

EDITORIAL

Jetzt wird's ernst...

...mit dem neuen BGB-Bauvertragsrecht; seit dem 01.01.2018 gelten die neuen Vorschriften für alle neu abgeschlossenen Verträge.

Wie die Rechtsprechung mit diesen Neuregelungen umgehen wird, bleibt abzuwarten. Aus diesem Grund hat auch der DVA zunächst davon Abstand genommen, die VOB/B zu novellieren. Wir finden das schade, weil die VOB/B



Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert

auch aus anderen Gründen dringend überarbeitungsbedürftig ist (s. nebenstehenden Beitrag).

Auch das Datenschutzrecht wird sich ab Mai 2018 erheblich ändern. Aus diesem Grund kommentieren wir die wichtigsten Neuregelungen in einem zweiteiligen Beitrag (s. S. 4).

Von den besprochenen Entscheidungen sind die Urteile des BGH zur Unwirksamkeit von Sicherheitsabreden hervorzuheben; hier besteht Handlungsbedarf (s. S. 2).

Schließlich freuen wir uns, dass die neue Hauptgeschäftsführerin der FG Bau, Frau Dr. Manja Schreiner, Zeit für ein interessantes Interview mit uns gefunden hat. ■

AUS DEM INHALT:

Neues Datenschutzrecht (Teil 1)	Seite 4
Schulungsprogramm Winter 2017/2018	Seite 7
Interview mit der neuen Hauptgeschäftsführerin der FG Bau, Frau Dr. Schreiner	Seite 8

AKTUELL

Die VOB/B wird (zunächst) nicht an das neue Bauvertragsrecht angepasst

Der Hauptausschuss Allgemeines des DVA hat am 18.01.2018 beschlossen, dass die VOB/B zunächst nicht verändert wird. Begründet wurde dies damit, dass zunächst einmal die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und der Rechtsprechung beobachtet werden soll. Ferner soll abgewartet werden, welche Vorschriften der VOB/B von der Rechtsprechung in Zukunft als unvereinbar mit den neuen gesetzlichen Leitbildern angesehen werden. Diese Haltung des DVA ist bis zu einem gewissen Grad verständlich, in der Sache dennoch falsch. Durch die unveränderte Weitergeltung der VOB/B (2016) entsteht nicht mehr Rechtssicherheit, sondern weniger.

Letztlich unterstellt der DVA, dass der Veränderungsbedarf in der VOB/B im Moment noch nicht genau genug beurteilt werden könne. Genau das ist aber unzutreffend.

Die Leidtragenden dieser Entscheidung sind in erster Linie die öffentlichen Auftraggeber. Jeder private Auftraggeber hat es in der Hand, durch eine sinnvolle Vertragsgestaltung die Regelungen der VOB/B, die einer Inhaltskontrolle nicht standhalten, abzuändern. Öffentliche Auftraggeber sollen jedoch die VOB/B unverändert vereinbaren, allerdings scheidet dies häufig daran, dass sich in den Vorbemerkungen der Leistungsverzeichnisse oder im Leistungsverzeichnis selbst dann doch wieder abweichende Regelungen finden. Solche zu erkennen und aus den Vergabeunterlagen zu entfernen, ist schwierig und wird in vielen Fällen nicht gelingen.

VERÄNDERUNGSBEDARF IN DER VOB/B

Zunächst steht fest, dass das Recht des Auftraggebers, auch bei geringfügigen Mängeln eine sofortige Mangelbeseitigung zu verlangen und gegebenenfalls sogar den Vertrag kündigen zu können, mit der geänderten Rechtsprechung des BGH und den neuen Kündigungsregeln im

BGB nicht mehr zu vereinbaren ist.

Ferner ist seit Jahren bekannt, dass – ebenfalls aufgrund einer geänderten Rechtsprechung – Teilkündigungen und damit auch Ersatzvornahmen vor Abnahme praktisch unmöglich sind.

Schließlich wird seit Jahren diskutiert, dass die Preisanpassungsvorschriften der VOB/B nicht ausreichend transparent formuliert sind. Der BGH hat in einer Entscheidung bereits angedeutet, dass er § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 für intransparent hält. Im konkret entschiedenen Fall erklärte der BGH aber, wenn sich beide Vertragspartner darin einig wären, wie die Regelungen gehandhabt werden sollen, dann finde eine Inhaltskontrolle nicht statt.

Völlig unabhängig von der AGB-rechtlichen Problematik ist es für die Auftragnehmerseite schon seit langem ein Ärgernis, dass die „Schlusszahlungsfälle“ mit ihrer unzumutbar kurzen Frist nicht endlich überarbeitet wird und dass es in der VOB/B keine vernünftige Regelung zur Kostenerstattung bei Bauzeitverlängerungen gibt. § 6 Abs. 6 VOB/B greift bekanntlich nur bei Verschulden ein, welches häufig nicht vorliegt.

Der DVA zaudert.

Das ist Schade

Außerdem fehlt eine angemessene Regelung zur Gefahrtragung vor Abnahme, denn die gesetzliche Regelung in § 644 (der Unternehmer trägt die Gefahr

bis zur Abnahme des Werkes) passt für eine Autowerkstatt, aber nicht für eine Baustelle. Wie eine angemessene Haftungsverteilung aussehen könnte, muss sicher diskutiert werden, aber Fakt ist, dass der Auftraggeber durch die gleichzeitige Tätigkeit vieler Gewerke eine Gefahrensituation schafft, die es nicht gibt, wenn ein Unternehmer allein an seinem Werk arbeitet.

Schließlich sollte auch die fiktive Abnahme geändert werden, denn die Fristen sind viel zu kurz. Ziel sollte eine VOB/B sein, deren unveränderte Vereinbarung empfohlen werden kann. ■

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:

RA Dr. Ulrich Dieckert
DIECKERT
RECHT UND STEUERN GbR

Gertraudenstraße 20
10178 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
E-Mail: berlin@dieckert.de

Redaktion/Beiträge:

Dr. Ulrich Dieckert, RA
Bernd Kimmich, RA
Hendrik Bach, RA
Markus Fiedler, RA
Dr. Benedikt Overbuschmann, RA
Konstantin Trakis, RA
Christian Zeiske, RA
Martin Krahl, RA
Dr. Annette Funk, StBin

Kooperationspartner:

Stephan Sumpf, StB
Gertraudenstraße 20
10178 Berlin
www.sts-steuerkanzlei.de

Andreas Roschkowski, WP, StB
Kollaustraße 116
22453 Hamburg
www.wskr.de

Matthias Witt, WP, StB
Esplanade 41
20354 Hamburg
www.wpwitt.de

www.dieckert.de
www.bauleiterschulung.de
www.dieckert-baurecht.de
www.drohnenrecht.de

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Unwirksame Sicherungsabreden weit verbreitet!

Wenn der Auftraggeber in seinen AGB vorgibt, dass der Auftragnehmer zur Ablösung eines Gewährleistungseinbehaltes eine Bürgschaft unter Verzicht des Bürgen auf die Einreden der Aufrechenbarkeit und der Anfechtbarkeit stellen muss, macht dies die Sicherungsabrede im Bauvertrag unwirksam. Ein Bürge, der dennoch den Bürgschaftsbetrag ausgezahlt hat, kann diesen zurückfordern.

BGH, Urteile vom 24.10.2017
- XI ZR 600/16 und XI ZR 362/15

In zwei am gleichen Tag ergangenen Urteilen hat der BGH entschieden, dass in der Praxis weit verbreitete Sicherungsabreden unwirksam sind. Die beiden Urteile haben eine große Bedeutung für die Bauwirtschaft.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH erklärt, dass eine Sicherungsabrede, die es dem Auftragnehmer auferlegt, zur Ablösung eines Gewährleistungseinbehaltes eine Bürgschaft mit einem den Bürgen unangemessen benachteiligenden und damit unzulässigen Regelungsinhalt zu stellen, gleichzeitig auch den Auftragnehmer benachteiligen würde und deshalb unwirksam sei.

Das ist weit hergeholt. Kein Auftragnehmer hatte in der Vergangenheit Schwierigkeiten, eine Gewährleistungsbürgschaft mit dem Inhalt zu beantragen bzw. zu erhalten, dass der Bürge auf die Einreden der Aufrechenbarkeit und der Anfechtbarkeit verzichten muss.

In seiner Argumentation übersieht der BGH auch, dass sämtliche Kautionsversicherer freiwillig die Ausstellung von Bürgschaften unter Verzicht auf die Einreden der Aufrechenbarkeit und der Anfechtbarkeit angeboten haben und weiterhin anbieten. Ein Bürge, der gegenüber seinen Kunden die Ausstellung bestimmter Bürgschaften mit einem für ihn nachteiligen, aber selbst formulierten Inhalt anbietet, kann sich nach unserer Auffassung nicht hinterher, wenn er die entsprechende Bürgschaft ausge-

stellt hat, darauf berufen, dass ihn die Bürgschaftsbedingungen unangemessen benachteiligen würden.

Tatsächlich ist die Benachteiligung des Bürgen auch gering, denn die beiden Einreden haben so gut wie keine praktische Bedeutung. Wenn der Auftragnehmer noch existiert und ihm tatsächlich aufrechenbare Gegenansprüche zur Seite stehen, wird er regelmäßig selbst die Aufrechnung erklären. Gleiches gilt sinngemäß für die Erklärung einer Anfechtung. Zudem verfügt der Bürge in der Regel über keinerlei Unterlagen über etwaige aufrechenbare Gegenansprüche oder Anfechtungsgründe.

Aus diesem Grund halten wir die beiden Entscheidungen des BGH inhaltlich für stark diskussionswürdig. Gleichwohl muss man sich damit abfinden, dass dies nun so entschieden wurde und sollte die bisherigen Muster nicht mehr nutzen!.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Jeder Auftragnehmer sollte sich ansehen, welche Gewährleistungsbürgschaften er in den vergangenen Jahren an Auftraggeber übergeben hat. Stellt er fest, dass im Bauvertrag eine

Bürgschaft unter Verzicht auf die Einreden der Aufrechenbarkeit und der Anfechtbarkeit gefordert wurde und wurde die Bürgschaft auch entsprechen ausgestellt, kann der Auftragnehmer diese Bürgschaften unter Verweis auf die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede vorzeitig zurückverlangen. Der Auftraggeber kann mit der Bürgschaft ohnehin nichts anfangen, da nach Bekanntwerden der beiden Urteile ohnehin kein Bürge mehr auf eine solche Bürgschaft zahlen wird.

Umgekehrt müssen Auftraggeber darauf gefasst sein, dass Bürgen schon bezahlte Beträge zurückfordern können. Ob die Versicherungswirtschaft sich tatsächlich dazu entschließt, flächendeckend Rückforderungen geltend zu machen, erscheint allerdings zweifelhaft. ■

Achtung:
Bürgschaftsmuster
prüfen

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Wer Fragen nicht beantwortet, wird ausgeschlossen

Auch bei einem hinsichtlich des Gesamtpreises unauffälligen Angebot darf der Auftraggeber Aufklärung zu Einzelpreisen verlangen, wenn diese sowohl von den eigenen Preisen des Bieters zu ähnlichen Positionen als auch von den Preisen der Konkurrenten exorbitant abweichen und diese Abweichungen weder durch einen höheren Leistungsumfang noch durch Marktgegebenheiten oder -besonderheiten zu erklären sind.

Beschluss des OLG Koblenz vom 04.01.2018
 - Verg 3/17

Der öffentliche Auftraggeber darf Aufklärung zu Einzelpreisen verlangen, selbst bei einem hinsichtlich des Gesamtpreises unauffälligen Angebotes. Ein Bieter, der die ihm gestellten Fragen nicht innerhalb der gesetzten Frist beantwortet, wird ausgeschlossen.

SACHVERHALT

Der Auftraggeber schrieb die Erweiterung einer Abwasserreinigungsanlage aus. Zum Submissionstermin lagen vier Angebote vor. Die Antragstellerin, deren Gesamtpreis unauffällig war, hatte das niedrigste Angebot abgegeben. Jedoch gab es bei einigen Einheitspreisen Auffälligkeiten. Die Antragstellerin hatte bei mehreren Positionen Einheitspreise eingetragen, die teilweise erheblich unter den Preisen der konkurrierenden Bieter lagen.

Nachdem den Auftraggeber diese Probleme aufgefallen waren, forderte er mit Schreiben vom 19.07.2017 die Antragstellerin zur Vorlage der ausgeführten Preisblätter auf. Ferner bat der Auftraggeber um Aufgliederung der Einheitspreise. Dies geschah, führte jedoch

nicht zu einer Aufklärung. Der Auftraggeber forderte im Rahmen eines Bietergesprächs am 21.08.2017 weitere Aufklärung. Hierzu stellte sie zu diversen Positionen Fragen, die jedoch seitens der Antragstellerin lediglich ausweichend beantwortet wurden. Mit Schreiben vom 31.08.2017 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass das Angebot ausgeschlossen werde und die Beigeladene beauftragt wer-

den solle. Den Nachprüfungsantrag hat die Vergabekammer zurückgewiesen.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 173 Abs. 1 S. 3 GWB ist erfolglos. Das OLG Koblenz führt sehr deutlich aus, dass die sofortige Beschwerde keine Erfolgsaussichten hat. Das OLG arbeitet zunächst heraus, dass eine Aufklärung von Einheitspreisen gemäß § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A auch dann berechtigt ist, wenn der Gesamtpreis des Angebotes unauffällig ist. Die Aufklärung der Einheitspreise ist notwendig, um den Verdacht einer Mischkalkulation auszuschließen. Ausweichende Antworten eines Bieters braucht die Vergabestelle nicht zu akzeptieren. Die Aufklärung hat, so das OLG weiter, innerhalb der zwischen dem Auftraggeber und Bieter bestehenden Rechtsverhältnis zu erfolgen und zwar innerhalb der vom Auftraggeber festgesetzten Frist. Aufklärungen, die sich erstmals in Schriftsätzen in die Vergabekammer oder den Vergabesenat finden, sind daher unbeachtlich.

PRAXISHINWEIS:

Diese Entscheidung verdeutlicht, dass Bieter gehalten sind, Fragen der Vergabestelle zu beantworten. Ebenso verdeutlicht diese Entscheidung, dass eine Vergabestelle berechtigt ist,

auch bei einem im Gesamtpreis unauffälligen Angebot eine Aufklärung von einzelnen Einheitspreisen zu verlangen, um den Verdacht einer Mischkalkulation auszuschließen. Fragen der Vergabestelle hat der Bieter konkret zu beantworten. Ausweichende Antworten oder die Verweigerung der Antwort sind

nicht zulässig, sondern führen zum Ausschluss. Bieter haben darüber hinaus nicht das Recht, sich mit der Beantwortung der gestellten Fragen Zeit zu lassen. Vielmehr sind die Antworten innerhalb der seitens der Vergabestelle gesetzten Frist zu geben. Spätere Antworten oder Erklärungen, die in Schriftsätzen im Rahmen eines Vergabenaachprüfungsverfahrens eingereicht werden, sind nicht ausreichend. ■

Beantwortet ein Bieter Fragen nicht, wird ausgeschlossen

AKTUELLES

RA Dr. Benedikt Overbuschmann zum Fachanwalt für Vergaberecht ernannt



Fachanwalt für Vergaberecht

Wir dürfen Sie darüber informieren, dass unser Kollege, Rechtsanwalt Dr. Benedikt Overbuschmann, Ende des vergangenen Jahres von der Rechtsanwaltskammer zum Fachanwalt für Vergaberecht ernannt wurde, nachdem er die praktischen und theoretischen Kenntnisse im Bereich des Vergaberechts gegenüber der Rechtsanwaltskammer nachgewiesen hat. Damit wird sein Engagement und Fachwissen im Vergaberecht gewürdigt, das unseren Mandanten schon seit vielen Jahren zugute kommt. Dr. Overbuschmann vertritt Mandanten nicht nur in vergaberechtlichen Streitigkeiten, sondern berät Auftraggeber und Auftragnehmer bereits im Vorfeld von Vergaben, damit Fehler und Streitigkeiten erst gar nicht entstehen.

Neben der praktischen Arbeit für unsere Mandanten ist Herr Dr. Overbuschmann auch publizistisch tätig. In dem von Dieckert/Osseforth/Steck herausgegebenen Praxiskommentar zum Vergaberecht, kommentiert Herr Dr. Overbuschmann Teile des zweiten Abschnitts der VOB/A sowie des GWB. Darüber hinaus arbeitet Herr Dr. Overbuschmann für den im Bundesanzeiger Verlag erscheinenden Kommentar zur VGV/UVVGO mit. Schließlich kommentiert Herr Dr. Overbuschmann auch in einem neuen Kommentar zur SektVO die Regelungen über den elektrotechnischen Katalog und die Nachweisführung.

AUFSATZ

Der Countdown läuft: Neues Datenschutzrecht ab Mai 2018

- Die wichtigsten Pflichten für Unternehmen auf einen Blick - Teil 1

Am 25.05.2018 tritt die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in Kraft. Deren Regelungen gelten direkt und unmittelbar für alle öffentlichen und nicht öffentlichen Stellen (d. h. auch für Unternehmen), ohne dass es eines besonderen gesetzlichen Umsetzungsaktes bedarf. Gleichwohl wird zeitgleich mit der DS-GVO ein neues Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) in Kraft treten, mit dem die zahlreichen Öffnungsklauseln der Grundverordnung ausgefüllt und eine Reihe von Anforderungen im vertrauten nationalen Rechtsrahmen wiederholt werden. Das macht die Sache für die betroffenen Unternehmen nicht einfacher, weil sie ihre Pflichten künftig aus zwei nebeneinanderstehenden Regelwerken ableiten müssen.

Mit dem neuen Recht werden die Anforderungen an den Umgang mit personenbezogenen Daten für die datenverarbeitenden Stellen verschärft. Daraus ergibt sich ein nicht zu unterschätzender Handlungsbedarf. Dies betrifft sowohl die Anpassung der Datenverarbeitungsprozesse als auch deren Dokumentation und Begründung. Denn die Beweislast für eine gesetzeskonforme Datenverarbeitung liegt künftig auf Seiten der verarbeitenden Stelle (vgl. Artikel 5 Abs. 2 DS-GVO). Der Anpassungsdruck für die Unternehmen resultiert im Wesentlichen daraus, dass der Bußgeldrahmen für datenschutzwidrige Verarbeitung drastisch erhöht wurde. So können die Aufsichtsbehörden künftig bei Verstößen Bußgelder bis zum 20 Mio. oder im Fall eines Unternehmens bis zu 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes verhängen, je nachdem, welcher der Beträge höher ist (vgl. Art 83 DS-GVO). Zwar muss die Aufsichtsbehörde bei der Verhängung derartiger Sanktionen das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten. Gleichwohl sind verarbeitende Stellen gut beraten, ihre datenschutzrechtlichen Pflichten ernst zu nehmen und sich auf Prüfungen durch die Aufsichtsbehörden vorzubereiten.

Für Unternehmen besteht ein erheblicher Handlungsbedarf

DIE WICHTIGSTEN UNTERNEHMENSBEZOGENEN PFLICHTEN

Es ist im Rahmen dieses Aufsatzes unmöglich, das neue Datenschutzrecht in allen seinen Einzelheiten darzustellen. Stattdessen soll versucht werden, die wichtigsten unternehmensbezogenen Pflichten zusammenzufassen, um den Handlungsbedarf bis zum Inkrafttreten der Neuregelungen aufzuzeigen. Dieser besteht für alle Stellen, welche personenbezogene Daten ganz oder teilweise automatisiert verarbeiten, wobei auch die nichtautomatisierte Verarbeitung solcher Daten betroffen ist, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-neu). Unter dem Begriff „personenbezogene Daten“ werden nach der Definition in Artikel 4 Nr. 1 der DS-GVO alle Informationen verstanden, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen.

Für Unternehmen bedeutet dies, dass sämtliche Daten der Mitarbeiter und Kunden sowie Daten von Dienstleistern und sonstigen Vertragspartnern einschließlich Bilddaten von überwachten Personen dem Datenschutzrecht unterliegen. Das betrifft sämtliche Formen der Verarbeitung, wie das Erheben, das Erfassen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, die Übermittlung, die Verknüpfung, das Löschen oder die Vernichtung (vgl. Definitionen Artikel 4 Nr. 2 DS-GVO).

1. Datenschutzkonforme Datenverarbeitung, Auftragsverarbeitung

Gemäß Artikel 24 hat der Verantwortliche (hier: das Unternehmen) geeignete technische und organisatorische Maßnahmen umzusetzen, um eine datenschutzkonforme Bearbeitung personenbezogener Daten sicherzustellen. Diese bereits seit langem bestehende Grundpflicht wird konkretisiert durch neue Vorgaben zur Technikgestaltung in Artikel 25 DS-GVO. Insbesondere soll der Verantwortliche durch geeig-

nete Voreinstellungen sicherstellen, dass grundsätzlich nur solche personenbezogenen Daten verarbeitet werden, deren Verarbeitung für den jeweils bestimmten Verarbeitungszweck erforderlich ist (vgl. Artikel 25 Abs. 2 DS-GVO). Des Weiteren hat der Verantwortliche seine Datenverarbeitungssysteme so zu gestalten, dass diese vor missbräuchlichem Zugriff geschützt sind (vgl. Artikel 32 DS-GVO). Unternehmen müssen prüfen, ob diese Voraussetzungen für alle unternehmensinternen Datenverarbeitungsvorgänge gegeben sind.

Lässt der Verantwortliche personenbezogene Daten durch Dritte verarbeiten (sogenannte Auftragsverarbeiter), hat er die Vorgaben aus Artikel 28 DS-GVO zu beachten. Danach darf die Verarbeitung nur auf Grundlage eines Vertrages erfolgen, in dem Gegenstand, Dauer, Art und Zweck der Verarbeitung, Art der personenbezogenen Daten, die Kategorien betroffener Personen und die Pflichten und Rechte des Verantwortlichen festgelegt sind. Die Auftragsdatenverarbeitung ist nur zulässig, wenn der Auftragsverarbeiter hinreichende Garantien für eine ordnungsgemäße Datenverarbeitung bietet. Dabei obliegen ihm die gleichen Pflichten wie dem Auftraggeber.

Unternehmen müssen prüfen, ob im Verhältnis zu allen Auftragsverarbeitern (z. B. Lohnbüro, Agenturen etc.) datenschutzkonforme Verträge vorliegen. Solcher Verträge bedarf es im Übrigen nach dem neuen Recht auch, wenn sich mehrere Verantwortliche die Bearbeitung von personenbezogenen Daten teilen (z. B. innerhalb eines Konzerns). Auch dies muss in einer schriftlichen Vereinbarung festgehalten werden (vgl. Artikel 26 DS-GVO).

(Fortsetzung in Newsletter 2/2018: Dokumentationspflichten, Informationspflichten, Datenschutz-Folgeabschätzung, Datenschutzaufträge, Sanktionen etc.). ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Mithaftung des Bauherrn bei strittigem Bedenkenhinweis

Der Auftragnehmer kann sich wegen eines Mangels am Bauwerk gegenüber dem Bauherrn auf die Mitverursachung durch den Architekten als dessen Erfüllungsgehilfen berufen, selbst wenn er dessen Planungsfehler erkannt hat, aber eine Bedenkenanzeige nicht beweisen kann.

KG, Urteil vom 29.12.2017
- 21 U 120/15

Der Bauherr verlangte von dem Auftragnehmer, Kosten für die Beseitigung von Mängeln an Fensterfassadenelementen (Parallel-Schiebe-Kipp-Elementen) zu zahlen. Daneben verlangte der Bauherr von seinem Generalplaner Schadenersatz wegen fehlerhafter Planung und Bauüberwachung. Das Landgericht war in erster Instanz der Auffassung, dass die Fensterelemente in funktionaler Hinsicht mangelhaft seien, weil sie eine anspruchsvolle Bedienung erforderten und bei dem bestimmungsgemäß wechselnden Benutzerkreis des Gebäudes schadensträchtige Fehlbedienungen praktisch unvermeidbar waren. Bei einer Funktionsprüfung mit ca. 10.000 Bedienzyklen durch ein externes Institut wurde u.a. darauf hingewiesen, dass die Fensterelemente einer besonderen Einweisung bedurften, anderenfalls Schäden nicht auszuschließen seien. Das Landgericht war ferner der Auffassung, dass die Reparaturanfälligkeit ihre Ursache insbesondere in der seinerzeit noch nicht ausreichend erprobten Anwendung des Öffnungsmechanismus hatte, so dass der Mangel in Form der fehlenden Funktionalität schon in der insoweit fehlerhaften Planung angelegt war. Sowohl der Auftragnehmer als auch der Generalplaner wurden verurteilt.

Der Auftragnehmer hatte zwar behauptet, entsprechende Bedenken angezeigt zu haben, konnte dies aber im Prozess letztlich nicht beweisen, weshalb er für den von ihm baulich umgesetzten Planungsfehler nicht gem. §§ 13 Nr. 3, 4 Nr. 3 VOB/B von der Haftung befreit war. Der Bauherr war der Auffassung, dass der Auftragnehmer wegen der behaupteten Bedenkenanzeige eingeräumt habe, den Planungsfehler er-

kannt zu haben. Deshalb hafte er allein und könne sich nicht auf ein Mitverschulden des Bauherrn berufen, weil er ohne (nachgewiesene) Bedenkenanzeige weitergebaut habe. Nach der Rechtsprechung des BGH, Urt. v. 11.10.1990, Az. VII ZR 228/89, sei der Auftragnehmer insofern allein für den Mangel verantwortlich.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Kammergericht bestätigte in der Berufungsinstanz, dass die Fenster (funktional) mangelhaft seien, sich aber der Bauherr anspruchsmindernd sowohl gegenüber dem Auftragnehmer als auch gegenüber dem Generalplaner ein eigenes Mitverschulden entgegenhalten lassen muss, gegenüber dem Auftragnehmer außerdem die Mitverantwortung des Generalplaners als seines planenden Architekten und Erfüllungsgehilfen gemäß §§ 254, 278 BGB.

Im Unterschied zum OLG Stuttgart (Urteil vom 15.04.2014, 10 U 127/13) entschied das Kammergericht, dass auch bei einem behaupteten, aber nicht bewiesenen Bedenkenhinweis des Auftragnehmers ein Mitverschulden des Bauherrn in Betracht kommt. Dies sei anders als bei dem zu einem Mangel „wissend schweigenden Bauunternehmer“ zu beurteilen,

der grundsätzlich allein hafte. Wenn der Auftragnehmer einen Bedenkenhinweis zwar behauptet, aber nur nicht beweisen kann, darf der Bauherr nicht einerseits die damit immanente Kenntnis des Auftragnehmers isoliert unstrittig stellen, aber sich andererseits

darauf berufen, den Hinweis nicht erhalten zu haben. Unstrittig stellen könnte die Beklagte lediglich den vollständigen Vortrag der Klägerin zum Bedenkenhinweis, sie kann sich bei einem einheitlichen Sachvortrag jedoch nicht herausuchen, welchen Teil des Vortrags sie für zutreffend und welchen für streitig betrachten will. Das Mitverschulden des Bauherrn bestand darin, dass dieser fest in die Bauplanung eingebunden war und den Baufortschritt mit hoher

eigener Sachkunde steuerte. Er war somit in gesteigertem Maße in der Lage, die Risiken zu erkennen, die letztlich aus den planerischen Vorgaben resultierten. Nach seinem Kenntnisstand hätte der Bauherr Einfluss auf die Bauausführung mit dem Ziel nehmen können, auf die riskante und fehleranfällige Ausführung zu verzichten, wie es letztlich auch im Wege der Mängelbeseitigung geschehen ist. Unterlässt es der

Bauherr es aber, ein erkennbares Risiko zu minimieren und bleibt er bei der Entscheidung für eine neuartige und in puncto Bedienbarkeit erkennbar riskante Bauweise, so begründe dies ein Mitverschulden im Sinne einer Verletzung einer Obliegenheit gegen sich selbst (vgl. BGH,

Urt. v. 20.06.2013, VII ZR 4/12 „Steilhang“). Dazu muss der Bauherr sich gegenüber dem Bauunternehmer auch die Planungsfehler ihrer Architekten als sein Erfüllungsgehilfe gemäß §§ 254, 278 BGB zurechnen lassen (vgl. BGH, Urt. v. 15.05.2013, VII ZR 257/11).

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Das Gericht sah schon die erschwerte Bedienbarkeit der Fensterelemente und die Schadensträchtigkeit bei möglicher Fehlbedienung als funktionalen Mangel an. Gerade wegen der zunehmend strengen Beurteilung im Hinblick auf funktionale Mängel, sind Bedenkenhinweise möglichst präzise zu formulieren, um dem Auftraggeber unmissverständlich zu verdeutlichen, welche praktischen Folgen aus der Nichtbeachtung drohen. Nach dem Urteil des OLG Stuttgart drohte dem Auftragnehmer das prozesstaktische Dilemma, dass ihm das Berufen auf die Bedenkenanzeige als Eingeständnis der Kenntnis des Mangels zur Last gelegt wird, aber bei unzureichender oder nicht nachweisbarer Mitteilung das sonst bestehende Mitverschulden des Auftraggebers ausgeschlossen sei. Auch wenn das Kammergericht hier differenzierter entschieden hat, verbleibt ein hohes Risiko, dass der Auftragnehmer seine Situation bei unklarem Bedenkenhinweis eher verschlechtert als verbessert. ■

Keine
prozessuale
„Rosinenpickerei“

Unterlassene
Risikominimierung:
Mitverschulden

TERMINE

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei im nächsten Quartal als Referenten auftreten

Das neue Bauvertragsrecht: Auswirkungen für die Praxis

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort:

- 25.01.2018, Leipzig
- 30.01.2018, Lünen
- 01.02.2018, Bergheim
- 08.02.2018, Hamburg
- 18.02.2018, Kornwestheim
- 27.02.2018, Augsburg
- 01.03.2018, Darmstadt

Veranstalter: Triflex

Neues BGB-Bauvertragsrecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 16.02.2018, Leipzig

Veranstalter: Security on Tour

Videoüberwachung - neues Datenschutzrecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 21.02., 22.03., 25.04.3 17.05.2018, Rödermark

Veranstalter: VIDEOR

Neues Datenschutzrecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort:

- 14.03.2018, Fulda
- 20.04.2018, Stuttgart

Veranstalter: BHE-Akademie

Videoüberwachung nach dem neuen Datenschutzrecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort:

- 10.04.2018, Hamburg
- 17.04.2018, Düsseldorf
- 02.05.2018, München

Veranstalter: Axis

Neues BGB-Bauvertragsrecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort:

- 12.05.2018, Stuttgart
- Veranstalter:** Siemens ST

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Stand der Technik ändert sich – Worauf ist zu achten?

Der Auftragnehmer schuldet grundsätzlich die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme. Dies gilt auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme.

BGH, Urteil vom 14.11.2017
- VII ZR 65/14

Die Klägerin erteilte der Beklagten im März 2007 den Auftrag zur Errichtung von Pultdachhallen. In der Gebäudebeschreibung ist für die Hallen eine Schneelast von 80 kg/m² angegeben. Dies entsprach der DIN 1055-5 (1975) und der im Jahr 2006 erteilten Baugenehmigung.

Allerdings wurde die DIN zwischenzeitlich geändert; nach den technischen Vorgaben der DIN 1055-5 (2005) war eine Schneelast von 139 kg/m² anzusetzen. Die neuen Vorgaben zu den bei Bauvorhaben anzusetzenden Schneelasten zählten spätestens ab dem Jahr 2010 zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik.

Die verbindliche bauaufsichtliche Einführung der geänderten DIN 1055-5 (2005) erfolgte jedoch erst für Bauvorhaben, deren Genehmigung nach dem 01.01.2007 beantragt wurde. Da im vorliegenden Fall die Baugenehmigung bereits im Jahre 2006 erteilt wurde, war das Bauvorhaben trotz Änderungen zur Schneelast öffentlich-rechtlich zulässig.

Die Beklagte errichtete die Hallen in der Zeit bis August 2007. Eine Abnahme erfolgte nicht. Die Klägerin forderte die Beklagte erfolglos zur Verstärkung der Dachkonstruktion und verlangte schließlich die Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH bestätigte die Entscheidung des Berufungsgerichts dahingehend, dass der Auftragnehmer ein Bauwerk schuldet, das zum Zeitpunkt der Abnahme den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Für den Fall, dass sich der Stand der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme ändert, hat der Auftragnehmer den Auftraggeber hierüber und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.

Da vorliegend keine Abnahme erfolgt war, müssen die Pultdächer grundsätzlich den neuen technischen Vorgaben der DIN 1055-5 (2005) entsprechen. Die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik ist unabhängig davon geschuldet, ob ein Bauwerk öffentlich-rechtlich zulässig ist und genutzt werden darf.

Der BGH hat die Sache allerdings an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, denn nach dem Vortrag der Beklagten sei es der Klägerin im Hinblick auf einen engen Finanzspielraum gerade darauf angekommen, die öffentlich-rechtlich noch zulässige und deutlich preiswertere

Herstellungsart, die eine Schneelast von nur 80 kg/m² gemäß der DIN 1055-5 (1975) vorsah, zu verwirklichen.

Maßgebend ist der Stand der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Für den Fall, dass sich die allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme ändern, bestehen für den Auftraggeber zwei Optionen:

Der Auftraggeber kann entweder die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verlangen, mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung des Werks erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen. Der Auftragnehmer kann dann aber im Regelfall eine Vergütungsanpassung verlangen.

Oder aber der Auftraggeber sieht von einer Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens ab. ■

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

Schulungen im 1. Halbjahr 2018

Auch im ersten Quartal 2018 führen wir wieder unsere bewährten Schulungen zum Baurecht durch. Wie Sie der nachstehenden Übersicht entnehmen können, sprechen wir dabei sowohl Bauleiter als auch Baukaufleute und Poliere an. Wenn Sie diese Seminare für Ihr Unternehmen als Inhouse-Schulungen buchen wollen, sprechen Sie bitte unsere zuständige Frau Goltz unter jana.goltz@dieckert.de an. Diese nimmt auch Anmeldungen zu den u. a. Sammelschulungen entgegen.

Für alle Seminare gelten unsere auf www.bauleiterschulung.de angegebenen Anmeldebedingungen:

DIE VOB UND DAS NEUE BAUVERTRAGS-RECHT 2018 (BERLIN)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 12.02.2018 **Dauer:** 1 Tag

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Schemata und Übersichten Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

DIE VOB UND DAS NEUE BAUVERTRAGS-RECHT 2018 (HAMBURG)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 20.02.2018 **Dauer:** 1 Tag

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Schemata und Übersichten Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VOB FÜR KAUFLEUTE

Rechtssicherheit bei der kaufmännischen Abwicklung von Bauvorhaben

Datum: 22.02.2018 **Dauer:** 1 Tag

Referent: RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: umfangreiches Skript

Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

DIE VOB UND DAS NEUE BAUVERTRAGS-RECHT 2018 (ROSTOCK)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 01.03.2018 **Dauer:** 1 Tag

Referent: RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Schemata und Übersichten Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (MÜNCHEN)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 15./16.03.2018 **Dauer:** 2 Tage

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 670,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (BERLIN)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 22./23.03.2018 **Dauer:** 2 Tage

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 670,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

EINFÜHRUNG IN DIE VOB

Die VOB/B an einem Tag (Vergütung und Nachträge; Ausführungsfristen und Behinderungen; Abnahme und Mängel; Stundenlohnarbeiten; Abrechnung; Sicherung der Werklohnforderung)

Datum: 12.04.2018 **Dauer:** 1 Tag

Referent: RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG: DIE VOB/B IN DER PRAXIS (HAMBURG)

Die komplette VOB/B an zwei Tagen - unser meistgebuchtes Seminar

Datum: 07./08.05.2018 **Dauer:** 2 Tage

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 670,00 zzgl. USt pro Teilnehmer



KIMMICH . BACH VOB FÜR BAULEITER

Erläuterungen, Praxisbeispiele, Musterbriefe
 6. aktualisierte Auflage, 2017, 990 Seiten
 14,8 x 21,0 cm, Buch (Softcover), 54,00 €
 ISBN: 978-3-8462-0510-5

Die 6. Auflage des Werkes „VOB für Bauleiter“ berücksichtigt die Reform des Bauvertragsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) für ab dem 01.01.2018 abgeschlossene Bauverträge sowie die Neuregelungen der VOB/B 2016. Alle für den Praktiker relevanten Fragen, insbesondere die Auswirkungen des neuen BGB-Bauvertragsrechtes auf VOB/B-Bauverträge, werden von den Autoren besprochen und in ihren Auswirkungen auf die Vertragspraxis dargestellt.

Das Buch basiert auf den jahrelangen Erfahrungen der Autoren, die sich nahezu ausschließlich mit dem Privaten Baurecht beschäftigen und überwiegend in der baubegleitenden Rechtsberatung tätig sind.

DAS AKTUELLE INTERVIEW

Die FG Bau hat eine neue Hauptgeschäftsführerin!

Interview mit der neuen Hauptgeschäftsführerin der Fachgemeinschaft Bau Berlin und Brandenburg e. V., Frau Dr. Manja Schreiner

NEWSLETTER: *Frau Dr. Schreiner, Sie haben bisher die Abteilung Organisation und Recht beim Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH) geleitet. Wie kommt es, dass Sie nunmehr Verantwortung in einem regionalen Bauverband übernehmen?*

DR. SCHREINER: Auch in meiner Tätigkeit beim ZDH war ich der Bauwirtschaft eng verbunden. Die von mir begleiteten Gesetzesänderungen beim Zahlungsverzug, dem Mängelgewährleistungsrecht und der Insolvenzanfechtung betreffen vor allen Dingen den Bausektor. Wenn ich nunmehr Verantwortung für den größten Bauwirtschaftsverband in dieser Region übernehme, dann möchte ich nicht nur sehen, wie diese Änderungen in der Praxis angekommen sind. Vielmehr will ich den betrieblichen Alltag in unseren Mitgliedsunternehmen als Ausgangspunkt nehmen, um nützliche und sinnvolle Verbesserungen anzustoßen. Auch wenn die Konjunktur brummt, gibt es eine Reihe von Projekten, die angefasst werden müssen bzw. bei denen wir nicht lockerlassen dürfen.

NEWSLETTER: *Könnten Sie das für unsere Leser konkretisieren?*

DR. SCHREINER: Zum einen geht es um die Bekämpfung der Schwarzarbeit, wobei ich hier an die Arbeit meiner Vorgänger anknüpfen kann. Die Fachgemeinschaft Bau hat in der Vergangenheit schon Beachtliches geleistet, z. B. durch die Einrichtung von Baustellenläufern. Trotzdem liegt immer noch Einiges im Argen, insbesondere, weil die bestehenden Gesetze nicht konsequent umgesetzt werden. Wir müssen als Verband noch mehr Bewusstsein bei Auftraggebern und Behörden schaffen, damit ein fairer Leistungswettbewerb sichergestellt wird. Eine wesentliche Rolle spielt dabei die Qualifikation der dortigen Projektbeteiligten. Sie sollten über die notwendige Kompetenz verfügen, Angebote technisch und betriebswirtschaftlich adäquat einstufen zu können. Und ich habe kein Verständnis dafür, dass nachgewiesene Verstöße nicht konsequent geahndet

werden, sondern es häufig zu Verfahrenseinstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO kommt, weil die Ermittlungen angeblich keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten.

NEWSLETTER: *Welche Projekte liegen Ihnen noch am Herzen?*

DR. SCHREINER: Unsere Mitgliedsunternehmen geraten personell immer mehr an ihre Grenzen. Dies liegt nicht nur an der guten Auftragslage, sondern an einem mittlerweile besorg-



niserregenden Fachkräftemangel (den übrigens auch die öffentliche Bauverwaltung spürt). Mit bloßen Werbekampagnen ist es hier nicht getan. Vielmehr muss die berufliche Bildung besser gefördert werden. Einen Schwerpunkt setzen wir beispielsweise nicht nur auf die klassische duale Ausbildung, sondern suchen die Zusammenarbeit mit den Hochschulen der Region. Die Verknüpfung von Praxis und Studium schafft eine Win-Win Situation für alle Beteiligten. Zudem wollen wir das Berufsfeld Bauwirtschaft insgesamt attraktiver machen - auch durch gezielte Aufklärungsarbeit bei den Multiplikatoren. Wir sehen im Übrigen eine Chance für die Integration von Flüchtlingen, zumindest was die Facharbeiterebene angeht. Dies setzt aber eine entsprechende Sprachförderung voraus. Qualitativ hochwertige und passgenaue (berufsbegleitende) Angebote sollten von den Bildungsinstitutionen weiter aufgestockt werden. Unser Lehrbauhof hat sich dieser Aufgabe schon angenommen. Zudem muss es uns gelingen, mehr Frauen für die Branche zu gewinnen. Die Digitalisierung bringt gerade für sie neue spannende Entwicklungsmöglichkeiten in Bauunternehmen.

NEWSLETTER: *Wie von Ihnen bereits angesprochen, hat auch die Bauverwaltung Nachwuchssorgen. Spüren das auch Ihre Baubetriebe bei der Abwicklung öffentlicher Bauvorhaben?*

DR. SCHREINER: Hier ist zweierlei zu beklagen. Zum einen hat der Berliner Senat zwar das „Jahrzehnt der Investition“ angekündigt, doch kommt die Bauverwaltung mit der Ausschreibung konkreter Projekte aufgrund des Personalmangels kaum noch hinterher. In Anbetracht der maroden Infrastruktur und der für öffentliche Bauvorhaben bereitgestellten Finanzmittel muss es hier viel schneller gehen. Zum anderen kommen konkrete Bauprojekte aufgrund fehlender Genehmigungen oder Kompetenzstreitigkeiten auf Seiten der öffentlichen Hand nicht in Gang bzw. verzögern sich. Auch wenn die Bauverwaltung in Berlin zweistufig angelegt ist, sollte Bauwilligen bzw. Unternehmen eine „One-Stop-Agency“ zur Verfügung stehen, welche den bürokratischen Lebensweg eines Bauvorhabens begleitet. Hier ist auf Seiten des Verbandes noch viel Überzeugungsarbeit in Richtung Politik zu leisten.

NEWSLETTER: *Es hätte uns auch gewundert, wenn Sie jetzt völlig von einer verbandspolitischen Tätigkeit Abstand genommen hätten. Wie wollen Sie denn solche Gespräche angehen?*

DR. SCHREINER: Mit Beharrlichkeit und Pragmatismus, was mir aufgrund meiner norddeutschen Herkunft nicht schwerfällt. Ich bevorzuge es, lieber wenige Themen anzufassen, diese dann jedoch mit der nötigen Intensität zu bearbeiten. Das ist mir bereits in der Vergangenheit gelungen und soll auch bei meiner jetzigen Aufgabe gelten.

NEWSLETTER: *Eine letzte Frage mit der Bitte um eine kurze Antwort: Wie sieht es mit der Zusammenarbeit mit anderen Verbänden in der Region aus?*

DR. SCHREINER: Viele der von mir genannten Themen betreffen die Bauwirtschaft insgesamt, sodass wir in einer konstruktiven, themenbezogenen Zusammenarbeit mit anderen Verbänden gute Chancen sehen gemeinsam für die Branche erfolgreich zu sein.

NEWSLETTER: *Frau Schreiner wir danken für dieses interessante Gespräch.*