist und grundsätzlich alle - zur Herstellung der vereinbarten Leistung erforderlichen - Einzelleistungen abgegolten sind. Der AN übernehme dabei auch bewusst das Risiko von Mehrleistungen, so dass grundsätzlich von der Unabänderlich-

keit des einmal vereinbarten Pauschalpreises auszugehen sei. Entscheidend ist nach dem OLG Koblenz aber, dass es sich hier - entgegen der Bezeichnung im Bauvertrag – tatsächlich nicht um einen „Global-Pauschalvertrag“, sondern um einen „Detail-Pauschalvertrag“ handelte. Ein solcher Vertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien den Umfang der geschuldeten Leistungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung näher festgelegt und damit gerade nicht pauschaliert haben. Es kann eben nur der Preis und nicht die Leistung pauschalisiert werden. Daraus folgt, dass der AN im Rahmen des vereinbarten Pauschalpreises alle Leistungen schuldet, die in der Leistungsbeschreibung genannt werden. Später geforderte, über die Leistungsbeschreibung hinausgehende Zusatzleistungen und Leistungen in einer höheren Qualität werden nicht vom vereinbarten Pauschalpreis erfasst und können vom AG nur gegen zusätzliche Vergütung verlangt werden.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2021005

RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Bitte senden Sie mir (zutreffendes bitte ankreuzen):

- Künftig Ihre kostenfreien baurechtlichen Informationen (ich bin noch nicht in Ihrem Verteiler)
 Ihre baurechtlichen Informationen künftig per Email an

Ich sende Ihnen eine Email an nzb@leinemann-partner.de und bitte um künftige Übersendung Ihrer baurechtlichen Informationen an meine Absenderadresse per Email.

- Die neue Broschüre „Bau- und Immobilienrecht von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE“
 Die neue Broschüre „Vergaberecht“ von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Name/Firma:

Adresse:



»Kanzlei des Jahres
für Privates Baurecht«

Bitte absenden an LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Postfach 08 05 32, oder **per Fax: 030/ 20 64 90 92**

Impressum:

Infodienst für Bau- und Vergaberecht, herausgegeben von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092

E-Mail: info@leinemann-partner.de

Ständiger Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)

WWW.LEINEMANN-PARTNER.DE