

EDITORIAL

Neues vom Bauindustrieverband ...

... erfahren Sie von Herrn Dr. Robert Mombert (Hauptgeschäftsführer), den wir auf Seite 8 dieses Newsletters interviewt haben. Neben der anstehenden Fusion mit dem Bauindustrieverband Sachsen/Sachsen-Anhalt e. V. stehen die Themen Digitalisierung, Fachkräftemangel und Bündnis für Wohnen im Fokus des Verbandes.



**Rechtsanwalt
Dr. Ulrich
Dieckert**

Die Forderung der Berliner Wasserbetriebe nach Vorlage von Gütesiegeln der Qualitätsgemeinschaft Straßenbau (QGS) ist vielen Tiefbauunternehmen seit Jahren ein Dorn im Auge. Die Vergabekammer Berlin hat nunmehr festgestellt, dass diese Praxis jedenfalls teilweise vergaberechtswidrig ist (S. 3). Auch die weiteren von uns kommentierten Entscheidungen empfehlen wir Ihrer Aufmerksamkeit. Hier geht es um Sorgfaltspflichten des Tiefbauunternehmers (S. 2), das Vorhalterisiko bei verzögerter Zuschlagerteilung (S. 5) und die Unwirksamkeit von Besichtigungsklauseln in AGB (S. 4). Schließlich dürfen wir auf unser Schulungsprogramm im 2. Halbjahr 2018 verweisen (S. 7) verweisen.

AUS DEM INHALT:

Entscheidung der VK Berlin zur QGS	Seite 3
Schulungsprogramm 2./3. Quartal 2018	Seite 7
Interview mit Dr. Robert Mombert	Seite 8

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Wichtige Entscheidungen des KG zu § 648 a BGB (jetzt: § 650 f BGB)

- 1. Bei einer Klage auf Sicherheitsleistung nach § 650 f BGB kann das Gericht ohne Beweisaufnahme nach freier Überzeugung die zu sichernde Vergütungshöhe schätzen.**
- 2. Haben beide Parteien den Vertrag gekündigt, ist diejenige Kündigung irrelevant, die bei einer materiellen Gesamtbetrachtung als vorrangig anzusehen ist.**

Kammergericht, Urteile vom 15.06.2018 - 21 U 140/17 und 16.02.2018 - 21 U 66/16

Das Kammergericht hat in zwei wichtigen Fragen neue Akzente in der Rechtsprechung gesetzt. In dem ersten Fall war die Höhe der Vergütungsansprüche des Auftragnehmers strittig. Ein Unternehmer hatte in einer frühen Phase der Vertragsdurchführung eine Sicherheit gemäß § 648 a BGB verlangt und nach Nichtaushändigung den Vertrag gekündigt. Im Prozess hat er dann zunächst nicht die Vergütung eingeklagt, sondern eine Sicherheit verlangt. Nachdem die voraussichtliche Höhe der Vergütung vertraglich bestimmt war, bestand Streit über die Höhe der durch die Kündigung ersparten Aufwendungen und eines etwaigen anderweitigen Erwerbes (der anzurechnen gewesen wäre).

Das Kammergericht erklärt hierzu, dass der Unternehmer die Höhe der ersparten Aufwendungen schlüssig darlegen müsse. Wenn der Auftraggeber dann höhere ersparte Aufwendungen behauptet, sei es nicht notwendig, eine aufwendige Beweisaufnahme durchzuführen, sondern das Gericht könne die Höhe der insgesamt nach der Kündigung geschuldeten Vergütung schätzen, wenn es nicht darum geht, dass dieser Betrag gezahlt wird, sondern zunächst einmal nur eine Sicherheit hierfür gestellt werden müsse.

In der zweiten Entscheidung beschäftigt das Kammergericht sich mit einer Frage, die nach Kündigungen häufig auftritt. Der Auftragnehmer setzt eine Frist zur Beibringung einer Sicherheitsleistung von beispielsweise zwei Wochen. Unmittelbar nach-

dem der Auftraggeber das Schreiben erhalten hat, rügt dieser Mängel und setzt zur Beseitigung der Mängel eine Frist von einer Woche. Wenn die Mängel nach einer Woche nicht beseitigt sind, kündigt der Auftraggeber den Vertrag. Wenn anschließend einige Tage später der Auftragnehmer seinerseits den Vertrag kündigt, weil die Sicherheit nicht gestellt wurde, stellt sich die Frage, welche der beiden Kündigungen „wirksam“ ist.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Rein formaljuristisch könnte man argumentieren, dass die zeitlich frühere Kündigung des Auftraggebers den Vertrag beendet hat, sodass die spätere Kündigung des Auftragnehmers ins Leere gehen musste. Das würde bedeuten, dass dem Auftragnehmer keine Kündigungsentschädigung zusteht.

Das Kammergericht entschied jedoch, dass die Kündigung des Auftragnehmers bei einer materiellen Gesamtbetrachtung als vorrangig anzusehen sei, wenn feststehe, dass unabhängig von der Frage der Mangelbeseitigung der Auftraggeber nicht bereit war, eine Sicherheit gemäß § 648 a BGB (neu: § 650 f BGB) zu stellen.

**Beiderseitige Kündigung:
Welche der beiden Kündigungen ist relevant?**

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Es wird abzuwarten sein, ob sich die Rechtsauffassung des Kammergerichtes tatsächlich durchsetzt. Zumindest die zweite Entscheidung wird mit Sicherheit auf Kritik derjenigen stoßen, die einer formalen Betrachtung anhängen.

Tatsächlich ist es auch nicht einfach zu verstehen, warum die zeitlich frühere Kündigung des Auftraggebers nicht maßgeblich sein soll. Das Gegenargument lautet, dass es nicht richtig sein kann, wenn ein „Wettlauf der Kündigungsfristen“ gestattet wird und der bloße Zufall darüber entscheidet, welche Kündigung als wirksam angesehen wird. Auch die Schätzung der Höhe des Vergütungsanspruches ist richtig. Allzu oft verzögern sich Verfahren auf Stellung einer Sicherheitsleistung, weil das Gericht meint, man müsse exakt die Höhe der zu stellenden Sicherheit ermitteln. ■

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
Kollastraße 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

Sorgfaltspflichten des Tiefbauunternehmers

Ein Tiefbauunternehmen, das im Bereich von öffentlichen Straßen und Wegen Bohrungen und Grabungen vornimmt, muss sich vor Beginn seiner Arbeiten zuverlässig erkundigen, ob bzw. wo dort Versorgungsleitungen verlegt sind. Das gilt auch dann, wenn das Tiefbauunternehmen lediglich als Nachunternehmer einer größeren Firma tätig wird.

OLG Köln, Urteil vom 27.12.2017
- 16 U 56/17 -

Ein Tiefbauunternehmen führte als Nachunternehmer Horizontalbohrungen für insgesamt 18 HDPE-Rohre in Einzellängen bei vier Metern Tiefe durch. Dabei wurden vier Kabelschutzrohre sowie zwei Lichtwellenleiterkabel eines Versorgungsträgers beschädigt. Dieser machte Schadensersatzansprüche sowohl gegen den Hauptunternehmer als auch den Nachunternehmer geltend und führte an, diese hätten sich nicht hinreichend über die im Boden befindlichen Versorgungsleitungen informiert. Beide wandten ein, dass ihnen bauseits zur Verfügung gestellten Lagepläne die beschädigten Versorgungsleitungen nicht enthielten. Der Nachunternehmer fügte hinzu, dass er sich nur an die konkreten Weisungen des Bauleiters des Hauptunternehmers gehalten habe. Nachdem das Landgericht Köln beide Unternehmer gesamtschuldnerisch zu einem Schadensersatz von knapp € 100.000 verurteilt hatte, reichten diese Berufung beim OLG Köln ein.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG Köln hat die Entscheidung des Landgerichtes bestätigt. Die Haftung der Nachunternehmerin ergäbe sich aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt einer Eigentumsbeschädigung, weil sie bei Bohrungen unter Verletzung von Sorgfaltspflichten das Eigentum Dritter beschädigt habe. Ein Tiefbauunternehmen, das im Bereich von öffentlichen Straßen und Wegen Bohrungen und Grabungen vornimmt, müsse sich vor Beginn seiner Arbeiten zuverlässig erkundigen, ob bzw. wo dort Versorgungsleitungen verlegt sind. Die wesentliche Bedeutung von Strom-, Gas-, Wasser-

und Telefonleitungen sowie weiterer Versorgungsleitungen, deren Beschädigungen erhebliche Auswirkungen auf die Allgemeinheit und die Wirtschaft haben und zu gefährlichen Situationen führen können, macht ein äußerst vorsichtiges Vorgehen notwendig. Auch ein Tiefbauunternehmer, der lediglich als Subunternehmer einer größeren Firma tätig wird, muss sich zuverlässig Kenntnis vom Verlauf der Versorgungsleitung verschaffen und darf sich nicht lediglich auf die Anweisungen Dritter oder seines Auftraggebers verlassen.

Das gelte auch, wenn Planungsunterlagen eines Dritten bereits vorliegen, insbesondere dann, wenn sich aus den Umständen Bedenken gegen die Richtigkeit bzw. Vollständigkeit ergeben. Vorliegend waren in den bauseits gestellten Plänen nur Versorgungsleitungen eines einzelnen Versorgers eingetragen, was den Verdacht auf Unvollständigkeit hätte wecken müssen. Auch die Hauptunternehmerin haftet nach Auffassung des Gerichtes gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Zwar könne ein Tiefbauunternehmen seine Sorgfaltspflichten auf andere Unternehmen übertragen. Angesichts der Bedeutung der Verkehrssicherung im Bereich des Tiefbaus sei es jedoch erforderlich, die zu übertragenden Pflichten und die schadensvermeidende Ausführung der Arbeiten im Rahmen einer Einweisung auf den Bauleiter oder die Mitarbeiter des ausführenden Unternehmens eindeutig und konkret zu beschreiben. Dabei sind die eingeholten Informationen mit dem ausführenden Unternehmen zu besprechen und es ist zur Schadensvermeidung auf konkrete Kollisionsgefahren hinzuweisen, wenn sich solche aus den eingeholten Unterlagen ergeben. Diese Pflichten seien im vorliegenden Fall nicht vollständig erfüllt worden.

Eigene Erkundigungen über Risiken im Baugrund sind geboten

Die Entscheidung ist lesenswert, weil sie sich ausführlich mit den Verkehrssicherungspflichten im Tiefbau befasst. Tiefbauunternehmer sollten sich nicht auf Unterlagen und Anweisungen ihrer Auftraggeber verlassen. Vielmehr sind eigene Erkundigungen geboten. ■

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung ist lesenswert, weil sie sich ausführlich mit den Verkehrssicherungspflichten im Tiefbau befasst. Tiefbauunternehmer sollten sich nicht auf Unterlagen und Anweisungen ihrer Auftraggeber verlassen. Vielmehr sind eigene Erkundigungen geboten. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Berliner Wasserbetriebe dürfen QGS-Qualitätssiegel nicht ohne Weiteres als Eignungsnachweis verlangen

Das Verlangen der BWB, als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit in Bezug auf die endgültige Straßenwiederherstellung Qualitätssiegel der Qualitätsgemeinschaft Straßenbau e. V. (QGS) oder gleichwertige Nachweise vorzulegen, ist jedenfalls dann vergaberechtswidrig, wenn die Kriterien, auf die Bezug genommen wird, nicht vollständig in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt sind und wenn diese Kriterien zu dem konkreten Bauauftrag in keinem nachvollziehbaren Zusammenhang stehen. Des Weiteren sind die in Bezug genommenen Anforderungen der QGS jedenfalls zum Teil vergaberechtswidrig.

VK Berlin, Beschluss vom 20.06.2018
 - VK-B2-10/18

Die BWB schrieben einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus und verlangten von den Bietern zum Nachweis ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit die Vorlage eines Qualitätssiegels der Qualitätsgemeinschaft städtischer Straßenbau e. V. für die ausgeschriebene Bauweise. In der Auftragsbekanntmachung wurden die konkreten Anforderungen der QGS nicht im Einzelnen aufgeführt, vielmehr fand lediglich eine Verweisung auf die einschlägige Website statt. Die geforderte Vorlage der Qualifikationsnachweise wurde von einem Straßenbauunternehmen, welches nicht über derartige QGS-Siegel verfügte, als vergaberechtswidrig gerügt. Da der Rüge nicht abgeholfen wurde, stellte das Unternehmen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer Berlin, ohne selbst ein Angebot im Verfahren abzugeben.

DIE ENTSCHEIDUNG DER VERGABEKAMMER

Die Vergabekammer Berlin wies die Parteien in einem Hinweisbeschluss darauf hin, dass der Nachprüfungsantrag nach vorläufiger Würdigung zulässig und begründet sein dürfte. Die

BWB teilten daraufhin mit, dass sie ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter Aufrechterhaltung ihrer Rechtsposition rein vorsorglich zur Vermeidung eines weiteren Verfahrens die gerügte Vergabe aufgehoben habe. Das Unternehmen beantragte daraufhin die Feststellung, dass es durch das zwischenzeitlich aufgehobene Verfahren in ihren Rechten verletzt worden sei. Diesem Antrag gab die Vergabekammer statt und hielt in den Gründen Folgendes fest:

Zum einen sei es vergaberechtlich unzulässig, wenn in einer Auftragsbekanntmachung die vom Auftraggeber geforderten Eignungskriterien bzw. Ausfallkriterien nicht konkret genannt werden, sondern lediglich eine Verweisung auf die Anforderungen Dritter (hier der QGS) stattfindet. Denn gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB müssen die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung aufgeführt sein. Zum anderen stehen die von den BWB geforderten Eignungskriterien nach Auffassung der Kammer weder mit dem

Die bloße Bezugnahme auf Eignungskriterien Dritter ist unzulässig

Auftragsgegenstand in Verbindung noch zu diesem in einem angemessenen Verhältnis (vgl. § 122 Abs. 4 GWB). Denn es fehlt im gesamten Vergabeverfahren an jeglicher Dokumentation durch die BWB, warum die durch die QGS-Siegel definierten Eignungskriterien bei dem konkreten Auftrag von Bedeutung sein sollen. Gleichwohl hat sich die Kammer die Anforderungen der QGS kursorisch durchgeschaut und dabei festgestellt, dass diese zum Teil vergaberechtswidrig sind. Dies betrifft beispielsweise Nummer 2.1.1 der Ausführungsbestimmungen des Qualitätsausschusses der QGS, wonach das Unternehmen zwingend in die Liste des Vereins für Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. eingetragen sein muss. Eine solche Pflicht kennt das Vergaberecht

nicht. Für die Kammer ist auch nicht ersichtlich, warum für den konkreten Auftrag der Betriebsleiter Straßenbau eine mindestens fünfjährige Tätigkeit aufweisen muss (siehe Qualitätsanforderung Nr. 2.2.1 der QGS).

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Vergabekammer hat offengelassen, ob die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens an den Vorgaben der Sektorenverordnung zu messen ist oder an den strengeren Vorgaben des zweiten Abschnittes der VOB/A. Im letzteren Fall wäre die Vergabe schon daran gescheitert, dass nach § 6a EU Abs. 3c

Die Anforderungen der QGS sind teilweise vergaberechtswidrig

VOB/A zum Nachweis der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit lediglich die Beschreibung der technischen Ausrüstung und Maßnahmen des Unternehmens zur Qualitätssicherung verlangt werden kann, nicht jedoch die Vorlage konkreter Qualifikationsnachweise. Dies hatte das Straßenbauunternehmen vorrangig gerügt. Insgesamt ist die Entscheidung ein Rüffel für die Berliner Wasserbetriebe, die sich seit Jahren die konkrete Eignungsprüfung von Straßenbauunternehmen dadurch ersparen wollen, dass sie von den Bietern die Vorlage von Qualitätssiegeln der QGS (oder gleichwertig) verlangen. Denn diese Anforderungen sind für viele der ausgeschriebenen Leistungen schlicht „überdimensioniert“ oder stehen zur Art der Leistung in keinem nachvollziehbaren Verhältnis. Des Weiteren führt dieser pauschale Verweis auf die Anforderungen der QGS dazu, dass QGS-zertifizierte Unternehmen bei Ausschreibungen die Nase vorn haben. Unternehmen, die sich der QGS nicht anschließen bzw. von dieser nicht zertifizieren lassen, werden dadurch diskriminiert. Es bleibt zu beobachten, ob die BWB künftig ihre vergaberechtlich problematische Vorgehensweise künftig ändern werden. ■

AKTUELLES

Termine in Lieferverträgen

In vielen Geschäftsbedingungen von Lieferanten stehen Klauseln, wonach die vereinbarten Lieferfristen (z. B. vier Wochen ab Bestellung) erst nach der „vollständigen Klärung aller technischen Einzelheiten“ zu laufen beginnen. Das OLG Nürnberg stellt in einer Entscheidung vom 22.03.2017 klar, dass diese Klausel sowohl intransparent ist als auch unangemessen, weil sie so verstanden werden könnte, dass selbst marginale bautechnische Klärungsnotwendigkeiten an sich verbindliche Liefertermine verschieben sollen.

Gibt es im Vertrag vereinbarte Lieferfristen, dann gelten diese ohne die Einschränkung in den AGB. Gibt es im Vertrag keine Terminvereinbarung, dann ist die Leistung alsbald nach Vertragsabschluss zu beginnen und innerhalb angemessener Frist zügig fertigzustellen (OLG Nürnberg, 13 U 608/16). Es ist also nicht so, dass wenn keine Termine vereinbart sind, sich ein Lieferant oder auch Nachunternehmer so viel Zeit lassen kann, wie er möchte.

Wie soll man als Besteller grundsätzlich mit solchen Lieferanten-AGB umgehen? In den seltensten Fällen wird es gelingen, mit dem Verkäufer darüber zu verhandeln, dass dieser bestimmte Klauseln aus seinen Vertragsbedingungen streicht. Zudem bräuchte man dafür oftmals rechtliche Beratung. Eine viel bessere Strategie ist es, auf den „Vorrang der Individualvereinbarung“ zu setzen. Wenn Sie also möchten, dass Liefertermine eingehalten werden, verhandeln Sie mit dem Verkäufer: *„Liefertermin: xxx Folgende Punkte sind noch technisch zu klären: ABC. Alle anderen Informationen liegen dem Verkäufer ausreichend vor.“* Je konkreter Sie Dinge bei der Bestellung verhandeln und regeln, desto weniger kann sich der Verkäufer auf seine AGB berufen, weil das, was Sie individuell für diesen Auftrag vereinbart haben, den AGB vorgeht.

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Besichtigungsklauseln in AGB unwirksam

OLG Naumburg, Urteil vom 18.08.2017
- 7 U 17/17

Ein öffentlicher Auftraggeber schreibt Hochwasserschutz-Arbeiten aus. U. a. sollen über die gesamte Länge eines vorhandenen Schutzdeiches Spundwandprofile angebracht werden. Nach Vertragsabschluss macht der Auftragnehmer Bedenken hinsichtlich der vorgesehenen Länge der Spundwandprofile geltend. Diese stellen sich als berechtigt heraus, die Spundwandprofile müssen deutlich länger gefertigt und eingebaut werden als im Leistungsverzeichnis vorgesehen. Zu diesem Zeitpunkt waren die Profile aber bereits bestellt. Nachdem die Haftpflichtversicherung des Planers die Schadensersatzforderung bezahlt hat, will sie beim Auftragnehmer Regress nehmen. Begründung: In den Ausschreibungsbedingungen sei der Passus enthalten, dass der Auftragnehmer bestätigt, die Örtlichkeiten vor Angebotsabgabe besichtigt zu haben. Die Versicherung ist der Ansicht, dass bei einer Besichtigung hätte auffallen müssen, dass die Spundwandprofile falsch ausgeschrieben waren. Außerdem meint die Versicherung, der Auftragnehmer hätte die Spundwandprofile erst bestellen dürfen, nachdem er sämtliche Planungsunterlagen durchgearbeitet und überprüft habe.

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Gericht weist die Klage des Planers bzw. dessen Haftpflichtversicherung ab.

Das Gericht stellt zunächst fest, dass ein Bieter in der Phase der Angebotsbearbeitung nicht verpflichtet ist, die vom Auftraggeber übergebenen Ausschreibungsunterlagen auf inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen. Lediglich in Ausnahmefällen könne sich bei positiv erkannten Fehlern eine Hinweispflicht vor Vertragsabschluss ergeben. Wir meinen, dass auch dies nur bei erheblichen Fehlern gelten kann, wenn nämlich die Durchführung des Vertragszweckes durch die fehlerhafte Ausschreibung gefährdet ist. Keinesfalls muss ein Bieter auf „jede Kleinigkeit“ hinweisen.

Was die Besichtigungspflicht in den Ausschreibungsunterlagen angeht, sagt das Gericht, dass die Auferlegung einer solchen Verpflichtung vor Angebotsabgabe einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht standhält. Es handelt sich nämlich um eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, indem er den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Die Besichtigungsklausel bewirkt demnach eine für den Unternehmer nachteilige Verschiebung der Beweislast. Erleidet der Unternehmer im Falle unzureichender Beschreibung der Örtlichkeiten in den Ausschreibungsunterlagen und nicht vorgenommener Besichtigung einen Schaden, weil er bestimmte Umstände, die bei Kenntnis der örtlichen Verhältnisse hätten berücksichtigt werden können, in seine Kalkulation nicht einfließen lässt, führt die Klausel dazu, dass nunmehr der Unternehmer beweisen muss, dass ihn kein Mitverschulden wegen unterbliebener Besichtigung der Örtlichkeiten trifft.

**Vorvertragliche
Hinweis-
pflicht
nur im
Ausnahmefall**

Abschließend stellt das Gericht fest, dass der Auftragnehmer auch nach Vertragsabschluss nicht schuldhaft gehandelt habe. Vielmehr sei er aufgrund der knappen Vertragstermine berechtigt gewesen, die Spundwandbohlen sofort zu bestellen, ohne vorher die inhaltliche Richtigkeit der Ausschreibung zu prüfen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Sie liegt auf einer Linie mit einer Entscheidung des OLG Hamm (IBR 2017, 1020). Der Auftraggeber ist verpflichtet, an den Ausschreibungsunterlagen sowohl die Leistungen als auch die Örtlichkeiten so weit zu beschreiben, dass sich vor Ort für den Bieter nicht völlig unerwartete Verhältnisse ergeben. Dieser Verpflichtung kann er nicht dadurch entgehen, dass er in den Vergabeunterlagen festschreibt, dass der Bieter verpflichtet sei, die Örtlichkeiten zu besichtigen oder alternativ, dass der Bieter bestätigt, die Örtlichkeiten besichtigt zu haben. ■

DIE WICHTIGSTEN ENTSCHEIDUNGEN DES LETZTEN QUARTALS

Auftragnehmer trägt Vorhalterisiko bei verzögerter Zuschlagserteilung

Ein Anspruch auf Ersatz von nach Vertragspreisen einschließlich eines Prozentsatzes für Allgemeine Geschäftskosten kalkulierten Vorhaltekosten wegen verzögerter Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren steht dem Auftragnehmer nicht aufgrund einer entsprechenden Anwendung des § 642 BGB zu.

[Amtlicher Leitsatz]
BGH, Urteil vom 26.04.2018
- VII ZR 81/17

Die Klägerin fordert den Ersatz von nach Vertragspreisen einschließlich eines Zuschlags für Allgemeine Geschäftskosten kalkulierten Vorhaltekosten für eine mobile Stahlgleitwand nach einer mehrfachen Verlängerung der Zuschlagsfrist. Die Beklagte führte im Jahre 2004 eine öffentliche Ausschreibung betreffend den grundhaften Ausbau der Bundesautobahn A 19 für Leistungen der Verkehrsführung und Verkehrssicherungen durch. Die Klägerin beteiligte sich hieran mit einem Angebot. Darin bot die Klägerin die Vorhaltung einer Stahlgleitwand auf einer Länge von 14,8 km für 588 Tage zu einem Einheitspreis von € 1.184,00 je Tag netto an. Vorgesehener Leistungszeitraum war September 2004 bis April 2006. Die Zuschlagsfrist wurde auf Bitten der Beklagten mehrfach verlängert, zuletzt bis zum 31.03.2006. Die Zuschlagserteilung erfolgte am 30.03.2006. Die Klägerin hatte die Stahlgleitwand bis zum Jahr 2005 unbenutzt vorgehalten und danach sukzessive auf anderen Baustellen eingesetzt. Bei Zuschlagserteilung musste die Klägerin daher die benötigte Stahlgleitwand bei einem Nachunternehmer anmieten. Mit einem Nachtragangebot macht die Klägerin Mehrkosten für die Vorhaltung der Stahlgleitwand wegen der mehrfachen Verlängerung der Zuschlagsfrist in Höhe von € 648.832,00 geltend. Die Beklagte kürzte die Schlussrechnung um diese Position. Die Klage auf Zahlung der Vergütung dieser Position blieb vor dem Bundesgerichtshof erfolglos.

Kein Zahlungsanspruch des AN für freiwillig vorgehaltene Bauteile

DIE ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH lehnt einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Mehrkosten für die Vorhaltung der Stahlgleitwand ab. Eine Anspruchsgrundlage für diesen Zahlungsanspruch sieht der BGH unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Der BGH setzt sich zunächst mit seiner Rechtsprechung zu Mehrvergütungsansprüchen im Falle der Verzögerung eines Vergabeverfahrens auseinander. Auf dieser Grundlage prüft der BGH einen Anspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Diesen Anspruch lehnt der BGH ab, da die Klageforderung nicht auf einer nach Vertragsschluss eingetretenen Veränderung von rechtsgeschäftlich an die Einhaltung der Bauzeit geknüpften Leistungspflichten beruht, sondern auf die verzögerte Erteilung des Zuschlags. Auch einen Schadensersatzanspruch lehnt der BGH ab. Er sieht in der Verlängerung der Zuschlagsfrist keine Pflichtverletzung. Umfassend prüft der BGH einen Anspruch aus § 642 BGB. Diesen Anspruch lehnt der BGH ebenfalls ab. Der BGH meint, dass sich ein Bieter, der sich im Vergabeverfahren leistungsbereit hält, auf eigenes Risiko die Vorhaltung der Leistung vornimmt, da er darauf hofft, den Zuschlag zu erhalten. Eine Pflicht des Auftraggebers, den Zuschlag zu erteilen, sieht der BGH nicht. Die Ungewissheit, ob und wann der Zuschlag erteilt wird, gehörte zum allgemeinen Risiko eines jeden, der sich an einer öffentlichen Ausschreibung beteiligte. Der BGH sieht hingegen kein Risiko dahingehend, dass die Klägerin verpflichtet war, 12 Werk-tage nach Zuschlagserteilung die Leistung zu erbringen. In-soweit meint der BGH, dass eine Pflicht der Klägerin, sich leistungsbereit zu halten, nicht bestand, da nach einer verzögerten Zuschlagserteilung im Wege der Vertragsanpassung ein neuer Ausführungstermin zwischen den Parteien zu vereinbaren sei. Dies erfolgte nach

Auffassung des BGH in entsprechender Anwendung der §§ 6 Abs. 3 und 4 VOB/B. Zudem bestand kein Interesse der Beklagten, dass die Stahlgleitwand während der verlängerten Zuschlagserteilungsfrist vorgehalten wird.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die Entscheidung enthält wesentliche Hinweise für Auftragnehmer und Auftraggeber im Falle der verzögerten Zuschlagserteilung. Ein Auftragnehmer, der sich in Erwartung des verspäteten Zuschlags leistungsbereit hält, also die für den Auftrag vorgesehenen Geräte und Personale disponiert und vorhält, hat nach der Rechtsprechung des BGH keinen Anspruch darauf, dass ihm die Kosten für die Vorhaltung während des verlängerten Zuschlagszeitraums erstattet werden. Die

AG darf die sofortige Leistungsbereitschaft nicht erwarten

Vorhaltung der für die Auftragsdurchführung notwendigen Kapazitäten erfolgt daher auf eigenes Risiko. Ein Auftragnehmer ist jedoch nicht schutzlos, denn ein Auftraggeber ist ebenfalls nicht berechtigt, im Falle der verzögerten Zuschlagserteilung eine unmittelbare Leistungspflicht des Auftragnehmers zu erwarten. Vielmehr ist, hierauf weist der BGH hin, eine neue Ausführungsfrist zu vereinbaren. Es ist daher nicht im Interesse des Auftraggebers, Kapazitäten für die Leistungserbringung in der Zukunft vorzuhalten, wenn der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch nicht feststeht, vielmehr sind die Risiken zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber dahingehend verteilt, dass der Auftragnehmer nicht berechtigt ist, die Mehrkosten für die Vorhaltung von Kapazitäten geltend zu machen, umgekehrt ist der Auftraggeber nicht berechtigt, eine sofortige Leistungspflicht des Auftragnehmers zu erwarten. ■

AKTUELLES

Vorstellung RAIN Chantal Hasselbach



Unser baurechtliches Team wird seit April dieses Jahres durch Frau Rechtsanwältin Hasselbach verstärkt. Frau Hasselbach hat ihre anwaltliche Tätigkeit in 2014 begonnen und war für namhafte Berliner Kanzleien tätig. Dort hat sie sich auf das private Baurecht, Ingenieur- und Architektenrecht spezialisiert und strebt den entsprechenden Fachanwaltstitel an.

Frau Hasselbach vertritt unsere Mandanten nicht nur vor Gericht, sondern unterstützt und berät auch bei der Vertragsgestaltung und -verhandlung sowie bei außergerichtlichen Auseinandersetzungen. Als ehemalige Leistungssportlerin geht sie mit viel Schwung und Ausdauer an die ihr übertragenen Mandate, was sich in guten Ergebnissen niederschlägt.

Frau Hasselbach verfügt darüber hinaus über Kompetenzen im Bereich des Strafrechtes. Damit schließen wir eine Beratungslücke, insbesondere was Vermögensdelikte, aber auch Körperverletzungen (z. B. bei Unfällen) auf dem Bau angeht. Hier können wir Sie künftig im Falle von Strafanzeigen beraten und begleiten.

Wir freuen uns, Frau Hasselbach für unser Team gewonnen zu haben.

AKTUELLES

GoBD zunehmend im Fokus der Finanzverwaltung

Die Finanzverwaltung hatte mit Schreiben vom 14.11.2014 (Aktenzeichen IV A 4 S 0316/13/10003) die „Grundsätze zur ordnungsgemäßen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff (GoBD)“ veröffentlicht. Die GoBD geraten nun insbesondere bei **steuerlichen Außenprüfungen** verstärkt in den Blickpunkt der Finanzverwaltung. Insbesondere auch die aktuelle Rechtsprechung hat die Rechte der Betriebsprüfer erheblich gestärkt und die Anforderungen an eine ordnungsgemäße digitale Buchführung betont und teilweise auch verschärft.

Generell ist zu beachten, dass der vermehrte Einsatz von EDV bei steuerlichen Außenprüfungen dazu führt, dass ein wesentlicher Teil der Prüfung in einer Analyse der Buchführungsdaten mittels EDV-Tools besteht. Diese erlauben mit einfachen Mitteln die Sortierung oder Schichtung großer Datenmengen und das Auffinden von Auffälligkeiten.

Eine Betriebsprüfung bedeutet unstreitig einen zusätzlichen Aufwand für das Unternehmen. Es gilt jedoch unbedingt negative Auswirkungen, wie Hinzuschätzungen und Nachzahlungen, zu vermeiden, die allein durch **formelle Mängel** ausgelöst werden können. Das heißt in der Praxis, dass der Prüfer **nicht einmal materielle Fehler** zu finden braucht, sofern er über formelle Mängel zum Mehrergebnis kommt.

Aus diesem Grund stellen wir hiermit aktuelle Aspekte dar, die aufzeigen, wann eine **Verfahrensdokumentation** den GoBD und den Ansprüchen der Betriebsprüfer genügen sollte:

BESTANDTEILE EINER VERFAHRENSDOKUMENTATION

Kern der GoBD ist das Erfordernis einer Verfahrensdokumentation. Diese muss den im Unternehmen gewählten Prozess im Bereich der Buchführung erläutern, um dem Buchführungsgrundsatz der Nachvollziehbarkeit gerecht zu werden. Im Grundsatz müssen der Weg und die Verarbeitung der Belege von deren Entstehung bis hin zu einem eventuellen Aufruf durch einen durch einen Betriebsprüfer dargestellt werden. Die Verfahrensdokumentation besteht im Grundsatz aus folgenden vier Säulen:

1. Allgemeine Beschreibung des Unternehmens

und der Geschäftsprozesse;

2. Anwenderdokumentation: Beschreibung der fachlichen Prozesse, wie insbesondere Datenerfassung, Prüfung, Abstimmung, Ausgabe sowie eine Liste der Daten- und Dokumentenbestände einschließlich der Aufbewahrungsregeln und -fristen. Weitere Inhalte bilden Schnittstellenbeschreibungen, Regeln für den Datenaustausch sowie Organisationsanweisungen und Benutzerhandbücher;

3. Technische Systemdokumentation: Beschreibung der eingesetzten Software und Hardware sowie der Schnittstellen. Diese Informationen können in der Regel vom Hersteller der Software beschafft werden;

4. Betriebsdokumentation: Beschreibung der technischen Betriebsprozesse und Beschreibungen zur Datensicherheit, zum Berechtigungskonzept einschließlich Benutzerverwaltung, zum Zugriffs- und Zugangsschutz.

Da sich sowohl Geschäftsprozesse an sich als auch die dafür eingesetzten IT-Applikationen über den Zeitablauf ändern, muss die Verfahrensbeschreibung neben den **aktuellen auch die historischen** Verfahrensinhalte **für die Dauer der Aufbewahrungsfrist nachweisen** und dem in der Praxis eingesetzten Prozess entsprechen. Dies bedeutet, dass auch frühere Versionen der Verfahrensdokumentation über den Aufbewahrungszeitraum von zehn Jahren vorzuhalten sind.

HINWEIS

Mittels der Verfahrensdokumentation soll also der Betriebsprüfer einen detaillierten Überblick über die Betriebsabläufe erhalten, um auf dieser Basis die steuerrelevanten Systeme verstehen und prüfen zu können. In der Verfahrensdokumentation sollte möglichst oft auf die GoBD Bezug genommen werden. Dies dürfte der Finanzverwaltung die Prüfung der Verfahrensdokumentation erleichtern.

Das alles klingt ziemlich abstrakt und lässt die Unternehmen in der Umsetzung mangels konkreter Arbeitsanweisungen ziemlich allein. Das liegt aber auch in der Natur der Sache, denn jedes Unternehmen hat höchst betriebsindividuelle Abläufe zu verzeichnen, die es in der Verfahrensdokumentation nachprüfbar abzubilden gilt. Um für Betriebsprüfungen gewappnet zu sein, gilt es stets diese Dokumentationen aktualisiert parat zu halten. ■

WWW.BAULEITERSCHULUNG.DE

Schulungen im 2. Halbjahr 2018

Auch im dritten 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:

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

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

Datum: 06./07.09.2018 **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 (HAMBURG)**

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

Datum: 12./13.09.2018 **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 (WUPPERTAL)**

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

Datum: 25./26.09.2018 **Dauer:** 2 Tage
Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 670,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

VERGÜTUNG UND NACHTRÄGE AM BAU

Darstellung aller Nachtrags- und Preisanpassungsvorschriften der VOB/B mit Berechnungsbeispielen zur Nachtragshöhe

Datum: 28.09.2018 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

**BAUZEIT, BEHINDERUNG UND
DOKUMENTATION**

Vertrags- und Ausführungsfristen/Konsequenzen des Leistungsverzuges/Rechtsfolgen aus Behinderungen/Anforderungen an die Dokumentation zur Geltendmachung von Mehrkosten/Voraussetzungen für die Durchführung von Bescheuligungen

Datum: 08.10.2018 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

MÄNGEL, ABNAHME UND BEWEISSICHERUNG

Mangelbegriff, Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht, Beweissicherung und gesamtschuldnerische Haftung zwischen Auftragnehmer und Architekten bzw. Ingenieure

Datum: 09.10.2018 **Dauer:** 1 Tag
Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen: Handbuch „VOB für Bauleiter“
Konditionen: € 340,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

TERMIN

deGUT - Standbetreuung
Referent: Dr. Annette Funk
Termin/Ort: 12.10.2018, Berlin
14:00 - 18:00 Uhr
Veranstalter:
Steuerberaterkammer Berlin

TERMINE

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

**Videoüberwachung
nach DS-GVO**

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 04.09.2018, München
Veranstalter: SIMEDIA Akademie

Neues BGB-Bauvertragsrecht

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort:
28.09.2018, Essen (Security)
Veranstalter: BHE e. V.

**Einsatz von Bildempfangs-
system bei Besichtigungen
und auf Baustellen**

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort:
08.10.2018, Magdeburg
Veranstalter: IHK Magdeburg

**Rechtsfragen bei der Abwehr
von Drohnen**

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 17.10.2018, Frankfurt
Veranstalter:
Interaerial Solutions

**Videoüberwachung
auf Flughäfen**

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort: 24.10.2018, Dresden
Veranstalter: Veko online

**Rechtsgrundlagen
der Videoüberwachung**

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort:
30.10.2018, Rödermark
Veranstalter: Videor GmbH

**Planerhaftung beim
Brandschutz**

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert
Termin/Ort:
08.11.2018, Fulda
Veranstalter: BHE Akademie

DAS AKTUELLE INTERVIEW

Neuigkeiten beim Bauindustrieverband Berlin-Brandenburg

Interview mit dem Hauptgeschäftsführer des Bauindustrieverbandes Berlin-Brandenburg e. V., Herrn Dr. Robert Momberg.

NEWSLETTER: *Herr Dr. Momberg, Ihre Bestellung zum neuen Hauptgeschäftsführer des Bauindustrieverbandes Berlin-Brandenburg ist nun fast ein Jahr her. Haben sich Ihre Erwartungen an diese verantwortungsvolle Aufgabe erfüllt?*

DR. MOMBERG: Ja, in jeder Hinsicht. Auf der einen Seite ist es sehr anspruchsvoll, zwei Verbände gleichzeitig zu führen und auf die Fusion vorzubereiten. Auf der anderen Seite ist der Job abwechslungsreich und bringt mir viele neue Erfahrungen mit Menschen, Institutionen und Märkten.

NEWSLETTER: *Wie sieht die Zusammenarbeit mit den öffentlichen Auftraggebern der Region aus? Welche Fortschritte macht das Bündnis für mehr bezahlbaren Wohnraum?*

DR. MOMBERG: Der Bauindustrieverband Berlin-Brandenburg e. V. engagiert sich im Bündnis für Wohnen und setzt sich dafür ein, unnötige Kostenfaktoren im Wohnungsbau zu minimieren. Dabei gilt es u. a., komplexe Ausschreibungs- und Vergabeverfahren zu vereinfachen und den sozialen Wohnungsbau voranzubringen. Eine gute Initiative, die aber auch Ergebnisse bringen muss.

NEWSLETTER: *Wie wir der Presse entnehmen konnten, unterstützt der Verband das Projekt „Stadt der Kinder“ in Potsdam. Wir hören, dass damit der spielerische Bezug der Kinder zur Baubranche hergestellt werden soll. Reicht dies zur Behebung der Nachwuchssorgen in der Branche aus?*

DR. MOMBERG: Die Unterstützung des Projekts „Stadt der Kinder“ ist eine von vielen Initiativen, die wir im Bereich Nachwuchsförderung unterstützen. Das Thema Fachkräftemangel beschäftigt unsere Branche sehr und stellt eine große Herausforderung dar, die es in enger Zusammenarbeit mit Unternehmen, Verbänden und Bildungseinrichtungen zu meistern gilt. Wir als Verband stel-

len uns dieser wichtigen Aufgabe und betreiben aktive Nachwuchsförderung. So waren wir beispielsweise auf Europas größter Ausbildungsmesse der YOU in Berlin vertreten und haben aktiv für Ausbildungsberufe in der Baubranche geworben. Auch unser jährlicher Schnuppertag Bau, an dem Schüler verschiedene Baustellen und Bauberufe kennenlernen, ist aktive Nachwuchsförderung. Neben diesen und weiteren Initiativen arbeitet der Bauindustrieverband Berlin-Brandenburg eng mit den Berufsförderungswerken zusammen. Wir als Verband werben zudem aktiv für ein



besseres Image der Baubranche, um Fachkräfte von morgen gewinnen zu können.

NEWSLETTER: *Welche Projekte liegen Ihnen für die Bauwirtschaft in Berlin-Brandenburg noch auf dem Herzen?*

DR. MOMBERG: Das Thema der Digitalisierung liegt uns sehr am Herzen. Besonders BIM hat das Potenzial, das Bauen entscheidend zu verändern. BIM steht für „Building Information Modeling“. Im Jahr 2015 hat der Bund eine Initiative gestartet, die allerdings noch in den Kinderschuhen steckt.

BIM ist eine moderne, softwarebasierte Planungsmethode, die während der gesamten Dauer eines Bauprojekts und darüber hinaus genutzt werden kann. Von der Planung über den eigentlichen Bau bis hin zur Abnahme oder sogar bis zum Ende des Lebenszyklus. Dies betrifft Baumaßnahmen im Hoch- und Tiefbau sowie bei Brücken, wobei der Hochbau momentan Vorreiter ist.

Um Fahrt aufzunehmen, bedarf es einer Reihe konkreter Maßnahmen. In erster Linie

braucht es Menschen in Verwaltungen, Kommunen, Unternehmen und Politik, die die Vorteile der Digitalisierung für die Bauwirtschaft erkennen und umsetzen. Dieser Prozess lässt sich nicht von heute auf morgen umsetzen.

Es bedarf zunächst eines kulturellen Wandels, dem dann natürlich auch die Bereitschaft zu Investitionen folgen muss.

NEWSLETTER: *Was versprechen Sie sich von der anstehenden Fusion Ihres Verbandes mit dem Bauindustrieverband Sachsen/Sachsen-Anhalt e. V.?*

DR. MOMBERG: Mit der Fusion der Bauindustrieverbände Berlin-Brandenburg e. V. und Sachsen/Sachsen-Anhalt e. V. werden wir zu einem gewichtigen Sprachrohr der ostdeutschen Bauwirtschaft. Der Einfluss auf die Gestaltung wirtschaftlicher Rahmenbedingungen wird zunehmen. Das Stimmengewicht innerhalb der bauindustriellen Verbandsstruktur wird ebenfalls größer. Die Expertise des Verbandes erweitert sich mit seiner Fläche (Netzwerk, Statistiken, Informationen etc.). Erfahrungen aus vier Bundesländern fließen in den fachlichen Austausch ein. Vor allem aber können wir für unsere Mitgliedsunternehmen ein noch besserer Dienstleister sein.

NEWSLETTER: *Eine letzte Frage: Wie sieht es mit der Zusammenarbeit mit anderen Verbänden in der Region aus?*

DR. MOMBERG: Die Zusammenarbeit mit anderen Verbänden in der Region verläuft konstruktiv. Herausforderungen wie beispielsweise der Fachkräftemangel oder Digitalisierung können nur in einem gemeinsamen Dialog gemeistert werden. Ich bin sehr an für alle Seiten vorteilhaften Kooperationen interessiert.

NEWSLETTER: *Herr Dr. Momberg, wir danken für das Gespräch.*