

EDITORIAL

Warum einfach, wenn's auch schwierig geht ...

wird sich der Gesetzgeber gefragt haben, als er die Vergaberechtsreform 2016 in Angriff nahm. Wie Sie den Beiträgen in diesem Newsletter entnehmen können, tragen die am 18.04.2016 in Kraft tretenden Neuregelungen zum Vergaberecht kei-

**Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert**



neswegs zur Vereinfachung oder Entbürokratisierung bei. Vielmehr sehen sich Vergabestellen und Bieter einer Fülle von komplexen Neuregelungen gegenüber, die erst einmal verstanden und in die Praxis umgesetzt werden müssen. Hierbei wollen wir Sie unterstützen und bieten dazu Schulungen in den nächsten beiden Monaten an (siehe Schulungsprogramm, Seite 8).

Des Weiteren haben wir wieder interessante Entscheidungen aus dem Bau- und Architektenrecht besprochen. Hervorzuheben ist eine aktuelle Entscheidung des BGH, wonach der Verkauf von Eigentumwohnungen durch einen Bauträger drei Jahre nach Errichtung dem Kaufrecht unterliegen kann (vgl. Seite 3).

AUS DEM INHALT:

Vergaberechtsreform 2016 **Seiten 1, 4 + 5**

Schulungsprogramm
WRD **Seite 8**

AKTUELLES

Vergaberechtsreform 2016 Die wesentlichen Neuregelungen

Das deutsche Vergaberecht ist zum 18.04.2016 grundlegend reformiert worden. Den Ausgangspunkt hierzu bildete das Paket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts, welches nach den Vorgaben der Europäischen Union bis zu diesem Zeitpunkt von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen war. Dieses Modernisierungspaket umfasst die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) und die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU).

Deutschland hat diese Richtlinien im Wesentlichen mit drei Regelungspaketen in das deutsche Vergaberecht umgesetzt, nämlich mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG), der Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, welche insgesamt vier Verordnungen über das Vergabeverfahren enthält, sowie mit dem grundlegend überarbeiteten Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A). Alle diese Neuregelungen gelten für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte, strahlen jedoch inhaltlich auf die Vergabe von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen unterhalb der Schwellenwerte aus. Gesetzgeberisches Ziel war und ist es, die Struktur des deutschen Vergaberechts einfacher und anwenderfreundlicher zu gestalten, den bürokratischen Aufwand zu verringern und kommunale Handlungsspielräume auszubauen. Zudem sollten die Möglichkeiten erweitert werden, strategische Ziele und mittelständische Interessen im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Ob die vom Gesetzgeber angestrebte Vereinfachung erreicht wurde, darf bezweifelt werden. Denn wie sich im Rahmen der nachfolgenden Darstellung erweisen wird, sind die Vorschriften über das

Vergabeverfahren deutlich umfangreicher und komplexer geworden als bisher.

VERGABERECHTS- MODERNISIERUNGSGESETZ

So waren aufgrund der wesentlich höheren Regelungsdichte und des größeren Umfangs der neuen EU-Richtlinien deutlich mehr Vorgaben auf gesetzlicher Ebene erforderlich als bislang. Insofern hat sich der Gesetzgeber entschieden, in den grundlegend überarbeiteten Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) folgende Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen direkt ins Gesetz zu schreiben, insbesondere:

- die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts
- den Anwendungsbereich und die Vergabeararten
- die grundsätzlichen Anforderungen an die Eignung der Unternehmen und die Zuschlagserteilung
- die Ausführungsbedingungen sowie Gründe für den Ausschluss von Unternehmen von einem Vergabeverfahren
- die Anforderungen an die Selbstreinigung von Unternehmen
- die neuen Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien für die Kündigung sowie
- die neuen Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien für die Änderung von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen während der Laufzeit

Des Weiteren wird der Ablauf des Vergabeverfahrens von der Leistungsbeschreibung über die Prüfung von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, den Zuschlag bis hin zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags erstmals in Teil 4 GWB vorgezeichnet. Außerdem wird die elektronische Kommunikation als Grundsatz im Gesetz verankert.

Fortsetzung auf Seiten 4 und 5

Die
Neuregelungen
treten
am 18.04.2016
in Kraft!

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:
 RA Dr. Ulrich Dieckert
 WITT ROSCHKOWSKI DIECKERT
 Steuerberater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer

WRD Berlin
 Leipziger Platz 15, 10117 Berlin
 Telefon: 030 278707
 Telefax: 030 278706
 E-Mail: berlin@wrd.de

Redaktion/Beiträge:
 Dr. Ulrich Dieckert, RA
 Bernd Kimmich, RA
 Hendrik Bach, RA
 Markus Fiedler, RA
 Stephan Becker, RA
 Dr. Benedikt Overbuschmann, RA
 Konstantin Trakis, RA
 Rebekka Friedrich, RAin
 Christian Zeiske, RA
 Dr. Annette Funk, StB

Niederlassungen WRD:
WRD Hamburg
 Alte Rabenstraße 32, 20148 Hamburg
 Telefon: 040 180401-0
 Telefax: 040 180401-150
 E-Mail: hamburg@wrd.de

WRD Schwerin
 Dr. Hans-Wolf-Straße 15
 19056 Schwerin
 Telefon: 0385 59003-0
 Telefax: 0385 59003-33
 E-Mail: schwerin@wrd.de

WRD Dresden
 Königstraße 4, 01097 Dresden
 Telefon: 0351 21117-60
 Telefax: 0351 21117-77
 E-Mail: dresden@wrd.de

WRD Frankfurt a. M.
 Friedrich-Ebert-Anlage 56
 60325 Frankfurt am Main
 Telefon: 069 75699-0
 Telefax: 069 75699-105
 E-Mail: frankfurt@wrd.de

www.wrd.de
www.bauleiterschulung.de
www.baurecht-wrd.de

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Zur Auslegung eines Leistungsverzeichnisses

1. Bei der Auslegung der vertraglich geschuldeten Leistungen sind alle Unterlagen, in denen die Leistungsbeschreibung enthalten ist, zugrunde zu legen.
2. Auch wenn eine Position des Leistungsverzeichnisses eine bestimmte, zur Erfüllung des vertraglich geschuldeten Erfolgs erforderliche Leistung nicht wörtlich erwähnt, kann sich bei einer Gesamtbetrachtung der Leistungsbeschreibung ergeben, dass diese notwendige, aber nicht beschriebene Leistung anzubieten und später in die vereinbarten Einheitspreise einzukalkulieren ist.

OLG Brandenburg, Urteil vom 02.03.2016
 - 4 U 65/15

Die Klägerin hatte mit der Beklagten einen Einheitspreisvertrag über Abbrucharbeiten - Rückbau der Grundschule geschlossen. Die VOB/B und die für das Gewerk maßgeblichen DIN-Normen waren in den Vertrag einbezogen. Die vertraglichen Unterlagen beschrieben sehr detailliert die seitens des Auftragnehmers zu erbringenden Leistungen. Vertraglich jedoch nicht ausdrücklich beschrieben war, dass der AN das Abbruchmaterial entsorgen musste.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat sie abgewiesen. Das OLG stellt fest, dass durch die vereinbarten Preise alle Leistungen abgegolten werden, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen und der Gewerbsitte zur vertraglichen Leistung gehören. Welche Leistung von der Preisabrede in einem Bauvertrag erfasst wird, ist, so das OLG, erforderlichenfalls durch Auslegung zu ermitteln. Maßstab der Auslegung ist der objektive Empfängerhorizont des jeweils tätigen Fachunter-

nehmens, da diese Unternehmen Adressat der Ausschreibung sind. In der Auslegung sind alle Umstände des Vertrages und seines Zustandekommens einzubeziehen, der Umfang der geschuldeten bepreisten Leistung wird in erster Linie durch die Leistungsbeschreibung bestimmt. Auf dieser Grundlage gelangt das OLG zu der Auffassung, dass die Entsorgung des Abbruchmaterials geschuldet war. Nach Auffassung des OLG lässt sich aus dem Gesamtbild des Auftrages nicht herauslesen, dass die Beseitigung des Abbruchmaterials nicht geschuldet war. Für das OLG spielt es keine Rolle, dass an anderen Positionen des Vertrages ausdrücklich die Entsorgung des Materials durch den Auftragnehmer geregelt ist.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung ist für den klagenden Auftragnehmer bitter. Er hat die maßgebliche Leistung (Entsorgung des Materials) nicht kalkuliert und bleibt mithin auf den Kosten sitzen.

Auch nicht ausdrücklich beschriebene Leistungen können Bau-Soll sein

Ob die Entscheidung des OLG zur Auslegung des Vertrages richtig ist, mag zu Recht bezweifelt werden. Ein Auftragnehmer betrachtet die Ausschreibungsunterlagen kalkulationsbezogen. Ihm bleibt zur Erstellung des Angebotes nur kurze Zeit, während der Auftraggeber un-

bestimmte Zeit zur Verfügung hat, um die Ausschreibungsunterlagen zu erstellen. Unabhängig von der Frage, ob das OLG richtig entschieden hat, sind jedoch die Ausführungen des OLG zur Auslegung des Vertrages richtig. Darüber hinaus verdeutlicht diese Entscheidung, dass ein Auftragnehmer, der eine wesentliche Leistung in den vertraglichen Unterlagen vermisst, nicht spekulieren sollte. Erkennt der Auftragnehmer bei der Kalkulation, dass eine wesentliche Leistung in den Ausschreibungsunterlagen nicht beschrieben ist, ist zu raten, dass der Auftragnehmer eine entsprechende Frage an den Auftraggeber stellt. Er erhält hierdurch Klarheit, welche Leistungen er zu kalkulieren hat. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Wie lange unterliegt ein neu errichtetes Objekt bei Veräußerung dem Mängelrecht des Werkvertrags?

Bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet waren, richtet sich die Sachmängelhaftung nach Kaufvertragsrecht.

BGH, Urteil vom 25.02.2016
– VII ZR 156/13

Ein Bauträger hatte im Jahre 2003 auf einem ihm gehörenden Grundstück eine Wohnanlage errichten lassen, um später Eigentumswohnungen zu veräußern. Nach der Teilungserklärung erfolgte die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Februar 2004 durch einen von ihm beauftragten Sachverständigen.

Ab April 2004 veräußerte der Bauträger nach und nach einzelne Eigentumswohnungen; einige wurden zunächst vermietet. Die notariellen Kaufverträge mit den Erwerbern wurden in den Jahren 2004 bis 2007 geschlossen. Darin fanden sich Regelungen über die Verjährungsfrist für Baumängel am Gemeinschaftseigentum (maßgeblicher Beginn: Abnahme durch den Sachverständigen) und darüber, wie lange der Käufer die Beseitigung eines Sachmangels verlangen kann (fünf Jahre „ab Übergabe bzw. Abnahme“).

Es zeigten sich Mängel am Gemeinschaftseigentum, die der Bauträger nicht beseitigen wollte. Die Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) wurde in einer Eigentümerversammlung durch Mehrheitsbeschluss ermächtigt, Rechte wegen der nicht beseitigten Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtlich geltend zu machen.

Die WEG verklagte den Bauträger im Jahre 2011 u. a. auf Beseitigung der Mängel. Der Bauträger erhebt die Einrede der Verjährung.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Entgegen der vorinstanzlichen Entscheidungen geht der BGH von nicht verjährten kaufrechtlichen Nacherfüllungsansprüchen aus und verweist die Sache zurück an das Berufungsgericht.

Bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet waren, richte sich

die Sachmängelhaftung nach Kaufvertragsrecht. Derartige Eigentumswohnungen seien nach der Verkehrsanschauung im Allgemeinen nicht mehr als neu errichtete Objekte zu qualifizieren. Daher könne den Verträgen unter Berücksichtigung des Vertragszwecks, der wirtschaftlichen Bedeutung und der beiderseitigen Interessenlage im Regelfall keine Errichtungsverpflichtung mehr entnommen werden.

Jedenfalls hinsichtlich der im Jahre 2007 geschlossenen Verträge hafte der Bauträger daher für Sachmängel nach Kaufvertragsrecht. Für diese Verträge gelte die gesetzliche Verjährungsfrist von 5 Jahren ab Übergabe gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 a), Abs. 2 BGB. Im Jahre der Klageerhebung (2011) konnte daher noch keine Verjährung eingetreten sein.

Auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Sachverständigen im Februar 2004 komme es nicht an. Bei den im Vertrag enthaltenen Regelungen zur Verjährung handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die den

Anforderungen des Transparenzgebotes nicht genügen und daher wegen unangemessener Benachteiligung der Erwerber gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam seien.

Der BGH hat zudem klargestellt, dass eine Vergemeinschaftung der Erwerberansprüche, also das „Ansichziehen“ der auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichteten Ansprüche durch die Wohnungseigentümergeinschaft, grundsätzlich auch dann möglich ist, wenn es um bloße Kaufverträge geht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ansprüche des Käufers auf das gleiche Ziel gerichtet sind wie die werkvertraglichen Ansprüche, nämlich die Beseitigung der Mängel am gemeinschaftlichen Eigentum.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Für den Bauträgervertrag über ein „neu errichtetes Objekt“ gilt nach herrschender Meinung,

dass bezüglich der Bauerrichtung Werkvertragsrecht anzuwenden ist, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein.

Ob an dieser Rechtslage auch nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 2002 (mit dem eine Annäherung des Kaufrechts an das Werkvertragsrecht verbunden war) noch festzuhalten ist, hat der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich offengelassen, weil es darauf nicht ankam. Gleichwohl hat er hervorgehoben, dass Einiges dafür spricht.

Die Frage ist aber, wie lange ein fertigzustellendes Objekt bei Veräußerung dem Mängelrecht des Werkvertrags unterliegt. Bei einer Errichtung einer Wohnanlage durch einen Bauträger ist es keine Seltenheit, dass die Einheiten erst nach und nach veräußert werden. Im Hinblick auf die sog. „Nachzügler“, die erst mehrere Jahre nach Errichtung der Wohnanlage Eigentum erwerben, ließ sich bislang gut vertreten, dass im Regelfall bis fünf Jahre nach der Abnahme der ursprünglichen, anfangs fertiggestellten Einheiten noch von einem „neu errichteten Objekt“ auszugehen ist. Sobald die ersten Erwerber das Sonder- bzw. Gemeinschaftseigentum abgenommen haben, läuft für diese nämlich die fünfjährige Gewährleistungsfrist.

Mit dieser Argumentation wird man es nun in Zukunft schwerer haben.

Eine starre Zeitgrenze lässt sich durch das BGH-Urteil aber wohl nicht ausmachen, auch wenn der Senat auf frühere Entscheidungen verweist, bei denen er in Fällen, in denen die

Veräußerung zwei Jahre nach Errichtung des Objekts erfolgte, noch Werkvertragsrecht angewendet hat. Hinzu kommt, dass der Senat von „ungefähr“ drei Jahren spricht und anmerkt, dass solchen Verträgen, wie sie der Entscheidung zugrunde liegen, „im Regelfall“ keine Errichtungsverpflichtung entnommen werden könne. Erheblich Bedeutung dürfte bei der Entscheidung auch dem Umstand zugekommen sein, dass die errichteten Wohnungen beim Erwerb bereits vermietet waren. ■

Eine vermietete Wohnung ist 3 Jahre nach Errichtung nicht mehr „neu“

Vergemeinschaftung der Ansprüche auch bei Kaufverträgen möglich

AKTUELLES

Vergaberechtsreform 2016

Fortsetzung von Seite 1

All dies hat zu einer deutlichen Erweiterung des Regelungsvolumens geführt. Umfasste der erste Abschnitt des Teils 4 GWB a.F. bisher zehn Paragraphen, hat man es im neuen Kapitel 1, in dem das Vergabeverfahren geregelt ist, nunmehr mit 57 Paragraphen zu tun. Von der angestrebten Verschlinkung des Vergaberechts kann an dieser Stelle jedenfalls keine Rede sein.

Weitgehend unverändert sind die Vorschriften im neuen Kapitel 2 des Teils 4 GWB geblieben, mit denen das Nachprüfungsverfahren geregelt wird. Allerdings enthält der neue § 160 (vormals § 107) GWB, der sich mit den Voraussetzungen des Nachprüfungsantrags befasst, eine entscheidende und aus hiesiger Sicht begrüßenswerte Änderung. War der Nachprüfungsantrag bisher unzulässig, insoweit ein Antragsteller einen erkannten Verstoß gegen Vergabevorschriften nicht „unverzüglich“ gerügt hat, werden dem Antragsteller nunmehr zehn Kalendertage eingeräumt, in denen er einen erkannten Verstoß rügen kann. Durch Ersetzung des bisher unbestimmten Begriffs der „Unverzüglichkeit“ durch eine kalendermäßig bestimmbare Frist wird in dieser Frage endlich Rechtssicherheit herbeigeführt.

VERORDNUNG ZUR MODERNISIERUNG DES VERGABERECHTS

Da im GWB nicht alle Einzelheiten in Bezug auf die Durchführung von Vergabeverfahren geregelt werden können, hat es schon seit jeher mit der Vergabeverordnung (VgV) und der Sektorenverordnung (SektVO) Durchführungsvorschriften gegeben, welche nähere Bestimmungen über die Durchführung eines Vergabeverfahrens in den jeweiligen Kategorien enthielten. Mit der Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts wurde zum einen der Anwendungsbereich dieser Verordnungen erweitert und es wurden zum anderen neue Verordnungen hinzugefügt.

VERGABEVERORDNUNG (VGV)

Hatte die bisherige Vergabeverordnung im Wesentlichen nur die Funktion, die jeweiligen Abschnitte 2 der VOB/A, der VOL/A sowie die Vorschriften der VOF für anwendbar zu erklären, so sind nunmehr die bisherigen Regelungen

des Abschnitts 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A EG) sowie die bisherige Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der grundlegend überarbeiteten Vergabeverordnung (VgV) aufgegangen und existieren damit nicht mehr als eigenständige Regelwerke. Will ein öffentlicher Auftraggeber künftig Waren einkaufen oder Dienstleistungen in Auftrag geben (einschließlich freiberufliche Dienstleistungen), so sind die Regelungen der VgV unmittelbar anwendbar. Dies hat dazu geführt, dass auch die VgV erheblich an Volumen gewonnen hat. Während der Abschnitt 1 allgemeine Bestimmungen sowie Vorgaben zur elektronischen Kommunikation enthält, finden sich im Abschnitt 2 etliche Vorschriften zur Durchführung des Vergabeverfahrens wie z. B.:

- Verfahrensarten
- besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren
- Vorbereitung des Vergabeverfahrens
- Veröffentlichungen, Transparenz
- Anforderungen an Unternehmen, Eignung
- Einreichung, Form und Umgang mit Angeboten und Teilnahmeanträgen
- Prüfung und Wertung der Teilnahmeanträge und Angebote, Zuschlag

Für die Durchführung von Planungswettbewerben sowie die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen sind nunmehr die Abschnitte 5 und 6 der VgV einschlägig. Insgesamt zählt diese Verordnung nunmehr 82 Paragraphen, was im Vergleich zu den 24 Paragraphen der bisherigen VgV fast eine Vervierfachung darstellt.

SEKTORENVERORDNUNG (SEKTVO)

Auch die Sektorenverordnung hat durch die Vergaberechtsreform erhebliche Änderungen und Ergänzungen erfahren.

Auch wenn die Verfahrensvorschriften bei der Vergabe von Aufträgen im Bereich der Sektorentätigkeiten nicht immer so streng sind wie in der Vergabeverordnung, hat der Verordnungsgeber auch hier insgesamt 64 Paragraphen benötigt, um den Gang des Verfahrens und die Anforderungen an die Unternehmen näher zu regeln. Hervorzuheben sind die weitgehende Freiheit des Auftraggebers bei der Wahl der Verfahrensart (vgl. § 13 SektVO) sowie die besonderen Vorschriften für die Vergabe von energieverbrauchs-

relevanten Leistungen (vgl. Abschnitt 3). Trotz aller Neuregelungen ist die Sektorenverordnung jedoch insoweit unvollständig, als zur Vorbereitung und Durchführung eines Verfahrens immer auch die im GWB angesiedelten Vorschriften über die Definition von Sektorenauftraggebern (§ 100 GWB), die Definition der Sektorentätigkeit (§ 102 GWB) sowie die Anwendungs- und Ausnahmenvorschriften zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber (§§ 136 bis 143 GWB) mit zu beachten sind.

KONZESSIONSVERGABEVERORDNUNG (KONZVG)

Gleiches gilt für die Vergabe von Konzessionen, die nunmehr in einer eigenen Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV) geregelt ist. So ist der Begriff des Konzessionsgebers und der Konzession als solcher in den §§ 101 und 105 GWB definiert. Danach handelt es sich bei der Vergabe von Konzessionen um entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen oder mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen. Bei der Baukonzession besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung; bei der Dienstleistungskonzession besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung. Während die Ausnahmen ebenfalls im GWB geregelt sind (dort unter Abschnitt 3, §§ 148 bis 154 GWB), finden sich die Durchführungsvorschriften nunmehr – wie erwähnt – in einer eigenen Konzessionsvergabeverordnung. Eine weitere Neuigkeit besteht darin, dass nunmehr nicht nur die Vergabe von Baukonzessionen, sondern künftig auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über einen nach der bisherigen europäischen Rechtsprechung geforderten Mindestwettbewerb hinaus ausschreibungspflichtig ist. Nähere Einzelheiten ergeben sich aus der KonzVgV, die ebenfalls immerhin 34 Paragraphen umfasst.

Fortsetzung auf Seite 5

AKTUELLES

Vergaberechtsreform 2016

Fortsetzung von Seite 4

VERGABESTATISTIKVERORDNUNG (VERGSTATVO)

Zur Mantelverordnung zur Modernisierung des Vergaberechts gehört schließlich eine neue Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung), welche nähere Bestimmungen darüber trifft, in welchem Umfang und in welcher Form die öffentlichen Auftraggeber die bei der Durchführung von Vergabeverfahren anfallenden Daten zu erfassen und an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu übermitteln haben. Dieses wiederum ist nach dieser Verordnung verpflichtet, die übermittelten Daten statistisch aufzubereiten und über das Statistische Bundesamt zu veröffentlichen. Inwieweit damit das angestrebte Ziel, nämlich den bürokratischen Aufwand bei der Durchführung von Vergabeverfahren zu verringern, erreicht wird, darf ebenfalls bezweifelt werden.

VERGABEVERORDNUNG VERTEIDIGUNG UND SICHERHEIT (VSVGV)

Schließlich wird mit der Mantelverordnung die bereits bestehende Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) redaktionell überarbeitet. Zwar gab es auf EU-Ebene hierzu keine neue Richtlinie, sodass die Vorgaben der bisherigen Richtlinie 2009/81/EG vom 13.07.2009 weiterhin Geltung haben. Gleichwohl war eine Reihe von Anpassungen in redaktioneller und zum Teil inhaltlicher Hinsicht erforderlich geworden.

VERGABE UND VERTRAGSORDNUNG FÜR BAULEISTUNGEN TEIL A (VOB/A 2016)

Es hätte nahegelegen, auch die Regelungen des Abschnitts 2 der VOB/A in die neue Vergabeverordnung zu überführen und damit der Regelungskompetenz des Gesetzgebers zu unterwerfen. Aufgrund der Besonderheiten bei der Vergabe von Bauaufträgen entschied man sich jedoch, dass diese Regelungen weiterhin durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) in der VOB/A erarbeitet werden. Deren zweiter Abschnitt ist aufgrund des hohen Detaillierungsgrads der neuen EU-Richtlinie im Volumen stark angewachsen. Um dem Anwender gleichwohl möglichst viel Bekanntes zu erhalten, wurde die Struktur dieses Regelungswerks nur moderat geändert. So hat der DVA das bisherige Paragrafengerüst beibehalten, die bisherigen Zwischenüberschriften, sowie die neuen bzw. ergänzenden Regelungen in Paragrafen mit den Zusätzen a, b, c usw. untergebracht. Um den bewährten Gleichlauf innerhalb der VOB/A zu bewahren, wurde diese neue Struktur auch auf den Abschnitt 1 (sog. Basisparagrafen) und den Abschnitt 3 (Vergabebestimmungen für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit) übertragen.

Dort, wo es aus Sicht des DVA für den Anwender besonders wichtig ist, wurden Vorschriften des GWB wiederholt. Dies gilt insbesondere für die unternehmensbezogenen Ausschlussgründe (nunmehr § 6e EU VOB/A), die Möglichkeit der Selbstreignung (§ 6f EU VOB/A)

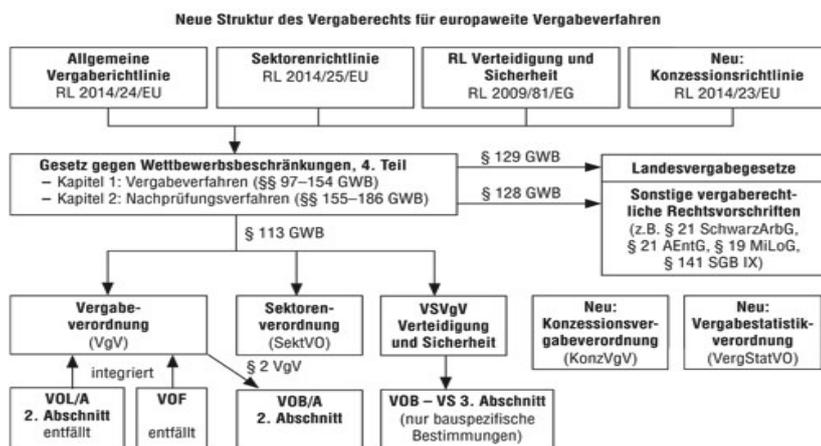
sowie Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit (§ 22 EU VOB/A). Auch wurde auf einen Gleichlauf mit den in der VgV geregelten Vorschriften hingearbeitet. Dies betrifft beispielsweise die Vorschriften zur elektronischen Vergabe (vgl. § 11 EU bzw. § 11a EU VOB/A).

In Abschnitt 1 der VOB/A hat sich bis auf die erwähnte strukturelle Anpassung inhaltlich so gut wie nichts geändert. Insofern müssen sich Vergabestellen wie Bieter künftig auf etliche Unterschiede zwischen der nationalen und der europaweiten Ausschreibung von Bauleistungen einstellen. Zwar wurde eine umfassende Überprüfung des Abschnitts 1 zur Bewahrung eines möglichst weitgehenden Gleichlaufs mit dem Abschnitt 1 nach Abschluss der Vergaberechtsreform angekündigt. Wann die Ergebnisse einer solchen Überprüfung umgesetzt werden, bleibt jedoch abzuwarten.

Abschnitt 2 der VOB/A ist durch die Verweisung in § 2 der VgV mit deren Inkrafttreten von allen öffentlichen Auftraggebern bei der Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte zwingend anzuwenden.

Der neugefasste Abschnitt 1 der VOB/A ist anzuwenden, wenn dies durch Erlass der zuständigen Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Städte und Gemeinden) an deren Beschaffungsstellen für die Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen unterhalb der Schwellenwerte gesondert angeordnet wird. ■

Bild 1: Schaubild über die neue Struktur des Vergaberechts in Deutschland



TERMINE

WRD-Seminare zum neuen Vergaberecht 2016

Termine: 11.05.2016
22.06.2016

Ort: WRD Berlin (Schulungsraum)
Referent: Dr. Ulrich Dieckert

Inhalte:

- Teil 4 des reformierten GWB
- Die neue Vergabeverordnung (VgV)
- Die neue SektVO/KonzVgV
- Die neue VOB/A 2016
- Aktuelle Rechtsprechung

TERMINE

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

Rechtsfragen Video und Brandschutz

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort:

20.04.16, Großbeeren

Veranstalter:

Burgenkönig Video GmbH

(Anmeldungen: video@bkvideo.de)

Störungen im Bauablauf

Referent: RA Bernd Kimmich

Termin/Ort: 20.04.2016, Berlin

Veranstalter: id-Verlag

Vergaberechtsreform 2016

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 04.05.2016, Jena

Veranstalter: Landesinnungsverband Metall Thüringen

Haftungsrecht für Ingenieure im Eisenbahnbau

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 07.06.2016, Berlin

Veranstalter: TAW Technische Akademie Wuppertal

Haftungsfragen bei der Erneuerung sicherheitstechnischer Anlagen

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termine/Orte:

09.06.2016, Hamburg

14.06.2016, München

16.06.2016, Dresden

Veranstalter: Notifier Sicherheitssysteme GmbH

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen von Mängeln ist die Abnahme

Für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, kommt es auf den Zustand des Werks zum Zeitpunkt der Abnahme an. Die Verletzung einer Prüfungs- und Hinweispflicht begründet allein noch keine Mängelhaftung.

BGH, Urteil vom 25.02.2016
- VII ZR 210/13

Der Kläger berief sich auf Mängel an den vom Auftragnehmer erbrachten Fliesenlegerleistungen. Nach der Abnahme stellte der Bauherr fest, dass die Fugen nicht die erforderliche Konsistenz aufwiesen und es kam zu Feuchteschäden. Der Bauherr behauptete, der Auftragnehmer habe die Fugen mangelhaft hergestellt, wohingegen der Auftragnehmer behauptete, der Zustand der Fugen beruhe auf einer unsachgemäßen Reinigung der Fliesen.

Das Berufungsgericht vertrat hierzu die Auffassung, dass die Ursache für die defekten Fugen nicht einmal geklärt werden müsse. Denn selbst wenn man zugunsten der Auftragnehmer unterstelle, dass der Zustand der Fugen durch eine unsachgemäße Reinigung bedingt worden sei, habe der Auftragnehmer die bestehende Hinweispflicht verletzt, wie die Fliesen sachgemäß zu reinigen seien. Diese Nebenpflicht finde ihre Grundlage insbesondere in dem größeren Fachwissen des Unternehmers und den Grundsätzen von Treu und Glauben.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das sah der Bundesgerichtshof anders und wies die Klage ab. Es war zugunsten des Auftragnehmers davon auszugehen, dass die Fugen zunächst ordnungsgemäß hergestellt wurden und in diesem Zustand abgenommen worden sind. In dem unstrittig schadhafte(n) späteren Zustand der Fugen liegt noch kein Mangel des Werks des Auftragnehmers, weil es für die Beurteilung, ob ein Werk mangelhaft ist, grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Abnahme ankommt und weil die Beschädigungen der Fugen erst später vorlagen.

Ein Mangel kann auch nicht im Unterlassen eines gebotenen Hinweises gesehen werden. Dem Auftragnehmer kann zwar eine Prüfungs- und

Hinweispflicht auch wegen Mängelursachen obliegen, die nicht aus seinem Verantwortungsbereich herrühren. Aber da es zum Zeitpunkt der Abnahme bereits an einem Mangel des Werks fehlte, stellt sich diese Frage nicht. Die Verletzung einer Prüfungs- und Hinweispflicht durch den Unternehmer begründet allein noch keine Mängelhaftung (so auch BGH, Urteil vom 8. November 2007 - VII ZR 183/05).

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Mängel zeigen sich zwar regelmäßig erst im Laufe der Gewährleistungsfrist, also nach der Abnahme. Die Entscheidung verdeutlicht aber, dass ein Mangel zumindest bei Abnahme schon bestehen muss, also schon „angelegt“ ist und nur später zu

Tage tritt. Ist dies streitig, trifft den Besteller dafür die Beweislast. Resultiert ein Mangel aber aus Ursachen, die nach der Abnahme liegen, beispielsweise aufgrund von Verschleiß, hat der Besteller auch während der Gewährleistungsfrist keine Ansprüche gegen den Unternehmer auf Mängelbe-

seitigung, Minderung oder Kostenerstattung.

Missachtet der Unternehmer eine bestehende Prüf- und Hinweispflicht, so ist er auch dann für einen Mangel verantwortlich, wenn dieser nicht aus seinem eigenen Verantwortungsbereich stammt, wie bspw. bei einer fehlerhaften Planung, deretwegen der Werkerfolg ausbleibt (Mangel). Fehlt es aber an einem Mangel, ist der unterbliebene Hinweis (bspw. auf eine fehlende Planung) für sich genommen unschädlich. Bei Hinweispflichten, mit deren Erfüllung ein Unternehmer seine Mängelhaftung abwenden kann, geht es nicht darum, wie ein späterer Schaden abgewendet werden kann. Vielmehr geht es darum, darauf hinzuweisen, dass der Unternehmer so wie beabsichtigt oder mit der vorgefundenen Situation kein mangelfreies Werk erstellen kann.

Unter Umständen kann eine Verletzung der Hinweispflicht aber einen Schadensersatzanspruch begründen (vgl. BGH, IBR 2011, 508). Dieser würde aber, anders als Mängelansprüche, Verschulden voraussetzen, also mindestens Fahrlässigkeit. ■

Verletzung von Hinweispflichten kann nur Schadensersatz auslösen

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Nochmals: Bauablaufbezogene Darstellung erforderlich

1. Macht der Auftragnehmer einen Anspruch auf Vergütung von Mehrkosten wegen einer Verlängerung der Bauzeit geltend, muss er die Verantwortung der vom Auftraggeber zu verantwortenden Bauzeitverlängerung konkret darlegen.

2. Macht der Auftragnehmer Ansprüche aus § 642 BGB geltend, muss er die vom Auftraggeber verletzte Mitwirkungspflicht, den Annahmeverzug einschließlich dessen Dauer sowie die Grundlagen der Entschädigung, die aus der dem Vertrag zugrunde liegenden Vereinbarung abzuleiten sind, darlegen und beweisen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 18.02.2016
- 12 U 222/14 -

Die Klägerin war beauftragt, einen Brückenbau über eine Eisenbahnstrecke herzustellen. Während der Bauausführung traten diverse Behinderungen auf, die zu einer Verlängerung der Bauzeit führten. Darüber hinaus musste die Klägerin zusätzliche und geänderte Leistungen ausführen. Diesbezüglich hatte die Klägerin bereits Nachtragsvereinbarungen mit dem beklagten öffentlichen Auftraggeber geschlossen. Darüber hinaus war die Klägerin ihrer Auffassung nach behindert, weil von vertraglichen Vorgaben abweichende Sperrpausen zu berücksichtigen waren sowie diverse Rohrleitungen im Baubereich aufgefunden wurden, die in den Ausschreibungsunterlagen nicht verzeichnet waren.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Brandenburg weist die Klage, soweit Ansprüche der Auftragnehmerin wegen Verzögerungen der Bauausführungen geltend gemacht werden, in vollem Umfang ab. Hinsichtlich der Nachträge weist das OLG darauf hin, dass allein die Beauftragung einzelner Nachträge dem Grunde nach keinen Mehrkostenanspruch wegen einer Bauzeitverlängerung nach sich zieht. Hinsichtlich der weiteren Behinderungen sieht das OLG ebenfalls keinen Anspruch, da es die hierzu notwendigen Tatsachendarlegungen vermisst. Das OLG weist darauf hin, dass der Auftragnehmer, der Anspruch

auf Vergütung oder Erstattung von Mehrkosten wegen einer Bauzeitverlängerung geltend macht, im Einzelnen konkret darzulegen hat, dass die Mehrkosten auf einer vom Auftraggeber zu verantwortenden Bauzeitverlängerung beruhen. Hierzu muss der Auftragnehmer beispielsweise darlegen, inwiefern er wartezeitbedingte Mehrkosten durch Vorhaltung von Arbeitskräften und Geschäftskapital hatte, die nicht durch die ursprüngliche Kalkulation und/oder Nachtragsvergütungen abgegolten sind. Auch muss der Auftragnehmer darlegen, wie er den ursprünglichen Bauablauf geplant hatte und welche Teilleistungen er in welcher Zeit herstellen wollte und wie er den Arbeitskräfteeinsatz geplant hatte. Dem ist der tatsächliche Bauablauf gegenüberzustellen. Zu berücksichtigen hat der Auftragnehmer auch unstreitige Umstände, die gegen eine Behinderung sprechen können, etwa die Möglichkeit, einzelne Bauabschnitte vorzuziehen oder Arbeitskräfte anderweitig einzusetzen. Schließlich hat der Auftragnehmer darzulegen, dass er leistungs-

bereit war und von ihm selbst keine Verzögerungen verursacht wurden und es ihm daher nicht möglich war, den Bauablauf umzustellen oder Pufferzeiten in Anspruch zu nehmen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung verdeutlicht noch einmal, dass Ansprüche

eines Auftragnehmers auf Erstattung bauzeitbedingter Mehrkosten nicht einfach durchzusetzen sind. Auch die vorliegend erfolgte Einreichung eines Gutachtens eines baubetrieblichen Sachverständigen reichte nicht aus, um der Klage zum Erfolg zu verhelfen. Auftragnehmer sollten sich von der Vorstellung freimachen, dass allein aus der Verzögerung der Bauausführung ein entsprechender Mehrkostenanspruch folgt. Mit Eintritt der Behinderung beginnt die Arbeit des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer hat bei Eintritt einer Verzögerung die Auswirkungen dieser möglichst konkret zu erfassen. Hierzu hat der Auftragnehmer eine besondere Dokumentation der Auswirkungen der Verzögerung zu erstellen. Der Auftragnehmer hat nicht nur die Dauer der Verzögerung nachzuweisen, sondern er hat auch die Auswir-

kungen dieser Verzögerung zu ermitteln und sodann darzulegen. Macht der Auftragnehmer beispielsweise Vakanzzeiten für Arbeitskräfte geltend, hat er darzulegen, dass diese Arbeitskräfte tatsächlich keine Leistungen erbracht haben, auch wenn sich diese nicht auf der stillstehenden Baustelle aufgehalten haben. Sofern der Auftragnehmer Nachtragsvereinbarungen schließt, hat er darauf zu achten, dass die Auswirkungen der Bauzeit nicht bereits im Rahmen der Nachtragsvereinbarung erfasst werden. Geschieht dies doch, sind weitergehende bauzeitliche Ansprüche wegen der Nachtragsleistung abgegolten. ■

TOP-AKTUELL

BMF macht Rückzieher bei der Gewinnrealisierung von Abschlagszahlungen

Bekanntlich hatte das BMF im letzten Jahr unter Bezugnahme auf ein BFH-Urteil verfügt, dass Abschlagszahlungen nicht nur bei Abrechnungen nach der HOAI, sondern auch bei der Abrechnung von Bauverträgen gewinnrealisierend zu vereinnahmen sind. Wir hatten hierzu in unserem Newsletter 4/2015 berichtet und auch ein Unternehmergespräch dazu durchgeführt. Aufgrund heftiger Kritik hat das BMF diese Verfügung mit Schreiben vom 15.03.2016 wieder zurückgezogen. Die Grundsätze des BFH-Urteils sollen nur noch auf Abschlagszahlungen nach der alten Fassung der HOAI (d. h. für Leistungen bis zum 17.08.2009) angewendet werden. Dieser Rückzieher wird einhellig begrüßt. Gerade kleinere Handwerksbetriebe hätten die rechtliche und buchhalterische Abgrenzung von Abschlagszahlungen und Vorschüssen kaum leisten können. Näheres hierzu erläutert Ihnen gerne unsere Steuerberaterin, Frau Dr. Annette Funk.

ANZEIGE



BAUVERGABERECHT 2016 FÜR ARCHITEKTEN, INGENIEURE UND BEHÖRDEN

Dr. Ulrich Dieckert
Corinna Eberl (Herausgeber)

Das reformierte Vergaberecht korrekt umsetzen

Im April 2016 tritt die größte Reform des Vergaberechts seit 10 Jahren in Kraft. Die Neuerungen gelten für die Vergabe aller öffentlichen Bauaufträge. Die wichtigsten Änderungen betreffen z. B.

- die Verfahrenswahl bzw. den Verfahrensablauf,
- die Zuschlagskriterien,
- die Änderung und Erweiterung laufender Verträge,
- die Verwaltungsstrukturen,
- die Kündigungskriterien seitens der Auftraggeber und
- die Kriterien für ein Nachprüfungsverfahren.

Das neue Fachbuch „Bauvergaberecht 2016 für Architekten, Ingenieure und Behörden“ gibt einen Schnellüberblick über die Änderungen in VOB/A, GBW und VgV. So sind Architekten und Planer sofort und ohne mühsames Recherchieren auf dem aktuellen Stand und wissen, an welchen Stellen sich Neuerungen ergeben haben.

ISBN 978-3-8111-1996-3

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

Schulungen im 2. Quartal 2016

Auch im 2. Quartal 2016 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@wrdd.de an. Diese nimmt auch Anmeldungen zu den u. a. Sammelschulungen entgegen.

Für alle Seminare gelten folgende Sonderkonditionen:

Mehrfachanmeldungen: Bei Anmeldungen von mehr als drei Teilnehmern zu einem Seminar gewähren wir einen Nachlass von 20 % auf den Gesamtbetrag der Rechnung.

Frühbucherrabatt: Bei Anmeldungen, die vier Wochen vor der jeweiligen Veranstaltung bei uns eingehen, gewähren wir einen Frühbucherrabatt in Höhe von 15 % auf den Gesamtbetrag der Rechnung.

Eine Kombination der Ermäßigungen ist nicht möglich.

DAS NEUE VERGABERECHT

Die wesentlichen Neuregelungen der Vergaberechtsreform 2016

Datum: 14.04.2016 **Dauer:** 1 Tag

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Seminarunterlagen: ausführliche Gliederung, Sammlung aktueller Gerichtsentscheidungen, Gesetzes- und Verordnungstexte in aktueller Fassung vor (GWB, VgV, VOB/A etc.)

Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG:

DIE VOB/B IN DER PRAXIS (BERLIN)

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

Datum: 25.04./26.04.2016 **Dauer:** 2 Tage

Referenten: RA Bernd Kimmich,
RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 540,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

DAS NEUE VERGABERECHT

Die wesentlichen Neuregelungen der Vergaberechtsreform 2016

Datum: 11.05.2016 **Dauer:** 1 Tag
22.06.2016

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Seminarunterlagen: ausführliche Gliederung, Sammlung aktueller Gerichtsentscheidungen, Gesetzes- und Verordnungstexte in aktueller Fassung vor (GWB, VgV, VOB/A etc.)

Konditionen: € 290,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG:

DIE VOB/B IN DER PRAXIS (OTTOBRUNN)

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

Datum: 12.05./13.05.2016 **Dauer:** 2 Tage

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 540,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG:

DIE VOB/B IN DER PRAXIS (HAMBURG)

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

Datum: 02.06./03.06.2016 **Dauer:** 2 Tage

Referent: RA Bernd Kimmich

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 540,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

BAULEITERSCHULUNG:

DIE VOB/B IN DER PRAXIS (BERLIN)

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

Datum: 15.06./16.06.2016 **Dauer:** 2 Tage

Referenten: RA Bernd Kimmich,
RA Markus Fiedler

Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“

Konditionen: € 540,00 zzgl. USt pro Teilnehmer